

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ESCUELA DE DERECHO



Revista
de
Ciencias Jurídicas



D 3009

n. 5

Mayo de 1965

340
R
No 5/1965

REV 141472



D3009
4 DIAS

EXTE LOS R DIV 2a
EXEMPLES DE DERECHO



DIRECTOR:
LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO:

	Pág.
Nota de la Dirección	7
Las Partes en el Juicio Contencioso-Administrativo	9
Lic. Jorge Desanti Arce	
Materia y Objeto en el Juicio Contencioso-Administrativo	47
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz	
Efectos de la Sentencia en el Juicio Contencioso-Administrativo	131
Lic. Gonzalo Retana Sandí	
Ejecución de la Sentencia en el Juicio Contencioso-Administrativo	165
Lic. José Hine García	
El Fideicomiso	177
Dr. Raúl Cervantes Ahumada	
La Sociedad Anónima	195
Dr. Renato Ozores	
Las Fuentes del Derecho Mercantil	239
Lic. Octavio Torrealba Toruño	
Necrología	259
In memoriam Enrique Sayagués Laso	

U.C. EDUARDO ORTIZ OCHOA

SUMARIO

1. Introducción

2. Marco teórico

3. Metodología

4. Resultados

5. Conclusiones

6. Referencias

7. Anexos

8. Bibliografía

9. Índice

ESCRITOS ORIGINALES

1. Introducción

2. Marco teórico

3. Metodología

4. Resultados

5. Conclusiones

6. Referencias



NOTA DE LA DIRECCION

La Revista de Ciencias Jurídicas es ya la expresión del pensamiento jurídico de Costa Rica. Su mérito principal no es su puntualidad en la aparición, que también es mérito, sino su eficiencia como estímulo para el pensamiento del abogado juez o litigante, que para escribir tiene menos tiempo que el profesor.

En dos años y medio de vida, esta Revista ha publicado más páginas de literatura jurídica costarricense que ninguna otra y ha puesto en claro que nuestro abogado tiene también vocación de jurista. Que esa literatura es buena, además de abundante, lo demuestra la creciente demanda que la Revista ha tenido en todos los abogados.

Esta toma de conciencia sobre la capacidad del costarricense para escribir buen derecho es urgente y necesaria en un país donde el más grave mal del pensamiento científico, principalmente del jurídico, es su falta de expresión: aquí son muchos los que piensan y hablan bien, pero poquísimos los que escriben. Y de esta esterilidad literaria ha nacido un férreo círculo vicioso, que hace labor penosa el escribir.

Toda publicación abre el primer camino dentro del tema tratado, sin la ayuda de ninguna fuente nacional de investigación. Y el jurista costarricense se enfrenta siempre a la alternativa de escribir generalidades puramente informativas, casi siempre traducción más o menos literal de obras extranjeras hechas sin ninguna originalidad; o de cometer crasos errores de enfoque y arribar a aventuradas conclusiones, justamente por esa falta de fuentes nacionales, únicas que realmente permiten la autocrítica y el trabajo detallado y profundo sobre la ley nacional.

No ignoramos que el nacionalismo literario es una de las peores formas de miopía intelectual, pero creemos que

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

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

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

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

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

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

LAS PARTES EN EL JUICIO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

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

Distinguida concurrencia:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Leamos lo que escribe Varela sobre este punto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

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

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

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

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

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

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

Ordena el párrafo segundo del numeral 11 lo siguiente:

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

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

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

El artículo 12 en su párrafo primero decide:

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

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

Dice el párrafo 2º del mismo artículo 12:

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

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

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

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

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

Agrega el párrafo 3º del artículo 12 comentado:

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

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

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

Estatuye el artículo 13 del proyecto que nos ocupa:

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

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

El numeral 14 expresa lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ordena el párrafo 3º del referido artículo 15:

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

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

El artículo 16 del proyecto, dispone lo siguiente:

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

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

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

El número 17 del proyecto dice literalmente:

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

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

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

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

En el Capítulo Sexto, "Disposiciones Finales" del proyecto de ley, se crean otras innovaciones, como se ve de la letra del artículo N° 105, párrafo 3º, que dice:

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

entre ellas los artículos 96, 227, párrafo 2º, y 228 del Código de Procedimientos Civiles; los artículos 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (N° 33 de 1º de diciembre de 1928 y Decreto-Ley N° 40 de 2 de junio de 1948); y los artículos 10, 11, 13 y 15 de la Ley N° 11 de 10 de setiembre de 1925, reformados por la N° 1401 de 6 de diciembre de 1951 (impugnación de acuerdos municipales").

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

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

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

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



MATERIA Y OBJETO DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO*

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

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

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

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

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

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 citamos a los consentidos y firmes, por mayoría de razón. Se explicamos casi de inmediato, pero también implícitamente a los reproductores y confirmatorios, cuya naturaleza esta norma se refiere expresamente al caso de los ll-

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
"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?
tativa 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-
que revelar lo posteriormente, para poner fin a los autos.
Nace de aquí que la acción no puede declararse inadmissi-
bilita revelar el defecto del proceso y ni siquiera el juez po-

curte 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

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 fir-
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 corregirse el defecto. Esto supone que
pueda 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
subsana si los recursos necesarios para adoptar 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 acción puede revelar esa falta mediante una defensa
para rechazarla ad portas. Según el art. 50-1. 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 parecieran 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.

Notas 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 prevé 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 obscuridad 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).³

(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 —anterior 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 inconvaleable 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, inimpugnabile y no con-

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

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 ordinalista: 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.

mundo del derecho sustantivo una consecuencia que antes no existía, creando, modificando o extinguiendo alguna o algunas situaciones jurídicas extraprocesales (4).

a) — La anulación del acto: en el Derecho procesal administrativo uno de los efectos más típicos es la anulación del acto atacado por la parte actora. En efecto, todo juicio contencioso-administrativo presupone la existencia de un acto de la Administración, que se presume legítimo, en relación al cual se deduce la pretensión objeto del proceso, por lo que, cuando se acoge esa pretensión, se opera un efecto importante fuera del proceso, cual es la anulación o revocación del acto, lo que ha dado lugar a que se defina la función como la de anulación de los actos administrativos, y el proceso como el de impugnación de los actos inválidos, considerándose el carácter constitutivo como esencial a las sentencias de los órganos contencioso-administrativos (5).

Y el acto no sólo se debe dejar sin efecto en los procesos llamados de anulación, sino también en los de plena jurisdicción, pues en éstos, para acceder a la pretensión y condenar a la Administración, debe el Tribunal, previamente en el mismo fallo, anular el acto impugnado, en tanto en cuanto afecta el derecho subjetivo ahí reconocido (6).

b) — Indirectos: La eficacia jurídico-material es indirecta, cuando la decisión, sin proponerse inmediatamente una consecuencia de tal naturaleza o al margen de ella, origina efectos sustantivos por vía secundaria o refleja, en los que la sentencia opera más que como acto (acaecimiento ligado

- (4) Guasp, Derecho cit. p. 585; Límites temporales de la cosa juzgada, p. 6.
(5) v. Treves, La presunzione di legittimità degli atti amministrativi; Rodríguez Moro, La ejecutividad del acto administrativo, pp. 37 y ss.; Garbagnati, La giurisdizione amministrativa, pp. 39 y ss.; Albini, Le sentenze dichiarative nei confronti della pubblica amministrazione, pp. 5 y ss.; González Pérez, Tratado, II, p. 727.
(6) González Pérez, La pretensión procesal administrativa, RAP, N. 12, pp. 94 y ss.

intencionalmente a una voluntad) como hecho (acaecimiento que produce efectos independientes de la voluntad) (7).

b) — Firmeza de las relaciones jurídicas: El principal efecto jurídico-material indirecto que se opera en las sentencias de lo contencioso-administrativo, es el de la firmeza del acto administrativo atacado en el proceso, lo que ocurre siempre que se desestima la pretensión, por lo que se dice que es declarativa toda sentencia que no acoge la demanda (8).

b') — Responsabilidad de los Jueces: Otro efecto indirecto o reflejo de la sentencia puede ser la responsabilidad (civil o penal) de los Jueces que la han pronunciado (9).

III. EFECTOS JURIDICO-PROCESALES

Son aquellos que deben su vida al proceso y que no pueden existir sin él; se dan gracias al proceso mismo, al punto de que si las partes no acudiesen a la vía procesal, nunca podrían acaecer o presentarse.

La eficacia jurídico-procesal de la sentencia se ofrece en dos direcciones: una ejecutiva (efectos ejecutivos), tendiente a hacer cumplir lo dispuesto en el fallo, con o sin voluntad del obligado, a la que se dedicará capítulo aparte (el de ejecución de sentencias); y la otra, de carácter declarativo (efectos declarativos), consistente en la influencia del pronunciamiento en posteriores actividades de índole jurisdiccional; es decir, en la imposibilidad de que cualquier órgano dicte un nuevo fallo sobre el mismo asunto (10).

A. — La cosa juzgada: se conoce con el nombre de cosa juzgada a dicha eficacia jurídico-procesal declarativa de la

- (7) Guasp, Derecho, cit., pp. 586-587.
(8) González Pérez, Tratado, II, pp. 732-733.
(9) González Pérez, Tratado, II, p. 735.
(10) González Pérez, Tratado, II, pp. 740-743; La cosa juzgada en lo contencioso-administrativo, RAP, N. 8, pp. 67-112.

sentencia, a la que se define "como la imposibilidad de examinar en un nuevo proceso una pretensión ya satisfecha" (11).

Por influencia de la doctrina germana se distingue entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material: aquélla consistente en la imposibilidad de impugnar una resolución recaída en un proceso; y ésta, que radica en la imposibilidad de examinar una nueva pretensión idéntica a la ya resuelta (12); la formal se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, lo que sí cabe en un proceso plenario; la segunda, en cambio, se presenta cuando a la irrecorribilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión (13).

Así, una sentencia recaída en un juicio ejecutivo produce cosa juzgada formal, porque ni en dicho juicio, ni en otro ejecutivo, se puede discutir el caso de nuevo, pero sí en la vía ordinaria; en cambio, el fallo recaído en ésta, no puede examinarse de nuevo en ninguna vía.

En el derecho español se da el nombre de firmeza a la cosa juzgada formal, y el puro y simple de cosa juzgada a la material; y se dice que ambos conceptos son distintos y separables, desde que la firmeza es un requisito de la cosa juzgada, pero no siempre toda firmeza da lugar a la cosa juzgada (14).

a)—Naturaleza jurídica de la cosa juzgada: En virtud de tradición originada en Pothier, la materia ha sido regulada por los Códigos civiles, como presunción o dentro de los medios de prueba; sin embargo, los mismos civilistas sostienen que ello es accidental o incidental, por ser ma-

(11) González Pérez, Tratado, II, p. 747.

(12) Castillo y Pina, Instituciones, p. 285; Goldschmidt, Derecho procesal Civil, p. 387; Kisch, Elementos, pp. 257 y ss.; Prieto Castro, Manual de Derecho Procesal Civil, I, pp. 352-353.

(13) Alsina, Tratado, II, p. 577.

(14) González Pérez, Tratado, II, pp. 745-746.

teria propia del procedimiento (15) —civilistas al fin—, sea del Derecho Procesal. Y hoy día es indiscutible que la cosa juzgada constituye una figura jurídica procesal. Se dice que no supone un puro reconocimiento de la verdad por parte de los que la acatan, ni se explica porque sea una ficción o presunción de verdad; que tiene una naturaleza neta y estrictamente jurídica; que es una creación del ordenamiento jurídico; y que opera, no porque transforme la situación jurídica material existente antes de la decisión del proceso, sino porque, al margen de tal transformación surge una especial eficacia procesal que antes no existía (16).

a')—Fundamento de la cosa juzgada: Antaño se justificó la institución aduciendo que la sentencia firme constituía una presunción de verdad; pero modernamente se le explica con base en la seguridad: se dice que el fundamento de la cosa juzgada reside en el orden público y en la paz social; que la seguridad de las relaciones sociales, jurídicas, económicas y políticas exige que las decisiones de la justicia sean tenidas por exactas y que cada uno se incline ante ellas; que la santidad de la cosa juzgada no deriva o está justificada porque sea o pueda ser la verdad, sino por una razón práctica de conveniencia, ya que los litigios no deben eternizarse permitiendo que se renuevan indefinidamente; que es preciso asegurar la estabilidad de las relaciones jurídicas (17).

Guasp afirma que esa doctrina dominante oscurece el principio fundamental de la justicia que el proceso intenta realizar, acaso en mayor medida que el de seguridad; y sostiene que si el proceso es una institución de satisfac-

(15) Castán, Derecho Civil español, I, 2, p. 640; Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho civil francés, VII, p. 896.

(16) Guasp, Límites temporales de la cosa juzgada, pp. 7 y ss.; González Pérez, Tratado, II, p. 747;

(17) Alibert, Le controle juridictionnel de l' Administration ou moyen du recours por excès de pouvoir, p. 299; Claude Durand, Les rapports entre juridictions administrative et judiciaire, p. 24; Bonnard, Contrôle juridictionnel de l' Administration, p. 85; Couture, Fundamentos, pp. 295-327.

facción de pretensiones, y si se satisface una pretensión cuando es recogida, examinada y resuelta por órgano estatal dotado de imparcialidad, la pretensión ya examinada en cuanto al fondo y decidida por el órgano jurisdiccional, no debe preocupar más al Estado, si es formulada de nuevo, y no hay por qué ocuparse de ella, pues la reproducción del litigio carece de causa jurídica que la justifique, desde que la pretensión ya está satisfecha y no hay razón, entonces, para que, interpuesta nuevamente, tenga que ser recogida, examinada y resuelta otra vez (18).

a'')—Requisitos: Para que se configure la cosa juzgada se requiere que la sentencia haya recaído sobre el fondo del asunto, por lo que no existe cuando se rechaza la pretensión en virtud de un defecto de admisibilidad; y, además, se necesita que el fallo sea firme, es decir, que no admita recurso alguno. Háse discutido si la validez del pronunciamiento también constituye un requisito, pero el criterio que impera es el de que ello no es necesario, ya que la condición de firmeza implica una convalidación de los posibles vicios que lo hubiesen podido invalidar (19).

a''')—Extensión: En general, siempre la doctrina ha señalado que para que concurra la cosa juzgada debe haber identidad de sujetos (límites subjetivos), identidad de objeto o cosa (límites objetivos) e identidad de causa o razón de pedir (límites causales) (20).

Recientemente se ha considerado erróneo tal criterio: se sostiene que no sólo los sujetos, el objeto y la causa individualizan el contenido del litigio y del fallo correspondiente, sino que hay otras circunstancias a tomar en cuenta, por lo que se señalan tres elementos a distinguir: los sujetos, el objeto y la actividad (21).

(18) Limitaciones, cit., pp. 8 y ss.; Derecho Procesal, cit., pp. 596 y ss.

(19) Carnelutti, Sistema, I, pp. 326 y ss.; González Pérez, Tratado, II, pp. 752-753.

(20) Prieto Castro, cit., I, p. 357; Planiol y Ripert, Tratado, cit., p. 641.

(21) Guasp, Derecho, cit., pp. 600 y 601.

Los sujetos: es indispensable que las partes del anterior litigio sean las mismas del posterior. Al decir las mismas, se alude a su calidad o posición jurídica, no a la identidad física. Así, cuando en el segundo litigio intervienen los causahabientes de una de las partes, siempre hay identidad de éstas; en cambio, si el padre representó al hijo en un juicio y luego promueve otro, ya no con tal representación, sino personalmente, no la hay.

Se desprende, entonces, que la cosa juzgada surte efectos sólo entre las partes. Ello, en principio, pues el Derecho Procesal Civil admite que en algunos supuestos (sentencias sobre el estado civil, por ejemplo) puede operar con efectos para terceros, sea *erga omnes* (22), lo que también sucede en lo contencioso administrativo, dentro de las pretensiones de anulación o por exceso de poder, pues al dejarse sin efecto o anularse un acto administrativo, es como si no hubiese existido nunca (23).

El objeto: Como el objeto del proceso es la pretensión, se requiere identidad de pretensiones (24). Ahora bien, la pretensión procesal comprende tres elementos individualizadores: los sujetos, el objeto y el título. Los primeros ratifican objetivamente el límite subjetivo de la cosa juzgada, según lo expuesto atrás. El objeto es el bien de la vida sobre que recae la pretensión; y el título consiste en la invocación de ciertos acaecimientos que delimitan la petición, acaecimientos puramente de hecho, ya que los supuestos normativos que sirven para valorarla, o fundamentos de derecho, no contribuyen a la individualización de la pretensión.

(22) Castán, ob. cit., p. 641; Federico de Castro, Derecho Civil de España, II, 1, p. 103; Prieto Castro, ob. cit., II, p. 358; Couture, Fundamentos p. 317; Alsina, ob. cit., I, pp. 586-587; V. Jean Dumitresco, L'Autorité de la chose jugée.

(23) Argañarás, Tratado, p. 443; Félix Sarria, Derecho Administrativo, II, p. 222; Alibert, Le contrôle, cit., p. 33; Jéze, Effets de la chose jugée sur le recours par excès de pouvoir, Revue de Droit public et de la Science politique, 1919, pp. 335 y ss.; Sayagués Laso, Tratado, II, p. 515.

(24) Guasp, La pretensión, cit., pp. 33 y ss.

De ahí que la identidad de las pretensiones exige, aparte de la identidad de los sujetos, la identidad del bien sobre que se litiga (identidad de cosa o res litigiosa) y la identidad de los fundamentos de hecho (identidad de causa, ratio o causa pretendi), sea, en síntesis: un mismo petitum y unos mismos fundamentos de hecho (25).

La actividad: Hay que examinar el extremo desde tres direcciones distintas: por razón del lugar, del tiempo y de la forma:

Razón de lugar: En principio la cosa juzgada sólo opera en el territorio del país donde se dicta la sentencia, lo que se da con mayor razón o rigor en lo contencioso-administrativo, por ser un acto de un órgano público el objeto de las pretensiones ahí deducidas (26).

Razón de tiempo: Aunque en términos generales la cosa juzgada opera sin límites temporales, se admite en algunos casos que se fije cesación a los efectos declarativos de la sentencia, cuando varían o cambian las circunstancias fundamentales que la han determinado (27). En el fondo lo que existe, en esta hipótesis, es otra situación de hecho, por lo que propiamente no puede hablarse de cosa juzgada, ni invocarse con suerte en el segundo proceso.

Razón de forma: La parte de la sentencia que produce la cosa juzgada es la resolutiva o dispositiva, no la considerativa o los motivos; y, ya en el fallo, el efecto sólo lo producen las declaraciones efectivamente contenidas, no las omitidas, si bien en casos de conexión cabe admitir la equiparación de los extremos implícitos, sea, la denominada cosa juzgada implícita (28). Además, los fundamentos o

(25) Guasp, Derecho Procesal, cit., pp. 602-603;; González Pérez, Tratado, II, pp. 760-761.

(26) González Pérez, Tratado, II, p. 762.

(27) Guasp, Derecho Procesal, cit., p. 603.

(28) Guasp, ídem, p. 604.

motivos, en caso de duda u oscuridad, ayudan a determinar la intención o a interpretar los alcances del fallo (29).

a''''')—Efectos de la cosa juzgada: La cosa juzgada opera en potencia desde que la sentencia adquiere firmeza, pero su eficacia práctica se hace ver o sentir cuando de nuevo se intenta poner en tela de juicio lo ya estimado o decidido (30).

Los medios que se conceden para hacer valer la cosa juzgada se dividen en negativos (que prohíben o tienden a impedir que se discuta de nuevo lo decidido en un proceso), y en positivos (que persiguen eliminar del mundo del derecho el segundo fallo), sea, que aquéllos tratan de evitar un nuevo pronunciamiento, y éstos tienden a eliminarlo cuando se ha producido (31).

Medios negativos: En relación con estos remedios se hace necesario examinar tres cuestiones, a saber: 1) si la cosa juzgada puede ser apreciada de oficio por el Tribunal; 2) en qué momento puede ser alegada por las partes; y, 3) en qué etapa procesal debe resolverse o decidirse.

Apreciación de oficio: Desde luego, en lo civil, debido al principio dispositivo, no se admite que el juzgador pueda examinar de oficio la cosa juzgada, ya que se considera como una figura de interés privado, renunciable, en consecuencia (32). Ello ya ha merecido críticas aún dentro del Derecho Procesal Civil, habida cuenta del carácter público del instituto (33). Y en lo administrativo se tiende a la admisión del examen de oficio. Así lo reconoció, antes de la actual LJC, la jurisprudencia española, para lo que en-

(29) Prieto Castro, ob. cit., I, p. 359; Alsina, ob. cit., II, p. 595; Forst-hoff, Tratado, p. 752; Couture, ob. cit., pp. 318-323.

(30) Prieto Castro, ob. cit., I, p. 359.

(31) Durand, Los rapports, cit., p. 7; González Pérez, ob. cit., II, p. 765.

(32) Castán, ob. cit., p. 641; Planiol y Ripert, ob. cit., p. 896.

(33) Liebman, Lezioni di Diritto processuale civile, II, p. 139.

cuadró la institución dentro de los supuestos de incompetencia; solución ésta que ha sido calificada de aceptable por su finalidad, pero no en cuanto a su técnica, por ser absurdo relacionar la cosa juzgada con la incompetencia (34). Hoy día, según se verá luego, por disposición expresa de la LJC cabe la apreciación de oficio.

Planteamiento por las partes: Las partes pueden invocar la cosa juzgada como excepción dilatoria (o alegación previa), o bien como defensa de fondo o perentoria, mientras no esté cerrado el debate (35).

Momento de resolución: Si se permite la apreciación de oficio, y no la invocan las partes, debe resolverse la cosa juzgada al momento de dictar la sentencia, que es el medio normal de conclusión del proceso. En cambio, si la aducen las partes, se admite la decisión en forma interlocutoria cuando la alegación se formula en la vía previa; y, si se hace después, debe decidirse también en sentencia (36).

Medios positivos: En el supuesto de que no se haga uso de los remedios negativos (sea porque la parte no invoque la cosa juzgada o el Tribunal ignore la existencia del anterior proceso), se ha arbitrado otro remedio para dejar sin efecto el segundo fallo: se trata, en general, del recurso extraordinario de casación; y, en donde no existe éste, del de revisión, como en lo contencioso-administrativo español (37).

4.—Efectos económicos.

A)—Gastos del proceso: Son gastos procesales todas las erogaciones de dinero causadas por el proceso mismo, bien mediata o inmediatamente, tanto las que realiza el

(34) González Pérez, Tratado, II, pp. 766-767.

(35) Prieto Castro, ob. cit., pp. 359-360.

(36) González Pérez, ob. cit., p. 768.

(37) Louis Imbert, L' évolution de recours par excès du pouvoir, p. 121; Liebman, Eficacia y autoridad de la sentencia, p. 76; González Pérez, Tratado, II, p. 769.

Estado para retribuir al personal de la Justicia, como las que efectúan las partes con motivo de la asistencia letrada (honorarios de abogado o procurador) o para lograr el funcionamiento de la tutela jurisdiccional (papel sellado, timbres, honorarios de peritos, dietas de testigos, etc.) (38).

B)—Las costas: Son costas la porción de los gastos procesales cuyo pago recae sobre las partes que figuran en un proceso específico y tiene como causa directa e inmediata a tal proceso (39).

Las costas son satisfechas por las partes durante el curso del juicio; pero a la terminación de éste plantean cuestiones sobre quién ha de cargar con ellas en definitiva, cómo deben ser reguladas y qué relaciones crean entre las partes y los profesionales que intervienen en aquél (40).

C)—Fundamento: Las legislaciones modernas están inspiradas en el principio de *justicia gratuita*; pero no dan a éste más alcance que el de poner a cargo del Estado la retribución del personal que la administra, ya que de otra manera se multiplicarían los juicios indefinidamente por la ausencia de todo riesgo y correría la colectividad con las consecuencias de un hecho atribuible únicamente a los litigantes. Entonces, son éstos quienes deben soportar las costas, distinguiéndose al efecto tres posiciones distintas: 1) que cada parte cargue con las suyas; 2) que las cubra en todo caso el vencido; y, 3) que las cubra o no el vencido, según ciertas circunstancias (41).

Ch)—La condena en costas: Es la imposición del pago de ciertos gastos del proceso acordada contra una persona en una resolución judicial (42).

(38) Carnelutti, Sistema, II, pp. 111 y ss.; Alsina, Tratado, II, p. 739.

(39) Guasp, Derecho Procesal, cit., p. 607.

(40) Alsina, Tratado, II, 739.

(41) Chioyenda, La condena en costas, p. 210; Alsina, Ob. cit., II, p. 740.

(42) Guasp, Derecho Procesal, cit., p. 611.

Se ha justificado la condenatoria sobre el vencido, porque la previsión de tal carga reacciona sobre su conducta en el sentido de hacerlo más cauto: si no hubiera condenatoria en costas, no le importaría a una persona que lo lleven al proceso y podría ser ello estímulo para el incumplimiento de obligaciones o para irrespetar constantemente el derecho ajeno (43).

Sobre el fundamento se han dado varios criterios: uno sostiene que es una pena que se impone al litigante que actúa dolosamente o de mala fe; otra teoría la considera como un resarcimiento de perjuicios a uno de los litigantes por otro que ha actuado culposa o negligentemente; y la teoría más reciente señala que la condena debe ir ligada, no a circunstancias subjetivas por lo general vedadas al examen de Casación o de difícil determinación, sino a un hecho objetivo y de fácil fijación, como es el vencimiento, es decir, la tiene como una sanción de conducta procesal; aunque admite excepciones, "porque la aplicación estricta del criterio del vencimiento, podría conducir a verdaderas injusticias y convertiría en una función mecánica lo que debe ser obra del entendimiento" (44).

d)—La exacción de costas: En esta materia, como en todo lo relativo a la ejecución de una sentencia, puede haber exacción o cumplimiento voluntario de la condenatoria de costas; o forzosa, en caso contrario (45).

e)—Exención de costas: Las legislaciones han arbitrado, para casos de pobreza o de recursos insuficientes, instituciones que atenúan en parte lo relativo a los gastos procesales y que pueden comprender asistencia letrada y gratuita,

(43) Alcalá-Zamora, padre e hijo, La condena en costas, p. 7.

(44) González Pérez, Tratado, II, pp. 827-829; Alsina, Tratado, II, p. 743; Prieto Castro, ob. cit., II, p. 569; Chiovenda, ob. cit., pp. 220 y ss.

(45) González Pérez, ob. cit., II, p. 849.

rebaja de los gastos, no obligación de efectuar depósitos de dinero en garantía de ciertos actos procesales, etc. (46).

II. Algunas legislaciones.

1.—Francia (47).

A)—Efectos jurídico-materiales: En este punto hay que distinguir entre el contencioso llamado de anulación y el de plena jurisdicción. En aquél la sentencia se limita a declarar inexistente o a anular el acto administrativo, sin que pueda el órgano jurisdiccional sustituir a la Administración, reformándolo o dictando uno contrario, salvo en algunos casos en que se le permite la anulación parcial, cuando las disposiciones del acto no constituyen un todo indivisible; o en otros, en que se permite que se den directrices a la Administración. Con motivo de la anulación, nacen para la Administración una serie de obligaciones que constituyen los efectos jurídico-materiales, obligaciones a saber: negativas, en virtud de que debe abstenerse de ejecutar el acto anulado o de hacer de nuevo lo que se ha estimado ilegal; y positivas, ya que debe adoptar todas las medidas necesarias para restablecer la situación jurídica, como si el acto no hubiese existido. Y en el contencioso de plena jurisdicción, todos los efectos tienden al reconocimiento de la situación jurídica debatida. Recientemente se considera sólo de plena jurisdicción al contencioso de indemnización, sea, aquel en que se impone a la Administración el pago de una suma de dinero. A veces la obligación que se ordena es alternativa: o hacer cesar el daño o pagar la indemnización. A la vez, se reconocen facultades para reformar el acto.

(46) Prieto Castro, ob. cit., II, pp. 582 y ss.; Guasp, ob. cit., pp. 622 y ss.; González Pérez, ob. cit., pp. 853 y ss.; Bielsa, Sobre lo contencioso-administrativo, p. 223.

(47) V. Odent, Contentieux administratif, pp. 419 y ss.; Waline, Le contrôle. cit., pp. 194 y ss.; Jéze, Effects, cit., pp. 335 y ss.; Mejean, La procédure devant Le Conseil de Préfecture, pp. 238 y ss.; Bonnet y Palvadeau, Les nouveaux Tribunaux Administratifs régionaux, pp. 46 y ss.; González Pérez, Tratado I, pp. 273 y ss.

B)—Efectos jurídico-procesales: Se reconoce a los fallos la eficacia de la cosa juzgada. En el de plena jurisdicción con efectos inter partes; y en el de anulación, con efectos erga omnes, cuando acoge la pretensión, ya que si la deniega, se permite la impugnación por otros interesados.

C)—Efectos económicos: Se admite la condena en costas, tanto contra los participantes como contra la Administración, aunque se excluyen a veces, ante los tribunales regionales, los honorarios de abogado. La liquidación la realiza el Tribunal que acuerda la condenatoria. Y a la parte pobre se recone el privilegio de nombramiento de abogado de oficio, previo examen, por una oficina de asistencia judicial, de su situación económica y de si sus pretensiones parecen o no fundadas.

2.—Colombia.

Interesa destacar que se permite la apreciación de oficio de la cosa juzgada, ya que las excepciones pueden ser declaradas sin instancia de parte, cuando se encuentren justificados los hechos u omisiones que las constituyen (48).

3.—Panamá.

La mismo cabe decir de la legislación de Panamá, pues contiene norma igual a la colombiana (49).

4.—España.

A)—Efectos jurídico-materiales.

a)—Directos:

a')—Anulación del acto: Expresamente se reconoce a los órganos de lo contencioso-administrativo la facultad de

(48) Art. 111, Código contencioso-administrativo, p. 211 de la edición al cuidado de Ortega Torres.

(49) Art. 88, Ley 135 de 30 de abril de 1943, publicada en Gaceta Oficial de 12 de mayo de 1943.

anulación de los actos objeto del juicio, pues reza la LJC que la sentencia estimatoria de la pretensión (cualquiera que sea el carácter de ésta) "Declarará no ser conforme a derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente el acto o la disposición recurridos" (Art. 84, a).

a')—Otros efectos: Alude la LJC a una posibilidad de modificación del acto o disposición: en primer lugar, si cabe la anulación parcial, ello implica modificación; y, en segundo término, el art. 85 dispone que los fallos de las Salas en materia de ordenanzas fiscales, si anulan el acto objeto del recurso, deben expresar concretamente la forma en que han de quedar los preceptos impugnados. También se presenta la hipótesis de la extinción, lo que ocurre siempre que se anula el acto o disposición.

b)—Indirectos:

b')—Firmeza de la relación jurídica: Cuando se desestima la pretensión, queda firme la relación jurídica a que la misma se refiere. Así lo consagra el art. 105, 5, LJC, al prohibir a la Administración la no ejecución o suspensión de las sentencias confirmatorias de sus actos o disposiciones, salvo las dictadas sobre recursos interpuestos por la misma contra sus actos declarados lesivos.

b'')—Responsabilidad civil y penal de los Jueces: Desde luego, los Jueces de lo contencioso-administrativo pueden incurrir en responsabilidad civil y penal en el cometido de sus funciones (arts. 26 y adicional 6, LJC; 354, CPE; y 903 a 908, LEC).

B)—Efectos jurídico-procesales.

a)—Declarativos: No existe una regla que en forma directa reconozca que las sentencias de lo contencioso-administrativo producen cosa juzgada; pero sí está previsto en forma indirecta, desde que debe declararse inadmisibile el recurso "Que recayere sobre cosa juzgada" (art. 82, d,

LJC), aparte de que se concede el recurso de revisión "Si las Salas de lo contencioso-administrativo hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí, respecto a los mismos litigantes, u otros distintos en igual situación, acerca del propio objeto y en fuerza de idénticos fundamentos" (art. 102, b, LJC).

b)—Alcance: En algunos supuestos la sentencia produce efectos inter partes, mientras que en otros erga omnes. Así, cuando se declara la inadmisibilidad o desestimación del recurso, acontece lo primero (art. 86, 1, LJC); en cambio, si se anula el acto o la disposición, los efectos se extienden a las partes y "respecto de las personas afectadas por los mismos" (art. 86, 2). Conviene resaltar lo siguiente: "... para que la eficacia de la sentencia opere erga omnes, no ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la pretensión deducida —según los arts. 41 y 42, LJC—, sino el contenido de la sentencia: si ésta es estimatoria (art. 83, párrafo 2, LJC), y anula el acto o disposición (art. 84, a), LJC), produce efectos erga omnes. Pues, en otro caso, no existe razón alguna para que sufran derogación las normas generales sobre cosa juzgada" (50).

c)—Medios para hacer valer la cosa juzgada: Al efecto se reconocen tanto los remedios negativos como los positivos:

c')—Negativos: En primer lugar, el Tribunal puede apreciar de oficio la cosa juzgada, con arreglo al art. 43, LJC (51). Y como es lógico, las partes pueden invocarla, sea como una alegación previa, ya después (arts. 71 y 82, d).

c'')—Momento de resolución: Si las partes no la alegan y el Tribunal la aprecia de oficio, debe resolverse la cosa juzgada a la hora de concluir el proceso, en sentencia; en cambio, si hay instancia de parte, debe resolverse interlocutoriamente, en el supuesto de que se invoque en

(50) González Pérez, Tratado, II, p. 759.

(51) González Pérez, Tratado, II, p. 767.

la vía de alegación previa, o en sentencia, si se hace después (arts. 71, 72, 73 y 82, d, LJC).

c''')—Medidas positivas: Como se ha dicho, en el supuesto de que sobrevenga un fallo contra la cosa juzgada, se concede el recurso de revisión (art. 102, d), a estudiar en el Capítulo sobre Recursos.

C)—Efectos económicos.

"En la regulación de nuestro proceso administrativo —dice González Pérez— no se sigue un único sistema en cuanto a costas. Por el contrario, se conjugan los más variados, desde el que firma la gratuidad hasta el que impone las costas al vencido" (52)

a)—Gratuidad: En principio se establece la gratuidad a todos cuantos intervengan en el procedimiento que se refiera a actos de la Administración Local y a cuestiones de personal. Sin embargo, cuando el Tribunal aprecie mala fe o temeridad, procede la condenatoria en costas (art. 130, 2, LJC).

b)—Obligación de pagar las costas por las partes: en lo demás, se resume el sistema así: 1) cada parte debe pagar las costas causadas a su instancia; y, 2) se admite la condenatoria cantra el litigante temerario, pues el art. 131, LJC, dispone que las Salas, al dictar sentencia o resolver por auto los recursos o incidentes, impondrá las costas a la parte que sostenga su acción o interponga los recursos con mala fe o temeridad. El coadyuvante no devenga ni paga costas más que por razón de los recursos o incidentes que promueva con independencia de la parte principal (art. 131, 2).

— Cabe incluso condenar en costas a la Administración, como es lo indicado. Así se desprende del art. 131, 4, al

(52) Tratado, II, p. 818.

prescribir que cuando esa condenatoria sea favorable a la Administración, el importe de las costas debe ingresar a un fondo especial, a disposición de las Salas de lo contencioso-administrativo, para atender a las condenas que se impongan a la Administración. De esta regla se desprende que los Abogados del Estado no devengan costas de la contraria, sino sólo el sueldo de su patrono.

c)—*Exacción de las costas*: Para el pago de las costas impuestas a los particulares, en caso de resistencia, procede el apremio administrativo (art. 131, 5).

ch)—*Exención de gastos*: En primer lugar, están dispensadas de ciertos gastos, algunas Instituciones de Beneficencia (53) y la Administración actúa en papel de oficio (art. 130, 1). Y, en segundo término, se arbitra el beneficio de pobreza: el declarado pobre litiga también en papel de oficio; tiene derecho a que se le nombre abogado y procurador, sin obligación de reconocerles honorarios o derechos; no tiene obligación de realizar depósitos de dinero para ciertas diligencias, pero debe dar caución juratoria de que lo hará si viene a mejor fortuna; además, se le deben cursar y cumplimentar, de oficio, los exhortos y demás despachos que se expidan a su instancia, y no está obligado al pago previo (solve et repete) de impuestos, tasas, contribuciones, arbitrios y demás rentas, cuando en el juicio se impugne precisamente una fijación de suma de dinero por alguno de tales conceptos (arts. 132, LJC, y 14, 1, 4 y 5, LEC). Debe solicitarse el beneficio antes, después o al momento de presentarse el escrito de interposición del recurso (arts. 22 a 24, LEC). Cuando la pobreza se solicita dentro del plazo de dos meses siguientes a la notificación del acto o de la publicación de la disposición, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se cuenta a partir de la notificación que se haga al abogado de la designación de oficio (art. 132, 1, LJC). "Esta

(53) González Pérez, Tratado, II, p. 854.

importante especialidad constituye una imposición de elementales principios de justicia, pues como el plazo para incoar un proceso administrativo puede ser breve, nada de particular tiene que hubiese transcurrido cuando ha sido designado defensor de oficio, y resultaría injusto declarar caducado el recurso en tales casos" (54).

Si el beneficio se deniega, debe acreditarse el pago de los impuestos, contribuciones, etcétera, dentro del mes siguiente (132, 2).

III. COSTA RICA.

1.—*Efectos jurídico - materiales.*

A.—*Directos:*

a)—*Anulación del acto administrativo*: En Costa Rica se ha dado, por jurisprudencia, este efecto a la sentencia recaída en un juicio contencioso-administrativo (55). Ha habido discusión acerca de si lo que procede es la anulación o revocación del acto o disposición de la Administración. Ello, en virtud de que las partes formulan la petición indistintamente. El criterio del autor —en vista de que no hay ley que fije o determine lo que se puede pedir o lo que debe resolver el Tribunal—, ha sido y es el de que carece de importancia la forma de la petición, ya que en sus consecuencias es lo mismo que se revoque, anule o deje sin efecto el acto o la disposición objeto del juicio; y de ahí que, lo que interese sea la intención de la parte en tal sentido y no otra cosa (56).

b)—*Otros efectos*: También se dan los otros efectos, sobre nacimiento, modificación o extinción de situaciones jurídicas: lo primero, en un contencioso de indemnización,

(54) González Pérez, Tratado, II, p. 863.

(55) V. Casos: Cía. Nacional de Fuerza y Luz contra el Estado; y Valverde Vega contra el Estado.

(56) V. caso Ortuño Boutin y Cía. contra Picado, Servicio Nacional de Electricidad y otros.

pues al acogerse la pretensión surge para el Estado la obligación de pagar una suma de dinero; lo segundo puede presentarse y se presenta cuando se acoge parcialmente un contencioso sobre pago de impuesto sobre la renta, ya que en tal supuesto se deja sin efecto en parte y se mantiene, en consecuencia, en la otra, el respectivo acto, es decir, hay simple modificación; y, como es lógico, se da también el supuesto de extinción, por ejemplo, si se declara que la Administración no debe cobrar una determinada suma por impuestos en virtud de haber prescrito el cobro.

B.—Indirectos:

a)—Firmeza de relaciones jurídicas: Sobrevienen estos efectos en todo asunto en que se desestime la acción contencioso-administrativa, pues con ello queda firme o se mantiene el acto o la disposición impugnados (57), aunque nada disponga en forma expresa la sentencia.

b)—Responsabilidad de los Jueces: Se reconoce tanto la responsabilidad civil como la penal de los Jueces:

b')—Civil: Incurren en ella el Juez y los Magistrados de la Sala cuando en el desempeño de sus funciones infrinjan la ley. Por jurisprudencia se ha establecido que la infracción tiene que obedecer a dolo o culpa grave (58). Se reclama ante el Superior del órgano o funcionario que ha incurrido en ella y se limita la responsabilidad a los daños y perjuicios. Para poder demandarla debe estar firme la sentencia o el respectivo auto, sin que haya transcurrido o pasado un año. Además, se requiere haber hecho uso de todos los recursos legales; y la confirmación de la resolución por el Superior, libra de responsabilidad al inferior. (Arts. 224 a 229, LOPJ).

(57) Así, por ej. caso Tristán Castro vs. Estado.

(58) Cas. 16.30 de 30 set. 1959.

El procedimiento está regulado en los arts. 975 a 980, CPC. Es sencillo: presentada la demanda, se confiere audiencia por tres días al demandado o demandados. Las pruebas deben ofrecerse al accionar y al contestar. Recibida la contestación, se solicitan los autos originales. Una vez recibidos éstos y evacuadas las pruebas, se señala día para la vista. Contra la sentencia dictada por la Sala, se da el recurso de casación; y contra las dictadas en demandas contra los Magistrados de la Sala, no se da ninguno. Si se absuelve, debe condenarse en todas las costas al demandante; y cuanto se acceda a la demanda en todo o en parte, hay que imponerlas al demandado o demandados. Por último, si se acoge la demanda, se comunica a la Procuraduría General de la República, a efecto de que examine si hay mérito para exigir la responsabilidad penal e inste y proponga lo que estime conveniente.

b'')—Penal: Está prevista en el art. 388, CP. Se sanciona con prisión de seis meses a dos años o multa de trescientos sesenta colones a cinco mil colones, y, en todo caso, con inhabilitación para el desempeño de funciones públicas de dos a diez años, a los funcionarios de orden judicial y administrativo que a sabiendas dicten, en los juicios o procesos en que intervengan, resoluciones manifiestamente contrarias al texto claro de la ley o que las fundamenten en piezas o pruebas inexistentes o supuestas.

2.—Efectos jurídico - procesales.

A.—La cosa juzgada: La C. Polit., ha reconocido a la cosa juzgada su carácter de institución de interés público, pues en el art. 42 dispone que "Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada..". Sin embargo, dejó a la ley lo relativo a los juicios en que se producen tales efectos.

La Ley no establece que las sentencias recaídas en lo contencioso-administrativo pasan en autoridad de cosa juz-

gada. Sin embargo, se les atribuye tal carácter y nunca ha surgido discusión al respecto. El CC. reza que produce dicho carácter la sentencia recaída en jurisdicción contenciosa y en vía ordinaria (art. 722). Y tal es la naturaleza que se ha atribuído al juicio contencioso-administrativo, con razón, por ser contencioso o contradictorio y en el fondo tener la tramitación ordinaria civil (art. 11, Ley). Y tan es así que el órgano de alzada es la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, y no la Segunda Civil. Y se dice esto, porque según acuerdo de Corte Plena sobre distribución del trabajo entre las Salas, corresponde a la Primera conocer de las apelaciones recaídas en los juicios ordinarios, y a la Segunda de las apelaciones sobrevenidas en todo asunto que no sea ordinario (59).

a)—Regulación de la cosa juzgada: Al igual que en España y Francia, está regulada la materia por el CC, según el cual la cosa juzgada hace legalmente cierta la existencia o la no existencia de la relación jurídica que ella declara (art. 721); y se le considera como un medio de prueba (art. 720, 1).

b)—Extensión: Se exige la clásica trilogía de identidad de partes, objeto y causa (art. 724). Y es producida la cosa juzgada únicamente por la parte dispositiva de la sentencia (art. 723).

c)—Remedios:

c')—Negativos: Conforme al criterio civilista dispositivo, no puede el Tribunal apreciar de oficio la cosa juzgada. Debe ser planteada por la parte. Así se desprende del art. 903, 3, CPC, al conceder recurso de casación cuando se falle contra la cosa juzgada, siempre que se haya alegado la excepción en el juicio.

(59) Acuerdo de la Corte Plena de 31 de mayo de 1954.

La alegación debe formularse en cualquier estado del juicio, antes de la citación de partes para sentencia en segunda instancia; se sustancia la defensa, si es posible, con el principal, y si no, por la vía incidental; y se resuelve en sentencia (Art. 224, CPC).

c')—Positivos: Se ha visto que se concede recurso extraordinario de casación cuando se falla contra la cosa juzgada (art. 903, 3, CPC). Y lo mismo cuando en ejecución de sentencia se resuelva contra lo ejecutoriado o sobre puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia (Art. 1019, CPC).

3.—Efectos económicos.

A.—La materia de costas se rige por la ley común, en virtud de que la N. 1226 no contiene normas expresas sobre ella (art. 11).

a)—Clases de costas: Se distingue entre costas personales y costas procesales; aquéllas, constituídas por los honorarios de abogado y el valor del tiempo que pierde la parte en asistir a diligencias del juicio en que sea necesaria su presencia; y éstas, por el valor del papel sellado y demás gastos indispensables del juicio (Art. 1032, CPC).

b)—La condena en costas: En el curso del proceso cada parte debe suplir los gastos del proceso, pero la sentencia debe contener pronunciamiento sobre el punto (art. 1030, 2, CPC).

Rige el sistema moderno u objetivo que no toma en cuenta la conducta observada por la parte, sino sólo el resultado del proceso, con excepciones impuestas por la equidad y la justicia. En efecto, toda resolución que sea sentencia o tenga tal carácter debe imponer al vencido el pago de las costas personales y procesales (art. 1027, CPC).

b')—Excepciones: Sin embargo, el Tribunal puede eximir al vencido del pago de las costas personales y aun de las procesales, cuando haya litigado con evidente buena

fe, o cuando la demanda o contrademanda comprendan pretensiones exageradas, o cuando el fallo acoja solamente parte de las peticiones fundamentales de la acción o de la reconvencción, o admita defensas de importancia invocadas por el vencido. También puede eximirlo del pago de aquellas procesales que se hayan causado con peticiones o en diligencias de la contraria que, a juicio del Tribunal, sean ociosas o innecesarias (art. 1028, CPC).

A continuación se dan una serie de reglas, según las cuales no puede estimarse que haya buena fe del vencido, a los efectos de que no se le libre del pago de costas, a saber: 1) en el rebelde citado en persona o en su casa, no apersonado en primera instancia; 2) en el vencido que haya negado pretensiones evidentes de la demanda o contrademanda, que el pleito indique que debió aceptarlas al contestar la acción o la reconvencción; 3) en el litigante que haya aducido documentos falsos o testigos falsos o sobornados; y, 4) en el litigante que ninguna prueba haya aducido, sin motivo disculpable, para justificar su acción o sus excepciones, si se fundan en hechos disputados (art. 1029, CPC).

La jurisprudencia ha establecido que los supuestos del art. 1028 son limitativos y que si se exige de costas a quien no está ahí comprendido, procede el recurso de casación y la respectiva condenatoria, por violación de la regla general contenida en el art. 1027 (60); y que, cuando concurre algún supuesto del art. 1029, si no se condena en costas, también procede la casación y la consiguiente condenatoria (61).

Caso de ser apelada la sentencia, la Sala puede condenar al vencido al pago de ambas costas, o sólo en las procesales, siguiendo las anteriores normas, sea que confirme, revoque o modifique el fallo (art. 1030, 1, CPC).

(60) Cas. 10.30 horas de 9 setiembre 1960.

(61) Cas. 10.40 horas de 15 enero 1958.

Cuando no hay mérito para la condenatoria, debe indicarse en la sentencia que el asunto se resuelve sin especial imposición al efecto, supuesto en el cual "cada parte debe pagar las que hubiere causado, y ambas partes aquellas que fueren comunes" (art. 1030, 2). Y si se anula un proceso o parte de él, se debe condenar al funcionario culpable de la nulidad, al pago de costas de lo anulado; mas si la culpa no es suya exclusiva, sino que participa de ella alguna de las partes, la condenación se acuerda sólo a favor de la otra parte, debiendo hacer el pago por mitades el funcionario y el litigante culpables (art. 1031, CPC).

B.—Afianzamiento de costas: Las partes están obligadas a garantizar las posibles costas del juicio. La solicitud debe formularse antes de la apertura a pruebas, cuando proceda, o antes de la citación para sentencia, en caso contrario. El Tribunal dispone lo pertinente al abrir a pruebas y, si no procede este trámite, concede un plazo prudencial al efecto. La fianza debe fijarse en el veinticinco por ciento de la estimación de la demanda, o prudencialmente cuando es inestimable; sin embargo, en los negocios de cuantía superior a cinco mil colones, el Juez debe reducir la garantía a la suma prudencial que abarque las costas procesales y las personales. Se admite como garantía la fianza personal, se otorgue apud acta o ante Notario; pero para que se acepte una mayor de quinientos colones, es necesario acompañar constancia del Registro de la Propiedad que demuestre que el fiador propuesto tiene bienes inscritos a su nombre por valor libre igual, por lo menos, al monto de la suma que garantiza. Puede consistir, además, en depósito de dinero efectivo a la orden del Juez, o de cheques certificados por un Banco, cédulas hipotecarias o bonos del Tesoro, si en este caso se acompaña, constancia de un Corredor Jurado o de dos comerciantes, de qué, conforme a la cotización comercial, representan la suma de garantía o más; todo, a satisfacción del Juez. Si una parte estima que la garantía ha desmejorado, puede

promover incidente, a fin de que se complete o sustituya. Y si se demuestra que el fiador carece o carecía de bienes suficientes, se ordena nueva garantía, que no puede ser personal. Por último, mientras la parte obligada a dar, completar o reemplazar la caución, no lo haga, no se da curso a sus gestiones, que se tienen por presentadas, sin retroacción de términos como es lógico, a la hora en que se llene el requisito. Siendo personas solventes y de derecho público, no están obligados a afianzar costas: El Estado, sus Bancos, las Municipalidades, las Juntas de Educación, las de Protección Social y todas las que administren instituciones de Salubridad, Beneficencia Pública y Protección Social. (Arts. 192 a 194, CPC).

C.—Regulación de las costas personales: Lo relativo a honorarios de abogado debe examinarse desde dos situaciones distintas, a saber: 1) en relación con el profesional y su cliente; y, 2) en relación con el abogado y la parte contraria:

a)—Primera hipótesis: Esta regulada la materia por la Ley N. 1128 de 17 de enero de 1950, reformada por la N. 2859 de 14 de noviembre de 1961. Se fija una tarifa regresiva que va del veinte al cinco por ciento de la estimación de la demanda. El abogado no puede cobrar menos de esa tarifa, ni las Tribunales pueden alterar el mínimo, bajo pena de suspensión por un mes. Se legitima al profesional para que cobre a su cliente los honorarios, en vía incidental privilegiada, dentro del año siguiente a la terminación del juicio. Pasado ese plazo, debe acudir a la vía ordinaria (art. 153, LOP). A lo anterior no están sujetos los abogados que presten servicios a sus clientes por un sueldo fijo (art. 3, Ley 1128).

Se permite el contrato de cuota-litis entre el abogado y su cliente, siempre que no exceda del cincuenta por ciento de lo que, por todo concepto, se obtenga en el juicio respectivo, en el caso de que el profesional supedite el

cobro al triunfo de la demanda o cuando asuma obligaciones ajenas a la dirección técnica, tales como suministro de gastos, garantía de costas o pago de éstas, o participación en los resultados adversos al pleito (art. 1045, CPC).

b)—Segunda hipótesis: La tarifa que regula las costas personales entre el vencido y la parte contraria, es menor que la que rige entre el abogado y su cliente. De ahí que, cuando hay condenatoria y son pagadas las costas, la parte está obligada a cubrir a su abogado sólo la diferencia entre las dos tarifas. Para garantizar al abogado sus costas, en caso de condenatoria, se ha dispuesto que los honorarios pertenecen a él. De modo que no pueden ser embargados por los acreedores del cliente, ni pueden girarse a éste. Además, se concede preferencia en el pago, ya que si la contraria hace depósitos de dinero, o si se obtienen éstos por la vía de apremio, la imputación de pagos debe seguir el orden siguiente 1) las costas personales; 2) las costas procesales; 3) los intereses corrientes y moratorios; y, 4) el principal. En cuanto al tiempo perdido por la parte en asistir a diligencias del juicio, se atiende a sus circunstancias personales (Arts. 1040 a 1043, CPC).

Ch)—Regulación de las costas procesales: Existen tarifas (62) para los honorarios de peritos, jueces ejecutores, notificadores y, en lo que no existe, lo hace prudencialmente el Juez, siempre que falte la conformidad de partes (arts. 1044 y 1046, CPC).

D)—Exacción de las costas: Una vez firme la sentencia, la parte debe presentar una liquidación de costas, sobre la que se oye por tres días a la contraria. Si no se dice nada y está correcto el cobro, se aprueba sin ulterior trámite. En caso de oposición, una vez recibidas las pruebas, se decide en el punto. Las pruebas deben ofrecerse en los escritos de liquidación y oposición. Para garantizar

(62) Acuerdos de la Corte Plena de 24 oct. 1939 y 15 de marzo de 1954.

el cobro, desde que recae el fallo condenatorio, a solicitud de parte interesada cabe ordenar la anotación de la fianza en los bienes del fiador, en el Registro Público. Luego, en caso de no pago voluntario, se procede al apremio, bien contra la parte, ya contra el fiador, de acuerdo con las normas comunes sobre ejecución de sentencias (arts. 1047 y 1030, 3, CPC).

E)—Exención de gastos: El beneficio de pobreza está regulado debidamente. Se concede a las personas físicas cuyo capital, unido a los jornales, sueldos y rentas, calculados por un año, no excedan de cinco mil colones; y no se toman en cuenta, para la estimación, las acciones judiciales, los créditos de cobro difícil, las pensiones alimenticias, ni las herramientas, instrumentos o útiles indispensables para el ejercicio de la profesión u oficio del peticionario o interesado (Art. 156, CPC).

El beneficio puede solicitarse sólo para un juicio determinado, antes de promoverlo o ya dentro de él, por medio de información que se tramita con la Procuraduría General de la República y el litigante contrario (art. 157). Debe presentarse ante el Tribunal a quien corresponda el juicio principal, con indicación de pruebas. Se confiere audiencia por cinco días a la Procuraduría y al litigante contrario, a fin de que, si lo tienen a bien, se opongan, con indicación de pruebas. Luego se evacúan a la mayor brevedad posible las pruebas que se admitan y a continuación se resuelve el incidente (art. 158). Si al obtener el beneficio el litigante tiene otros litigios, puede hacerlo valer en éstos, por medio de certificación de la respectiva resolución. De la solicitud se confiere audiencia por tres días a la Procuraduría y a los demás litigantes y, si se formula oposición con pruebas, una vez evacuadas éstas, se dicta la resolución que corresponda; y si es negativa, una vez firme hace cesar el beneficio en el juicio donde se ha obtenido (art. 159).

El incidente se tramita en pieza separada y no estorba la marcha del principal. Las resoluciones que ahí se dicten no tienen recurso de apelación, salvo la final en el efecto devolutivo. Las partes no están obligadas a afianzar las costas entretanto no quede resuelto definitivamente el incidente (art. 160). A petición de la Procuraduría o de la parte contraria, deja de surtir efectos el beneficio, si se rinde prueba en el sentido de que hubo ocultación de bienes o que el interesado ha venido a mejor fortuna (Art. 161, 1). Si es infundada la pretensión, se condena en costas al que la promueva (art. 161, 2). La tramitación sobre pobreza se hace en papel de cincuenta céntimos; pero si se deniega el beneficio, se obliga al reintegro del caso y al pago de las costas personales y procesales de la información. Y cuando se resuelve que el interesado ha venido a mejor fortuna, debe también reintegrar todo el papel usado (Art. 163). A fin de evitar, hasta lo posible, abusos, se dispone que el que obtenga el beneficio mediante ocultación de bienes, debe pagar al Estado diez veces el valor de las costas y papel respectivo. Y, en todo caso, cuando se revoca el beneficio, surge la obligación de afianzar costas. Mientras no se cumpla con el reintegro de papel y no se rinda la garantía de costas, no se da curso a las gestiones de la parte, que se tienen por presentadas cuando se cumpla al efecto. Si el pobre es calificado de litigante temerario a la hora de resolver el principal, debe ser condenado en ambas costas a favor de la parte contraria; y si no hay temeridad, queda al prudente arbitrio del Tribunal condenarlo en las procesales o absolverlo del pago de ellas. Puede observarse que lo anterior constituye una excepción a la regla general del art. 1027, pues sigue el criterio de condenatoria en costas por conducta subjetiva del perdedor, y no el sistema objetivo de condenatoria por el simple vencimiento.

En el supuesto de temeridad del litigante pobre que figure como actor, puede la parte victoriosa ocurrir ante

la Junta Directiva del Colegio de Abogados, solicitando que se sancione al abogado director del juicio, si ha habido de su parte mala fe o imprudencia manifiesta al aconsejar el planteamiento de la acción o demanda. Y si el pobre resulta victorioso, debe reintegrar, en ejecución de fallo, todo el papel de menor valor que ha usado, siempre que no ascienda de la tercera parte de lo que debe recibir, supuesto en el cual se reduce a tal porción (art. 164).

a)—Alcances del beneficio: La persona declarada litigante pobre adquiere las siguientes ventajas: a) litiga en papel de cincuenta céntimos; 2) queda dispensada de afianzar costas, pero no puede exigir afianzamiento a la contraria; y, 3) no tiene obligación de hacer depósitos en los casos en que lo exige la ley, excepto en cuanto al embargo preventivo y a la solicitud de segunda confesión prejudicial (art. 162) y a los honorarios de los colaboradores del Tribunal, como peritos (63).

F)—El Estado. En general el Estado litiga en papel de oficio, que debe reintegrar el litigante contrario cuando resulta condenado al pago de costas (arts. 251 y 261, Código Fiscal).

G)—Exención de afianzamiento de costas, o reducción, en otro supuesto. Fuera del beneficio de pobreza, arbitra la ley otra institución para eximir de afianzamiento de costas a personas demandadas que, si bien tienen mayores rentas o capital que cinco mil colones al año, no están en condiciones de rendir garantía de costas por la suma que se ordene en el juicio. Se ha querido garantizar en lo posible el derecho de defensa, a fin de que no resulte limitado o negado por cuestiones de fortuna.

En efecto, en juicios ordinarios, a solicitud del demandado, el Juez puede eximirlo del afianzamiento de costas personales o reducir el importe hasta la suma de sus ha-

(63) Res. 708 de 1959, Sala.

beres patrimoniales, siempre que demuestre sumariamente, en vía incidental, que carece de bienes y de entradas anuales de un valor por lo menos igual al monto de la fianza. Acordada la reducción o exención, se hace extensiva a la parte contraria y se iguala el monto de la garantía por ambos lados, en su caso. El incidente debe promoverse, con indicación de pruebas, antes de que esté ordenado el afianzamiento o dentro de los tres días siguientes; y mientras no se resuelva en primera instancia, no están las partes obligadas a rendir la garantía. La solicitud no impide la apertura a pruebas, ni su recepción; pero si se deniega, son nulas, sin necesidad de resolución que así lo declare, las evacuadas a petición de la parte que no garantice debidamente las costas dentro del término que prudencialmente se le conceda (art. 192, párrafos 8 a 10, CPC).

IV. BASES DE LA REFORMA.

1)—En cuanto a efectos jurídico-materiales:

Necesariamente, en lo que se vincula con los directos, hay que establecer una regla como la del art. 84, a) LJC, en el sentido de que los Tribunales de lo contencioso-administrativo deben y pueden anular, total o parcialmente, lo impugnado, cuando no sea conforme a derecho. Ello, para evitar las discusiones a la fecha presentadas y para que las partes sepan lo que hay que pedir al órgano jurisdiccional.

En lo que toca a los indirectos, innecesario es prescribir lo relativo a la firmeza de las situaciones jurídicas cuando se desestima la pretensión; y lo relativo a responsabilidad civil y penal de los Jueces, no merece alteración alguna.

2)—En cuanto a efectos jurídico-procesales declarativos:

Sobra manifestar que se es partidario de que las sentencias en lo contencioso-administrativo produzcan cosa juzgada. Lo contrario sería negar la existencia y el fundamento

es que nunca se ha sentido la necesidad de una reforma al respecto. En principio el costarricense es desconfiado del profesional que trabaja gratuitamente y contra su voluntad. Prefiere acudir al contrato de cuota-litis y entregar así su negocio a un abogado de su confianza.

Como al declarado pobre no se le asigna abogado de oficio, no es necesaria una regla como la de LJC acerca de la suspensión del plazo para promover la demanda.

También es aceptable la reducción o exención de afianzamiento de costas a aquellos demandados que no dispongan de medios suficientes, ya que, como se ha dicho, ello garantiza el derecho de defensa, aunque en lo contencioso-administrativo es de poco uso, por aquello de que siempre figura como parte demandada la Administración o una Institución del Estado, no obligadas a afianzar costas. Sin embargo, puede regir para los litisconsortes y para los particulares demandados en el proceso de lesividad.

ABREVIATURAS

Cas.	Sentencia de la Sala de Casación, Costa Rica.
CC.	Código Civil, Costa Rica.
CP.	Código Penal, Costa Rica.
CPC.	Código de Procedimientos Civiles, Costa Rica.
CPE.	Código Penal, España.
C. Polit.	Constitución Política del 7 de nov. de 1949, Costa Rica.
LEC.	Ley de Enjuiciamiento Civil, España.
Ley	Ley N° 1226 del 15 de nov. de 1950, sobre el juicio contencioso-administrativo, Costa Rica.
LJC.	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del 27 de dic. de 1956, España.
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial, Costa Rica.
RAP.	Revista de Administración Pública, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
Sala	Sala Primera Civil, Costa Rica.

DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA

*Lic. JOSE FRANCISCO HINE GARCIA
Titular Derecho Administrativo, II Curso.

Como la ejecución de la sentencia viene a ser cosa accesoria y como tal asunto que ofrece poca o ninguna dificultad, no es del caso entrar a un examen comparativo de las disposiciones vigentes con las del proyecto. Esto sería repetición de lo ya conocido y pérdida de tiempo. Por lo tanto me ocuparé, en vez de eso, de los problemas que presentan ciertas disposiciones del articulado, tomadas para corregir vicios administrativos.

A fin de facilitar el estudio, he englobado en un solo examen los cuatro primeros artículos pues sus disposiciones están estrechamente ligadas. En cuanto a los artículos 80 y 81, los últimos del capítulo, sí se estudian cada uno por separado, ya que los problemas que ellos envuelven difieren notablemente y no pueden, por lo tanto, examinarse en conjunto.

Los primeros artículos, del 76 al 79, contemplan no sólo la posibilidad en que está el Tribunal de lo Contencioso de dictar o disponer las medidas necesarias para la pronta ejecución de la sentencia, sino también regulan lo relativo al inicio de la tramitación del presupuesto extraordinario que deberá promulgarse para hacer frente al pago, si la administración no cuenta con fondos disponibles. Como el artículo 79 ordena que se paguen intereses por todo el tiempo de atraso en la ejecución, aun cuando no lo disponga así la sentencia, es interesante establecer desde qué momento pueden cobrarse.

* Texto de la Conferencia pronunciada por el autor el 30 de Abril de 1964, en el Colegio de Abogados de Costa Rica.

Se dispone en el inciso 2º del artículo 77 que si fuere preciso, para efectos del pago, reformar el presupuesto vigente o promulgar uno extraordinario, la tramitación respectiva debe iniciarse dentro de los tres meses siguientes. A su vez, dispone el artículo 78 que firmes la sentencia o la resolución que determina la suma líquida, bajo conocimiento, se expedirá comunicación a las oficinas de Presupuesto y de la Contraloría General de la República, las cuales no aprobarán o cursarán presupuesto alguno de la administración obligada al pago, si en ellos no aparece la partida necesaria para el cumplimiento de la sentencia. Todo a partir de la fecha en que han transcurrido tres meses del recibo de la comunicación, cuyo envío se hace a petición de parte.

De la lectura de esos textos se comprende que hay dos términos de tres meses cada uno. El primero es el de iniciar la tramitación del presupuesto, que se cuenta de la firmeza del fallo; y el segundo que arranca del recibo de la comunicación por las oficinas de Presupuesto y de la Contraloría. ¿Cuándo es entonces que la administración está en mora y debe pagar intereses?

Como la administración goza de un plazo para iniciar la tramitación del presupuesto, puede comenzar ese trámite en cualquier momento dentro de ese término. En tanto lo haga así no puede alegarse su demora. Por otra parte, el interesado en el pago debe gestionar ante el Tribunal el envío de la comunicación a las oficinas mencionadas más arriba, a fin de que los presupuestos no se aprueben si no llevan la partida correspondiente a su pago, rechazo que sólo es posible después de tres meses del recibo de dicha comunicación.

Es evidente, pues, que la gestión marca el inicio del término a cuyo vencimiento debe pagarse la cantidad fijada por la sentencia. Así, si el presupuesto no está tramitado para entonces, comienzan a correr los intereses. Y al con-

trario, si no hay gestión de parte, la mora viene al vencer los tres meses de gracia para iniciar aquél trámite.

En el proyecto se dispone también que el pago deberá hacerse por riguroso orden de presentación o comunicación. El objeto de esta medida es claro: evitar los favoritismos o los compadrazgos, que pudieran postergar el pago a aquellas personas que no disfrutaran del favor oficial. Hasta aquí lo relativo al presupuesto y los intereses.

El artículo siguiente, el número 80, admite la posibilidad de la expropiación del derecho. Pero ha de ser, como lo dice la exposición de motivos del proyecto, un derecho patrimonial, únicamente.

Si bien la expropiación implica el reconocimiento y acato de lo ordenado en la sentencia, debe recordarse que la expropiación está regida por el concepto de utilidad pública, que es un concepto impreciso y por eso mismo, susceptible de ser usado para encubrir arbitrariedades. Por eso es de interés examinar la facultad de expropiar que en forma permanente tiene la administración, y que el proyecto confirma, con su concepto rector: la utilidad pública.

Dice el artículo 80, en su inciso 1º: "Si la sentencia recayese sobre bienes que la autoridad administrativa estuviere autorizada a expropiar, podrá solicitar que se suspenda la ejecución, declarando que, dentro de los quince días siguientes, iniciará el correspondiente juicio de expropiación".

De la lectura del inciso transcrito salta de inmediato la pregunta de cuáles serán esos bienes susceptibles de expropiación. Se puede encontrar la respuesta en la ley N° 36 de 26 de junio de 1896, que es la Ley de Expropiaciones por causa de Utilidad Pública. No obstante su antigüedad, este cuerpo legal tiene definiciones que la más moderna doctrina acoge. Por eso se recurre a ella.

En lo que interesa aquí, se dice en la ley citada que existirá interés público siempre que concurren las circuns-

tancias siguientes: que se trate de llevar a cabo una obra o de llenar una necesidad cuya ejecución o satisfacción esté encomendada a las autoridades o corporaciones públicas, nacionales o locales: y segunda, que para esa ejecución o satisfacción sea indispensable comprar la propiedad de que se trate.

Está conforme con la doctrina esta noción de utilidad pública. En efecto, el doctor Eustorgio Sarria, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Colombia, en su "Derecho Administrativo" dice: "Los conceptos de "utilidad pública e interés social" son imprecisos, pero la práctica legislativa y la jurisprudencia universal admiten que ellos hacen relación a las necesidades de los distintos servicios públicos" (1).

O bien, como el conocido profesor Gabino Fraga sostiene en su obra de igual nombre: "Pensamos que el concepto de utilidad pública, como todos los conceptos del derecho público, debe definirse en relación con la noción de atribuciones del Estado, de tal modo de considerar que existe siempre que la privación de propiedad de un particular sea necesaria para la satisfacción de las necesidades colectivas, cuando dicha satisfacción se encuentra encomendada al Estado" (1). Conceptos similares se encuentran en especialistas de la talla de André de Laubadère, de Garrido Falla o de Enrique Sayagués Laso quien al respecto dice: "El objeto de la expropiación es permitir a la administración el cumplimiento de fines públicos. Pero no cualquier fin público, sino únicamente aquéllos que hayan sido declarados de necesidad o utilidad pública" (2).

Es esta noción de fin público conjugado con la de necesidad o utilidad pública, la que salva el escollo de una arbitrariedad en la expropiación. Pues si bien la noción de utilidad pública no admite una definición precisa y además

(1) Derecho Administrativo. Ed. 1952, pág. 523.

(2) Tratado de Derecho Administrativo. Ed. 1959. T 21, pág. 314.

tiene un marcado carácter evolutivo, lo que permite su interpretación flexible y ajustada a los requerimientos del momento, esa utilidad debe ser real y verdadera. Ya que tal y como lo dice Laubadère: "... (la expropiación por causa de utilidad pública constituye)... en materia de adquisición de bienes, la aplicación de prerrogativas de constreñimiento fundamentadas en el principio de la primacía del interés general" (3). O dicho de otra manera, si no hay interés general, no existe la utilidad pública.

Es interesante ver como la noción de la primacía del interés general se ha manifestado en sentencia de Casación bastante reciente, del año 1960, que acoge la opinión del tratadista José Canasi al decir: "Para que la expropiación sea justa no es necesario que la indemnización ponga al expropiado en condiciones de sustituir al bien de que se le privó por otro fundamentalmente igual. La expropiación no puede ser para el expropiado una fuente de ganancias, pues su esencia es la compensación justa del valor venal actualizado. El justiprecio ha de referirse en el juicio de expropiación a lo que el inmueble vale en el estado y forma de explotación en que es tomado por el Estado expropiante. Quedan excluidas todas las hipótesis relativas a ganancias hipotéticas y todo lo relacionado con gravamen o perjuicios que son consecuencia directa de la expropiación".

De acuerdo con lo anterior, no hay duda que la administración podría, recurriendo a los procedimientos expropiatorios, disminuir los resultados adversos de una sentencia dictada en su contra. Las posibilidades que para la administración presenta un juicio expropiatorio, con la intervención de peritos de su nombramiento, le permitirían, eventualmente, hacerse dueña del bien por una cantidad menor que la fijada por la sentencia. Sin embargo, y no obstante que el proyecto comentado admite la expropiación, la noción de utilidad pública dificulta que tal cosa pueda

(3) Droit Administratif. Ed. 1963, pág. 287.

ocurrir, ya que si esa utilidad no existe, se está en presencia de un procedimiento ilegal que compromete el patrimonio de la administración frente al expropiado y en su beneficio.

Por otra parte, el inciso 2º del artículo evita otro posible vicio en que pudiera caer la administración: la demora en iniciar el juicio de expropiación. A este efecto, el apartado dicho dispone que vencido el término de 15 días fijados en el inciso 1º, a petición de parte se continuará con la ejecución de la sentencia.

El artículo siguiente se ocupa de las responsabilidades de los funcionarios en lo que a la ejecución de la sentencia se refiere, así como a la trascendencia de esa responsabilidad en caso de la desinvestidura del servidor. Los problemas que se originan con el alejamiento del funcionario son de suyo interesantes, pero la índole del estudio impide el examen detallado de ellos. Por lo tanto, me he permitido reducirlos a lo esencial, procurando no perjudicar la claridad.

Artículo 81-1. "Será caso de responsabilidad civil y penal la infracción de lo preceptuado en los artículos anteriores acerca de la ejecución de las sentencias.

2. Los funcionarios o empleados a quienes se ordenare el cumplimiento de la sentencia, no podrán excusarse en la obediencia jerárquica; pero para deslindar su responsabilidad, podrán hacer constar por escrito, ante el Tribunal, las alegaciones pertinentes".

Los incisos transcritos contemplan el caso de las responsabilidades en que puede incurrir el funcionario por contravenir las disposiciones relativas a la ejecución de la sentencia, y también el medio por el cual puede evadir esa responsabilidad.

En el cumplimiento de sus tareas los funcionarios pueden realizar actos que les signifiquen responsabilidad penal,

casos estos contemplados en los códigos de la materia y que rebasan el ámbito del derecho administrativo. Sin embargo, en el proyecto que se examina se impone al funcionario negligente en la ejecución de la sentencia una sanción que puede llegar a los cinco años de prisión, y con la denegatoria de beneficios tales como indulto, suspensión de la pena y otros (incisos 5 y 6 del artículo 81). El objeto perseguido es claro, evitar con la amenaza de la pena la inejecución de la sentencia, no obstante las reservas que en su contra pueda tener el funcionario, o el retraso en esa ejecución en acatamiento a órdenes recibidas. Es axiomático que el servidor debe obedecer las órdenes de sus superiores. La conveniencia de la marcha ordenada de la administración así lo exige. Es fácil imaginar el caos en que se caería si los subordinados pudieran discutir e incumplir las disposiciones de sus superiores. Este acatamiento incondicional forma lo que en doctrina se conoce como obediencia jerárquica, la que aparece incorporada en las disposiciones del Estatuto de Servicio Civil y de su Reglamento, del Código de Trabajo y ahora en el proyecto que se examina.

A su vez, la necesidad de una acción administrativa continua y sin tropiezos se manifiesta en el Código Penal, cuyo artículo 26 inciso 2º dispone que está exenta de responsabilidad el que obrare en virtud de obediencia explicable por las circunstancias del hecho o por las condiciones personales del agente. No cabe duda que esta norma es salvaguarda para los subordinados, los cuales viéndose obligados a cumplir órdenes de los superiores, pudieran por ese mismo hecho incurrir en delito, ya que el Código de Policía en su artículo 138 sanciona con arresto o multa a quien desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

No obstante que la obediencia jerárquica está plenamente acogida en nuestro derecho positivo, dispone el inciso 2º del artículo examinado que los funcionarios o empleados a quienes se ordenare el cumplimiento de la sentencia no

podrán excusarse en ella. Es decir, el funcionario es responsable no obstante la obediencia que debe al superior. Sin embargo, se le admite deslindar su responsabilidad ante el Tribunal.

En el proyecto que se comenta, la simple obediencia jerárquica no basta para salvar al funcionario de las reparaciones a que pueda verse obligado por los perjuicios provenientes de la ejecución de la sentencia. De ahí la necesidad en que se ve, si teme un futuro reclamo, de hacer las manifestaciones pertinentes ante el Tribunal. Consigue con ésto no sólo librarse frente a la administración, sino también frente a los administrados. Cobra así importancia la distinción entre el hecho suyo y el hecho de la administración; o como conoce la doctrina: "falta personal" y "falta de servicio".

La solución a la dificultad inicial en diferenciar una falta de la otra se debe a la doctrina y jurisprudencia francesas. En efecto, lenta y cuidadosamente fue desarrollado en Francia el concepto medular de "falta de servicio" en oposición de la "falta personal". El elemento de distinción entre ambas es una circunstancia intelectual o material, separable de la función administrativa e imputable al funcionario. O sea, un hecho propio del agente, "falta personal", separable, por eso mismo, de la función. Separable materialmente si se produce al margen de ella; e intelectualmente, si ocurre al realizarse actos en ejercicio de la función.

El creador de esta utilísima fórmula lo fue Laferrière, quien, en sus conclusiones en el asunto Laumonier-Carriol, dijo que había "falta de servicio" si el hecho perjudicial era impersonal, revelando tan sólo a un administrador más o menos sujeto a error. Pero que había "falta personal" si lo que se revelaba era el hombre con sus debilidades, sus pasiones, sus imprudencias. O sea, cuando lo que aparece es la personalidad del funcionario, al manifestarse un dolo, una vía de hecho o una falta al derecho común, se está

ante una falta imputable no a la función sino al funcionario. Se ha producido la "falta personal" y el funcionario es responsable. Por el contrario, si el órgano administrativo ha actuado corrientemente aunque en forma defectuosa, quien se ha manifestado es el funcionario y la falta es "falta de servicio". En este caso la responsabilidad es de la administración pues el funcionario desaparece en la organización administrativa.

Por lo expuesto hasta aquí se colige que la disposición comentada del inciso 2º producirá una sensible mejora en el funcionamiento de la administración pública, a la cual se le quita la posibilidad de escudarse en sus funcionarios, pues éstos podrán responsabilizarla en sus actuaciones imprevistas o torpes.

Se da al inciso siguiente, el número 3, una interpretación restrictiva, en la parte concerniente a la renuncia del funcionario. La razón de esto se verá en lo que sigue.

Inciso 3.—"La renuncia del funcionario requerido por el Tribunal, o el vencimiento del período de su nombramiento, no le eximirá de las responsabilidades, si ello se produce después de haber recibido la comunicación que la mandaba cumplir la sentencia".

Con su separación del cargo el funcionario pierde sus facultades dentro de la administración. De ahí que careciendo de competencia no puede producir efectos administrativos externos: hacia los administrados. Por eso la responsabilidad señalada en este inciso debe entenderse del ex-funcionario para con la administración y como consecuencia de su gestión.

La disposición que se estudia presenta dos problemas. El primero es la duración de esa responsabilidad; y segundo si el ex-funcionario es responsable no obstante haber dejado todo previsto para dar cumplimiento a la ejecución de la sentencia. El examen de lo anterior debe hacerse frente a

las dos posibilidades que contempla el inciso: la renuncia y la separación del cargo por vencimiento del período del nombramiento.

Puede definirse la renuncia como manifestación o acto unilateral del funcionario, mediante el cual expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa. A menos que se disponga lo contrario, requiere ser aceptada por la administración para surtir efecto. Por otra parte, es acto discrecional tanto del funcionario el presentarla como de la administración el aceptarla. Salvo el caso de no ser necesaria la aceptación de la renuncia para que ella produzca efecto, situación en la cual sí existe plena responsabilidad del funcionario para con la administración; al serle aceptada su renuncia se libera el servidor de responsabilidad por el incumplimiento en la ejecución de la sentencia. Esta y no otra es la consecuencia de un acto discrecional de la administración, que actúa en ejercicio libre de sus atribuciones jerárquicas, ya que la administración puede rechazar la renuncia si considera que la separación del funcionario perjudica la marcha del servicio. Y es por esto, por ser acto discrecional de la administración, la cual puede apreciar libremente las consecuencias de aceptar o rechazar la renuncia que se le presenta, por lo que la administración resulta, ella, la única responsable de los perjuicios que puedan derivarse en su contra por la desinvestidura del servidor. Esta parece la interpretación correcta del inciso, en este aspecto. Aceptar la tesis contraria significaría nada menos que cargar sobre las espaldas del ex-funcionario las consecuencias de un acto que no es suyo.

Veamos ahora lo tocante al vencimiento del período de nombramiento.

En las funciones por período fijo el plazo está establecido de antemano. Así la incorporación al cargo se hace por un lapso determinado, a cuyo término el funcionario cesa. De ahí que el servidor sepa que de no mediar cir-

constancias imprevisibles que impongan una renuncia o una revocación de su nombramiento, en fecha preestablecida cesarán sus funciones.

El problema de la ejecución de la sentencia, en el supuesto que se examina, puede presentarse en dos oportunidades: a) se recibe la comunicación y se deja encaminado su cumplimiento antes de la separación del cargo; y b) se recibe la comunicación a término muy corto, que puede ser de horas, del fin del período y por ello existe imposibilidad de cumplirla. La primera oportunidad debe examinarse al tenor de las medidas tomadas por el ex-funcionario, dentro de lo que era su competencia, tendientes a darle cumplimiento al fallo. Así, si las disposiciones fueron correctas y la sentencia se cumple satisfactoriamente, el ex-servidor no será responsable. Pero si por el contrario las medidas acusan fallas al ser puestas en práctica, no cabe duda de su responsabilidad. Sin embargo, necesariamente debe distinguirse entre las fallas en las medidas adoptadas por el funcionario y los errores cometidos en cumplimiento de esas disposiciones. Y en lo que se refiere a la duración de la responsabilidad del ex-funcionario, es lógico que ésta no vaya más allá del plazo de la ejecución de la sentencia.

En lo que hace a la segunda oportunidad, si bien nadie puede garantizar el resultado de un litigio, lo cierto es que de su desarrollo puede deducirse con mayor o menor seguridad cuál ha de ser ese resultado. De ahí que puedan tomarse con la debida anticipación aquéllas medidas mínimas que ese examen indique como apropiadas. Si esto es recomendable en los particulares cuando están en una controversia judicial, es obligatorio para los funcionarios públicos cuya administración se encuentra en igual situación.

En efecto, está en la esencia misma del ejercicio de la función pública el cumplirla al máximo de la eficiencia. Lo que significa no sólo la decisión adecuada al momento, sino la previsión de las futuras dificultades o problemas y

la adopción anticipada, en lo que sea posible, de las medidas acordes con ellos. Por eso si la administración está en disputa judicial, es obligación del funcionario prever un posible resultado adverso a los intereses de esa administración, para así evitarle todo entrambamiento o un mayor perjuicio. De ahí que no sea responsable frente a la administración, el servidor que dado lo inminente de su desinvestidura no puede cumplir con la ejecución de la sentencia, si las medidas mínimas de previsión tomadas por él fueron las apropiadas. Por el contrario, es responsable si fue negligente.

En lo tocante a la duración de esa responsabilidad, ésta termina en el momento en que esas medidas mínimas de previsión se ejecutan. Hasta aquí se proyecta la personalidad del ex-funcionario, lo que sigue lleva el sello del nuevo servidor.

Como podrá observarse, las soluciones propuestas dejan amplio margen para la apreciación circunstancial por parte de la administración. Y ello representa un peligro para el ex-servidor, pues se le podrían atribuir deficiencias que no son suyas sino de la administración, la cual, por lo demás, aprecia unilateralmente lo adecuado de las provisiones del ex-funcionario.

Pero no obstante eso, considero que lo propuesto tiene la virtud de limitar y adecuar la responsabilidad del particular a su diligencia y previsión de cuando era funcionario público, fijándose así un límite a esa responsabilidad, que de otra manera se prolongaría a actos ya fuera del control del interesado y ajenos a él.

Los últimos tres incisos del artículo 81, que cierra el capítulo de la ejecución de la sentencia, son claros en sus disposiciones y consecuencias y no presentan problema.

“EL FIDEICOMISO”

*Dr. RAUL CERVANTES AHUMADA,
Titular Derecho Mercantil,
Universidad Nacional Autónoma de Méjico.

Sólo la generosidad, a la altura de la clásica hospitalidad costarricense, del gran amigo don Rogelio Sotela pudo engarzar tan hermosas cuanto inmerecidas palabras. Ya verán ustedes, en el transcurso de la plática, que así es. Antes que todo, debo expresar a los señores organizadores mi profundo sentimiento de gratitud por haberme permitido, una vez más, visitar esta hermosa y querida Costa Rica. Los mejicanos tenemos por Costa Rica especial cariño y devoción y nos interesamos por todo lo que interesa a este país, noble y próspero. El honor de estar en Costa Rica se aumenta con el hecho de ubicarnos en este ilustre recinto del Colegio de Abogados. Y deseo también previamente expresar a los distinguidos miembros del foro costarricense el respetuoso y cordial saludo del foro mejicano, representado en la Asociación Nacional de Abogados de Méjico, que tengo el alto cuanto inmerecido honor de presidir. El Consejo de aquella institución me ha encomendado manifestar a ustedes sus sentimientos no de cortesía sino de fraternidad y de cariño.

Y por encargo de los señores organizadores he de proceder, de la manera más breve que sea posible, a expresar algunas ideas sobre el fideicomiso mejicano, a compararlo, necesariamente en forma superficial, con la novísima legislación de Costa Rica y será para mí un honor más el lograr despertar en el auditorio interés e incluso dudas sobre esta institución tan escurridiza y tan difícil de ser absorbida en

* Conferencia pronunciada por el autor en el Colegio de Abogados de Costa Rica el 15 de Julio de 1964.

las mallas de la ley o de la enseñanza teórica. Es por ello que me sentiría extraordinariamente satisfecho si al final de la plática pudiésemos establecer un especie de diálogo, con el fin de ver si es posible aclarar en alguna medida puntos oscuros o sobre los cuales ustedes deseen una aclaración o explicación complementaria.

ANTECEDENTES

Como decía el maestro Sotela, el fideicomiso mejicano reconoce como antecedente al "trust" anglosajón. El "trust" anglosajón, a su vez, reconoce como antecedente a lo que los juristas italianos llaman modernamente el negocio fiduciario del Derecho Romano, o lo que los romanos llamaron *pactum fiducia*. En Inglaterra, como todos ustedes saben, las fuentes del Derecho, tanto en su aspecto formal como material, realizan, por así decirlo, una función distinta a la que realizan las fuentes del Derecho en los ordenamientos jurídicos latinos o del grupo continental europeo. Es curioso pero el sistema inglés tiene mayores contactos con los sistemas jurídicos orientales que con el sistema europeo continental. El más alto valor en el sistema jurídico continental, al cual pertenecen nuestros ordenamientos, es el principio de la seguridad jurídica, que arranca del viejo aforismo romano *dura lex sed lex*. En los sistemas orientales y en el sistema inglés, el más alto valor es el principio de la equidad, que puede eventualmente predominar sobre la ley. La equidad se desarrolla en la historia del "Common Law" en Inglaterra como una fuente predominante del Derecho. Pudiera ser, y este ejemplo aclara la cuestión, que alguna sentencia se dictase con estricto apego a la ley, pero que esta sentencia en el caso concreto constituyese un agravio a la justicia. En Inglaterra la sentencia podía ser anulada por equidad. Quizás el término "anulada" no sea preciso, en la connotación que nosotros le damos, porque el juez inglés de equidad declara la validez de la sentencia, pero dicta una disposición que impide la ejecución de ella. En Inglaterra, hubo incluso tribunales de equidad y estuvieron escindidas las jurisdicciones: el tribunal que llamaríamos ordinario era tribunal "en ley —en una tradición literal— y

el Canciller del Rey ejercía las funciones de tribunal de equidad. Entonces, cuando alguien sufría una sentencia correcta conforme a la ley, pero injusta, podía acudir al tribunal de equidad que dictaba un mandamiento llamado "injunction" que paralizaba, por razón de equidad, la ejecutividad de la sentencia. Hoy no existen separadamente, ni en Inglaterra ni en Estados Unidos, ni en los demás países del sistema jurídico anglosajón, las divisiones de jurisdicción, pero los tribunales siguen juzgando en ley y en equidad.

Cuando una disposición parlamentaria inglesa, por allá de los siglos XV y XVI, prohibió lo que nosotros llamaríamos la "mano muerta", se dio un fenómeno práctico, curioso y natural que hemos visto también en algunos de nuestros países. Los eclesiásticos colocaron sus bienes —aquéllos que la ley les prohibía poseer— bajo el amparo de prestanombres; y estos prestanombres, como también ha sucedido entre nosotros, en muchas ocasiones —como decimos en Méjico— "les calentaron" los bienes y se les alzaron. Entonces se acudió ante los tribunales a demandar la devolución de esos bienes y los actores fracasaron porque había una ley que impedía que poseyeran esos bienes. Y poco a poco aquellas sentencias, en el fondo injustas, fueron siendo anuladas por los tribunales de equidad del Canciller del Rey hasta que se aclaró, en la jurisprudencia inglesa, que había dos clases de propiedad: la propiedad en ley y la propiedad en equidad. Y la jurisprudencia hizo prevalecer la propiedad en equidad.

A esta institución de la doble propiedad se le dio el nombre de "trust", en una de tantas, múltiples, acepciones específicas que tiene en el sistema anglosajón esta palabra. Porque la palabra "trust" tiene una amplia significación. Se designa con ella a todo negocio en que interviene la confianza y aun ha servido para connotar la organización monopolista. En Estados Unidos, sabido es, hay una ley "anti-trust" que se refiere al control legal sobre los monopolios. El "trust" como institución del Common Law, del Derecho

civil inglés, consistió en este negocio de doble faceta, faceta legal y faceta de equidad que, a través de la jurisprudencia, preponderaba sobre la legal. Es una cuestión de confianza: el "settlor", que ellos llaman —que llamaríamos nosotros el fideicomitente—, coloca una cosa en una situación de confianza con un "trustee", con un fiduciario, y éste tiene la obligación de usar la cosa como se ha convenido que la use. Pero ante los terceros aparece como dueño, y lo es, de tal manera que un tercero que adquiriese de él la propiedad, la adquiriría bien. Pero entre las partes, repito, predomina el aspecto de la equidad. Puede realizarse, a través de la jurisprudencia, la anulación práctica, ya que no jurídica, de la propiedad en ley y hacer que la propiedad en equidad vuelva a coincidir con el propietario real y económico de la casa.

Esta institución, por razón natural, viene, como otras instituciones del derecho inglés, a los Estados Unidos. En Estados Unidos se desarrolla en el ámbito privado; pero, a fines del siglo y en virtud de la conocida crisis de los ferrocarriles norteamericanos de fines del siglo pasado y principios de este siglo, se entregaron a instituciones bancarias propiedades ferrocarrileras en "trust" para que los bancos pudiesen dar esas propiedades como garantía frente a los acreedores que financiarían a las empresas ferroviarias, emitir bonos sobre esa garantía y administrar incluso los ferrocarriles. Y esto fue como una especie de clarinada; los bancos comenzaron a operar, cada vez con mayor amplitud en el "trust"; algunas sentencias prohibieron la institución; pero no los orientó la jurisprudencia hacia el reconocimiento pleno de la validez del "trust". Y en los Estados Unidos la institución toma camino diferente del que siguió en Inglaterra. En Estados Unidos se comercializa a través de las instituciones bancarias: se hace del "trust" una auténtica actividad profesional. El "trust" en Inglaterra, por ejemplo, no es principio remunerado (cuando la remuneración existe en la práctica inglesa debe pactarse) en la práctica norte-

americana, el "trustee" o fiduciario tiene derecho a una remuneración. Y, repito, se comercializa la institución a través de los bancos hasta llegar, por así decirlo, a universalizarse en los Estados Unidos, de tal manera que los autores norteamericanos calculan que en las grandes ciudades aproximadamente las dos terceras partes de las propiedades urbanas se encuentran bajo el régimen del "trust". Todos los retirados, que suman millones en los Estados Unidos, invierten en su negocio y el resultado final de sus ahorros lo entregan en "trust" a un banco para que les pase, a manera de pensión, los productos de los capitales correspondientes. Es usual que cuando nace un niño de familia rica se constituya un "trust" para atribuirle a ese pequeño el capital que habrá de servirle en el desenvolvimiento de su vida. Grandes fortunas americanas están así: un caso muy conocido, es la propiedad de los Kennedy; el Presidente Kennedy era Presidente del país más poderoso del mundo y no podía disponer de su fortuna total, pues ella estaba colocada en un "trust", y los directivos de ese "trust" eran los que decidían lo que debía hacerse.

La fuerza viva de los Estados Unidos, la intervención de la banca norteamericana en los negocios bancarios mejicanos, el desarrollo de nuestro comercio, las inversiones americanas en Méjico, hicieron que la institución del "trust" norteamericano comenzara a infiltrarse en la práctica mejicana. Un jurista de principios del siglo, don Enrique Zúñiga, escribe el primer estudio mejicano sobre el "trust". Trata de que la institución se implante. Pero, en realidad, esta institución no aparece en la legislación mejicana hasta 1924. Ya para entonces los panameños habían andado un poco en este terreno y era muy respetada en Méjico la obra del gran jurista don Ricardo Alfaro. Bajo la influencia de Alfaro surgen las primeras leyes mejicanas. Se concibe la institución como un mandato irrevocable; se le convierte, mercantilizándola, en operación exclusivamente bancaria, característica ésta que la distingue fundamentalmente del

"trust" anglosajón, ya que el "trust" anglosajón es una institución típica del Derecho Civil. En los Estados Unidos la practican los bancos como practican otras operaciones típicas de Derecho Civil, pero no es una operación exclusivamente bancaria en los Estados Unidos, como sí lo es, repito, en la ley mejicana. Para este tiempo, del 24 al 32, se habían publicado estudios muy interesantes, principalmente en Italia: la famosa monografía de Ferrara sobre "La simulación de los negocios jurídicos", que contiene una bien estructurada doctrina del negocio fiduciario; la obra de Franceschelli sobre el "trust" inglés; la de Domenico Rubino sobre los negocios indirectos, y algunas otras obras. Los alemanes, por su parte, habían elaborado la doctrina del patrimonio de afectación, del patrimonio sin *domine*, sin sujeto. Y estas grandes corrientes doctrinarias de aquellos años sirvieron al legislador mejicano del 32 para elaborar la ley vigente.

Por el fideicomiso en el Derecho mejicano, donde no se reconoce esa división tajante entre equidad y ley, como fuente del Derecho, sino que la ley predomina sobre la equidad, no podía escindirse la propiedad; no podíamos nosotros hablar de propiedad conforme a la ley y de propiedad conforme a la equidad. En Méjico sería un contrasentido que alguien acudiese a un tribunal, por ejemplo a un tribunal de amparo, y dijera: "El juez me condenó conforme a la ley, y vengo a que anulen la sentencia porque es inequitativa". Eso no tendría sentido en nuestro Derecho. Y es por eso que se encuentra la solución teórica a través de la idea germánica del patrimonio de afectación, del patrimonio que no tiene sujeto en sentido económico, de la propiedad que no tiene propietario, sin que esto sea un contrasentido. Por no existir propietario existe un titular de ciertos derechos que en la práctica determinan un determinado poder sobre un bien también determinado; pero este poder no llega jamás al poder dominical.

En Méjico sobre esto tenemos antecedentes también muy mejicanos en el aspecto teórico y la conjugación de los antecedentes históricos nuestros con la doctrina extranjera nos llevó a la solución del patrimonio de afectación. El ejemplo más corriente y a la mano es el ejemplo de la llamada propiedad ejidal, o sea el régimen que rige la situación jurídica de las tierras entregadas a los pueblos por la revolución mejicana. Allí no hay propietario; el ejidatario solamente tiene un derecho de usufructo sobre la tierra; la entidad ejidal que se llama allá entre nosotros comisariado ejidal no es tampoco propietario de la tierra. La comunidad no puede serlo porque el régimen ejidal no tiene personalidad jurídica. El Estado tampoco tiene el patrimonio de los bienes ejidales. Están afectados por la Ley Ejidal, la Constitución y el Código Agrario Mejicano a un fin determinado y ese fin no puede cambiar jamás, son bienes fuera del comercio, no pueden gravarse, no pueden venderse. El campesino que abandona su tierra pierde el derecho de uso, que la autoridad ejidal atribuye a otros campesinos y el régimen legal de la tierra es inalterable.

Es una cosa que no tiene propietario y no es mostrenca.

El Estado, cuando por necesidades sociales va a dar diverso destino a las tierras ejidales, sigue un curioso camino: las expropia, pero no se sabe a quién se las expropia. Por ejemplo, el terreno en que se erigió la Ciudad Universitaria de la Capital fue "expropiado", pero en realidad se hizo arreglos con los campesinos, se les entregó tierras en mejores condiciones de productividad en otra parte y por ley se atribuyó la propiedad de aquellos terrenos a esa entidad descentralizada del poder público que es la Universidad Nacional Autónoma de Méjico. Volvieron los bienes a tener propietario.

En un fideicomiso mejicano sucede, "mutatis mutandis", la misma situación. El bien objeto del fideicomiso se sustrae del régimen normal de propiedad. Se coloca en si-

tuación de patrimonio de afectación autónoma, destinado a un fin determinado y respecto del cual solamente se pueden ejercitar las acciones y derechos en consonancia con el fin. El problema de propiedad es irrelevante. Vemos más claro que es irrelevante el problema de propiedad, puesto que se pueden constituir fideicomisos sobre derechos distintos al derecho de propiedad. Yo puedo, por ejemplo, constituir un fideicomiso sobre un derecho prendario o sobre un derecho de usufructo. Es decir, no necesariamente el fideicomiso se constituye sobre bienes materiales o sobre bienes afectados o sujetos al régimen dominical, sino sobre toda clase de bienes incluyendo en ellos a los derechos, a los bienes inmateriales.

El fiduciario es titular de aquel patrimonio; pero en qué medida es titular? La pregunta no puede contestarse con alcances de generalidad. El caso concreto establecerá la medida del poder fiduciario sobre el patrimonio fideicometido. Es decir, el acto constitutivo de fideicomiso determinará la medida del poder fiduciario. Y sólo en el caso de que el acto constitutivo tenga una omisión a este respecto, la medida del poder se determinará en relación con el fin del fideicomiso. Y en caso de conflicto sobre esta base, resolverán los jueces.

De manera, pues, que pueda ser que yo sea propietario de esta finca; que en este momento sea yo un comerciante próspero; pero que, sabedor de las contingencias de la vida comercial, quiera yo asegurar la educación de mis hijos. Entrego este bien en fideicomiso, destinándolo a ese fin. Establezco que el fiduciario no podrá vender este bien, simplemente lo administrará; entregará los productos que se determinen a los menores y, cuando estos hayan terminado su educación, hará con la finca lo que se le diga, lo que se le haya ordenado en el pacto constitutivo (la enajenará a una institución de beneficencia, la venderá y entregará su producto a los menores ahora mayores o, incluso, revertirá las fincas al fideicomitente). De manera, pues que

los poderes del fiduciario sobre el patrimonio fideicometido son en Méjico tan diversos como amplia es la grama de posibilidades en los fines del fideicomiso.

Es decir, se pueden constituir fideicomisos para cualesquier asuntos. Pleonásticamente la ley establece este requisito: debe ser lícito el fin. Yo creo que, aunque la ley no lo dijera, evidentemente no podrían establecerse fines ilícitos con efecto legal en un fideicomiso. Pero, por ejemplo, puede constituirse un fideicomiso para honrar a los héroes, para la investigación científica, para recoger a los perros callejeros; en fin, para el objeto más variado y más amplio.

Las partes, ya entrando en un terreno más concreto, son en Méjico el fideicomitente, que es el que tiene el poder sobre los bienes que habrán de integrar el patrimonio fideicometido. Es el que constituye, por acto unilateral de voluntad, el fideicomiso. El fiduciario, que debe ser un banco siempre, legalmente autorizado para desempeñar las funciones de fiduciario. Y el fideicomisario, que es el beneficiario de los productos o beneficios del fideicomiso. Claro está, como ya implícitamente quedó establecido al poner ejemplos sobre las finalidades, el fideicomisario no es necesario que exista como sujeto jurídico. Un fideicomiso para recoger los perros o para curar a los leprosos no tendría un fideicomisario determinado; tendría sí un fiduciario determinado. Para que el fideicomiso sea formalmente constituido tampoco es necesario que exista el fiduciario. Para lo que es necesario el fiduciario es para la ejecución del fideicomiso. Pero si el fideicomitente omitió designar fiduciario, esta omisión no producirá la nulidad del acto constitutivo: el juez nombrará al fiduciario que se encargue en su oportunidad de realizar el fin para el cual el fideicomiso se ha constituido. Claro está también entonces que el fiduciario nunca se convierte en propietario de los bienes fideicometidos. Es simplemente fiduciario, un encargado del patrimonio fideicometido según el poder o la medida que le determina el acto constitutivo o el fin.

El fideicomisario tendrá solo derechos personales a exigir la entrega del beneficio, derecho quizás de perseguir los bienes que salgan ilegalmente de la masa constitutiva del patrimonio fideicometido, pero no tendrá ningún derecho real sobre los bienes fideicometidos.

+ En cuanto al fideicomitente, puede darse el caso de que no se haya reservado, tampoco, ningún derecho. La medida de su derecho la dará el acto constitutivo, pero puede ser, como en el ejemplo que citábamos antes, que constituido el fideicomiso para un fin y que cumplido éste se dará a los bienes un destino ulterior (por ejemplo, que se entregarán a una institución de beneficencia pública); o bien, si nada se ha dicho, los bienes revertirán al fideicomitente, o bien el fideicomitente tendrá eventualmente el derecho de reversión. Pero, por ejemplo, supongamos que el fideicomiso fue constituido ilegalmente en fraude de los acreedores; que posteriormente a la constitución del fideicomiso, el fideicomitente cayó en insolvencia y vino su quiebra.

Claro está que cada vez que un fideicomiso se constituya en fraude de acreedores habrá la posibilidad de que, por acción pauliana, los acreedores nulifiquen este acto; pero suponiéndolo bien constituido, los acreedores podrán embargar el derecho de reversión para cuando el fideicomiso se termine; no podrán embargar los bienes del fideicomiso. Respecto de bienes dados en fideicomiso, por disposición legal expresa, solamente podrán ejercitarse los derechos relacionados con el fideicomiso mismo. Por eso, los fiduciarios mantienen todos los patrimonios fideicometidos separados entre sí.

Vamos a suponer que el patrimonio número 1 requiere trabajadores, pues se trata de una fábrica. Los trabajadores son empleados del fideicomiso, no son empleados del banco fiduciario, ni del comitente, ni de los otros fideicomisos, ni de los fideicomisarios; son empleados del fideicomiso y eventualmente ejercitan sus derechos contra el patrimonio fideicometido.

Si el patrimonio fideicometido es insuficiente, no podrán venir sobre los patrimonios de las partes en el fideicomiso; los patrimonios son completamente autónomos. Supongamos que se da en fideicomiso una empresa comercial. La empresa puede sufrir quiebra; no quiebra el fiduciario; no quiebran los otros patrimonios fideicometidos; sólo se operará la quiebra, con todas sus consecuencias, en el ámbito del patrimonio fideicometido; no hay confusión de patrimonios; están separados perfectamente unos de otros los patrimonios fideicometidos. El fiduciario es titular de todos, y en esto quiero insistir, de cada uno en la medida establecida por el acto constitutivo o determinada por la finalidad concreta del fideicomiso.

De ahí depende que pueda vender o no pueda vender; depende que pueda gravar o no pueda gravar; depende la manera como debe él usar los bienes que constituyen el patrimonio fideicometido.

Ahora bien, es necesario distinguir en Derecho mejicano —y la distinción es clara en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— entre fideicomiso y negocio fiduciario, porque al entrar en vigor la ley los juristas mejicanos repetidamente confundieron las instituciones: el fideicomiso con el negocio fiduciario. El negocio fiduciario en Méjico es un negocio de derecho civil y relativamente nuevo en nuestra práctica jurídica; el surgimiento del negocio fiduciario en la práctica y en la jurisprudencia mejicanas se debe evidentemente a la doctrina italiana y, fundamentalmente, a la monumental obra de Ferrara que ya citamos, "La Simulación de los Negocios Jurídicos".

Ustedes saben que mi país ha sido un país revolucionario, no sólo en el sentido de que ha realizado la primera revolución social que la historia contemplara en este siglo, sino que, además de revolucionarios, los mejicanos hemos sido muy revoltosos. Hemos cometido muchas asonadas,

muchos movimientos sin cabeza, algo que no puede calificarse propiamente como revolución sino como revuelta. Y en aquella época en que se hacían revueltas todos los años, un señor que se comprometía en un movimiento revoltoso, si tenía patrimonio lo primero que hacía era poner sus bienes a nombre del compadre, para que se los cuidara por si perdía el movimiento. Si el movimiento perdía y el mejicano aquel tenía la fortuna de salir con vida, no se quedaba en el país, se iba al extranjero. Y el Gobierno triunfador confiscaba los bienes de los responsables del movimiento, diz que para resarcirse de los gastos que al erario público había ocasionado la correspondiente revolución. Y entonces venía el amparo. El dueño legal decía: "compré estos bienes antes de que el dueño se metiera a la revolución, soy tercero y he sido desposeído de mis bienes sin ser oído ni vencido en juicio", e invariablemente ganaba el amparo. E invariablemente, también, se quedaba con los bienes del compadre.

Esto daba ocasión a que, por allá a los diez años en que volvía del exilio, el compadre reclamaba sus bienes; y los abogados mejicanos plantearon las acciones de nulidad por simulación que invariablemente perdieron. Sencillamente no había habido simulación. Hasta que vino la obra de Ferrara a aclarar puntos: se trata de un negocio fiduciario, es decir, de un negocio atípico, compuesto de dos negocios, uno legal, aparente, que surte todos los efectos que le son propios frente a terceros, pero que ve destruidos sus efectos por un negocio oculto, un pacto de buena fe, un pacto en fiducia que sólo surte efectos entre las partes.

En un caso, allá por los años del cuarenta y tantos, se planteó la acción de ejecución del pacto fiduciario. Se trataba de los bienes de un comerciante joven que se había visto envuelto en la famosa crisis mundial de los años 29-30 que arruinó a tanta gente y, principalmente, a tanto comerciante. Este joven tenía en una ciudad una empresa

próspera, tenía el mejor edificio comercial de la ciudad, ciudad norteña de Méjico. Cuando se vio necesitado de dinero, hipotecó el edificio aquél, no pudo detener la montaña que se le venía encima y quebró de la manera más absoluta. Pero, antes de irse a la quiebra, hizo un arreglo con su acreedor hipotecario. En virtud de este arreglo el acreedor hipotecario lo demandó; él dijo, "reconozco el crédito, no tengo con qué pagar, ofrezco en pago el edificio", se adjudicó en pago el acreedor el edificio e inmediatamente le escrituró al padre del joven una promesa de venta. Evidentemente era una venta en abonos, pero le llamaron promesa de venta en los términos del crédito. Los acreedores no persiguieron aquella propiedad y el comerciante se vino a una ciudad del sur. Era muy hábil, levantó una empresa comercial y acabó de pagarle al acreedor hipotecario. El acreedor hipotecario murió fuera del país y el promitente comprador, padre del muchacho, demandó el otorgamiento de escritura de la venta definitiva, que otorgó el juez en rebeldía del demandado. Todo en orden. Naturalmente había ahí un carteo casi diario entre el padre e hijo, por el cual se veía que la propiedad era del hijo y que actuaba el padre siempre conforme a las instrucciones del hijo. Había cartas como ésta, en que el padre le decía: "Estoy avergonzado porque enfermó tu madre y he tenido que echarme sobre las rentas de este mes y me he convertido en ladrón", y ponía entre paréntesis "provisional". Pero pasaron los años y al padre comenzó a molestarle mucho aquella situación. Se sentía viejo y le escribía al hijo: "He consultado al abogado y me ha dicho que si yo muero estos bienes que están a mi nombre van a ser motivo de discordia entre mis hijos porque todos son mis herederos y el bien es tuyo: ven para que te haga la escritura como corresponde". El hijo le decía: "Estás muy fuerte, padre, qué te vas a morir ni qué nada". Al fin llegaron a la conclusión de que harían una sociedad anónima para que se pusiera el bien a nombre de ella —claro, todo el capital iba a ser del hijo—, para que una

nueva crisis o una nueva quiebra no volvieran a afectar este patrimonio que destinaba el joven a la educación de sus hijos. Y a esas alturas, y contra todas las previsiones, murió el hijo.

El viejo, los primeros meses era gran amor y atenciones con la nuera, la viuda, pero a los cuatro o cinco meses le dijo: "Esto es mío". Los abogados dijeron: "Es de él". Claro, los registros públicos, las escrituras públicas, la sentencia judicial, todo lo decía. La sucesión ejercitó la humilde acción de ejecución del pacto de fiducia. Reconocía, en primer lugar, que el dueño era el señor viejo, pero que había un pacto entre padre e hijo. Se decía en los alegatos que aquel señor tan respetuoso, que en vida de su hijo se consideraba "ladrón provisional" cuando tomaba las rentas, muerto el hijo no tuvo ningún empacho en convertirse en "ladrón definitivo". Entonces, el problema fue, ante la ausencia de disposición legal, si procede o no la acción de ejecución del pacto de fiducia. Los tribunales locales negaron la procedencia de la misma. La Suprema Corte concedió el amparo y declaró procedente en el caso la ejecución del pacto de fiducia y el bien aquel volvió a la sucesión, de donde nunca debió haber salido. Este problema ha sido confirmado por repetidas sentencias de la Suprema Corte, que han sentado jurisprudencia. En Méjico se dice que cierta jurisprudencia ha sido obligatoria para los tribunales, cuando se confirma por cinco ejecutorias de la Suprema Corte.

Pero esto nada tiene que ver con el fideicomiso. El fideicomiso, en primer lugar, no es un negocio atípico, puesto que está tipificado en la ley. No puede haber, conforme al mandato de la ley mejicana que se encuentra también en vuestro Código, fideicomisos secretos. Todo está a la vista; en los registros públicos aparece que la propiedad está bajo el régimen de fideicomiso; aparece la medida de los poderes del fiduciario y la medida de los derechos de las partes; un negocio legal y típico. El pacto fiduciario es un negocio complejo, atípico, compuesto de un negocio

típico, de efectos enérgicos, amplios, y de un negocio oculto, subyacente, que entre las partes, y dando lugar exclusivamente a una acción personal, nulifica los efectos del negocio aparente.

Son éstas, en términos generales, las principales características del fideicomiso mejicano. No vamos a referirnos a motivos de extinción, causas de anulación, etc., sino que en forma muy breve y como se me ha pedido, sin pretender con mi actitud ninguna autoridad para hacerlo, habré de referirme a algunas disposiciones del Código de Costa Rica en tanto que son diferentes de la ley mejicana.

En primer lugar, el primer artículo del Código relativo al fideicomiso involucra en el concepto el derecho de propiedad. "Por medio del fideicomiso —dice el 633— el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes". Hay una transmisión de propiedad que no se ve cómo va a actuar, puesto que el artículo 264 del Código Civil establece que la propiedad es un derecho dominical que se compone de la posesión, del usufructo, la transformación y enajenación, la defensa y exclusión y la restitución e indemnización. Y por el resto del artículo se ve que, cuando menos, el usufructo nunca se transmite al fiduciario. En términos generales, el fiduciario costarricense deberá obrar, según las normas contenidas en el Código, "mutatis mutandis", de la misma manera que el fiduciario mejicano.

El 634 dice: "Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso". Hay contradicción con el artículo anterior, porque si los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio de afectación, se excluye la transmisión de propiedad de que habla el artículo 633. El fiduciario nunca será propietario de los bienes fideicometidos y éstos constituyen un patrimonio de afectación.

Otra diferencia notable entre el Código costarricense y la ley mejicana consiste en que se generaliza el fideico-

miso, en el sentido de que cualquier persona puede ser fiduciario. Probablemente esto sea conveniente en el medio costarricense, que desconozco; entre nosotros no habría sido conveniente y la razón fundamental que se previó para mercantilizar el fideicomiso en Méjico (no sólo mercantilizarlo sino atribuirlo con exclusividad monopolística a las instituciones de crédito, controladas por el Estado, y de solvencia legal reconocida) fue la de que para nosotros era peligroso enraizar una institución tan huidiza como es el "trust" en el ambiente mejicano, con el desconocimiento que teníamos de la práctica de la institución, y colocarla en un plano de generalidad. Pero es que los mejicanos, naturalmente, nos vemos influidos por nuestro propio medio, por nuestra historia e incluso por la tierra. Hay, por ejemplo, un fenómeno curioso en la agricultura mejicana: en Méjico creemos que los mejores pimientos morranes son los andaluces. Entonces los agricultores mejicanos importan la semilla de Andalucía. El primer año aquella semilla se reproduce más o menos igual a como se reproduce en España; al segundo año el pimiento es ácido y al tercer año enchila. Nosotros tuvimos miedo de que se nos enchilara el fideicomiso y por eso lo mercantilizamos. Creemos que la seriedad, la solvencia legal de los bancos, la vigilancia del Estado en la práctica de estas instituciones escurridizas, es lo que en Méjico ha producido el éxito de la institución. Pero eso desde el punto de vista práctico. Ahora, como mercantilistas, yo diría que el legislador costarricense "civilizó" la institución en el sentido de que la hizo de Derecho Civil. Y no encuentro qué hace entonces la legislación en el Código de Comercio; porque si es una institución de Derecho Civil, que cualquiera persona puede realizar en la práctica, entiendo que no es similar el acomodo dentro de la legislación mercantil; no tiene razón de mercantilizarse.

Creo que históricamente hemos demostrado que en sus países de origen nace el fideicomiso en la legislación civil, en el "Common Law". En los Estados Unidos la mercantili-

zan, sin hacerla exclusivamente mercantil; la mercantilizan en la práctica en el sentido simple de que estadísticamente el mayor número de "trust" tienen bancos como fiduciarios. Pero allá la institución sigue siendo de Derecho civil, aplicada, en lo que corresponde, a la práctica bancaria.

El artículo 642 no tiene correspondiente en la ley mejicana: Dice: "El fiduciario que sustituya a otro en el cargo no es responsable de los actos de su predecesor, excepto en los casos siguientes: a) Si ilícitamente el predecesor adquirió bienes que el sustituto, a sabiendas, conserva;" Si el sustituto los conserva, no entiendo en qué forma va a ser responsable de los actos del predecesor. Probablemente esto es un error de imprenta. Pero luego dice: b) Si omite llevar a cabo las gestiones necesarias para constreñir al predecesor a que le entregue los bienes objeto del fideicomiso". Esta omisión no es acto del predecesor, es acto propio. Y luego agrega: c) Si se abstiene de promover las diligencias conducentes para que su predecesor repare cualquier incumplimiento en que hubiere incurrido en su gestión". Esto también es acto propio. Yo entiendo que, a no ser que haya coautoría, el fiduciario sustituto nunca debe responder de los actos del predecesor.

En el artículo 648 se dice que: "En toda operación que implique adquisición o sustitución de bienes o derechos, o inversiones de dinero o fondos líquidos, debe el fiduciario ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso". En el fideicomiso mejicano esta obligación es no sólo para estos casos, sino que la obligación es general para todos los casos, es decir, toda la actuación del fiduciario en Derecho mejicano debe ajustarse estrictamente a las instrucciones del fideicomiso y no sólo las operaciones de inversión.

Se dice también (artículo 650 que no tiene correspondencia en nuestra ley), que, "De toda percepción de rentas, frutos o productos de liquidación que realice el fiduciario

en cumplimiento de su cometido, dará aviso al fideicomisario en el término de los treinta días siguientes". Pero luego agrega que "la notificación puede suprimirse". En fin, habría ciertas cuestiones respecto de las cuales me gustaría pedir aclaraciones a las personas entendidas en esta materia en Costa Rica, porque seguramente por mi falta de conocimiento del medio hay disposiciones que yo no logro entender. Por ejemplo, se habla de "fideicomisos honorarios" (art. 655). Pregunté a algunos abogados, entre ellos los amigos Gutiérrez y Sotela, y no me supieron decir lo que son los fideicomisos honorarios.

Sería muy largo que me ocupara yo de hacer un análisis crítico y exegético del proyecto. Yo supongo que al legislador y a los autores del proyecto les pasará íntimamente lo que nos pasa a todos los que intervenimos en la redacción de leyes. Luego nos queda un gran remordimiento. Rippert, en una de sus obras cumbres, al hacer el análisis de la función del legislador, dice que toda ley nueva es una mala acción. Y efectivamente, lo es. Toda ley nueva trastorna el orden jurídico existente. Los que van a sufrir la aplicación de la ley no saben a qué atenerse; los abogados tienen que estudiar más los casos, los jueces duplican también su trabajo y con ello evidentemente y en general, el orden jurídico se transforma. El orden jurídico se ve, más cuando se trata de leyes de tan singular importancia como el nuevo Código de Comercio, estructuralmente quebrantado, trastornado. Lo único que en este caso nos queda es esperar que estas malas acciones de los juristas, que son las leyes nuevas, se conviertan en la práctica, por la sabiduría, por la altura de miras, por la capacidad de quienes las manejan y las aplican, en lo que debe ser toda ley: un instrumento de paz y de progreso para el pueblo.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL NUEVO CÓDIGO DE COMERCIO DE COSTA RICA

Primera Conferencia.

Prof. RENATO OZORES
Titular de Derecho Mercantil,
Universidad de Panamá.*

Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia;

Señor Decano de la Facultad de Derecho;

Señores Profesores;

Señoras y Señores:

Yo quisiera que mis primeras palabras esta noche pudieran expresar con claridad sentimientos de complacencia y gratitud. Complacencia por hallarme con ustedes y en este admirable país, y también de gratitud por el honor que implica ocupar esta tribuna repetidamente prestigiada por figuras eminentes, como la del maestro Cervantes Ahumada, que ayer nos ofreció una admirable lección sobre el fideicomiso. También quiero agradecer y muy sinceramente, la gentil hospitalidad, típicamente costarricense, con que he sido acogido.

Consideraciones previas.—Hace algunos días tuve ocasión de comentar con un distinguido mercantilista chileno que el Código de comercio de su país será centenario a fines del próximo año, y hoy nos encontramos aquí, en Costa Rica, para celebrar la aparición de un nuevo cuerpo legal de la misma denominación, cuya vigencia comenzó recientemente. Y es oportuno advertir a este respecto que existen

(*) Texto de las conferencias pronunciadas por el autor en el Colegio de Abogados de Costa Rica, el 16 y 17 de julio de 1964.

muchas semejanzas entre las disposiciones que contienen ambos Códigos, demostrándose con ello que, a pesar de hallarse tan distantes las fechas de promulgación, y a pesar también del extraordinario desarrollo del comercio, con las modalidades más variadas, se mantiene la firmeza y solidez de un número considerable de instituciones mercantiles, siendo evidente, por ello, el acierto con que procedieron los juristas que abrieron los primeros surcos en el campo de la codificación, con una serie de normas que han logrado perdurar a través de tanto tiempo. Sin embargo, consideraciones doctrinales que estimo de gran peso y motivos abundantes de orden práctico, están causando brechas cada vez más amplias en los conceptos tradicionales que han venido orientando la labor legislativa en los dominios del Derecho privado de contenido obligacional. Por ello, aunque rebasada con largueza la mitad del Siglo XX vemos que se siguen redactando Códigos destinados a normar ciertas relaciones contractuales en forma distinta y separada de la que figura en la legislación común —tomando en cuenta para ello su naturaleza mercantil— se ha venido propagando en sectores cada vez más amplios el convencimiento de que resultaría preferible disponer de un solo Código de obligaciones y, como complemento, un conjunto de leyes apropiadas y fácilmente reformables, de acuerdo con las exigencias que las mudanzas de la realidad llegaran a plantear. Con tal procedimiento podríamos borrar las líneas, tantas veces imprecisas y variables que aspiran a marcar los límites de la materia mercantil, y eliminar definitivamente esa especie de obsesión que nos plantea el insoluble problema de amoldar a una definición global el "acto de comercio".

Desde hace mucho tiempo venimos asistiendo a irremediables desgajamientos que mutilan nuestros Códigos tradicionales, dando lugar a ramas separadas cuya frondosidad crece apresuradamente. De aquellas normas en embrión que hace varias décadas pretendían regular en toda

su amplitud el arrendamiento de servicios, ha brotado vigoroso y totalmente independiente el Derecho laboral. El Derecho marítimo, y su hermano menor el Derecho aéreo, de reciente formación, se han desarrollado tanto que reclaman con apremio su plena independencia en Códigos de la navegación, como el italiano de 1942, o en leyes especiales de apropiada autonomía, como la mexicana que entró a regir a fines del pasado año, y de la cual es autor nuestro ilustre compañero el profesor Cervantes Ahumada. Y cada vez con mayor intensidad y fuerza se viene hablando de un Derecho bancario, de un Derecho minero, de un Derecho agrario, de un Derecho industrial, de un Derecho cambiario, para que a través de la legislación independiente se puedan regular en adecuada forma nuevos tipos de explotación económica y nuevas formas de negociación que se han venido desarrollando de manera extraordinaria un tanto al margen del Derecho positivo.

El fenómeno anotado debe producirnos viva complacencia, especialmente a los mercantilistas, porque viene a ser reflejo del incesante crecimiento de las instituciones comerciales. Pero también debe llevarnos a reflexionar acerca de la conveniencia y oportunidad de seguir elaborando Códigos de comercio con arreglo a los principios clásicos —en cuanto a su estructura se refiere— aun estando convencidos de que ante el extraordinario desarrollo y transformación acelerada de las relaciones jurídicas que pretenden regular, constituyan sus disposiciones más freno que impulso, o que dichas relaciones continúen en muchos casos marginadas de la Ley, como ha venido sucediendo en tantos casos.

Algo así puede advertirse en lo que a la sociedad anónima concierne. Si pensamos, por ejemplo, que el Código de comercio japonés, promulgado hace apenas trece años dedica a las sociedades mercantiles 448 artículos, a los que es preciso añadir 89, que contiene la Ley sobre sociedades "limitadas" de 1938, modificada en 1951, y que de los preceptos mencionados corresponden a la sociedad anónima

muy cerca de 300, se comprende fácilmente la importancia que el legislador les atribuye y el cuidado con que se trató de resolver anticipadamente los múltiples problemas que pueden presentarse en su complejo mecanismo. Pero también nos indica el hecho mencionado la posibilidad y conveniencia de regular las sociedades a través de leyes especiales, como se ha venido haciendo muy frecuentemente, al igual que con otras instituciones mercantiles, como los títulos de crédito, las operaciones bancarias, de seguros y de capitalización, las marcas, patentes y privilegios industriales, la quiebra y otras más.

Tal vez por los inconvenientes que presenta someter a revisión frecuente los Códigos de cualquier clase, o por la necesidad de disponer en un momento dado de normas adecuadas para regular debidamente las sociedades mercantiles, hemos venido asistiendo a la promulgación de leyes especiales sobre esta materia, que parten de lejanas fechas. Basta recordar la Ley costarricense de 24 de Noviembre de 1909; la Ley panameña de 1927; la Ley general de sociedades mercantiles, con 264 artículos, que México dictó en 1934; la Ley alemana de 30 de Enero de 1937 sobre las sociedades anónimas y en comandita por acciones, con 232 artículos; la Ley brasileña de 26 de Setiembre de 1940 sobre la misma materia, con 180 artículos; el Decreto-Ley de Colombia de 27 de Julio de 1950, con 293 artículos; la Ley española sobre el régimen jurídico de las sociedades anónimas, de 17 de Julio de 1951, con 171 artículos, y más recientemente, la Ley ecuatoriana, llamada Ley de compañías, de 27 de Enero de este año, que desarrolla sus disposiciones a lo largo de 405 artículos.

Aciertos del nuevo Código de Costa Rica.—Dentro de las irremediables limitaciones a que han tenido que ceñirse los autores del nuevo Código de Comercio Costa Rica, han sido logrados, evidentemente, aciertos singulares que resulta oportuno señalar, debiendo mencionarse, en primer término, la inclusión de las disposiciones que regulan la empresa

individual de responsabilidad limitada. Con ello, Costa Rica tendrá el honor, muy digno de anotarse, de haber inaugurado en nuestro continente la adopción y reglamentación de un instituto que muchos mercantilistas, entre los que modestamente me incluyo, hemos venido pretendiendo que se incorpore sin mayor demora al Derecho positivo de nuestros países. También juzgo especialmente acertadas las disposiciones sobre títulos-valores, sobre todo las que reglamentan la letra de cambio, el pagaré y el cheque que, inspiradas en las normas de la Ley Uniforme de Ginebra, recogen con acierto las modernas manifestaciones doctrinales y legislativas sobre la materia. Pero el tema que me ha sido reservado dentro del nuevo Código de Comercio de Costa Rica es el que se refiere a la sociedad anónima, y a él debo ajustarme, poniendo aquí punto final a estas consideraciones previas.

Objetivos principales en la legislación sobre la sociedad anónima.—Nadie puede abrigar la menor duda en cuanto a la importancia de la sociedad anónima moderna. Esta forma asociativa, más que ninguna otra, constituye un instrumento jurídico esencial para fortalecer debidamente las estructuras económicas de todos los países, si la legislación que las regula alcanza plenamente los objetivos principales que contribuyen de manera sustancial a su popularidad y desarrollo. Pero antes de analizar las disposiciones sobre la sociedad anónima que figuran en el Código de Comercio de Costa Rica, cabe preguntarse qué se ha pretendido con las normas adoptadas. Echo de menos la Ley de bases del Código. Ignoro si se promulgó o no, pero en todo caso, no la conozco. Puesto que de Códigos tratamos y su elaboración se ajusta a ilustres tradiciones, considero siempre aconsejable que la labor del codificador se encauce, se oriente y se encarrile por los lineamientos generales de la trayectoria que una Ley de bases le señale. Tampoco conozco, si es que existe, la Exposición de Motivos, que también es siempre de gran utilidad, porque nos permite conocer

el pensamiento del legislador, los fines perseguidos, y nos facilita considerablemente la interpretación adecuada de las normas.

Al no existir, o yo no conocer, la Ley de bases del Código de Comercio, ni la Exposición de Motivos, no he podido formarme un juicio de lo que, en definitiva, se ha tratado de lograr al reglamentar la sociedad anónima en la forma que se ha hecho. Porque si se buscaba, sobre todo, la flexibilidad de los preceptos y ofrecer las máximas facilidades para constituir sociedades de esta clase, tal vez pueda afirmarse que, si en algún aspecto se ha logrado, el propósito indicado podría alcanzarse en una forma más abierta siguiendo ciertas pautas del Derecho anglosajón, en las cuales se ha inspirado la legislación actual de Panamá. Si, por el contrario, se ha querido abrir rumbos apropiados para que puedan ser constituídas grandes compañías anónimas por suscripción pública de acciones, capaces de captar el ahorro y de interesar a muchos inversionistas potenciales para integrar esas elevadas masas financieras con que operan hoy las más importantes sociedades por acciones, quizá no se ha logrado plenamente.

Para llegar a dicha conclusión conviene analizar el panorama que presenta la legislación sobre la sociedad anónima, especialmente en la segunda mitad del Siglo XX, tarea que se nos facilita por las excelentes publicaciones del Instituto Angelo Sraffa, de Milán, bajo la acertada dirección del Profesor Rotondi. Y estudiando la estructura de la sociedad anónima en los países europeos de alto nivel económico, y aún en los pequeños, como Luxemburgo, Liechtenstein, San Marino, etc., vemos cual es la orientación seguida por la legislación desde fechas más o menos próximas. Por otra parte, también sería oportuno contemplar, para tratar de resolverlos, los problemas que pueden presentarse como consecuencia del abuso del Derecho a través de la persona jurídica y, más concretamente, a través de la sociedad anónima. Digo esto, porque han sido tantas y tan importantes

los casos de abuso del Derecho que se han cometido a través de la persona jurídica que ha llegado a cristalizar la doctrina anglosajona "*disregard of legal entity*", llamada por los alemanes de la "*penetración*" (*durchgriff*), dando lugar a tan valiosos estudios, como la excelente monografía del Profesor Rolf Serick. Y ya en Panamá, al menos en un caso, ha sido aplicada esta doctrina por nuestra Corte Suprema de Justicia, al establecer en un fallo reciente que el hecho de que una persona natural hubiera constituido una sociedad, con el indudable propósito de eludir por medio de la misma una determinada norma de carácter administrativo, era un subterfugio que resultaba inadmisibile.

Es indudable que entre los objetivos que principalmente persigue la legislación reguladora de la sociedad anónima cabe destacar la plena integración del capital social, ya se trate de aportaciones en dinero o en especie, y una adecuada protección del sector minoritario de accionistas. Con lo primero se pretende asegurar la indispensable base financiera de la compañía; fortalecer su crédito y evitar riesgos que podrían producir consecuencias lamentables para la sociedad y perjuicios sin remedio para aquellos accionistas que hubieran satisfecho el valor total de sus acciones. Con lo segundo se intenta proteger los derechos de los accionistas que no pueden influir en el funcionamiento de la sociedad, poniéndolos a cubierto del peligro que podrían correr sus intereses ante abusos de poder o excesos de quienes, constituyendo mayoría, se hallen en capacidad de imponer sus decisiones a través de la asamblea general. Es cierto, desde luego, que en defecto de disposiciones legales apropiadas, puede un pacto social, cuidadosamente elaborado, reemplazar en muchos casos las omisiones de la Ley. Pero la experiencia nos demuestra que las grandes empresas mercantiles e industriales que tienen como base el soporte financiero de una sociedad anónima, sólo se han desarrollado a plenitud donde los inversionistas potenciales, grandes y pequeños, se sienten animados a adquirir acciones

de diversas compañías, sin temor alguno de que sus aportaciones sean utilizadas de manera torpe o maliciosa en beneficio de los accionistas que ejercen el control social. Y como quiera que no todas las personas que adquieren acciones están en capacidad de conocer o de entender debidamente las disposiciones y las cláusulas de pactos sociales y estatutos, el mencionado desarrollo de la sociedad anónima se alcanza solamente cuando adecuadas normas de la Ley protegen a las minorías o cuando el funcionamiento de estas compañías se halla sometido de manera permanente a una rigurosa inspección y vigilancia por parte de organismos oficiales, cuya finalidad es, principalmente, evitar maniobras fraudulentas, e incluso torpezas. Basta para demostrarlo el hecho de que si bien muchas leyes norteamericanas son particularmente amplias y elásticas, facilitándose con ello la constitución de sociedades, ciertas experiencias demostraron la necesidad de establecer controles rigurosos que ejercen varios organismos entre los que cabe mencionar la S. E. C. (Securities and Exchange Commission).

La integración del capital social en la nueva legislación costarricense.—La integración del capital social está prevista en las disposiciones pertinentes del Código de Comercio, puesto que en el caso de constitución por suscripción pública de acciones, la asamblea general constitutiva no podrá ser convocada por los fundadores hasta que dicho capital social esté suscrito en su totalidad y efectuados los pagos legales que señala el artículo 104.

Aunque son muchas las legislaciones que señalan a la sociedad anónima un mínimo de capital social, como en Italia, en Suiza, en Alemania, en Austria, en Honduras, etc., parece preferible la fórmula española, estableciendo que deben adoptar tal forma aquellas compañías cuyo capital rebasa cierta cifra. Señalar un capital mínimo muy bajo me parece inoperante, puesto que la mayor parte de las sociedades fijarán por propia decisión un capital más elevado; y señalar uno muy alto, puede estorbar en ciertos casos

la constitución de sociedades de esta clase, que quizá podrían contribuir con eficacia al desarrollo de ciertas actividades productivas, sobre todo de tipo artesanal. Pero sí resultaría impropio, por ejemplo, el funcionamiento de una sociedad colectiva o de una limitada con un capital de varios millones de colones, sujetando las participaciones, las actividades de los socios, y hasta la existencia misma de la sociedad, a las clásicas disposiciones que, por ser características de las sociedades de personas, figuran en los artículos 38, 48 y 56.

Aunque es del todo deseable y conveniente que la Ley establezca como norma para que la sociedad anónima se constituya el requisito previo de la suscripción íntegra del capital social, dicha exigencia podría llevar en ciertos casos a los fundadores a fijar cifras inferiores a las que serían aconsejables con prudente previsión, teniendo en cuenta las necesidades financieras de la compañía en proyecto, para asegurar de esta manera que serán suscritas todas las acciones. Pero como un acuerdo ulterior para modificar la escritura y elevar el capital social habría de requerir una decisión en tal sentido de la asamblea general de accionistas, la fórmula del *capital autorizado*, soluciona en parte este problema. Aunque reconozco el fundamento de algunas objeciones que se han hecho a dicha fórmula, me parece aconsejable en ciertos casos siempre que dicho *capital autorizado* no rebase un determinado porcentaje del capital fundacional, que debe hallarse totalmente suscrito al constituir la sociedad, y que se haga uso por la Junta Directiva o Consejo de Administración de la facultad que implica, solamente dentro de un determinado plazo, que no debería ser mayor de cinco años.

Las disposiciones que figuran en el Código de comercio con respecto al capital social y a su debida integración, plantean ciertas dudas, aun cuando el apartado c) del artículo 106 dispone que la escritura de fundación habrá de expresar la forma y términos en que deberá pagarse la

parte insoluta de las acciones. Tal disposición, a primera vista, parece acertada, puesto que de tal manera los suscriptores de acciones que estén dispuestos a pagarlas en dinero saben de antemano cual es el plazo de que pueden disponer para la cancelación total de la deuda contraída. Pero analizada la cuestión desde otro ángulo, parece preferible reservar a la Junta Directiva la facultad de decidir el momento en que se estime necesario hacer los llamamientos, puesto que pudiera suceder que por causas imprevistas se encontrara la sociedad urgida de dinero antes de la fecha originalmente calculada, o que los aportes mencionados lleguen a ser innecesarios durante un tiempo muy largo o, durante toda la existencia de la sociedad. Por el contrario, me parece aconsejable señalar un plazo legal, que podría ser de un año, dentro del cual debe quedar suscrito todo el capital social —tal como disponía el artículo 426 del Código de 1961— sin perjuicio de que en los programas a que se refiere el artículo 113 se puedan señalar plazos más cortos. En la legislación de varios países, como en México, se señala el plazo de un año para que todo el capital social esté suscrito, y tal disposición parece lógica, puesto que si en dicho tiempo no se logra interesar a los inversionistas en la empresa proyectada, parece ser bien evidente la necesidad de que los promotores desistan de su intento o traten de fundar una sociedad de más limitado radio con un capital menor.

Estimo digna de alabanza la norma del artículo 120 que prohíbe la emisión de acciones sin valor nominal, en vista de los diversos problemas que suscitan estos títulos, tan fundamentalmente criticados en el campo doctrinal; pero sería deseable una disposición que prohibiera expresamente y en cualquiera circunstancia, la emisión de acciones bajo par. También creo que se pueden señalar ciertas lagunas en la materia referente a la valoración de las aportaciones en especie y en la que guarda relación con el incumplimiento, por parte de algún accionista, de la obligación de ha-

cer pago puntual de las sumas adeudadas a la sociedad como dividendos pasivos.

Se dispone en el artículo 116 que corresponde a la asamblea general constitutiva aprobar el proyecto de escritura, estableciéndose, con mucho acierto, que los suscriptores disidentes con las modificaciones que se adopten podrán desvincularse de la sociedad en formación, retirando sus aportes. Pero nada más dice sobre el punto, a pesar de su importancia, y nada se establece tampoco para el caso de que no fuera aprobado el avalúo de los bienes que determinados socios hubieren convenido en aportar. Es indudable que si estuvieren inconformes con la estimación definitiva que se hubiere dado a sus aportes, también podrían retirarse de la compañía. Sin embargo, se plantean algunos interrogantes que permanecen sin respuesta. ¿Qué sucede entonces? ¿Se desiste de constituir la sociedad, en vista de que la totalidad del capital social no está suscrito —aunque ello pueda ser en una pequeña proporción— o se prorroga el plazo para suscribirlo con un nuevo programa? Por lo demás, el retiro de los socios inconformes con la estimación de sus aportes en especie, puede suscitar otros problemas de importancia. Basta considerar la posibilidad de que algunos accionistas hubieran decidido suscribir cierto número de títulos, estimulados por la circunstancia de que entre los aportes hechos a la sociedad figuraban determinados bienes —ya se tratara de inmuebles, de equipo industrial, de alguna fábrica en funcionamiento, de mercancías, etc.—, para encontrarse luego con la inesperada novedad de que los aportes mencionados eran retirados por los aportantes, al haber reducido la asamblea general constitutiva la valoración provisional que se les había atribuido.

Como son siempre plausibles las disposiciones que tienen como fin asegurar una estimación correcta de las aportaciones en especie, y éstas pueden hacerse en forma indirecta y disimulada, después de constituida la sociedad, se

ha tratado de encontrar algún medio eficaz que impida las maniobras fraudulentas de esta clase. Vaya como ejemplo el artículo 246, en relación con el 245 del Código de Comercio del Japón, donde se establece la necesidad de acuerdos especiales de la asamblea general, con mayoría reforzada, en el caso de que la sociedad celebre, dentro de los dos años siguientes a su constitución definitiva, algún contrato para adquirir un bien existente antes de su constitución y destinarlo al uso continuo del comercio, por un valor igual o mayor a la vigésima parte del capital social. En una forma similar, la parte final del artículo 32 de la Ley española dispone a este respecto que las adquisiciones de bienes a título oneroso realizadas por la sociedad dentro del primer año, a partir de su constitución, habrán de ser aprobadas necesariamente por la Junta General, previo informe escrito de los administradores, siempre que el importe de aquella exceda de la décima parte del capital social. Es indudable que, en algunas situaciones, al menos, las disposiciones señaladas pueden vulnerarse, fraccionando los lotes de los bienes que se trata de adquirir para lograr de esta manera que el precio de los mismos sea inferior al porcentaje señalado. Pero en otros casos no será posible tal maniobra y entonces las reglas mencionadas pueden impedir eficazmente las aportaciones en especie sin el trámite de la valoración, debidamente realizado por la asamblea general, y el perjuicio consiguiente para aquellos accionistas que hubieran pagado sus acciones correcta y puntualmente.

La posibilidad de que algún accionista deje de pagar el saldo correspondiente a los títulos suscritos está prevista en los artículos 126, 127 y 128; pero si bien en el último de los preceptos mencionados se establece que la sociedad podrá emitir de nuevo las acciones, después de cancelados los títulos anteriores, nada se dispone para el caso de que no puedan venderse por no tener aceptación en el mercado de valores. Por ello, teniendo en cuenta la necesidad de que el capital social esté suscrito íntegramente, parece

preferible la disposición que figura en el artículo 443 del Código del 61, estableciendo que si en el plazo de tres meses no se hubieran podido vender dichas acciones, procederá la sociedad a la consiguiente reducción del capital social, que es lo mismo que dispone, para casos similares, gran número de legislaciones.

Trasmisión de acciones parcialmente pagadas.—También suscitan ciertas dudas las disposiciones referentes a la transmisión de acciones parcialmente pagadas. Se establece en el artículo 125 que los adquirentes de acciones no pagadas serán solidariamente responsables con el cedente por el importe insoluto de las mismas, norma ésta perfectamente inobjetable. Pero al haber sido eliminada la disposición que figuraba en el artículo 440 del Código anterior, que extendía a cinco años la responsabilidad del transmitente, no es posible ahora establecer su duración. De acuerdo con el artículo 106, citado antes, la escritura social puede fijar con toda libertad la forma y términos en que deberán ser completados los pagos en dinero de las acciones suscritas y, por lo tanto, el plazo que en algunos casos se acuerde podría ser muy largo. Por otra parte, si el cedente de las acciones mencionadas tuviera que pagar, por no hacerlo el cesionario, tendría que ser considerado copropietario de los mencionados títulos, aunque no se diga nada en el Código a tal respecto, suscitándose el problema de determinar, en tal supuesto, cual de ellos sería considerado por la sociedad como titular de los derechos inherentes a la cualidad de accionista, ya que la regla que figura en el artículo 123 se refiere concretamente al caso de los copropietarios de una sola acción.

Adquisición por la sociedad de sus propias acciones.—Si bien, en principio, puede toda sociedad adquirir acciones de otra u otras compañías, se vienen señalando en el campo de la legislación diversas restricciones que limitan sustancialmente dicha facultad. Basta recordar las normas que, con una finalidad bien evidente, figuran en los artícu-

los 2359 y 2360 del Código Civil italiano, al disponerse en ellos que las sociedades no pueden invertir, ni siquiera parcialmente, su propio capital en acciones de la sociedad que ejerza el control sobre ellas, o de otras sociedades controladas por la misma, prohibiéndose también a las sociedades constituir o aumentar el capital mediante suscripción recíproca de acciones, aun por persona interpuesta. También la legislación suele ser bastante rigurosa cuando se contempla la posibilidad de que la sociedad adquiera sus propias acciones, prohibiéndose dicha operación, con escasas salvedades —como lo prohibía el artículo 444 del Código del 61— con el objeto de evitar, por una parte, que la sociedad compita con los accionistas en la negociación de dichos títulos y por otra, que a través de tal procedimiento se reduzca el capital social sin cumplir los trámites correspondientes, para proteger debidamente el derecho de los acreedores.

En la forma y condiciones que señale la escritura social, podrá la sociedad anónima que regula el nuevo Código adquirir sus propias acciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129, pudiendo también la escritura social facultar a la sociedad para hacer préstamos con la garantía de los mencionados títulos. Pero cabe hacer algunas observaciones al respecto. Por medio de una adecuada reglamentación podría una sociedad destinar una parte de sus ganancias o de las reservas acumuladas —previos los acuerdos procedentes— para adquirir acciones propias que algún accionista quisiera traspasar; pero procediendo en todo caso por sorteo, si las sumas disponibles, y destinadas a tal fin, no alcanzarán para el pago de todas las acciones ofrecidas por diferentes accionistas. Porque si la sociedad adquiere acciones propias con fondos del activo que deben respaldar el capital social que aparece señalado en la escritura, podrían quedar afectados legítimos derechos de los acreedores sociales y aún los de aquellos accionistas que siguieran vinculados a la sociedad.

Aumento y reducción del capital social.—Es cosa bien sabida que toda sociedad anónima está en capacidad de aumentar o reducir su capital, siguiendo en ambos casos métodos que impliquen modificación de los valores de su activo, o que dejen sin alteración el patrimonio de la compañía. Si la sociedad decide capitalizar una parte de su superávit o de las reservas voluntarias acumuladas, puede hacer una distribución de dividendos en acciones en la proporción que se estime conveniente, en cuyo caso, como es obvio, el capital social será aumentado —al aumentar al mismo tiempo el número de acciones emitidas y en circulación— sin que el activo de la sociedad experimente en este caso incremento adicional alguno. Si, por el contrario la elevación del capital social se traduce en la emisión de acciones para ser puestas en venta, y dicha emisión fuera cubierta, no sólo quedaría elevado el capital social, sino que el patrimonio de la sociedad aumentaría con los ingresos derivados de la colocación de nuevos títulos. Procedimientos similares se pueden aplicar para reducir el capital social; es decir, que puede realizarse dicha operación sin alterar con ello el patrimonio de la compañía, o bien la mencionada reducción implica una liquidación parcial, al llevarse a cabo entre los accionistas una distribución proporcional de parte del activo. Pero así como la elevación del capital social no puede afectar desfavorablemente en ningún caso a los acreedores de la compañía, la necesaria cobertura de sus créditos podría experimentar un menoscabo sustancial si el capital se redujera, procediéndose por la sociedad a distribuir entre los accionistas una parte de su activo y amortizando, en consecuencia, un determinado número de acciones, o cambiando dichos títulos por otros de menor denominación.

Establece el artículo 201 del nuevo Código que toda sociedad, y la anónima por tanto, tendrá que disolverse, entre otras causas, por la pérdida definitiva del cincuenta por ciento del capital social, salvo que los socios repongan

dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente. Sin poder entrar a analizar los ángulos en sombra que deja este precepto, ya que no aparece claro, por lo pronto, cuando dicha pérdida será definitiva, y quién puede establecerlo, la disposición citada quiere establecer seguramente que si el balance de la sociedad anónima acusara pérdidas, hasta el punto de que los valores del activo representen la mitad, o menos, de la cifra del capital social —que siempre permanece inalterable, hasta que sea modificada por reformas del pacto social— la sociedad tendrá que disolverse, a menos que los socios decidan reponer las pérdidas con los aportes adicionales procedentes, o que acuerden reducir el capital social originalmente fijado en la escritura. Pero fuera de este caso, en que la modificación de la escritura social resulta obligatoria, a menos que los accionistas decidan asumir las pérdidas, nada dice el Código al respecto, cuando es bien evidente la necesidad de proteger en adecuada forma el crédito de los terceros. Para no multiplicar los ejemplos de disposiciones que han sido dictadas con el indicado fin, me limitaré a uno solo, citando el precepto contenido en el artículo 98 de la Ley española donde se establece que "ningún acuerdo de reducción del capital que implique restitución de sus aportaciones a los accionistas o condonación de dividendos pasivos, podrá llevarse a efecto antes de que transcurra el plazo de tres meses a contar de la fecha del último anuncio del acuerdo, que deberá ser publicado por tres veces en el *Boletín Oficial del Estado* y en tres periódicos de los de mayor circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. Durante ese plazo, los acreedores ordinarios podrán oponerse a la ejecución del acuerdo de reducción si sus créditos no son satisfechos, o la sociedad no presta garantía. Será nulo todo pago o liberación de dividendos pasivos que se realice antes de transcurrir el plazo de tres meses, o a pesar de la oposición entablada en tiempo y forma por cualquier acreedor". Y el artículo siguiente, por su parte, aclara que "las garantías que a favor de los acree-

dores establece el artículo anterior, no serán obligatorias cuando la reducción del capital tenga por única finalidad restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad, disminuido por consecuencia de pérdidas. La reducción del capital tendrá carácter obligatorio para la sociedad cuando las pérdidas hayan disminuido su haber por debajo de las dos terceras partes de la cifra de capital social y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio".

También resulta, no sólo conveniente, sino necesario, establecer disposiciones adecuadas para proceder a la elevación del capital social por la emisión de acciones nuevas para ser vendidas, llevando a cabo la correspondiente modificación de la escritura original. Sobre tal material sería oportuno establecer lo procedente en cuanto a la posibilidad de lanzar una emisión adicional de nuevos títulos mientras las acciones anteriormente emitidas no estuvieran pagadas en su totalidad, por no haberse cumplido el plazo señalado para ello en la escritura social; disponer, si en todo caso, habrían de tener las accionistas un derecho preferente a suscribir las acciones nuevas emitidas, en proporción a las que ya posean; si dicho derecho podría ser cedido por el accionista en el caso de que no quisiera hacer uso del mismo, y si tal derecho preferente podría ser suspendido por decisión de la asamblea general, cuando las nuevas acciones se emitieran para obtener determinados aportes en especie, que es el caso que prevé el artículo 2441 del Código italiano. En algún supuesto podría verse la compañía en la necesidad de adquirir determinados bienes —un almacén, unos talleres, un terreno colindante que fuera necesario para llevar a cabo ampliaciones, etc., negándose el propietario de los mismos a venderlos, pero estando dispuesto a cederlos a la sociedad por un determinado número de acciones. Si la sociedad no tiene títulos en cartera o no posee los suficientes para realizar la operación citada, puede aumentar su capital social emitiendo más acciones.

Sin embargo, la negociación podría ser estorbada en el caso de que determinados accionistas decidieran hacer uso del derecho preferente a suscribir acciones nuevas que les estuviera reservado, a menos que tal cosa se impidiera con la fórmula anotada.

Derechos de los accionistas.—Derechos fundamentales de los accionistas son el voto; percibir los dividendos acordados por la sociedad y la cuota de liquidación correspondiente, cuando la compañía se disuelva, aparte de otros derechos accesorios, no menos importantes en algunas ocasiones, y que también deben estar adecuadamente señalados.

El derecho de voto de las acciones comunes está consagrado en el artículo 139 en forma categórica. No se ha establecido limitación alguna en cuanto al número de votos de que cada accionista puede disponer, como en las legislaciones argentina y uruguaya, por ejemplo, lo mismo que en la nicaragüense, o la que figuraba en el artículo 454 del Código del 61. Pero se ha omitido una prohibición que parece ser muy necesaria, para que ningún accionista pueda hacer uso del voto en aquellas deliberaciones en que tenga un interés personal opuesto al de la sociedad, como en el caso de contratos que hubiere celebrado con la misma y que deban aprobarse por la asamblea general. Ciertamente es que el apartado c) del artículo 116 establece que los suscriptores de acciones que han de ser pagadas en especie no tendrán derecho a voto al fijarse el avalúo de los bienes que hubieren aportado; pero tal limitación, si bien se justifica de manera plena, resulta insuficiente, sobre todo si se tiene en cuenta también la posibilidad de que los miembros del Consejo de Administración sean accionistas y que participen con sus votos en la adopción de algún acuerdo de la asamblea general que les exima de responsabilidad.

Por lo que a los dividendos se refiere, el derecho a percibirlos se halla recogido en el artículo 143, si bien en

tal disposición se hace referencia a las reservas (fondos de reserva) contempladas en la escritura social, sin que expresamente se disponga en parte alguna la necesidad de establecerlas, ni la cuantía de las mismas. Por otra parte, resulta un tanto anómalo que la escritura social pueda autorizar la distribución de dividendos que no sean en dinero, a diferencia del precepto terminante que figuraba en el artículo 459 del Código anterior. Y si algunos accionistas recibieran sus dividendos en dinero y otros en especie —sin que se establezca para el caso como habrían de valorarse éstos— se establecería una discriminación que parece inadmisibles. También sería oportuno incluir disposiciones permitiendo acordar en ciertos casos, y con las limitaciones de rigor, dividendos constructivos, por ser ésta medida que puede estimular a los inversionistas potenciales.

Por lo que a la cuota de liquidación concierne, el derecho del accionista a percibirla se refleja en los artículos 215 y siguientes. Sin embargo, tal vez fuera aconsejable establecer algunas previsiones para el caso de que se hubieran emitido por la sociedad acciones de disfrute a cambio de títulos anteriormente cancelados, y al momento de la liquidación pudieran los accionistas percibir, como cuota de liquidación, sumas más altas que las que habían sido abonadas al amortizar las acciones previamente canjeadas.

Con referencia a los derechos accesorios que corresponden a los accionistas, pueden mencionarse el de reclamar la entrega de los certificados, que recogen los artículos 133 y 136; el de obtener la inscripción de los títulos nominativos, que señala el artículo 140; el de ceder las acciones, aun cuando el ejercicio de este derecho pueda estar subordinado a la autorización de la Junta Directiva, según dispone el artículo 138; el de información, que consagra los artículos 26, 164 y 173; el de ser citado para la asamblea general de accionistas que recogen los artículos 158 y 164, y el de hacerse representar en ellas, que aparece reflejado en el artículo 146, si bien no aclara tal precepto si los

poderes otorgados serán válidos tan sólo para una reunión, o para todas las que la sociedad celebre, mientras el poder no sea revocado, sean generales o especiales, ordinarias o extraordinarias, lo que no parece aconsejable. También se reconoce al accionista, cualquiera que sea el número de acciones que posea, el derecho de obtener la reunión de la asamblea general para la aprobación del balance anual y eventual distribución de utilidades, según el artículo 141, y la de solicitar la reunión de asambleas extraordinarias, si el peticionario o los peticionarios representan, por lo menos el veinticinco por ciento del capital social. Pero nada se establece en cuanto al derecho preferente de los accionistas para suscribir acciones nuevas de las que la sociedad emita en virtud de un aumento del capital social; al de adquirir, con preferencia a un extraño, las acciones de la sociedad que otro accionista se proponga traspasar; al del ejercicio de la acción social de responsabilidad, si la asamblea general no designara la persona a que se refiere el artículo 192; al de separarse de la sociedad en ciertos casos, ni al de ejercitar las acciones individuales procedentes contra los administradores, temas éstos a los que me referiré al ocuparme de la protección legal del sector minoritario de accionistas.

Para terminar mi intervención de hoy, deseo mencionar dos disposiciones del nuevo Código de comercio, que estimo de interés. Se refiere la primera a la norma contenida en el artículo 202, estableciendo que el hecho de que todas las acciones lleguen a pertenecer a una sola persona, no es causa de disolución de la sociedad. Estoy en un todo conforme con el principio que tal norma consagra. Por muy diversas causas pueden concentrarse todas las acciones en una sola mano, no debiendo dicha circunstancia ser motivo por sí sola para que la compañía se disuelva. Pero a quienes hemos venido sosteniendo la necesidad y conveniencia de estructurar debidamente la empresa individual de responsabilidad limitada, nos anima principalmente el pro-

pósito de evitar que, al amparo de la ley, proliferen las ficciones y que bajo la apariencia de una sociedad, sea anónima o de otra clase, se constituyan o funcionen compañías en interés de un solo socio. El problema es muy complejo, ciertamente, puesto que de muy poca eficacia práctica, a los fines indicados, sería disponer la disolución de la sociedad anónima cuando todas las acciones pertenezcan a una sola persona —o adoptar la norma del artículo 2362 del Código italiano sobre la responsabilidad del accionista único— si habría que permitir la subsistencia de la compañía en los casos en que haya otro accionista, aunque éste fuera propietario de una acción tan sólo. Sin embargo, teniendo en cuenta que los artículos 9 y siguientes del nuevo Código de Comercio se ocupan de la regulación de la empresa individual de responsabilidad limitada, tal vez fuera preferible que en el artículo 202 se dispusiera que cuando todas las acciones pertenezcan a una sola persona, ésta deberá transformar la sociedad en empresa individual de responsabilidad limitada, si en un plazo determinado, de seis meses, por ejemplo, no se restablece la pluralidad de socios.

La otra disposición que deseo mencionar es la contenida en el artículo 103, que se refiere a la denominación de la sociedad. Comparto el criterio de quienes en dicha materia se muestran partidarios de dejar en libertad a los fundadores para que atribuyan a la sociedad el nombre que a bien tengan. Pero estimo que dicha libertad debe hallarse moderadamente restringida por razones lógicas y para evitar equívocos. Nada debe oponerse a que una sociedad anónima utilice, incluso, nombres propios en su denominación. Pero, indudablemente, dichos nombres deben hallarse relacionados de algún modo con las actividades de la compañía, o con las personas que sean, o hayan sido, miembros de la sociedad, ya que parece inadmisibles que sólo con cumplir la exigencia de escribir después las iniciales "S. A.", puedan los fundadores de la compañía atribuirle el nombre de personas, vivas o muertas, que no ten-

gan, ni hubieran tenido nunca, relación alguna con ella. Tampoco debe estimarse necesario que una sociedad anónima se denomine, en todo caso, por el objeto de la empresa; pero ello no debe traducirse en la posibilidad de que en el nombre de la compañía se haga referencia a ciertas actividades, como transportes, construcciones, fábricas de ropa o de licores, etc., que no se relacionen directa ni indirectamente con las que realiza normalmente.

Señoras y Señores: deseo expresarles mi reconocimiento por la bondadosa atención que me han brindado, y si me siguen favoreciendo con ella, mañana me ocuparé de los órganos de la sociedad anónima y de uno de los puntos que considero del mayor interés, como es la protección del sector minoritario de accionistas. Muchas gracias.

La asamblea general.—Estimo muy acertado que además de la clásica división entre asambleas ordinarias y extraordinarias, se haga expresa referencia a las denominadas generales, a las que pueden concurrir todos los socios, y a las asambleas especiales, reservadas a los tenedores de acciones que, por alguna causa, sean distintas de los títulos comunes. También es muy plausible la disposición del artículo 155, que ordena la celebración de una asamblea general ordinaria, por lo menos una vez al año, con la finalidad que se establece en el precepto mencionado, autorizando a cualquier socio para pedir que dicha asamblea se celebre, si no se hubiera reunido. Y acertada es igualmente la norma contenida en el artículo 156, reservando a las asambleas generales extraordinarias la facultad de adoptar ciertos acuerdos, por la importancia singular que tienen. En cuanto a la asamblea general sin convocatoria previa, a que se refiere el artículo 158, quizá no sea suficiente que se halle reunida la totalidad de socios; que éstos acuerden celebrar la reunión, y que se prescinda del trámite de la citación, sino que es preciso que exista igual conformidad en cuanto a los asuntos que van a ser tratados, lo cual deberá hacerse constar expresamente, a menos que

se entienda que este quorum especial, totalitario, quedará roto tan pronto como algún accionista abandone la asamblea, debiendo suspenderse la sesión en tal momento. De otro modo podrían surgir proposiciones inesperadas, para pronunciarse sobre las cuales pudieran alegar algunos accionistas que no estaban preparados.

Por lo que se refiere al voto dentro de la asamblea general, es indudable que el ejercicio de este derecho ha de estar también atribuido a los accionistas que hayan pagado solamente una parte del valor de sus acciones, ya que de otro modo no sería posible en muchos casos establecer la voluntad social. Pero parece aconsejable establecer algunas precisiones cuando existan accionistas que, por haber hecho sus aportes en especie, hubieren completado el pago de sus títulos, en tanto que otros socios abonaron solamente una parte de su precio, que tal vez ha consistido en el veinticinco por ciento nada más. Por otra parte, la emisión del voto debiera estar expresamente vedada al accionista que se halle en mora con la sociedad por el pago de las sumas adeudadas a la misma por cuenta de sus acciones, prohibiendo también que se haga uso del voto, como dije ayer, cuando se trate de tomar acuerdos en que el accionista tenga un interés opuesto al de la sociedad. También parece conveniente establecer que ningún accionista podrá votar más que con sus propias acciones en aquellos asuntos en que tenga un interés personal, aunque no sea opuesto, al de la sociedad, como en el caso de que sea candidato, a un cargo de elección por la asamblea. A tal finalidad respondía la norma contenida en el artículo 101 de la Ley costarricense de 1909, Ley 6ª, y en el artículo 461 del Código del 61, actualmente eliminada, que prohibía conferir poderes a favor de los administradores de la sociedad. Pero no es bastante en muchos casos establecer tales restricciones en lo que se refiere a los poderes, porque teniendo en cuenta que el representante legal de una sociedad es, generalmente, el Presidente de

de la misma, y que muchas compañías poseen acciones de otras sociedades, se ha venido dando el caso en algunos países —cuando la mencionada prohibición no se halla establecida— de que dicho dignatario puede controlar los votos en las asambleas generales de varias sociedades, aunque su participación personal, como accionista, en los capitales sociales respectivos, sea muy modesta. La justificada preocupación que han motivado los problemas a que da lugar no pocas veces el uso indebido de poderes, ha tenido su reflejo en el artículo 60 de la Ley española, donde se establece que no será lícita la representación conferida a una persona jurídica, ni la otorgada a las personas individuales que aquella haya designado expresamente como representantes suyos para la Junta de que se trate.

Es de lamentar que se haya omitido toda referencia al voto en los casos en que la nuda propiedad de las acciones pertenezca a una persona y el usufructo a otra, cuando dicha previsión aparece reflejada en el artículo 95, que se refiere a las sociedades de responsabilidad limitada. Ciertamente es que los problemas que plantea el mencionado fraccionamiento de derechos no se agota con el voto, puesto que sería necesario establecer también a quién debe exigir la sociedad los pagos insolutos; quién puede adquirir las acciones nuevas que la sociedad emita en virtud de un aumento del capital social, y cuál sería la situación de dichos títulos; cuáles serían los derechos del usufructuario en el caso de disolución anticipada de la sociedad, sobre todo en el supuesto de que el nudo propietario hubiera contribuido con su voto a la adopción de tal acuerdo. El problema del voto en el caso de usufructo de acciones ha venido mereciendo la atención debida en el campo de la legislación, registrándose al respecto soluciones diferentes, lo mismo que hay disparidad de opiniones en el terreno doctrinal. Así vemos que el artículo 41 de la Ley española dispone que la calidad de socio reside en el nudo propietario, aun cuando el usufructuario tendrá derecho a par-

ticipar en las ganancias sociales obtenidas durante el período del usufructo y que se repartan dentro del mismo. Diferente posición adopta el Código italiano, al establecer en su artículo 2352 que, salvo con contrario, el derecho de voto corresponde al usufructuario. En forma similar se pronuncia el Código suizo (de Obligaciones), disponiendo en su artículo 690 que la acción gravada con un derecho de usufructo estará representada por el usufructuario, si bien éste será responsable ante el propietario si no toma en cuenta sus intereses debidamente. La misma posición refleja el legislador colombiano, puesto que el artículo 62 del Decreto-Ley de 1950 establece que el usufructo constituido sobre acciones confiere al usufructuario todos los derechos de administración, incluso el de representación en las asambleas, salvo que el acto constitutivo del usufructo disponga otra cosa. Por su parte, el artículo 84 de la Ley brasileña zanja la cuestión estableciendo que en el usufructo de acciones, el derecho de voto sólo podrá ser ejercido mediante el acuerdo previo entre el propietario y el usufructuario, de donde se deduce que si no existe tal acuerdo, ninguno de los dos podrá votar. Con relación a este problema también sería preciso determinar si la posesión del título o certificado de acciones corresponde al nudo propietario o al usufructuario, disponiéndose acertadamente en el artículo 2025 del Código italiano, que quien tenga el usufructo de un título nominativo tiene derecho a obtener un título separado del que corresponde al propietario. Para terminar la referencia al voto, que se ejerce en la asamblea de accionistas, estimo oportuno establecer que si hubiera acciones especiales privadas de ese derecho, emitidas al amparo de las normas que establece el artículo 121, lo adquirirían automáticamente, si durante un plazo determinado, por ejemplo de dos años, no pudiera pagar la sociedad a los tenedores de dichas acciones los dividendos preferentes acordados. De otro modo, al no distribuirse dividendos a los mencionados accionistas, ni poder éstos votar, vendrían a ser tenedores de títulos sin contenido.

/Por lo que se refiere a la acción de nulidad de los acuerdos adoptados por la asamblea general, el derecho de entablarla parece hallarse reservado a los accionistas, de acuerdo con lo que dispone el artículo 178, y más concretamente a aquellos que no hubieran contribuido con su voto a la adopción de la resolución impugnada. Sin embargo, teniendo en cuenta la posibilidad de que los miembros del Consejo de Administración no sean accionistas, la mencionada facultad debía alcanzarles, sobre todo en atención al hecho de que pueden incurrir en una responsabilidad concreta al proceder en cumplimiento de acuerdos ilegales, de acuerdo con lo que dispone la parte final del artículo 191.

/Con respecto a las disposiciones que figuran en los artículos 176 y 177, parece por lo pronto, que el plazo de un año resulta algo excesivo. La posibilidad de que durante un margen tan amplio se solicite y obtenga la nulidad de acuerdos adoptados por la asamblea general, con las consecuencias que de ello se derivan, puede dar un carácter de inseguridad del todo inconveniente a ciertas decisiones de la sociedad. Por otra parte, en el artículo 176 se hace referencia a la posibilidad de que se hayan adoptado acuerdos que impliquen infracción de las disposiciones de la Ley, y parece inadmisibles que el transcurso de un año, sin que se haya ejercitado la correspondiente acción de nulidad, pueda hacerlos válidos. Según el artículo 67 de la Ley española, podrán ser impugnados los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, añadiéndose a continuación que la sentencia que estime la acción producirá efectos frente a todos los accionistas, pero no afectará a los derechos adquiridos de buena fe por los terceros, a consecuencia del acuerdo impugnado, norma ésta cuya inclusión parece necesaria, como complemento de las demás disposiciones. Pero la Ley española establece también, en su artículo 68, que la acción

de impugnación de acuerdos deberá ejercitarse en el plazo de cuarenta días, a partir de la fecha del acuerdo, y si éste fuere objeto de inscripción en el Registro, la impugnación podrá realizarse también dentro del mes siguiente a la fecha en que la inscripción tenga lugar. Sin embargo, el artículo citado añade que no quedan sometidos a estos plazos de caducidad las acciones de nulidad de los acuerdos contrarios a la Ley, que podrán ejercitarse pasados esos plazos, por el procedimiento del juicio declarativo ordinario, en lugar del procedimiento especial que para el caso señala el artículo 70 de la Ley citada.

La administración.—De lo dispuesto en el apartado 12) del artículo 17, se deduce que en la escritura constitutiva de toda sociedad, y de la anónima, por consiguiente, será preciso designar los administradores, lo cual implica la necesidad de establecer su número. Sin embargo, aun cuando se considere que la sociedad anónima debe ser administrada en todo caso por un Consejo de Administración compuesto de tres miembros, por lo menos, no debía impedirse la posibilidad de que la asamblea general ordinaria de accionistas elevara o redujera el número de Directores —de acuerdo con las necesidades de la sociedad, el volumen y complejidad de sus negocios, etc.— sin tener que proceder de una manera necesaria a una reforma de la escritura social para acordar dicha medida.

/Con respecto a la posibilidad de que quienes no sean accionistas puedan ser elegidos para formar parte de la Directiva o Consejo de Administración, son ampliamente conocidas las razones que se invocan en favor de dicha fórmula. La tarea de dirigir y administrar los negocios de una sociedad anónima implica muchas veces una labor de tipo técnico, con conocimientos y experiencias que los accionistas pueden no tener. Por otra parte, la regla contenida en el artículo 181 es perfectamente congruente con la del artículo 104, ya que si fueran sólo dos los accionistas, no podrían tener tal calidad los tres miembros de la Junta Di-

rectiva que se señalan como mínimo. Pero no cabe descartar la posibilidad de que, al amparo de tal norma, y en determinadas circunstancias, se designe como administradores de una sociedad a personas insolventes, las cuales actuarán únicamente de acuerdo con las instrucciones que reciban de los accionistas que, por integrar la mayoría, en lo que a votos se refiere, decidieron dicho nombramiento. Y en tal supuesto, las disposiciones legales encaminadas a establecer la responsabilidad de los Directores, serían del todo inoperantes. Tal vez por ello el artículo 499 del Código anterior hacía referencia a las garantías que habrían de prestar los Consejeros —fueran accionistas o no— encontrándose disposiciones similares en diversos ordenamientos legales sobre la sociedad anónima, como en el artículo 244 del Código de comercio de Venezuela, donde se establece que los administradores deben depositar en la Caja social el número de acciones que determinen los estatutos, quedando afectados dichos títulos en totalidad a garantizar todos los actos de gestión, aun los exclusivamente personales.

Las consideraciones mencionadas suscitan el tema referente a la responsabilidad en que pueden incurrir los administradores en el desempeño de sus cargos, y a la vía para proceder a la reclamación correspondiente. Algunos ejemplos pueden ser ilustrativos. La Ley brasileña, en su artículo 122, establece la responsabilidad solidaria de los directores por los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones y deberes que les corresponden, disponiendo, además, que si estuvieran convencidos del incumplimiento de tales obligaciones y deberes por parte de sus predecesores, deberán llevar a conocimiento de la asamblea general las irregularidades comprobadas, viniendo a ser, en otro caso, subsidiariamente responsables de las mismas. Y en el artículo 123 se dispone que cuando un mismo hecho causare perjuicios a la sociedad y directamente a cualquier accionista, podrá éste intentar contra el Director o Directores

responsables la acción correspondiente, con independencia de lo anteriormente dispuesto. El artículo 267 del Código de comercio japonés se expresa en forma semejante, disponiendo la Ley española, en su artículo 80, que la acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad previo acuerdo de la Junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día, norma que viene a ser sustancialmente la misma que la que figura en el artículo 192 del actual Código de comercio de Costa Rica. Pero en la Ley española se añade que la Junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción correspondiente, siempre que no se opusieren a ello socios que representen, al menos, la décima parte del capital social, disponiéndose también que los acreedores de la sociedad sólo podrán dirigirse contra los administradores cuando la acción tienda a reconstituir el patrimonio social, no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, y se trate de un acuerdo que amenace gravemente la garantía de sus créditos. Y el artículo siguiente preceptúa que quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos, haciendo recordar esta disposición las que figuraban en los artículos 86 y 87 de la Ley costarricense de 1909. Según el artículo 2393 del Código italiano, la acción de responsabilidad contra los administradores se promueve en virtud de deliberación de la asamblea general, aunque la sociedad esté en liquidación. Y, de acuerdo con el artículo siguiente, los administradores responden frente a los acreedores sociales por la inobservancia de las obligaciones inherentes a la conservación íntegra del patrimonio social. Pero en el artículo 2395 se establece que las disposiciones anteriores no perjudican el derecho al resarcimiento del daño correspondiente al socio singular o al tercero que han sido directamente perjudicados por actos culposos o dolosos de los administradores.

Es indudable que, en principio, el incumplimiento de sus obligaciones por parte de los administradores perjudica directamente a la persona jurídica sociedad, y sólo indirectamente a los accionistas. Pero no cabe olvidar la realidad y ella nos revela que en algunas ocasiones son determinados accionistas nada más los que sufren las consecuencias de la conducta maliciosa de los administradores, ya sea porque los mismos disponen de los votos necesarios para establecer la voluntad social, ya sea porque actúan en cumplimiento de instrucciones impartidas por quienes, al controlar la compañía, les ponen a cubierto de cualquier reclamación que pudiera intentarse contra ellos como consecuencia de una acción social de responsabilidad. Basta pensar lo fácil que resulta algunas veces a un pequeño grupo de accionistas, o a un accionista nada más, disponer de votos suficientes para imponer sus decisiones en la asamblea general. Tales accionistas podrían tener, incluso, intereses personales opuestos a los de la sociedad, ya fuera por negocios propios, de sus familiares o amigos, o como socios de compañías competidoras, y disponer lo procedente para que la actividad social quede reducida al mínimo. Puede suceder también que los accionistas del grupo mencionado que controla la sociedad ocupen ciertos cargos, como directores, asesores o empleados, percibiendo, por decisión de la asamblea general, o con aprobación tácita de la misma, cuantiosas remuneraciones como gastos de representación, viáticos para viajes más o menos necesarios, etc., reduciendo de este modo, de manera sustancial los beneficios netos de la sociedad y el monto de los dividendos, por lo tanto. Y de igual modo es posible que los administradores de la sociedad celebren contratos simulados o lleven a cabo operaciones que sólo benefician a aquellos accionistas que disponen de la mayoría de votos en la asamblea general. Algunas disposiciones de la Ley colombiana vienen a reflejar ciertos celos, suscitados por la posibilidad de que los intereses de la compañía sufran menoscabo como consecuencia de actuaciones similares a las que dejo mencionadas.

El artículo 107, por ejemplo, establece que ni los accionistas, ni los miembros de las Juntas directivas, ni el Gerente, podrán votar, directamente ni por interpuesta persona, por sí mismos o por sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad, para el desempeño de cargos o empleos en la sociedad, excepción hecha del de Gerente, ni para la fijación de sus sueldos. Dispone el artículo 110 que no podrá haber en las Juntas directivas una mayoría cualquiera formada exclusivamente por personas ligadas entre sí por parentesco dentro de los grados mencionados, excepto en las sociedades declaradas "de familia". Y diversos preceptos de la Ley citada prohíben a los gerentes y miembros de la administración, cualquiera que sea su denominación, comprar o vender acciones de la sociedad, por sí o por interpuesta persona, o negociar con ellas en cualquier forma o por cualquier conducto, mientras estén en el desempeño de sus cargos. Rigurosas disposiciones de la mencionada Ley se refieren a los casos en que, por determinadas circunstancias, ajenas a motivos de especulación, alguno de los funcionarios mencionados desee negociar acciones de la compañía, y las autorizaciones especiales que deberá obtener para llevar a cabo cada operación.

La vigilancia de la sociedad.—Son varias las leyes promulgadas en fechas recientes que siguen estableciendo y regulando el funcionamiento de órganos de fiscalización, entre ellas, la Ley ecuatoriana de Enero de este año, que dedica al tema quince artículos. Sin embargo, son dignas de atención las observaciones que al respecto figuran en la Exposición de Motivos de la Ley española, donde se dice que "en la práctica, los órganos de vigilancia, cuyos miembros suelen ser de extracción mayoritaria, como los que constituyen el Consejo de Administración, ni representan en último extremo intereses sociales distintos a los del Consejo, ni ponen celo especial en el desempeño de su misión, por lo que la eficacia del órgano de vigilancia, a

menudo dudosa, resulta no pocas veces perjudicial para la empresa misma".

Los criterios advertidos no son unánimes a este respecto. En Holanda, por ejemplo el Consejo de vigilancia no es obligatorio, aunque puede ser establecido por los estatutos, que fijarán también sus funciones; pero los comisarios no pueden ser socios. En la República Federal de Alemania, por el contrario, el Consejo de vigilancia es un órgano social de importancia singular, con muy amplios poderes, estando integrado por los representantes de los accionistas en dos tercios, y por los representantes de los trabajadores en el otro tercio, si bien la representación obrera no se exige en las sociedades de familia con menos de quinientos empleados. Este Consejo de vigilancia será de tres miembros, por lo menos, o de un número que sea múltiplo de tres; los representantes de los accionistas son elegidos por la asamblea general; los comisarios que representan a los trabajadores son elegidos por los obreros y empleados de la empresa que tengan más de dieciocho años y que se hallen en posesión de sus derechos civiles, en sufragio igual, directo y secreto, según dispone el artículo 76 de la Ley de 11 de Octubre de 1952, que con la de 21 de Mayo del año anterior, organizaron la representación obrera en el colegio de comisarios. En Bélgica, en principio, la vigilancia de la sociedad anónima corresponde a la asamblea general, pero se ha previsto que la misma confíe tal labor a uno o varios comisarios; pero la Ley de 10 de Diciembre de 1953 ha previsto una categoría especial de comisarios, que son los revisores. Y las sociedades que inviten a la suscripción pública de acciones deben elegir uno, por lo menos, de sus comisarios, entre los miembros del Instituto de revisores de Empresas, los cuales se reclutan tomando en cuenta su capacidad técnica, y estando dotados de especial de independencia, aunque les alcanzan también diversas restricciones. Las disposiciones que rigen en Francia sobre la materia son similares a las anotadas.

La protección de las minorías.—Cuando se propugna la necesidad de establecer en la legislación disposiciones adecuadas que ofrezcan la debida protección al sector minoritario de accionistas en la sociedad anónima, no se intenta sugerir siquiera que la plena dirección de los negocios de la compañía deba sustraerse a la voluntad mayoritaria de los socios, poniendo trabas a la misma. Por otra parte, sería un contrasentido que quienes han invertido en una sociedad mayor volumen de capital tuvieran que ajustar sus decisiones a los intereses o al deseo de la fracción minoritaria. Lo que se pretende, simplemente, es que la legislación se evite toda posibilidad de que los accionistas que están en capacidad de decidir la voluntad social, por disponer de mayor número de votos, puedan abusar de sus derechos y de su posición privilegiada en perjuicio de los demás. Se trata, por lo tanto, de amparar y proteger derechos muy legítimos, no sólo porque tal propósito responde a principios de equidad, sino porque cuando en una sociedad anónima se cometen ciertos abusos e irregularidades, al amparo de una legislación que deja margen para ello, las mismas cosas o peores pueden suceder en otra que se constituya y que funcione sometida a iguales normas. Y en tal caso, la desconfianza y el recelo se propagan; sólo quienes se aseguran de antemano el control de la sociedad se deciden a invertir en ellas elevadas sumas de dinero y, por lo tanto, resulta muy difícil constituir grandes compañías con un crecido número de socios, —cientos o de miles— que son las que en realidad permiten integrar las considerables masas financieras que muchas empresas mercantiles e industriales necesitan en la actualidad para afrontar con favorables perspectivas la presión creciente de la competencia.

No es tarea sencilla, desde luego, establecer el equilibrio necesario entre las garantías y seguridades que deben alcanzar al sector minoritario y la necesidad de atribuir a los accionistas de la mayoría las facultades y poderes de que necesitan disponer para orientar debidamente los nego-

cios de la sociedad. Existen, sin embargo, ciertas fórmulas que, al menos parcialmente, se proyectan hacia el indicado fin. En algunos casos, como sucede en Panamá, el pacto social puede establecer el llamado voto acumulativo, cuando se trata de elegir personas para ocupar cargos en la Junta Directiva. Por medio de tal procedimiento, los accionistas con derecho a votar en la elección de Directores pueden disponer de un número de votos igual al número de acciones que les corresponden, multiplicado por el número de Directores a elegir, pudiendo dar todos sus votos a favor de un solo candidato, o distribuirlos entre dos o más de ellos, como lo crean conveniente. Aplicando dicha fórmula, u otras semejantes, que se encuentran en la legislación, los accionistas de la fracción minoritaria no podrán llevar al Consejo de Administración un número de Directores que llegue a igualar siquiera el de los elegidos por la mayoría; pero al menos pueden insertar en él a un representante de sus intereses, cuya intervención, en ciertos casos, podría impedir algún abuso.

A proteger los accionistas que estén en minoría responde, sin lugar a dudas, un conjunto de disposiciones de otra índole, como la que figura en el artículo 170 del Código que comentamos, al exigir, en primera convocatoria, mayorías especialmente reforzadas para que las asambleas extraordinarias puedan adoptar acuerdos válidos. Pero tampoco es conveniente permitir que ciertas actitudes del sector minoritario, que podrían obedecer a incomprensión, o a propósitos obstruccionistas, estorben o paralicen iniciativas y proyectos de la mayoría que tal vez sean convenientes para los intereses de la sociedad. En consecuencia, resulta preferible consagrar el derecho que asiste a los accionistas que estén en desacuerdo con ciertas resoluciones adoptadas por la sociedad, para separarse de la misma, obteniendo el reembolso de sus títulos, de acuerdo con su valor real debidamente comprobado.

A) Prorrogar la duración de la sociedad puede ser medida aconsejable muchas veces, no sólo por lo que se refiere a los intereses de la sociedad, sino también en beneficio de la economía del país. No hace falta demostrar los muchos perjuicios que podrían derivarse para el Fisco, para los obreros y empleados de la empresa y para los accionistas de la sociedad, si ésta tuviera que ser disuelta en todo caso, aunque sus negocios fueran prósperos, por el solo hecho de haberse cumplido el plazo originalmente fijado para la duración de la compañía.

Por tratarse de un proyecto trascendente, que implica una reforma del convenio original, es de todo punto conveniente que la resolución necesaria para prorrogar la duración de la sociedad sea adoptada en una asamblea general extraordinaria especialmente convocada y por el acuerdo favorable de mayorías reforzadas, para establecer debidamente que la medida mencionada cuenta con la aprobación de amplios sectores de accionistas. Así suele establecerse siempre en la legislación. En realidad, sería en extremo inconveniente que se exigiera la unanimidad de votos, pues podría haber accionistas decididos a oponerse a la prórroga intentada por algún motivo inconfesable, impidiendo una medida altamente ventajosa para los demás. Pero de ello no puede deducirse que una mayoría de accionistas, o mejor dicho, de votos, por muy numerosa que sea, deba estar en capacidad de imponer a los socios inconformes una vinculación que no desean. Tanto quien suscribe acciones de una determinada sociedad al momento de su fundación, como quienes las adquieren de otros accionistas en un momento posterior, pueden estar animados del propósito de realizar una inversión concreta por un tiempo determinado, que conocen de antemano. Y si se vieran obligados a permanecer más tiempo unidos a la sociedad, podrían experimentar perjuicios derivados de una situación que no había entrado en sus cálculos. Por otra parte, tampoco cabe perder de vista la posibilidad de que

la prórroga de la compañía sea medida que interesa únicamente al grupo de accionistas de la fracción mayoritaria nada más, por las ventajas personales que derivan del funcionamiento de una sociedad que manejan a su antojo. Esta situación suele presentarse con mayor frecuencia en pequeñas sociedades, con un número de accionistas reducido, y especialmente en algunas de las llamadas de tipo familiar.

B) ~~Algo~~ similar cabe decir, incluso con mayor razón, cuando la sociedad decide, por las mayorías necesarias, dedicarse a otros negocios, modificando en el sentido necesario la escritura. Quienes han contribuido a la constitución de una determinada sociedad, o adquirieron posteriormente acciones de la misma, han podido hacerlo partiendo de la base de que las operaciones que proyecta realizar, o que viene realizando, ofrecen favorables perspectivas. Pero tal vez sería muy otra la actitud de dichos socios si el objeto de la sociedad fuera distinto.

Sin pretender agotar el índice de hipótesis que cabe elaborar a este respecto, cabe pensar en la posibilidad de que una persona, propietaria, por ejemplo, de una empresa de transportes, o con fuertes vinculaciones económicas a la misma en calidad de socio, decida invertir una parte sustancial de sus recursos en acciones de una sociedad que se halla dedicada al negocio de urbanizaciones o al de construcción. La posición de este accionista sería muy ingrata si la sociedad llegara a decidir la creación de varias líneas de ómnibus o de camiones para transportar pasajeros o mercaderías, haciendo de este modo una competencia, que podría ser ruinosa, al accionista mencionado. Es indudable que si tal cambio de objeto respondía a una decisión social, reflejo claro de la voluntad mayoritaria, sería absurdo que dicha medida se impidiera por la oposición de algunos socios, por muy fundada que estuviera desde su punto de vista personal. Pero tampoco sería justo mantener dentro de la compañía a un accionista que estuviera en desacuerdo con la mencionada decisión.

Quizás el principio que consagra la doctrina *ultra vires* del Derecho anglosajón resulte excesiva en muchos casos. Pero es evidente la importancia que la legislación viene atribuyendo al objeto de la sociedad, tratando de evitar, incluso, que por medios indirectos sea cambiado, sin cumplir los trámites del caso. A tal propósito responde la previosa norma del artículo 2361 del Código italiano, donde se dispone que la adquisición de participaciones en otras empresas, aunque esté prevista genéricamente en el pacto social, no se permite, si por la medida y por el objeto de la participación resulta sustancialmente modificado el objeto social determinado en el acto constitutivo. En efecto, de nada serviría, en el ejemplo que antes mencioné, que la compañía constructora conservara sin alteración el objeto social establecido en la escritura, si empezaba a reducir el campo de sus operaciones propias para invertir la mayor parte de sus recursos financieros en una compañía dedicada al negocio de transportes.

C) ~~Si~~ dos o más compañías deciden fusionarse, surgirá una nueva sociedad con distinto capital y denominación, con distinta duración que las sociedades anteriores, y hasta tal vez con un objeto diferente. En todo caso, la posición de los accionistas dentro de la nueva sociedad implicará cambios sustanciales con respecto a la anterior. Por ello, aunque algunas veces la fusión de sociedades puede ser medida aconsejable y ventajosa para todas, no debe impedirse la separación de aquellos accionistas que no quieren formar parte de la nueva compañía.

D) ~~Otra~~ situación que justifica la separación de los accionistas disconformes se presenta en el caso de que la sociedad decida, por las mayorías necesarias, aumentar o reducir el capital social. Una elevación, con la emisión de acciones nuevas para ser vendidas, coloca a los accionistas en una posición distinta dentro de la sociedad, aunque los nuevos títulos que se emitan carezcan de privilegios especiales por ser de la misma clase que los anteriormente

emitidos. Pero al aumentarse el capital social en la forma mencionada, todos los accionistas verán reducido el porcentaje de su participación en el mismo, a menos que decidan realizar nuevos desembolsos y adquirir el número de acciones necesario para conservar su posición.

Por lo que se refiere a la reducción del capital social, cabe hacer otras consideraciones. Sin embargo, los disconformes con el acuerdo adoptado pueden estimar, posiblemente con razón, que la medida mencionada colocará a la sociedad en una posición desventajosa para seguir realizando operaciones, y desean separarse de la misma antes de que los negocios a que se dedique inicien su declinación.

El Son muchas las legislaciones que facultan a los accionistas para separarse de la sociedad, obteniendo el reembolso de sus títulos, cuando estén en desacuerdo con las resoluciones adoptadas para aumentar o reducir el capital social, para fusionar la sociedad con otra u otras compañías, para prorrogar su duración o para cambiar sustancialmente el objeto. Pero también se viene abriendo campo una fórmula que atribuye a los accionistas facultades similares en el caso de que la sociedad, durante un determinado número de años, no reparta dividendos que equivalgan, por lo menos, al interés legal del dinero.

No se trata, por supuesto, de aquellas situaciones especiales de algunas sociedades que se constituyen para explotar ciertos negocios que requieren muchas veces fuertes inversiones iniciales y un período básico de operación, más o menos prolongado, durante el cual no puede la sociedad registrar utilidades de ninguna clase. Precisamente en previsión de tales casos, y con el objeto de ofrecer a los inversionistas potenciales cierto estímulo, algunas disposiciones legales, como el artículo 676 del Código suizo de Obligaciones, permiten la posibilidad de acordar a los accionistas, por un determinado plazo, los llamados intereses construc-

tivos, norma que también recoge el artículo 123 de la Ley mexicana de 1934.

La situación que justifica el que aquellos accionistas que, no formando parte de la administración, se retiren de la sociedad, si ese es su deseo, es cuando la sociedad, operando normalmente, no reparte utilidades, o las mismas son de una cuantía insignificante. En algunas sociedades, sobre todo en las que tienen pocos accionistas, es frecuente el caso de que las mismas languidezcan por falta de interés o de capacidad en los administradores, que resultan reelegidos una y otra vez porque disponen de los votos necesarios para ello. Otras veces, el escaso rendimiento que alcanza a algunos accionistas es debido, sobre todo, a que el grupo que controla la administración de la sociedad maneja los intereses de la misma en beneficio propio. Y en otras ocasiones, aún hallándose los negocios sociales dirigidos de manera recta y diligente, el grupo de control considera preferible acumular grandes reservas, o utilizar casi totalmente las ganancias obtenidas en sucesivas reinversiones.

Como se ha dicho muchas veces, dentro de la sociedad anónima es fácil advertir que los intereses particulares de los socios son distintos, y hasta opuestos, reflejándose en antagonismo en manifestaciones muy diversas. Para el gran accionista, con vocación de empresario y fuertes vínculos económicos con la sociedad, la solvencia de la compañía, su crédito y prestigio, constituyen metas que deben alcanzar y mantener, aunque sea sacrificando en muchos casos la cuantía de los dividendos. Pero, aparte de los especuladores, hay otros accionistas para los cuales sus acciones representan, o deben representar, una fuente de ingresos regular de la que no quieren prescindir. Estos accionistas desean, desde luego, que la sociedad prospere; pero en modo alguno se avendrían a renunciar a las utilidades que normalmente deben reportarles sus acciones, al menos por un tiempo prolongado, dejando así de percibir sumas que

tal vez les sean necesarias para estabilizar el presupuesto familiar, o realizar otras inversiones.

Es indudable que, en principio, el accionista que quiera separarse de la sociedad puede hacerlo cuando tenga a bien, vendiendo sus acciones. Pero tal operación no siempre es fácil, al menos obteniendo en todo caso el valor real de los títulos, por las dificultades que pueden presentarse para encontrar un comprador. En los casos que quedan mencionados, y especialmente cuando el accionista desea desprenderse de unos títulos que no le sirven para percibir siquiera una ganancia moderada, ni para influir en modo alguno en las decisiones de la sociedad, no es aventurado suponer que encuentre dificultades para su colocación, a menos que se avenga a venderlos depreciados. Y en tal supuesto, serían los propios accionistas del grupo de control los que podrían aprovecharse de la coyuntura, aumentando ventajosamente sus participaciones en la sociedad.

La disolución de la sociedad.—Con respecto a las disposiciones que regulan la disolución de la sociedad anónima, quizá fuera oportuno precisar el alcance del apartado d) del artículo 201, puesto que tal como se halla redactado pareciera exigir el acuerdo de todos los socios para una disolución anticipada. Y si bien esta regla es inobjetable tratándose de sociedades de personas, dicha exigencia parece algo excesiva en el caso de las anónimas.

Otro punto que podría dar lugar a confusión, como ocurre en ciertos ordenamientos legales que contienen una regla similar, es que, de acuerdo con el apartado a), la sociedad se disolverá por vencimiento del plazo señalado en la escritura, y de acuerdo con el apartado b), por haberse realizado o consumado el objeto de la sociedad. Pero puede suscitar algunas dudas el hecho de que el plazo de la sociedad expire antes de haberse realizado el objeto social, o el de que éste se realice antes del vencimiento del plazo señalado en la escritura. En el primer supuesto pa-

rece lógico que la sociedad prorrogue su duración hasta que el objeto social se haya realizado —la construcción de un puente, de una carretera, una urbanización, etc.—, y en el segundo, que se disuelva, aunque el plazo de duración no esté cumplido. Sin embargo, resulta aconsejable precisar estos extremos, lo mismo que añadir en el artículo 201 que la sociedad anónima, lo mismo que cualquiera otra, también podrá ser disuelta por sentencia judicial, sobre todo si se tiene en cuenta que en el artículo 211 se hace expresa referencia a ello. Por último, también parece recomendable dejar abierta la posibilidad de que cuando la sociedad anónima sea disuelta por acuerdo de los socios, decidan éstos reconstituirla, si esa es la voluntad de todos, interrumpiendo el proceso de liquidación.

Señoras y Señores: Enfrentarse a la tarea que implica regular un materia de tanta complejidad como es la sociedad anónima, presenta múltiples dificultades. Ante todo, se plantea el problema de elegir entre una serie de preceptos que aspiran a prever y resolver las muy diversas cuestiones que pueden presentarse en el funcionamiento de una sociedad de esta clase, o una reglamentación floja y elástica, dejando un amplio margen a los fundadores de la compañía para que a través de las disposiciones del pacto social o de los estatutos, le atribuyan la estructura que estimen preferible en cada caso. La primera de las mencionadas fórmulas no es del todo aconsejable siempre. Por una parte, existe el riesgo de elaborar leyes excesivamente complicadas que vengán a estorbar en cierto modo la constitución de sociedades anónimas, cuando es ésta iniciativa que debe estimularse. Y como señala Radbruch en un brillante trabajo sobre el espíritu del Derecho inglés, la tradicional resistencia británica a estructurar en fórmulas legales la norma jurídica, se basa, sobre todo, en el convencimiento de que la ley anticipada, la *prophetic law*, no puede prever las diversas situaciones que puedan presentarse, por extenso y minucioso que sea su articulado.

Pero frente al problema que la sociedad anónima representa, tampoco es acertado suponer que una legislación excesivamente amplia y tolerante, de tipo permisivo, contribuye en todo caso eficazmente a la creación de nuevas compañías, o al desarrollo de las existentes. Porque si bien es indudable que así puede estimularse la formación de un gran número de sociedades, se tratará en la mayoría de los casos de pequeñas compañías, en las que predominan ciertas consideraciones de tipo personal —lo que es más propio de sociedades de otra clase— pero no la gran sociedad respaldada por una masa financiera amplia, colectada a través de aportaciones múltiples, con numerosos accionistas, incluso modestos, para quienes resulta del todo indiferente que el control social esté en manos de unos o de otros, al no existir el menor riesgo de abusos de poder, porque preceptos legales adecuados se encarguen de impedirlo, o porque determinados organismos de inspección ejerzan una vigilancia cuidadosa sobre todas las actividades de la compañía, como ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos, en Chile y en Colombia.

Comparto el pensamiento que el admirado maestro Cervantes Ahumada desarrolla en un luminoso trabajo cuya lectura recomiendo, cuando reconoce que, si bien la sociedad anónima de hoy vuela muy alto, lleva plomo en las alas, y la crisis de su estructura actual parece inevitable. Resulta muy difícil predecir el futuro de la sociedad anónima, tan estrechamente vinculada a las estructuras económicas de nuestros pueblos. Pero mirando al presente y al porvenir más inmediato, es preciso reconocer que la integración económica centroamericana constituye una realidad, abriendo amplias perspectivas a las empresas productoras de bienes y servicios, determinando la necesidad de organizarlas de manera que puedan atender en adecuada forma la demanda de un creciente número de consumidores. En consecuencia, si aceptamos que la sociedad anónima moderna es actualmente el factor más poderoso para desa-

rollar con eficacia las estructuras económicas, será preciso ajustar la reglamentación jurídica de tan vitales organismos en forma que ofrezcan estímulos al inversionista, canalizando, incluso, el pequeño capital, que de otro modo se mantiene improductivo. Es decir, que si queremos estructurar la gran sociedad anónima que pueda captar el ahorro de muy diversas fuentes y agrupar en su seno una cantidad considerable de accionistas, es indispensable regular sus mecanismos de manera que el sector minoritario encuentre en las disposiciones de la ley la debida protección y amparo.

Debo terminar aquí. Lamento no haber podido referirme a otros aspectos de la sociedad anónima en el nuevo Código de comercio de Costa Rica, pero razones de tiempo me lo impiden. Deseo felicitarles efusivamente por la organización de este curso, agradeciendo una vez más la alta distinción que implica haber sido invitado a participar en el mismo, y la gentileza adicional de su atención tan bondadosa. Muchas gracias.

FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

Lic. OCTAVIO TORREALBA
Suplente Derecho Mercantil
Primer Curso,
Facultad de Derecho.

1. INTRODUCCION

Es muy antigua ya la observación de que el Derecho mercantil no es exactamente el Derecho de comercio. El comercio, como actividad económica, está regulado por multitud de normas jurídicas que pertenecen al Derecho civil, al Derecho fiscal, al administrativo, al penal y, también, en una parte muy considerable, al Derecho mercantil. Pero el Derecho mercantil es, por eso mismo, sólo una parte del Derecho que regula el comercio porque el comerciante, en su actividad profesional, debe sujetar su conducta no sólo a las reglas contenidas en el Código de comercio, sino también a las del Código civil, a las del fiscal, a las del penal, etc.

El Derecho mercantil es una parte del ordenamiento jurídico privado. No es un Derecho de excepción frente al Derecho civil —como por mucho tiempo se le consideró— porque constituye por sí mismo un sistema completo de normas susceptibles de ampliación analógica, lo cual no sería posible si tuvieran el carácter de excepcionales. En el Derecho mercantil se encuentran instituciones desconocidas en el campo civil (como los títulos valores, por ejemplo); no tiene sentido considerar las normas que las regulan como excepcionales a una regla general que no existe (1).

(1) Así, Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, 1959, pág. 23. En contra, Ripert, *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, 1954, Tomo I, pág. 2.

El Derecho mercantil debe ser considerado como un Derecho especial que, mediante normas delimitadoras, crea un campo de aplicación propio dentro de las relaciones jurídico-privadas para someterlo a un sistema específico. Las relaciones sometidas a esta regulación especial constituyen lo que se llama la "materia mercantil".

Tal condición de especialidad que caracteriza al Derecho mercantil dentro de las relaciones jurídico-privadas (reguladas en forma más general por el Derecho civil), unida a la particularidad de ser un sistema completo de normas susceptibles de ser ampliadas por analogía, nos lleva necesariamente al problema de cómo opera el Derecho mercantil al resolver los problemas que le son propios: cuáles son las fuentes de que se nutre el Derecho mercantil y cómo colma sus lagunas cuando sus disposiciones específicas se agotan.

Este es el tema de las fuentes del Derecho mercantil.

2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En la terminología jurídica se habla de fuentes del Derecho en dos sentidos distintos: desde un punto de vista *formal*, fuente del Derecho es el modo o forma como se exterioriza el Derecho positivo, es decir, el proceso de creación de la norma jurídica; desde un punto de vista *material*, la fuente está constituida por los factores, elementos o causas que contribuyen a que la norma nazca y hacen que ella tenga un determinado contenido (convicción jurídica de los comerciantes, la tradición, la opinión popular, naturaleza de las cosas y demás factores económicos, políticos, sociales).

Desde el punto de vista formal, el estudio de las fuentes tiende a descubrir los requisitos puramente extrínsecos, es decir, los procesos a través de los cuales nace la norma y, por consiguiente, nada tiene que ver este tema con el contenido de las reglas jurídicas, con lo que ellas preceptúan;

porque esto último es el campo de investigación de las fuentes materiales, que nos señalarán los factores o causas que hacen que la norma disponga lo que dispone.

En la materia mercantil, indagar por las fuentes materiales del Derecho significa tanto como investigar por qué existen y por qué son de determinada manera las leyes mercantiles o, lo que es lo mismo, por qué hay Derecho mercantil. Esto nos llevaría a entrar de lleno en la añeja discusión —nunca acabada— sobre si se justifica o no la existencia del Derecho mercantil como rama separada del Derecho civil. ¿Por qué existe el Derecho mercantil?, se han preguntado siempre los juristas. ¿A qué peculiares necesidades vitales obedece esta rama del Derecho? Y las respuestas a estas preguntas han sido cuatro, a través del tiempo:

a) El Derecho mercantil existe, han dicho unos, porque entre las actividades profesionales hay una profesión —la del comerciante— que reclama un Derecho especial. A esta posición pertenecen los sistemas mercantiles "subjetivos" del medioevo.

b) Para otros, el Derecho mercantil se justifica porque entre las actividades humanas, con independencia de la profesión del comerciante, hay unos actos —los actos de comercio— que deben ser regulados por un Derecho especial. A esta tesis se afiliaron las legislaciones inspiradas en el Código de comercio napoleónico de 1807.

c) Una tercera posición sostiene que hay Derecho mercantil porque en la estructura de la economía moderna hay unos organismos —las empresas— que reclaman un Derecho especial.

d) Y, finalmente, sostienen otros que la repetición masiva de actos jurídicos, propia del mundo de los negocios, produce fenómenos psicológicos y sociales de adecuación

externa e interna, que exigen una regulación especial. Estas, precisamente, el Derecho mercantil (2).

A estas dos últimas tendencias pertenecen las modernas concepciones del Derecho mercantil como el Derecho de las empresas organizadas y de los actos en masa, que han recibido sanción legislativa en los actuales códigos de Italia y Honduras.

Todas estas teorías que pretenden explicar el por qué del Derecho mercantil o, lo que es lo mismo, cuáles son sus fuentes materiales, con ser tan interesantes, se salen del propósito de esta exposición, pues se relacionan íntimamente con el concepto mismo del Derecho mercantil, que es otro tema.

Nos vamos a ocupar aquí de las fuentes formales, exclusivamente, es decir, de los modos o formas de manifestarse los preceptos mercantiles externamente. Y esto nos lleva a un primer aspecto.

3. CUALES SON LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO MERCANTIL?

Como las de todo Derecho positivo, substancialmente dos: la ley y la costumbre (3). La norma jurídica se manifiesta reflexivamente y en forma mediata a través de los órganos competentes del Estado, o espontánea e inmediatamente por las costumbres de la sociedad misma. Hay leyes mercantiles y costumbres mercantiles; estas son las únicas fuentes de esta rama del Derecho. En general, la actividad comercial está regulada, como antes lo apuntamos, por normas pertenecientes a diversas ramas del Derecho, entre ellas, principalmente, por el Derecho civil. "Los comerciantes, los objetos y los negocios mercantiles —dice Garrigues— están sometidos también a las normas de otros or-

(2) Véase Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, 1962, Tomo I, pág. 4.

(3) Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, México, 1946, pág. 249.

denamientos legales. De ellos, el más próximo, por la comunidad de origen y de naturaleza, es el Derecho civil. El ámbito del Derecho mercantil y el del Derecho civil en los asuntos comerciales es relativo entre sí y complementario. Por eso es natural que, una vez agotada la virtualidad de las normas genuinamente mercantiles, se acuda a la disciplina jurídica matriz. Muéstrase así el Derecho civil como un Derecho subsidiario del Derecho privado mercantil" (4).

Pero el Derecho civil no puede ser fuente del Derecho mercantil; es otra rama del Derecho privado que, a su vez, se exterioriza en otro grupo de fuentes. Es el civil un conjunto de normas ya formuladas y promulgadas que no puede ser fuente, a su vez, de otro Derecho, aunque indudablemente se aplique, supletoriamente, a relaciones mercantiles.

Para fijar cuál sea la posición del Derecho civil respecto a la materia comercial —dice Alfredo Rocco—, basta, en realidad, recordar que el Derecho mercantil contiene la especial reglamentación jurídica de las relaciones mercantiles como tales; la regulación jurídica de las relaciones mercantiles como relaciones entre particulares o privadas hay que buscarla siempre en el Derecho Civil. Hasta donde alcance la norma especial, reguladora de las relaciones mercantiles, consideradas éstas como clase especial de relaciones privadas, es ella la que debe aplicarse; cuando desfallezca, aparece el Derecho civil que rige las relaciones de todas clases de índole privada, y entre ellas, por tanto, las mercantiles.

El Derecho común se aplica a materia regida por normas especiales o excepcionales, cuando se carezca de un precepto especial, y precisamente porque es Derecho común; no porque se transforme en Derecho Particular o especial; por consiguiente, para resolver cuándo el Derecho

(4) Op. cit., pág. 104.

civil es aplicable en materia comercial hay que resolver primeramente si no existe norma especial jurídica mercantil para la relación comercial (5).

Una norma jurídica —legislativa o consuetudinaria— es mercantil y, por lo tanto, fuente formal de esta rama del Derecho, cuando ha sido dictada directa y especialmente para la materia comercial. Una ley tiene carácter comercial —enseña Mantilla Molina— no sólo cuando el legislador se lo ha dado explícitamente, sino también cuando recae sobre materia que por la propia ley, o por otra diversa, ha sido declarada comercial (6).

4. LA LEY MERCANTIL

Se entiende por ley mercantil no sólo el Código de comercio, que lo es por excelencia, sino también todas aquellas leyes no codificadas que rigen particular y especialmente la materia de comercio. Este carácter hay que inducirlo del contenido mismo de la ley, de la naturaleza de las relaciones que regula; después, para resolver si la materia que rige la ley es materia comercial, hay que acudir al Código de comercio y examinar si las relaciones que la ley rige son relaciones derivadas de actos que en virtud de los preceptos del Código deben reputarse de naturaleza mercantil (7).

A la par, pues, del Código de comercio, están las leyes mercantiles especiales, como fuentes primarias del Derecho mercantil. Justamente por ello —y a sugerencia de los licenciados Jaime Solera y Francisco Morelli—, en el artículo 2º del nuevo Código de comercio se hizo expresa mención

(5) Rocco, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, México, 1960, pág. 104.

(6) Op. cit., pág. 39.

(7) Rocco, Op., cit., pág. 110.

de las "otras leyes mercantiles" como fuentes legislativas de nuestro Derecho mercantil (8).

Desde la codificación napoleónica, la ley ocupa el primer lugar en la jerarquía de las fuentes, en los países llamados romanistas. La codificación moderna ha producido, en cuanto al Derecho comercial se refiere, un fenómeno de inversión en la jerarquía de las fuentes, pasando la ley a ocupar rango preferente sobre la costumbre, la cual, aun siendo manifestación más directa y espontánea del sentido jurídico popular, tiene que agradecer a la ley el reconocimiento de su existencia. Esta primacía de la ley parte de la base preconcebida de que la ley de un país proporciona, en todas las hipótesis, los elementos para resolver cualquier problema jurídico, de suerte que aplicando la ley, combinando entre sí las disposiciones de las diversas leyes, se resolverá siempre el problema en cuestión. La codificación se consideró tan importante y decisiva que en Francia se creyó que todo Derecho francés podía encontrarse exclusivamente en los códigos franceses. Y se cuenta que un profesor francés de Derecho civil, dijo un día: "Yo no conozco el Derecho civil; yo enseñé el Código de Napoleón" (9).

5. USOS Y COSTUMBRES MERCANTILES

Mas a pesar de esa preponderancia indiscutible que la ley escrita ejerce sobre la norma consuetudinaria en los regímenes jurídicos contemporáneos llamados continentales, no ha podido, en ninguna parte del mundo, desplazar del todo a la costumbre como fuente riquísima de preceptos jurídicos, que sigue gobernando las relaciones humanas, en mayor o menor grado, según las diversas ramas del Derecho en que se desenvuelvan. En el Derecho internacional

(8) Muchas leyes mercantiles quedaron sin codificar, como las que regulan los contratos de seguro, los almacenes generales de depósito, los almacenes de depósito fiscal y las marcas y nombres comerciales, para no citar más que algunas.

(9) Así, de Solá Cañizares, *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, 1963 Tomo I, pág. 288.

forma público, por ejemplo, la mayoría de las reglas tienen, aún, forma consuetudinaria, a pesar de los múltiples organismos creadores de normas y principios escritos. En el Derecho constitucional, la costumbre tiene todavía gran importancia; basta percatarse de que la constitución inglesa, verbigracia, tiene una base eminentemente consuetudinaria.

En otras ramas del Derecho, como el penal, por ejemplo, la costumbre ha quedado prácticamente excluida en los regímenes civilizados, porque el principio general moderno de que no puede haber crimen ni pena sin que hayan sido establecidos previamente por una ley escrita. No obstante lo cual, según apunta Recasens, los tribunales de Nüremberg y Tokio, al sancionar los crímenes de guerra, aplicaron no solamente previas leyes escritas, sino también principios de Derecho que formaban parte del ordenamiento jurídico internacional, aunque no estuvieran declarados explícitamente, pero que sin duda pertenecen y pertenecían a la conciencia jurídica de las naciones civilizadas (10).

¿Y qué decir del Derecho civil y del laboral? Nuestro Código civil, para no ir muy lejos —aparte de las múltiples remisiones a los usos y las costumbres que hace en todo su articulado—, tiene sentada la regla básica de que "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta" (11); lo que le da entrada a los usos jurídicos, aun por encima de la ley, en la amplia esfera de la contratación. Y el Código de trabajo, por su parte, al establecer en sus disposiciones generales que "Los casos no previstos en este Código, en sus Reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con los principios generales del Derecho de Trabajo, la equidad, la costumbre o el uso locales", le está dando preferencia al Derecho consue-

(10) *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, 1952, pág. 297.

(11) Art. 1023 C. C.

im part tudinario, por lo menos respecto a la ley escrita civil, ya que a continuación agrega que "en defecto de éstos se aplicarán, por su orden, las disposiciones contenidas en los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional de Trabajo en cuanto no se oponga a las leyes del país, y (por último) los principios y leyes del derecho común" (12).

En materia mercantil, el uso ha tenido y tiene una importancia capital. Históricamente, la importancia del uso ha sido superior a la de la ley (13). La costumbre ha sido en otros tiempos la fuente esencial —y hasta única— del Derecho comercial. En la Edad Media el Derecho mercantil con carácter profesional e internacional, se fue elaborando a base de las costumbres de los comerciantes. El Derecho comercial no nació ni se elaboró a base de leyes, sino de usos del comercio (14). Cuando la ley civil no se adaptaba a las peculiares exigencias del tráfico mercantil, los comerciantes no se cruzaban de brazos esperando una ordenanza legal adecuada —ha dicho Garrigues—, sino que se separaban en seguida de la aplicación de la ley por medio de usos *extra legem*, adecuados a sus especiales finalidades económicas (15).

A partir de la codificación napoleónica, como antes apuntamos, los usos y costumbres pasan a segundo término como fuentes del Derecho mercantil y se entroniza la ley escrita como fuente primaria; pero aun así, como advierte, Uría, la imposibilidad de que los Códigos mercantiles, incluso los más perfectos, llenen las exigencias siempre nuevas del comercio, hace que el uso siga conservando un importante papel como fuente del Derecho mercantil moderno (16).

(12) Art. 15 C. de T.

(13) Rodrigo Uría, *Derecho Mercantil*, 1962, pág. 17.

(14) de Solá, *Op. cit.*, pág. 297.

(15) Garrigues, *Op. cit.*, pág. 93.

(16) Uría, *Op. cit.*, pág. 17.

Un principio elemental de economía de esfuerzo, según el cual es más fácil hacer lo que siempre se ha visto realizar por otros (limitación) a lo que ya se ha hecho alguna otra vez (hábito), favorece la creación de la norma consuetudinaria. La repetición constante es el elemento material, extrínseco, aparente, de la costumbre jurídica; pero éste por sí solo no basta; hay actos que se repiten continuamente, sin constituir, sin embargo, costumbre en sentido jurídico. Piénsese, por ejemplo, en las reglas de prudencia (por ejemplo, cerrar la puerta de la casa), de higiene, de decoro personal, de cortesía, de piedad (por ejemplo, hacia los difuntos), reglas que todos observamos, incluso con la conciencia de cumplir un deber, sin pensar por eso en atribuir a los demás la facultad de imponerles tal observancia. Para que la costumbre jurídica surja, precisa que la repetición constante sea avalorada por la persuasión de que la reiteración misma es absolutamente obligatoria, esto es, que los demás pueden exigirla y no depende, por tanto, del mero arbitrio subjetivo. Este elemento psicológico es lo que los romanos llamaron la opinio iuris o necessitatis (17).

En la teoría general del Derecho se discute en qué momento una costumbre deja de ser mero hábito para convertirse en regla de Derecho. Para algunos autores, la regla consuetudinaria no puede transformarse en precepto jurídico mientras el poder público no le reconozca carácter obligatorio: expresamente, por medio de una ley (como cuando el Código dice que, a falta de ley aplicable, deberá el juez recurrir a la costumbre); o tácitamente, cuando consiente en la aplicación de una costumbre en la solución de casos concretos, por medio de la sentencia judicial. Para otros autores (François Gèny), la costumbre jurídica no nace de la práctica de los tribunales (ni, mucho menos, del reconocimiento legislativo), sino que, si los tribunales la aplican es precisamente porque en su concepto corresponde a una verdadera norma de Derecho, es decir, a un precepto nacido

(17) del Vecchio, Op. cit., pág. 250.

consuetudinariamente, y anterior, por tanto, a las decisiones que le reconocen validez. La aplicación no constituye un acto de creación sino de reconocimiento de la norma (18).

Sin embargo, el problema de la fuerza obligatoria de los usos y costumbres en materia mercantil, es mucho más reducido y sencillo. Casi todos los Códigos de comercio contemporáneos (desde luego, en los países en que hay separación legislativa civil y mercantil), haciéndose cargo de la importancia histórica y pragmática de la costumbre como fuente del Derecho mercantil, les reconocen fuerza obligatoria para los casos no previstos en la ley y, por tanto, es evidente que su fuerza viculante les viene del texto mismo del legislador, al margen de toda discusión académica.

Cuando, como en este caso, nos encontramos con un texto legal que, en vez de expresar con precisión la regla, apela a los usos y las costumbres, hay que reconocer que éstos tienen valor de Derecho vigente. En realidad, este caso de invocación de los usos por una ley escrita no se distingue en nada, jurídicamente, de aquellos otros en que, para fijar el contenido de la regla, se remite la ley a un factor que le es extraño; y así sucede cuando la ley atribuye eficacia jurídica a la voluntad privada, como por ejemplo, cuando dice que los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (19), o como cuando subordina la aplicación de las normas relativas a la sucesión legítima al evento de que el causante no haya expresado su voluntad en otro sentido por vía testamentaria. (20).

Fijado así el carácter obligatorio de los usos y costumbres en el Derecho mercantil, nuestra atención debe dirigirse a tres temas fundamentales:

(18) García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, 1963, págs. 63 y 64.

(19) Art. 1022 C. C.

(20) Art. 571 C. C. Véase Rocco Op. Cit., pág. 118.

- a) Cómo se forman los usos y costumbres mercantiles y su respectiva clasificación atendiendo a su grado de desarrollo;
- b) características de una y otra clase de usos;
- c) significado de los términos "usos y costumbres" utilizados por el Código de comercio.

Veamos por separado cada una de esas tres cuestiones.

a) Génesis y clasificación de los usos mercantiles.

El uso mercantil se engendra y desarrolla a través de un lento proceso de repetición de actos. En esta evolución, Garrigues distingue tres fases o etapas:

En la primera fase, dice, el uso consiste en la repetición de una cláusula en la misma clase de contratos (la tipicidad de los contratos mercantiles favorece la formación del uso). Ciertas cláusulas se convierten así en usuales, frecuentes sobre todo en la contratación de las grandes empresas y, en general, en la contratación en masa, característica del Derecho mercantil (pólizas de seguros y de transportes, contratos bancarios y bursátiles, etc.). Hasta aquí no hay uso en el sentido técnico de la palabra: la cláusula está expresa en el contrato.

En una segunda fase, la cláusula muchas veces repetida acaba por sobrentenderse, sea entre los mismos contratantes, sea dentro de un pequeño grupo de personas dedicadas al mismo género de comercio (cláusula de estilo).

En una tercera fase, llamada fase de la "objetivación generalizadora", aquella cláusula típica del contrato se destaca de la voluntad de las partes, se aísla de ella y se convierte en norma objetiva de Derecho y como tal se impone a la voluntad de los particulares, quienes, no pactando lo contrario, quedan vinculados aunque lo ignoren. La práctica individual ha devenido práctica social, es decir, uso (21).

(21) Así, Garrigues, Op. cit., págs. 94 y 95.

En la primera etapa, como se dijo, no hay uso en sentido técnico, sino una simple repetición de una cláusula en sucesivos contratos, cuyo valor jurídico descansa en la cláusula misma, que está expresamente pactada. En la segunda fase, eliminada la cláusula a fuerza de repetirla (precisamente por considerarse obvia), se convierten la regla en una práctica individual, que concurre de modo tácito en la formación del contrato, como estipulación sobrentendida. La voluntad existe entre los contratantes; lo que se ha eliminado (por innecesaria) es la manifestación expresa de esa voluntad. Por eso es que, al resolver las dudas que pudieran presentarse al interpretar el contrato, lo lógico es remitirse a lo que, en circunstancias similares, ha sido usual entre los contratantes, como medio de desentrañar el verdadero significado de sus obligaciones; no sólo en lo que ha sido dicho, sino, particularmente, en lo que ha sido omitido. Y esto porque "si una persona, al repetir los mismos actos, suele manifestar una cierta voluntad, parece lógico presumir que aquella serie de actos responde a una voluntad constante, y que esta voluntad existe, aun cuando en un caso particular falte la correspondiente especial manifestación" (22).

Estos usos o prácticas profesionales de los comerciantes, por lo mismo que constituyen normas jurídicas de contratación y sirven para interpretar la voluntad presunta de los contratantes, reciben el nombre de usos interpretativos.

El uso, finalmente, alcanza la condición de uso normativo, o sea que se convierte en una verdadera norma de Derecho consuetudinario, cuando, en la tercera, fase, deja de ser una práctica individual para convertirse en práctica social; cuando se aplica de modo uniforme, general y duradero, entre toda una colectividad o, por lo menos, entre todos los que se dedican al mismo género de negocios; y, fundamentalmente, cuando en el consenso popular se respeta como norma absolutamente obligatoria, en el sentido

(22) Rocco, Op. cit., pág. 119.

de que puede ser exigida y no depende del mero arbitrio subjetivo. En una palabra, cuando surge el elemento psicológico-social de la *opinio iuris necessitatis*. Se crea así un uso normativo, que es una norma general de Derecho, una ley de carácter consuetudinario.

b) Características de los usos interpretativos y normativos.

Como hemos dicho, el uso interpretativo (o convencional, como también se le llama) encuentra su valor jurídico y significación en la voluntad presunta de las partes. Funciona como medio de interpretación. "No completa la voluntad, sino la declaración de voluntad" (23).

De ello se deducen tres consecuencias:

1º El uso interpretativo tiene que ser aprobado ante el juez, pues, tratándose de reglas de conducta contractual que derivan su valor de una presunción de voluntad, siempre será posible demostrar que hubo una voluntad distinta en el caso en cuestión.

2º Que la obligatoriedad del uso desaparece si se demuestra que una de las partes ignoraba su existencia, porque para la parte que pruebe esa ignorancia desaparece la presunción de voluntad en que se funda la fuerza vinculante del uso interpretativo.

3º En tanto no se impugne la presunción, el uso interpretativo se considera declaración de voluntad contractual y, como tal, puede y debe aplicarse por encima de aquellas reglas escritas de carácter supletorio, llamadas supletivas o declarativas, dictadas para regir sólo a falta de una voluntad contraria de los particulares.

—ooOoo—

Veamos ahora las características que deben reunir los usos normativos para que la práctica, o sea la forma en

(23) Garrigues, Op. cit., pág. 96.

que se repite el acto, se convierta en obligatoria y pase a integrar una norma de Derecho mercantil.

1) El uso para ser normativo debe ser un uso social, no individual. Porque a diferencia de los usos interpretativos, cuya eficacia reside en la voluntad privada, la eficacia de éstos tiene su fundamento en el consenso general, tal y como ocurre con las leyes mismas; y un mandato general, no puede estar determinado por la voluntad de una o más personas singulares.

2) No basta con que se trate de un uso social para que la práctica adquiera fuerza obligatoria para el Derecho mercantil. Es preciso que se trate de una práctica legítima, o sea que esté autorizada o no prohibida por el régimen jurídico. Los Códigos de comercio, cuando se refieren a los usos como fuentes jurídicas, no pretenden legitimar un uso cualquiera, sino usos lícitos. Y para que un uso pueda ser lícito, es necesario que no sea contrario a los principios de Derecho público; que no se oponga a las normas imperativas o coactivas del Derecho privado, mercantil o civil, pues una serie de actos ilícitos no puede engendrar jamás una norma de Derecho. Esto sería una reiterada violación de leyes imperativas, incapaz de crear situaciones jurídicas generales.

3) Como la repetición constante es el elemento extrínseco o aparente del uso, es preciso que la práctica que lo integra haya alcanzado cierta duración, porque no se puede establecer la uniformidad en la serie de actos repetidos, sin un espacio de tiempo suficientemente largo. Claro es —como lo señala del Vecchio— que este concepto de la duración es eminentemente relativo, ya que el mayor o menor número de repeticiones depende de la índole de la relación. Hay ciertos actos, como por ejemplo la tala de árboles, que por su naturaleza no pueden realizarse sino a largos intervalos. En estos casos, un número pequeño de reiteraciones será suficiente para demostrar la práctica uni-

forme. Lo que importa es que la regla sea observada en todos, o por lo menos en casi todos los casos en los cuales se presenta la posibilidad de cumplirla; de tal modo que la repetición pueda ser interpretada como expresión de un convencimiento o persuasión constante (24).

4) El uso normativo es, en absoluto, independiente de la voluntad de las partes. Se impone a ella como una norma de Derecho objetivo. Su validez es incondicionada (25). Al igual que ocurre con una ley escrita, tiene plena vigencia, aunque las partes desconozcan su existencia.

5) Finalmente, al menos en principio, el uso normativo no necesita ser probado ante el juez, porque éste tiene obligación de conocer el Derecho positivo; y si las leyes, en ciertos casos, obligan a probarlos, lo hacen sólo por razones de certeza, lo que no obsta a que el juez los aplique si los conoce, aunque sobre ellos no exista prueba en autos.

c) Significado de los términos "usos y costumbres" utilizados en el Código de comercio.

El nuevo Código de comercio utiliza la palabra "costumbre" —la cual generalmente se reserva en doctrina para designar las normas de Derecho consuetudinario (usos normativos)—, en dos sentidos: en el sentido propio de uso normativo, cuando establece que, a falta de disposición concreta que rijan determinada materia o caso, se aplicarán las costumbres (26), y que para que éstas sean aplicables y suplan el silencio de la ley, es necesario que haya sido admitida de un modo general y por un largo tiempo (27). En el artículo 436, en cambio, utiliza el Código la palabra "costumbre" en el sentido de uso interpretativo, como puede apreciarse de la simple lectura de ese texto: "Cuando en la

(24) Op. cit., pág. 250.

(25) Garrigues, Op. cit., pág. 96.

(26) Art. 2.

(27) Art. 3. En este caso es evidente que, por asignarse a la costumbre la condición de norma general que suple a la ley escrita, se está dando al término el significado de uso normativo, que es el que reúne las mismas características de la ley.

redacción de un contrato —dice— se omitan cláusulas de absoluta necesidad para llevar a efecto lo pactado, se presume que las partes quisieron sujetarse a lo que en el mismo caso se acostumbra en el lugar donde el contrato deba ejecutarse, y si los interesados no explicaren su acuerdo en la omisión, se procederá según la costumbre".

También en el artículo 4º, hace referencia el Código a los usos interpretativos cuando establece que "las costumbres mercantiles servirán... como regla para apreciar el sentido de las palabras o términos técnicos del comercio usados en los actos o contratos mercantiles".

6. ORDEN DE APLICACION DE LOS USOS MERCANTILES Y EL DERECHO CIVIL

Por último, deseamos referirnos a un tema que ha suscitado algunas discusiones con motivo de la promulgación del nuevo Código de comercio.

Según el sistema adoptado por el Código, los asuntos mercantiles se rigen, en primer término, por el Código mismo y por las otras leyes mercantiles; y en caso de que no exista en esos textos disposición concreta que rijan determinada materia o caso, se aplicarán, por su orden y en lo pertinente, el Código civil y los usos y costumbres.

Los licenciados Solera y Morelli, en su proyecto de Código de comercio (28), propusieron que se cambiara ese orden y que se usara el siguiente: primero, el Código y otras leyes mercantiles; segundo, los usos y costumbres, y tercero, el Código civil. Y, para justificar su posición, argumentaron así, en la exposición de motivos de su proyecto:

"... no podemos compartir el criterio del Código que sigue el sistema ya en desuso de relegar la costumbre al último lugar del orden de aplicación, dando preferencia a la Ley Civil. La costumbre comercial es parte integrante de los contratos mercantiles y no dudamos en recomendar un cambio del sistema francés usado en

(28) Gaceta del 29 de enero de 1963.

el Código. La doctrina más respetable y los códigos modernos siguen el sistema italiano de darle entrada preferente a los usos y costumbres mercantiles y nos basta citar la muy autorizada opinión de Blanco Constans".

Por su parte, los licenciados Valle y Zurcher, autores del proyecto original del Código, en una comunicación dirigida a la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, defendieron la posición de su proyecto en los siguientes términos:

"Nosotros recomendamos mantener el sistema de jerarquización de las fuentes del Derecho Mercantil contenidas en el proyecto original, pero si se optara por acoger el sistema recomendado por los señores Solera y Morelli, para evitar antinomias, aconsejaríamos reformar el artículo 129 de la Constitución Política, que en su parte final dice: "La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario".

Para nosotros, no se trata de una simple discusión sobre el orden en que deben ir señaladas las normas de aplicación supletoria al Código de comercio. Se trata de aceptar o no los usos y costumbres del comercio, como parte integrante del sistema jurídico mercantil. Porque si, una vez agotada la virtualidad del Código de comercio y de las otras leyes mercantiles no codificadas, se entra a aplicar directamente el Código civil, con preferencia a los usos y costumbres del comercio, lo que se está estableciendo es que el Derecho mercantil termina donde se agotan sus leyes escritas. Recuérdese que el Derecho civil no es fuente del Derecho mercantil. El Derecho civil, como regulación general de las relaciones jurídico-privadas, empieza a regir ahí donde el Derecho mercantil no ha introducido normas de carácter especial; y si mediante este mecanismo puede entrar el Derecho civil a regular relaciones comerciales, no es que sus

disposiciones se conviertan en Derecho mercantil, sino, sencillamente, que esas relaciones no están sujetas al Derecho especial del comercio, sino al Derecho común.

De esta manera, sólo quedan dos alternativas: o se reconoce prioridad a los usos y costumbres del comercio frente al Derecho civil, y en este caso el Derecho mercantil quedará integrado por normas escritas y consuetudinarias; o se antepone el Derecho civil a los usos y costumbres y entonces el Derecho mercantil queda reducido al Código de comercio y demás leyes escritas especiales.

Y en este particular, no tenemos la menor duda de que los usos y las costumbres comerciales deben formar parte integrante del Derecho mercantil. Muchísimas son las razones que abonan esta posición y ya las hemos señalado anteriormente: que los usos y las costumbres han sido históricamente la fuente más importante —y hasta exclusiva en sus inicios— del Derecho mercantil; que para resolver los problemas comerciales es más adecuada la costumbre, dictada por las necesidades de la práctica, que la ley común, que no ha sido hecha tomando en cuenta las necesidades propias del comercio; que la elasticidad o facilidad de adecuación, indispensables en el Derecho mercantil, se verían entorpecidas por la ley escrita civil, si sólo a falta de ella se pudieran aplicar los usos mercantiles, etc.

La antinomia con el artículo 129 de la Constitución Política, nos parece que no existe. Si una ley, como el Código de comercio, está dándole a los usos y las costumbres el valor de norma de Derecho, estas prácticas son obligatorias porque constituyen el contenido mismo de la ley que las autoriza. De igual forma que la voluntad privada es ley entre las partes contratantes y tiene la virtud de derogar principios dispositivos de la ley escrita, los usos y las costumbres, autorizados legalmente en esos mismos términos, pueden operar el mismo resultado.

Recuérdese que los usos y las costumbres deben ser lícitos desde su origen, esto es, no debe ir contra el orden

público, o las buenas costumbres, o contra las leyes de carácter imperativo. Pero al lado de esas normas, existe en el Derecho privado un amplio campo constituido por las disposiciones supletivas o declarativas, que son aquellas que determinan las consecuencias de los actos jurídicos en el solo caso de que las partes interesadas no las hayan previsto y regulado de manera diferente. En este campo es donde, propiamente, cumplen su función reguladora los usos y costumbres mercantiles y donde, precisamente, no se ve qué impedimento podría hacer para que operaran con preferencia a las disposiciones del Código civil, las cuales, así como pueden ser modificadas por cláusulas contractuales, pueden también serlo por usos y costumbres, que no son otra cosa que sedimentación de cláusulas reiteradamente repetidas.

Además, se puede agregar que la aceptación preferente de un uso frente a una ley civil de carácter declarativo, no implica la derogación de ésta. Ella seguirá rigiendo todas las situaciones civiles para las que fue creada. El uso, en este caso, lo único que ha venido a quitarle es el supuesto de su vigencia, sea la no manifestación contraria de la voluntad de las partes (29).

De otro lado, obsérvese que la Ley de Sociedades comerciales de 24 de noviembre de 1909, recientemente derogada (art. 1º), el Código de Trabajo (art. 15), el mismo Código civil (art. 1023) y hasta el nuevo Código de comercio (arts. 278, 283, 292, 300, 309, 322, 335 inc. d), 353, 414, 418, 419, 436, 446, 451, 453, 454, 459 inc. b), 522, 589, 593 y 610), anteponen los usos y costumbres a la ley escrita en la solución de los asuntos jurídicos de que tratan. Sin que nadie, hasta ahora, los haya tachado de inconstitucionales.

Por todos esos motivos, nos parece que el orden que debió haberse adoptado en el Código es el sugerido por los licenciados Solera y Morelli.

(29) Ver Garrigues, Op. cit., pág. 100.

Necrología

In Memoriam

PROF. ENRIQUE SAYAGUES LASO

Ha muerto, en Montevideo, Enrique Sayagués Laso. El infortunio impidió su llegada a Costa Rica y su participación con el profesor Fernando Garrido Falla, de España, en un ciclo sobre descentralización administrativa que tendrá lugar en San José en la segunda mitad de junio próximo. Costa Rica debe agradecer al extinto maestro el donativo anticipado de sus conferencias y, sobre todo, su deseo de visitarnos, expresado desde sus primeras cartas con agradable vehemencia.

Su muerte, contrapunto de su vida, fue violenta e inesperada: a mano armada de un médico, mientras él cumplía su cometido profesional, rindiendo un informe disciplinario contra el homicida, a solicitud de la entidad patronal. Las súplicas y amenazas dieron contra la firmeza de Sayagués en mantener sus conclusiones legales.

Esta muerte en el trabajo y por el deber, expresa mucho de la obra de Sayagués. Su tratado de Derecho Administrativo está hecho de claridad y orden, como todo lo que hacen quienes aman el cumplimiento fiel de la responsabilidad. Es por ello que ese Tratado es la obra más objetiva y útil del nuevo Derecho Público de Latinoamérica, con su inmenso repertorio de fuentes y de problemas.

El ser jurista exige universalidad de enfoques y de miras, y el ser profesor sentido didáctico y práctico en la exposición. Sayagués armonizó esas dos necesidades como lo hace el intelectual que pone la eficiencia en el servicio a los demás por encima de todo: hizo un Tratado, con la mayor información posible, con la síntesis más equilibrada y ecléctica de enfoques y doctrinas, y con una insuperable claridad. Es la claridad de la madurez, porque no está lograda por la simplificación, sino por la reducción de cada tema a su justa proporción dentro del conjunto. Hermosa obra de arquitectura jurídica.

Son estos valores —equilibrio de ideas, claridad y erudición— los que han hecho del suyo el tratado latinoamericano del Derecho Administrativo. Porque junto con los especialistas, el abogado común de Latinoamérica maneja hoy ese Tratado como la fuente normal y el libro de consulta indispensable siempre que se enfrenta a un problema de la materia. Y lo mismo puede afirmarse de Tribunales y de Universidades. De este Tratado podrá decirse, como de la obra de don Alberto Brenes Córdoba en el Derecho Civil de Costa Rica, que fue el texto de más de una generación.

Esta Revista rinde homenaje a la memoria del ilustre desaparecido y exalta el ejemplo de tenacidad en el trabajo y de amor al derecho presente en su vida y obra.

Que descanse en paz y que viva perdurablemente su ejemplo.

Esta revista es semestral y publicará únicamente trabajos inéditos, sin límite de extensión, a exclusivo juicio de la Dirección.

Su espacio queda abierto a cualquier abogado litigante, juez o profesor de Derecho, nacional o extranjero.

Toda colaboración o correspondencia deberá dirigirse a:
Dirección de Revista de Ciencias Jurídicas
Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica.

Se acepta CANJE.

Se pide el envío de dos números de cada publicación canjeable a la Dirección de esta Revista.



Esta obra se terminó de
imprimir en la Imprenta
ANTONIO LEHMANN
de San José de Costa Rica
el día 28 de mayo de 1965