

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LESIVIDAD EN EL NUEVO PROCESO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. A PROPÓSITO DE LA MATERIA  
ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA Y LA MATERIA TRIBUTARIA.

Tesis sometida a consideración de la Comisión del Programa de Estudios de  
Posgrado en Derecho para optar al grado y título de Doctorado Académico en  
Derecho.

JOSÉ ROBERTO GARITA NAVARRO.

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica.

2021

## **DEDICATORIAS**

- A mi Padre Celestial, Dios Todopoderoso, a ti el Honor, el Poder y la Gloria.  
A la Virgen de Los Ángeles por su intercesión.
- A mi madre (q.D.g.), ESTRELLA en el Cielo que me inspira a diario. Te amo y extraño cada día; siempre has sido mi ejemplo a seguir.
- Al Amor de mi vida, mi esposa, mi soporte, mi todo: Pau, te amaré por siempre.
- A mis hijos Dony y Wanda y mi nieta Ena. Son la luz de mi vida.
- A mi hermana Gaby y hermano Quique; han sido una inspiración y motivación siempre.
- A mis sobrinos Gian, Ivo y Faqu.

## **AGRADECIMIENTOS.**

- A don Oscar González Camacho, más que un maestro. Gracias por las enseñanzas, el camino recorrido, confiar en mí, abrirme la puerta y mostrarme el camino. Sin su impulso nada de esto habría sido posible.
- A don Rafael González Ballar. Desde el inicio un baluarte en mi formación y crecimiento personal y profesional. Gracias por sus enseñanzas.
- A don Enrique Ulate Chacón, por su impulso, tenacidad y apoyo.
- A Guadalupe Ortiz y Ronald Hidalgo por su colaboración.
- A mis compañeras y compañeros del Tribunal Contencioso Administrativo, en especial a quienes han integrado e integran la Sección VI. Sus lecciones han sido fundamentales.
- A Silvia Fernández, Cynthia Abarca y Daniel Aguilar; nuestras discusiones forjaron, en mucho, el presente aporte.
- A la Universidad de Costa Rica, por darme la oportunidad de crecer personal y profesionalmente.
- A la Dra. Sofía Bogantes Ledezma. Sin su apoyo no habría sido posible. Dios todo lo puede. ¡Gracias por tanto!
- A Martín Conejo, Luis Felipe Rodríguez y Alex Ortega, su motivación y soporte incondicional los agradeceré siempre.

“Esta tesis fue aceptada por la Comisión del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, como requisito parcial para optar al grado y título de Doctor en Derecho.”

---

Dra. Guadalupe Ortiz Mora  
**Representante del Decano  
Sistema de Estudios de Posgrado**

---

Dr. Oscar González Camacho.  
**Profesor guía**

---

Dr. Rafael González Ballar  
**Lector**

---

Dr. Enrique Ulate Chacón  
**Lector**

---

Dr. Ronald Hidalgo Cuadra  
**Representante del Director del  
Programa de Posgrado en Derecho**

---

José Roberto Garita Navarro  
**Sustentante**

## CONTENIDO.

DEDICATORIAS .....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
HOJA DE APROBACIÓN.....	IV
CONTENIDO.....	V
RESUMEN.....	X
ABSTRACT. ....	X
JUSTIFICACIÓN. ....	1
INTRODUCCIÓN. BREVE REFERENCIA SOBRE LA PROBLEMÁTICA. ....	1
II.- OBJETIVOS:.....	13
III.- HIPÓTESIS.....	14
IV.- MARCO TEÓRICO .....	15
VI.- MARCO METODOLÓGICO.....	17
CAPÍTULO I. ....	24
LAS RELACIONES JURÍDICO ADMINISTRATIVAS. ....	24
1. LA POTESTAD DE IMPERIO ADMINISTRATIVA. ....	24
2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DE IMPERIO.....	34
3. EL ADMINISTRADO FRENTE A LAS MANIFESTACIONES DEL PODER PÚBLICO.....	50
4. LA SITUACIÓN JURÍDICA TUTELABLE Y LAS RELACIONES JURÍDICO-ADMINISTRATIVAS. ....	75
5. TIPOLOGÍA DE LAS DIVERSAS SITUACIONES JURÍDICAS DE PODER.....	92
5.4.1. <i>Intereses Difusos.</i> .....	123
5.4.2. <i>Intereses Colectivos.</i> .....	136
5.4.3. <i>Acción Popular y Class Action</i> .....	144
CONCLUSIONES GENERALES CAPÍTULO 1.....	154
CAPÍTULO II. ....	156
FORMAS ADMINISTRATIVAS DE SUPRESIÓN DE LAS CONDUCTAS PÚBLICAS. ....	156
1. GENERALIDADES SOBRE LA POTESTAD DE SUPRESIÓN OFICIOSA DE CONDUCTAS ADMINISTRATIVAS.....	156
2. LA SUPRESIÓN OFICIOSA DE LAS CONDUCTAS PÚBLICAS DE CONTENIDO FAVORABLE.....	167

3.	LA REVOCACIÓN ADMINISTRATIVA DE ACTOS FAVORABLES.....	178
	3.4.1. <i>Situaciones de hecho inexistentes al dictar la conducta y la revocación por cambio de circunstancias.</i> .....	194
	3.4.2. <i>Revocación por valoración diversa de circunstancias.</i> .....	202
	3.4.3. <i>Una modalidad excepcional de cambio de circunstancias: los cambios en el régimen jurídico.</i> .....	205
4.	LA ANULACIÓN OFICIOSA EN SEDE ADMINISTRATIVA.....	224
	4.2.1. <i>Entes menores y Poderes del Estado.</i> .....	237
	4.2.2. <i>Nulidad de actos de órganos desconcentrados. Dilema operativo.</i> .....	240
	CONCLUSIONES GENERALES CAPÍTULO 2.....	324
	CAPÍTULO III. ....	327
	EL PROCESO DE LESIVIDAD.....	327
1.	INTRODUCCIÓN. BREVE REFERENCIA SOBRE LA PROBLEMÁTICA. ....	327
2.	GENERALIDADES SOBRE LA LESIVIDAD. CONCEPTO. REGULACIÓN. ....	329
3.	ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA LESIVIDAD. ....	333
4.	ELEMENTO SUBJETIVO. ....	336
	A. <i>El caso de la jerarquía impropia.</i> .....	345
	B. <i>Legitimación frente a jerarquías impropias.</i> .....	367
	C. <i>Legitimación de lesividad en actos complejos y compuestos.</i> .....	373
	D. <i>Los procesos anulatorios interadministrativos.</i> .....	379
	E. <i>Acción de lesividad de actos municipales.</i> .....	400
	F. <i>Lesividad de actos de órganos persona.</i> .....	402
5.	ELEMENTO OBJETIVO. EL ACTO IMPUGNABLE. ....	438
	A. <i>Actuaciones materiales de ejecución de actos previos.</i> .....	440
	B. <i>El caso de las vías de hecho por ausencia de acto habilitante.</i> .....	441
	C. <i>Vías de hecho por indebida ejecución.</i> .....	443
	D. <i>Normas administrativas.</i> .....	444
6.	ELEMENTO PROCEDIMENTAL. LAS ACCIONES PREVIAS PARA LA ACCIÓN DE LESIVIDAD. CRITERIO DE ADMISIBILIDAD FORMAL.....	494

Órganos de la Administración Central.....	495
Actos Municipales.....	497
Actos de órganos persona.....	501
7. ELEMENTO TEMPORAL.....	514
<i>Lesividad de actos de efecto continuado dictados antes del CPCA. (Breve referencia)</i> .....	538
<i>Caducidad de actos relativos a dominio público.</i> .....	547
8. ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE LESIVIDAD.....	564
9. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE LA PRETENSIÓN DE LESIVIDAD. LA SENTENCIA. ....	583
<i>a. La declaratoria interna de lesividad como límite de análisis jurisdiccional: la congruencia entre las causas alegadas y las analizadas en sentencia.</i> .....	585
10. ¿LESIVIDAD VÍA CONTRADEMANDA? .....	627
11. EL DIMENSIONAMIENTO COMO POTESTAD JUDICIAL. ....	630
12. MODELOS PROCESALES PARA EJERCER LA ACCIÓN LESIVA. ....	643
13. EFECTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DICTADA DENTRO DEL PROCESO DE LESIVIDAD. ....	650
CONCLUSIONES GENERALES CAPÍTULO 3.....	660
CAPÍTULO IV.....	663
LESIVIDAD TRIBUTARIA. ANÁLISIS CRÍTICO.....	663
1. NOCIONES INTRODUCTORIAS.....	663
2. NOCIONES BÁSICAS DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA. CONCEPTOS BÁSICOS.....	665
3. ACTOS USUALES DE BONDADES FISCALES. ....	676
3.1.1. <i>Breve alusión a la interpretación de las normas de exención como base de ponderaciones sobre patología en los actos de otorgamiento concreto.</i> .....	685
3.1.2. <i>Lesividad versus determinaciones fiscales. Mecanismo debido en uso de exenciones.</i> .....	692
3.3.1. <i>Cambio de criterio ante consulta ya resuelta.</i> .....	727
3.4.1. <i>Control apelativo de órganos de la Administración Tributaria Central.</i> .....	739
3.4.2. <i>Control apelativo de órganos de la Administración Tributaria Descentralizada.</i> .....	740
3.4.3. <i>Delimitación de competencias del TFA en régimen recursivo. Trámite de lesividad.</i> .....	750
4. REGULACIÓN JURÍDICA DEL PROCESO DE LESIVIDAD TRIBUTARIO. ....	798

4.1.	GENERALIDADES.....	798
4.2.	ELEMENTO SUBJETIVO.....	800
4.3.	ELEMENTO OBJETIVO. LA RELATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO DE ACTO DE CONTENIDO FAVORABLE: LA DENOMINADA LESIVIDAD OBJETIVA. CONCEPTO Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	806
4.4.	ELEMENTO TEMPORAL.....	815
4.4.1.	<i>Breve referencia al debate legislativo del numeral 41 del CPCA.....</i>	<i>819</i>
a.	<i>Primera postura: Prescripción de la acción anulatoria sobre conductas tributarias.....</i>	<i>826</i>
b.	<i>Segunda postura: La caducidad de la acción es equivalente a la prescripción del derecho debatido.....</i>	<i>840</i>
4.4.2.	<i>Impacto del factor temporal en el proceso de lesividad.....</i>	<i>855</i>
4.4.3.	<i>Inicio del cómputo del plazo para la declaratoria de lesividad.....</i>	<i>866</i>
4.4.4.	<i>Regulación del elemento temporal en pretensiones anulatorias en otros regímenes.....</i>	<i>868</i>
4.5.	PROPUESTA DE REFORMA REGULATORIA EN CUANTO AL ELEMENTO TEMPORAL.....	873
	<i>PRIMERA PROPUESTA. Eliminación del trato especial en materia tributaria.....</i>	<i>875</i>
	<i>SEGUNDA PROPUESTA. Aplicación de la caducidad en materia fiscal. Precisión en cuanto al plazo de lesividad.....</i>	<i>876</i>
	<i>TERCERA PROPUESTA. Creación de término especial para nulidades en materia tributaria.....</i>	<i>878</i>
4.6.	EFFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO DE LESIVIDAD TRIBUTARIA.....	880
4.6.1.	<i>Inadmisibilidad.....</i>	<i>881</i>
4.6.2.	<i>Improcedencia de la lesividad.....</i>	<i>885</i>
4.6.3.	<i>Estimación de la demanda.....</i>	<i>887</i>
	CONCLUSIONES GENERALES CAPÍTULO 4.....	897
	CONCLUSIONES GENERALES. CONTRASTE DE OBJETIVOS.....	907
	VALORACIÓN DE COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	907
	CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS.....	921
	SINOPSIS DE REFORMAS PROPUESTAS.....	923
	REFORMAS AL CNPT.....	923
	REFORMAS AL CPCA.....	924



<i>PRIMERA PROPUESTA. Eliminación del trato especial en materia tributaria. ....</i>	<i>924</i>
<i>SEGUNDA PROPUESTA. Aplicación de la caducidad en materia fiscal. Precisión en cuanto al plazo de lesividad. ....</i>	<i>925</i>
<i>TERCERA PROPUESTA. Creación de término especial para nulidades en materia tributaria. ....</i>	<i>925</i>
<b>BIBLIOGRAFÍA. ....</b>	<b>927</b>

## **RESUMEN.**

La presente investigación realiza un abordaje crítico de la lesividad a partir de sus elementos esenciales, cuyo cumplimiento concurrente resulta imperativo para la Administración actora, a propósito de su admisibilidad en sede contenciosa administrativa, vinculado con la normativa aplicable y precedentes de relevancia para el estudio, comprensión y aplicación práctica de este instituto jurídico. Se enfoca en sus implicaciones en la materia tributaria.

## **ABSTRACT.**

This investigation makes a critical approach to injury (“lesividad”) based on its essential elements, the concurrent compliance of which is imperative for the plaintiff Administration, regarding its admissibility in administrative litigation, linked to the applicable regulations and relevant precedents for the study, understanding and practical application of this legal institute. It focuses on its implications in tax matters.



UNIVERSIDAD DE  
COSTA RICA

SEP Sistema de  
Estudios de Posgrado

**Autorización para digitalización y comunicación pública de Trabajos Finales de Graduación del Sistema de Estudios de Posgrado en el Repositorio Institucional de la Universidad de Costa Rica.**

Yo, JOSÉ ROBERTO GARITA NAVARRO, con cédula de identidad 109280100, en mi condición de autor del TFG titulado EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LESIVIDAD EN EL NUEVO PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. A PROPÓSITO DE LA MATERIA ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA Y LA MATERIA TRIBUTARIA.

Autorizo a la Universidad de Costa Rica para digitalizar y hacer divulgación pública de forma gratuita de dicho TFG a través del Repositorio Institucional u otro medio electrónico, para ser puesto a disposición del público según lo que establezca el Sistema de Estudios de Posgrado. SI  NO \*

\*En caso de la negativa favor indicar el tiempo de restricción: \_\_\_\_\_ año (s).

Este Trabajo Final de Graduación será publicado en formato PDF, o en el formato que en el momento se establezca, de tal forma que el acceso al mismo sea libre, con el fin de permitir la consulta e impresión, pero no su modificación.

Manifiesto que mi Trabajo Final de Graduación fue debidamente subido al sistema digital Kerwá y su contenido corresponde al documento original que sirvió para la obtención de mi título, y que su información no infringe ni violenta ningún derecho a terceros. El TFG además cuenta con el visto bueno de mi Director (a) de Tesis o Tutor (a) y cumplió con lo establecido en la revisión del Formato por parte del Sistema de Estudios de Posgrado.

**FIRMA ESTUDIANTE**

Nota: El presente documento constituye una declaración jurada, cuyos alcances aseguran a la Universidad, que su contenido sea tomado como cierto. Su importancia radica en que permite abreviar procedimientos administrativos, y al mismo tiempo genera una responsabilidad legal para que quien declare contrario a la verdad de lo que manifiesta, puede como consecuencia, enfrentar un proceso penal por delito de perjurio, tipificado en el artículo 318 de nuestro Código Penal. Lo anterior implica que el estudiante se vea forzado a realizar su mayor esfuerzo para que no sólo incluya información veraz en la Licencia de Publicación, sino que también realice diligentemente la gestión de subir el documento correcto en la plataforma digital Kerwá.

## JUSTIFICACIÓN.

### Introducción. Breve referencia sobre la problemática.

Los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares son objeto esencial de todo sistema democrático y, por ende, de todo Estado social de Derecho. Estos pilares de la estructura jurídica, por lo general, se encuentran tutelados en las Cartas Fundamentales de cada Estado y desarrollados de forma más profusa y extensa en normas de rango legal, no solo a nivel de su reconocimiento y alcances, sino, además, en lo que se refiere a sus límites y condiciones. Su protección, por ende, es un pilar relevante dentro del Ordenamiento Jurídico.

La estructura misma del Estado, hace que sus órganos o unidades, sean las que deban, en algunos casos, respetar esos derechos o intereses y en otros, emitir los actos y desplegar el funcionamiento que permitan su debido ejercicio y respeto. En cualquier de ambos escenarios, los derechos subjetivos e intereses legítimos constituyen, junto con el principio de juridicidad, los límites principales y primarios del proceder público. Desde este plano, las acciones públicas que pretendan desconocer actos administrativos concretos que concedieron, en su momento, una situación favorable o benevolente a favor de una persona, indefectiblemente han de mostrar apego a los esquemas procedimentales (o procesales en sede judicial), que el ordenamiento jurídico establece para lograr suprimir esas conductas. El numeral 49 de la Constitución Política en su párrafo tercero establece con claridad meridiana que: *“La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”*. Para la defensa de esos aspectos, la misma Carta Magna asigna al Poder Judicial la tarea de dirimir de forma definitiva los conflictos

que se susciten entre particulares y cuya solución sea requerida ante la sede jurisdiccional. Así salta a la vista de la simple lectura del precepto 153 ejusdem.<sup>1</sup>

Desde este plano, el proceso se constituye en el medio, teóricamente ideal, para hacer frente a tan compleja tarea, sea, resolver de forma objetiva, imparcial y con carácter definitivo los conflictos de los justiciables. Es entonces un medio en sí mismo para llegar a un fin. Siendo de esta forma, la regulación interna de ese medio y mecanismo a servicio de la justicia, debe caracterizarse por ser un canal óptimo y oportuno para cumplir su cometido. Es definitivo que la dilación injustificada o la tardanza excesiva fuera de los márgenes de razonabilidad del proceso, constituye un perjuicio de graves consecuencias para quienes confían la solución de sus casos a la jurisdicción. Es por ello que el numeral 41 de la Carta Magna regula el denominado principio de justicia pronta y cumplida, en virtud del cual, este particular mecanismo de hetero-composición debe propender a emitir una decisión objetiva dentro de plazos razonables.

Pues bien, se insiste, la variación en perjuicio de esferas jurídicas de terceros, las cuales, en su momento, se vieron acrecentadas con actos declarativos de derechos por parte de una Administración Pública, de manera impostergable ha de seguir los mecanismos correctivos que en ese sentido establecen las normas atinentes a ese ejercicio de poder público. En efecto, la supresión de actos favorables, es decir, en perjuicio de las personas inicialmente destinatarias, ha de ajustarse a las formas jurídicas procesales, según se desprende del ordinal 34 de la Carta Magna, norma que veda la posibilidad que los actos de poder público se emitan desplegando un

---

<sup>1</sup> Indica dicha norma: “Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso - administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.”

perjuicio de manera retroactiva a los destinatarios. La Sala Constitucional ha sido enfática en la necesaria utilización de determinados mecanismos para suprimir esas conductas favorables, aun cuando se consideren afectas de grados de patología que puedan ser antagónicos con la legalidad y el interés público, así como de la conveniencia y oportunidad de mantenerlos.

Desde esa óptica de análisis, es necesario, aún en este sumario marco introductorio justificante, precisar algunos conceptos para dar claridad al tema. Por supresión de conductas no ha de caerse en el equívoco de asociar ese efecto con una nulidad de base como presupuestos condicionantes. La supresión supone la desaparición de un acto administrativo del ordenamiento jurídico, lo que puede ocurrir por invalidez o simplemente por conveniencia. Por su parte, la nulidad o invalidez, a decir del ordinal 128 de la Ley General de la Administración Pública, implica la disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico. La supresión incluye la nulidad, más no es solo la invalidez la causa probable de las formas de supresión de las conductas públicas.

Por otro lado, ha de precisarse, los mecanismos que aquí se pretende abordar, son aquellos que la misma Administración puede emprender de oficio. Distinta es la propuesta en los casos de peticiones de supresión por gestión de parte, la mayor de las ocasiones, por el ejercicio de los recursos ordinarios o extraordinarios que caben frente a esos actos en particular. En ese caso, la decisión pública no se encuentra afecta a la doctrina y proyección del canon 34 Constitucional, en la medida en que ese régimen de impugnación del acto, hace que el acto pueda ser modificado, incluso anulado, estando pendiente su firmeza. Como derivación de esta norma constitucional, se prohíbe y restringe a las Administraciones ir contra sus propios actos, lo que se ha dado en denominar doctrina de la intangibilidad de los actos propios (*non venire contra factum proprium*) y que en sentido estricto (y de manera abreviada por el momento) supone, el deber de la Administración de acudir a determinados mecanismos para suprimir sus conductas que han generado efectos benévolos en otras esferas jurídicas. Interesa por ende los mecanismos

oficiosos que puede utilizar la Administración para hacer cesar sus actos favorables a terceros.

Así las cosas, la desaparición de ese tipo de actos en concreto (la de los actos favorables en cabeza de un tercero –persona-), debe atender a alguna de las siguientes modalidades, sea que la causa primigenia justificante de ese proceder sea invalidez o conveniencia:

- Por conveniencia:
  - o Revocación: En esta hipótesis, ante los actos de contenido discrecional, la Administración se encuentra facultada para cesar conductas favorables a terceros, cuando los efectos de ese acto, a la luz de nuevas circunstancias, fácticas o jurídicas, haga que sea inconveniente o contraproducente con los intereses públicos que esa administración está llamada a tutelar. La causa de supresión en estos casos no guarda en nada relación con la invalidez, sino con la inoportunidad e inconveniencia de esa manifestación de voluntad de poder público. La revocación del acto ha de seguir un esquema procedimental predeterminado, con la eventual indemnización a favor del destinatario de aquel acto (no en todos los casos) y la participación de otras instancias públicas en cuanto a la definición de las implicaciones resarcitorias de esa supresión.
  
- Por nulidad:
  - o Procedimiento administrativo de nulidad absoluta, evidente y manifiesta de acto declaratorio de derechos. Se trata de una figura prevista en el canon 173 de la Ley No. 6227/78 y que exige un trámite a lo interno de la misma Administración Pública, quien, de manera oficiosa, instruye un procedimiento administrativo ordinario en el cual, con pleno ejercicio del contradictorio y debido proceso, se dispone la concurrencia de los presupuestos que le dan cabida a esta modalidad, a saber: nulidad absoluta, de grado evidente y manifiesto, y de un acto

favorable. Consiste en una decisión de la propia Administración Pública en sede administrativa, por tanto, el acto final que allí se emita es controlable en sede judicial contencioso administrativa.

- Proceso de lesividad: constituye un proceso judicial, ventilable en sede contencioso administrativa, que formula la misma administración autora de un acto declaratorio de derechos (de contenido favorable), contra el destinatario de ese acto, cuyo objeto es que el juzgador disponga la nulidad de esa conducta por resultar lesiva a los intereses públicos tutelados.

Ahora bien, en virtud de la emisión de la Ley no. 8508 denominada Código Procesal Contencioso Administrativo, se establece un nuevo sistema de administración de justicia contencioso administrativa, que incorpora un modelo diverso al fijado por la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, No. 6776, que regía desde el año 1966. El citado Código, en lo sucesivo CPCA -por sus siglas-, entró en vigencia en fecha 01 de enero del 2008. Es claro que, a la luz de la mención de las anteriores formas de supresión de las conductas públicas, es dentro de la sede contencioso administrativa y conforme a las reglas procesales que esa “nueva” legislación establece, que ha de ventilarse la validez de las conductas públicas que disponen hacer cesar los efectos de actos favorables, cuando lo hayan determinado así oficiosamente en sede administrativa. Pero a la vez, corresponde a esa instancia analizar la procedencia de las pretensiones formuladas por alguna Administración Pública cuando busca la anulación de un acto suyo, propio, dentro del proceso de lesividad.

Interesa particularmente como objeto de investigación del tema propuesto, la figura de LA LESIVIDAD. Es claro que el desarrollo ha de recorrer un análisis de las otras figuras aludidas, más no como eje central de la investigación, sino como parámetro referencial a partir del cual, como categoría común, sea, formas oficiosas de supresión de conductas públicas, se pueda llegar al tema concreto, como es, la única forma procesal en la que, de manera oficiosa, mediante el ejercicio de un derecho de acción atribuido a la misma administración, la Administración puede



pretender la declaratoria o constitución de invalidez de aquellos actos que por los efectos que producen y sus características, no puede, ni está, legitimada a desconocer.

La reforma legal introducida al régimen de revisión de las conductas públicas, merced de la emisión del Código Procesal Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, abarca un tratamiento diverso en algunos aspectos del instituto de la lesividad, que resulta atinente analizar, debido a la reforma de aspectos relativos al eje temporal, así como reformas practicadas a normas sectoriales, como es el caso de la materia Tributaria. La relevancia de esta figura se extiende a diversas aristas. Por un lado, se constituye en un mecanismo que permite a la Administración buscar la supresión en sede jurisdiccional de sus propios actos previos, en los que estime, concurre alguna patología constitutiva de efecto disonante con el interés público. Por otro, como derivación de la certeza jurídica, permite al destinatario de ese acto favorable, ejercitar su defensa y contradictorio en las instancias judiciales que conocerán de esa pretensión anulatoria. De ese modo, la claridad del tratamiento normativo y la mención de precedentes jurisdiccionales emanados del Tribunal Contencioso Administrativo, así como la línea jurisprudencial de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resultan determinantes para lo que se considera, a juicio de quien propone, es un tratamiento debido de ese instituto en el régimen local.

Desde ese plano de exposición, se pretende realizar un análisis a fondo de este instituto jurídico en su generalidad (pues luego se aborda su aplicación en materias concretas, sea, régimen sancionatorio interno y materia tributaria), en los siguientes aspectos medulares:

---

<sup>1</sup> Ley No. 8508 de fecha 28 de abril del 2006, publicado en el Alcance No. 38 a La Gaceta No. 120 del 22 de junio del 2006, cuya eficacia se despliega el primero de enero del 2008

## **1. Regulación normativa:**

Como paso inicial se pretende abordar la dinámica histórico-normativa (regulatoria) que esta figura ha tenido. Para tales efectos, se pretende partir de un enfoque comparativo con el sistema español, siendo claro y evidente la incidencia que tal régimen comparado ha tenido en las reformas procesales contencioso administrativas, tanto en 1966 con la LRJCA como en el 2006 con el CPCA. Lo anterior a fin de establecer un parámetro de referencia sobre los orígenes y fines (preliminares e iniciales) de la figura, lo que permitirá luego, un análisis crítico de la insuficiencia o suficiencia de ese diseño en los esquemas actuales.

Por demás, a partir de las regulaciones actuales y el análisis del tratamiento que los precedentes judiciales han dado a la figura en mención, busca establecerse un primer acercamiento al tratamiento de fondo de esta figura, pretendiendo aportar al lector un instrumento que le aproxime a información sobre aspectos que se estiman medulares, bajo un esquema de análisis crítico de la aplicación que ha tenido en la nueva justicia contenciosa. Si bien puede pensarse en la falta de relevancia o utilidad práctica de este análisis, ante el intenso desarrollo de la figura por parte de las autoridades jurisdiccionales del país y los intensos aportes doctrinarios, tanto internacionales como locales, lo cierto del caso es que las reformas legales y la necesaria adaptabilidad del derecho a las necesidades actuales, justifican este desarrollo. Es precisamente el tratamiento y aplicación acrítico el punto principal de enfoque del presente trabajo, pues se busca analizar y aportar criterios críticos para un uso más eficiente y equitativo de este instituto jurídico.

## **2. Elemento subjetivo:**

En este elemento, la importancia de esta crítica se concreta a la luz de recientes pronunciamientos de los altos Tribunales del país, que parecen negar la posibilidad de utilización de esta forma de supresión en cierto tipo de conductas administrativas (a modo de breve referencia inicial, las que dispongan la terminación de un procedimiento administrativo sancionatorio interno), incorporando supuestos de

exclusión que otrora no aplicaban. Esto parece (y ha de abordarse), negar la posibilidad de control universal de las conductas públicas y restar proyección al régimen de legitimación activa que por la vía de la lesividad se ha dado a las administraciones públicas en orden a lo estatuido por el ordinal 10.5 del CPCA. De ese modo, es menester abordar un examen de la artista subjetiva y objetiva de la lesividad, a fin de establecer si la aplicación que de la figura se ha venido haciendo por esas instancias, resulta apropiada.

De igual manera, al abordar la temática concreta de la materia tributaria, el tema resulta fundamental, en la medida en que se presenta allí respecto de las administraciones tributarias descentralizadas, como es el caso de las Municipalidades o algunas instituciones autonómicas, un sistema de jerarquía impropia en la dinámica recursiva. En este punto, en la práctica ha ocurrido que una Municipalidad no se muestra conforme con las decisiones que en sede apelativa rinde el Tribunal Fiscal Administrativo. Ante este panorama, surge la necesidad de examinar los mecanismos procesales con que cuenta ese ente local (o institución), para cuestionar las decisiones de ese órgano contralor no jerárquico. El numeral 165 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, recientemente reformado por el CPCA, no da una solución al tema, por el contrario, establece una redacción compleja y confusa que ha generado grandes dudas e inconsistencias en ese tipo de reclamos. Ergo, el abordaje del componente subjetivo exige incursionar desde la arista activa (legitimación activa), los diversos supuestos que permiten dar posible solución a dicha controversia.

Lo mismo ocurre en la postura pasiva, punto en el que ha de definirse quién ha de ser la parte pasiva dentro del proceso, mostrando ello más relevancia en lo que de manera reciente, en el fallo 1332-2010, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha denominado “Lesividad Objetiva”, entendida como aquella en la que el objeto de la causa es un acto que no genera derechos subjetivos concretos y particulares. La completez de la relación jurídico-procesal es determinante para establecer los efectos del fallo, y su incidencia en las esferas jurídicas involucradas.

### **3. Elemento Objetivo:**

Desde el plano del elemento objetivo, entendido como el acto que puede ser objeto de la lesividad, es un tema que, como derivación de las nuevas regulaciones en el régimen sustancial y procesal de las invalideces, implementadas por la Ley No. 8508, debe abordarse. En efecto, el CPCA introduce nuevas reglas en cuanto a los efectos de la sentencia que disponga la existencia de nulidad en un acto administrativo, según la acción anulatoria se haya ejercitado dentro del año posterior a su adopción, o bien, luego de este momento, a reserva que se trata de una invalidez de grado absoluto con efectos continuado. De suerte que se impone el examen del tipo de defectos, a fin de ponderar sus consecuencias procesales en la lesividad.

La postura de la Sala Primera, en apariencia gramatical, de la norma, es que el acto preleable es el que conceda u otorgue derechos subjetivos, empero, a lo interno del Tribunal Contencioso Administrativo se han generado posiciones que dicen de la imposibilidad de recriminar lesivo un acto relativamente nulo. Así, sobre la línea de esta posición, la lesividad recaería únicamente sobre la invalidez de grado absoluto. Con independencia de ese análisis (que ha de ser abordado), se pretende ingresar a ponderar la aplicabilidad o no en nuestro régimen de la denominada "inexistencia", como grado de invalidez diverso a la patología absoluta. Para los efectos, precedentes aislados de la Sala Primera (Fallo No. 85-93 del 24 de diciembre de 1993) refieren a la posibilidad de emplear esa figura, empero, no es un tema que se haya reconocido expresamente, siendo que, por el contrario, la doctrina se ha decantado (en su mayoría), por la negación de esta figura. Con todo, a priori no debe descartarse esta figura, de ahí la pretensión de analizar su conformidad en nuestro régimen, lo que ciertamente ostenta relevancia para la figura bajo examen.

De igual manera, en este elemento objetivo, es menester precisar si en todos los casos el acto impugnado debe otorgar derechos subjetivos o basta con ser un acto

de contenido favorable. La comprensión de la incidencia de afectación en la esfera jurídica destinataria es vital en este aspecto. Entonces, las proyecciones conceptuales y aplicativas del concepto de derecho subjetivo y de acto favorable constituyen referentes que determinan la aplicación en un sentido u otro de la lesividad. En este extremo, en el precitado fallo 1332-2010, la Sala Primera ha establecido un concepto de derecho subjetivo que exige la oponibilidad de conductas positivas en cabeza de tercero para satisfacer el derecho, como presupuesto condicionante. Las consecuencias de esta postura han de ser abordadas, pues en determinados supuestos, (en muchos), el derecho subjetivo no supone prestaciones positivas, sino negativas, sea, abstenciones de conductas que puedan configurar perturbaciones actuales o potenciales al contenido de la situación jurídica de la persona.

#### **4. Elemento temporal.**

Desde luego que el tema de tipología de acto cuestionable, por criterio de la nulidad que puede ser revisada, como puede anticiparse, refleja la relevancia del tratamiento en términos del elemento temporal del proceso, a saber, el límite máximo temporal para formular la demanda de la lesividad. En este punto, se insiste, la tipología de invalidez incide en la dimensión temporal mencionada, pero, además, esta última guarda particularidades según se trate del tipo de materia que el acto reprochable regule. Así, el tratamiento es diverso en menesteres de régimen dominical, o bien, como se ha entendido clásicamente, en materia tributaria. De igual modo, las incidencias de estos temas en los efectos de las sentencias que sean dictadas en procesos de lesividad, resultan un tema de especial relevancia, siendo que la supresión de los actos podrá ser retroactiva o prospectiva, según se trate el tipo de nulidad, lo que guarda especial relevancia para efectos del reconocimiento de posibles derechos indemnizatorios que puedan emerger de la conservación de efectos de esas conductas.

## **5. Elemento procedimental.**

En este punto, la breve referencia y análisis de las exigencias que han de generarse en sede administrativa de previo a formular la lesividad como acción judicial, resulta obligatoria.

Aunado a ello, y ya propiamente en el tratamiento procesal (que no procedimental) de la figura, lleva a cuestionamientos de suyo relevantes, que de modo directo refleja aplicaciones de las aristas previas. Es el caso de la denominada lesividad objetiva, que genera serias dudas en cuanto a su cauce procesal y régimen de aplicación. Por otro lado, el tratamiento clásico de la figura ha generado criterios que se incorporan dentro del régimen legal del CPCA, como es el caso de la imposibilidad de plantear la pretensión de lesividad vía contrademanda. Se pretende en este punto un análisis crítico sobre las bondades, riesgos, utilidad, y efecto pragmático de esta limitación, aportando ejemplos y casos concretos que en la realidad (no solo en lo teórico), han puesto en evidencia lo alambicado de esta limitación. Desde luego, la fase crítica se busca acompañar con propuestas interpretativas y aplicativas concretas.

A su vez, merece deslindarse el instituto objeto de este trabajo con los procesos interadministrativos anulatorios. Para ello, se ha de aclarar, el presente aporte pretende ofrecer un detalle del tratamiento doctrinario del tema, pero además, una referencia de la base normativa de la figura, con el correlativo análisis crítico de su contenido, extendiendo tal ejercicio a la mención de los precedentes judiciales que se consideran relevantes para los efectos, los cuales, desde luego, serán base de discusión y examen, culminando con sugerencias de interpretación y tratamiento de la figura, que se insiste, se consideran ajustadas a la correcta aplicación del instituto que nos ocupa.

## **6. Efectos de las sentencias.**

La comprensión unitaria de los anteriores insumos lleva a establecer el alcance y efectos de los fallos dictados en el proceso de lesividad. Lo anterior no solamente

en lo que atañe al efecto retroactivo o prospectivo de la supresión del acto, sino en lo que se refiere a la potestad de dimensionamiento de efectos anulatorios, tema regulado por el numeral 131 del CPCA, pero además por el canon 40 ibidem, así como los mandatos 171, 176 y 178 de la citada Ley General.

De igual modo, si bien en tesis de inicio la sentencia tiene efectos solo inter partes, en determinados casos puede tener proyecciones genéricas, cuando la conducta cuestionada tenga incidencias plurales en varias esferas jurídicas, sea de manera directa o indirecta (refleja). Es por tanto un tema a abordar.

## **7. Visión en el campo tributario.**

La consideración de las generalidades críticas del instituto constituye la base necesaria para ingresar a un examen crítico directo de las implicaciones de la figura en cuestión en el campo de las relaciones jurídico-administrativas que surgen en la materia tributaria.

Como se ha señalado, las reformas del CPCA al Código Tributario, así como el régimen procesal propio de la Ley No. 8508, presentan cambios sustanciales en ese tópic. Puntos concretos pretenden cuestionarse en este campo:

Por un lado, el tiempo con que cuenta la Administración para emprender el proceso de lesividad. La redacción del artículo 41 del CPCA ha generado gran confusión en este aparte, al señalar: *“El plazo máximo para incoar el proceso será el mismo que disponga el ordenamiento jurídico como plazo de prescripción para el respectivo derecho de fondo que se discute en los siguientes supuestos: (...) 2) En materia tributaria, incluso el proceso de lesividad.”*

La tendencia en el Tribunal Contencioso Administrativo, y al parecer, en la Sala Primera, se había inclinado por la remisión automática a las normas de prescripción del Código Tributario, en concreto, el artículo 51 para concluir, que la acción de lesividad en materia tributaria era de tres años plazo (¿o término?) que a partir de la reforma realizada por la Ley No. 9069, pasó a ser de cuatro años para la

generalidad de los supuestos de prescripción fiscal. No obstante, la propuesta de quien suscribe ha sido la improcedencia de esa conclusión, señalando que el plazo de caducidad en esos casos es de un año. El presente trabajo, en cuanto a este punto, busca exponer con detalle las bases de ese razonamiento, siendo que tal postura ha sido ya plasmada en varias sentencias en las que se ha fungido como juez contencioso administrativo. Para ello, se busca un análisis de las normas en cuestión, con referencia a las actas legislativas y su respectiva crítica, así como la necesidad o no de una reforma que busque dar claridad sobre el tema. En ese punto, se hace necesario establecer criterios de demarcación que permitan una correcta aplicación de la figura y no llevar así a tratamientos irrazonables de la figura, a efectos de lo cual se expondrán contra tesis a ese planteamiento y sus respectivas refutaciones, con el objeto de dar una base de discusión más amplia.

En adición, se insiste, el estudio de la figura de la denominada lesividad objetiva tributaria (y aduanera), de reciente conceptualización por parte de la Sala Primera, buscando determinar su existencia y utilidad como categoría autónoma en estas lides.

## **II.- OBJETIVOS:**

Los principales objetivos de la investigación serían los siguientes:

1. Analizar los alcances y limitaciones de la potestad administrativa de disponer la supresión oficiosa de sus propios actos que generen efectos positivos a terceros.
2. Realizar un análisis de los mecanismos de supresión oficiosa de los actos administrativos favorables, en cuanto a su régimen legal, particularidades e incidencias, en concreto, de la revocación y la potestad regulada en el numeral 173 de la Ley No. 6227/78, así como de la lesividad.



3. Analizar la regulación histórica de la figura de la lesividad en Costa Rica en un esquema comparativo con el tratamiento de ese instituto en otros países como España y Argentina.
4. Realizar un análisis crítico de los elementos y presupuestos constitutivos de la lesividad en nuestro régimen normativo, procesal y jurisprudencial en cuanto a los siguientes temas: elemento subjetivo, objetivo, temporal, procedimental, efectos de las sentencias.
5. Analizar y desarrollar la tipología de la invalidez aplicable en Costa Rica al amparo de la Ley General de la Administración Pública y el Código Procesal Contencioso Administrativo. Determinar la procedencia o improcedencia de utilizar en el régimen nacional la tipología de “acto inexistente”. Lo anterior como parte del examen del elemento objetivo de la lesividad de cara a determinar su incidencia en este tipo procesal.
6. Establecer una proyección de los efectos de las sentencias dictadas en proceso de lesividad a la luz del tipo de nulidad alegada, potestades de dimensionamiento del juzgador y generalidad o particularidad de los efectos del fallo jurisdiccional.
7. Analizar las particularidades de la regulación y tratamiento de la lesividad en materia tributaria a la luz de las reformas practicadas por el CPCA en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios y el régimen procesal propio de la lesividad en esa materia, considerado el tratamiento dado al tema por los precedentes del Tribunal Contencioso Administrativo y la Sala Primera.

### **III.- HIPÓTESIS**

La aplicación práctica que han realizado los Tribunales Contencioso Administrativos y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha llevado a la

limitación de la aplicación debida de la figura de la lesividad en el régimen jurídico costarricense, incorporando criterios restrictivos en cuanto a sus elementos, en detrimento del control plenario de las conductas públicas y la tutela de las situaciones consolidadas y derechos adquiridos de buena fe.

Las reformas legales realizadas a la materia tributaria en cuestiones de lesividad por parte del CPCA, crean estados de confusión en cuanto a los alcances y aplicabilidad de la figura.

#### **IV.- MARCO TEÓRICO**

La lesividad se constituye como un proceso judicial en virtud del cual una Administración Pública, autora de un acto de contenido favorable para un tercero, que considere inválido por resultar, en definitiva, atentatorio a los intereses público, económico, fiscales o de cualquier índole, busca su anulación en sede jurisdiccional. Desde ese plano, la lesividad se erige como un instrumento que busca una doble finalidad. De primera mano, fija un cauce procesal que posibilita a la Administración que ha emitido un acto con las características dichas y cuyas precisiones serán abordadas infra, buscar su supresión judicial, a fin de eliminar los efectos jurídico-materiales de ese funcionamiento público. Por otra parte, garantiza que la supresión de los efectos favorables de como consecuencia de esa conducta se han incorporado en la esfera jurídica del destinatario, se lleve a cabo luego de un contradictorio y debido proceso, de suerte que el beneficiado, potencialmente perjudicado con la declaratoria de nulidad, pueda ejercitar su descargo, para pretender bien la declaratoria de licitud del acto, o bien, el mantenimiento y protección de situaciones consolidadas o derechos adquiridos de buena fe. La exigencia de este mecanismo de supresión de conductas formales encuentra respaldo en el principio de intangibilidad o irrevocabilidad de los actos propios (*non venire contra factum proprium*), consagrado en el canon 34 de la Carta Magna. La anulación de esos actos que producen efectos favorables a terceros por parte de la

Administración que los ha emitido, solo es viable por dos vías. En sede administrativa, el numeral 173 LGAP faculta a la Administración a la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta, evidente y manifiesta de acto favorable. Se trata de un procedimiento que se desarrolla en su totalidad en sede administrativa, que ha de cumplir con todas las rigurosidades de esa norma, so pena de nulidad absoluta. En sede judicial, esa anulación es factible mediante el proceso de lesividad, de lo cual, de seguido se ahonda.

La lesividad se encuentra regulada, en lo medular, en los numerales 10.5 en relación al 34, 39.1.e, todos del CPCA. Además, se encuentra referenciada en el numeral 173.7 en relación al 183.3 de la Ley General de la Administración Pública. En materia tributaria, debe hacerse referencia además al precepto 41.1.b de esa misma codificación. Sobre esta última se tratará luego. La figura permite, para facilidad de comprensión, establecer elementos básicos desde el plano subjetivo, objetivo, temporal y el procedimental. Cabe señalar de previo a ingresar al examen de estos elementos, el análisis de dichos presupuestos resulta un proceder oficioso para el juzgador contencioso administrativo, en la medida en que se constituyen en elementos mínimos, infranqueables que impone el ordenamiento jurídico para la procedencia de la figura. Ello implica, la desatención de estos elementos lleva, sin duda a la improcedencia de la acción, con un rechazo que ha de ser, a nuestro juicio, sin necesidad del análisis de fondo sobre la validez del acto reprochado. Ello por lo siguiente. La indiferencia del elemento subjetivo, llevaría a supuestos de ausencia de legitimación activa o pasiva según sea el caso, incorporando una deficiencia insuperable en los presupuestos de fondo del proceso. En cuanto al elemento objetivo, como se verá luego, si la pretensión recae sobre un acto que no es de pasible impugnación por esta vía, pues se tratará de una conducta no susceptible de impugnación, obligando a la inadmisibilidad de la demanda. Si la deficiencia se encuentra en el elemento procedimental, se daría la ausencia de un marco de acción previo que el juez no puede pasar por alto llevando a la inadmisión del marco petitorio. Finalmente, si lo es en el plano temporal, sin duda, la caducidad de la acción llevaría al citado efecto procesal. En suma, resulta indispensable que el juzgador examine, de

oficio, sin petición de parte claro está, la concurrencia de estas rigurosidades legalmente impuestas, de previo a posibilitar el cotejo de legalidad de la conducta objeto del proceso.

Desde este plano, es prolijo el desarrollo que de la figura ha realizado la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo, así como de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Empero, es precisamente el tratamiento de esa figura en muchos de sus componentes, el objeto de análisis y crítica del presente trabajo. Los trabajos de investigación relacionados con el tema de la lesividad se limitan a plantear un esquema descriptivo de su regulación y tratamiento actual. No hemos detectado un análisis crítico de sus nuevas dimensiones en el contexto de las reformas introducidas por la Ley No. 8505 (CPCA), ante lo cual, estimamos la necesidad de hacer un abordaje de los puntos descritos en el aparte previo de este proyecto, de cara a establecer propuestas de replanteamiento de los esquemas clásicos de comprensión de este instituto.

## **VI.- MARCO METODOLÓGICO**

Como primera etapa del presente asunto se realizará una investigación y búsqueda de doctrina internacional y nacional sobre la temática. De igual modo, esa fase incluye determinar cuáles son las fuentes normativas que regulan, precisan y delimitan la figura de la lesividad en Costa Rica, España y Argentina. Tal fase busca la compilación de información de base en cuanto a los aspectos normativos históricos y actuales de ese instituto.

Con dicha información, bajo un esquema descriptivo, se podrá detallar el tratamiento legal de la lesividad.

Como segundo paso, se pretende obtener un conjunto amplio de resoluciones actualizadas que aborden el examen de los diversos presupuestos y componentes

de la lesividad. Lo anterior permitirá un contraste entre las normas y su aplicación a casos concretos, como antesala de la fase crítica.

Posteriormente, reunida esa información a nivel general, se procederá a un análisis por discriminación que posibilite identificar resoluciones relevantes en el análisis de los alcances de la lesividad. Filtrada esa información, se procederá a realizar una exposición de los aspectos básicos y medulares que tanto la doctrina como las fuentes normativas y precedentes exponen sobre los temas y subtemas a investigar. En esta fase, junto a la descripción detallada de esos aspectos, se realizará un análisis crítico de los diversos temas abordados, incluyendo la crítica sobre la pertinencia y utilidad de los modelos adoptados por la regulación aplicable. En este punto, en cada tema de examen se pretende un abordaje crítico de esas referencias normativas.

A partir de esos datos, se pretende realizar un análisis crítico de esas aplicaciones, formulando en cada caso propuestas concretas o alternativas ante el tratamiento concreto de cada tema. Se culminará con un detalle de las conclusiones medulares de la investigación, dentro de las cuales se incorporarán posibles recomendaciones sobre eventuales puntos débiles que pudieren haber sido detectados.

De ese modo, la presente investigación se establece como un análisis de orden CUALITATIVO, en la medida en que pretende el análisis crítico y propositivo de las fuentes utilizadas para cada uno de los capítulos. Vale precisar que ante la especificidad de la problemática que se aborda en este desarrollo, propia del régimen jurídico nacional contencioso administrativo, este ejercicio busca no solamente la valoración de la pertinencia, rigurosidad técnica de la regulación y aplicación forense del instituto de la lesividad en general y enfocada en el ámbito fiscal, sino además, y quizá más relevante, en la exploración de opciones propositivas, tanto a nivel de regímenes comparados, como de cosecha propia del autor, que constituyan alternativas válidas para eventuales reformas legales, en orden a impregnar a la figura objeto de estudio, de un régimen normativo más adecuado a la sustancia del instituto y los principios aplicables a la materia. En ese

orden, si bien una importante fuente de análisis se constituye en pronunciamientos de los diversos órganos decisorios de la jurisdicción contencioso administrativa, la referencia a esos insumos no llevará a una medición de orden CUANTITATIVO, sino, como plataforma de conjeturas y refutaciones, a partir de las cuales, se pueda dar sustento a las críticas y propuestas planteadas.

En tal fin, se hará uso de un método inductivo, aún y cuando en determinados espacios del análisis, será necesario un ejercicio deductivo de las razones que dan aparente sustento a las posturas analizadas, como base lógica, pertinente y necesaria para sustentar las críticas atinentes a esas decisiones. Luego, dichas inferencias serán refutadas y contrastadas con la normativa vigente y principios generales de derecho aplicables, en orden a dar el respaldo científico a los debates que serán planteados y, en definitiva, a las conclusiones y propuestas del autor.

Para un menor y riguroso contexto de ubicación, se ofrece al lector la siguiente orientación de pautas metodológicas por cada capítulo.

## **CAPÍTULO I. LAS RELACIONES JURÍDICO ADMINISTRATIVAS.**

### **1. Fuentes:**

- A. Doctrinarias: España, Argentina, Costa Rica
- B. Jurisprudenciales: Sala Constitucional, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
- C. Precedentes Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- D. Regulación normativa: Constitucional, CPCA, LGAP.

### **2. Marco conceptual de base:**

Análisis descriptivo según fuentes utilizadas.

Regulación jurídica de cada categoría.

### **3. Ámbito de aporte crítico:**

- A. Análisis y razonamiento deductivo a partir de aporte de las fuentes para postular conceptos, tipos y posturas propias.
- B. Formulación de análisis crítico como plataforma utilitaria para discusión de incidencia de conceptos en el marco de la lesividad general y tributaria.

## **CAPÍTULO II. FORMAS ADMINISTRATIVAS DE SUPRESIÓN DE LAS CONDUCTAS PÚBLICAS.**

### **1. Fuentes:**

- A. Doctrinarias: España, Argentina, Costa Rica
- B. Jurisprudenciales: Sala Constitucional, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
- C. Precedentes Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- D. Regulación normativa: Constitucional, CPCA, LGAP.
- E. Jurisprudencia administrativa: PGR, CGR.

### **2. Marco conceptual de base:**

- Análisis descriptivo conceptual.
- Regulación jurídica de cada categoría.
- Propuesta conceptual deductiva.

### **3. Ámbito de aporte crítico:**

- A. Análisis y razonamiento deductivo a partir de aporte de las fuentes para postular conceptos, tipos y posturas propias.
- B. Formulación de análisis crítico en cada modalidad de supresión.

- C. Formulación de dilemas pragmáticos en la solución común de aspectos inherentes a cada tipo analizado.
- D. Propuesta de regulación e interpretación funcionalista.

### **CAPÍTULO III. EL PROCESO DE LESIVIDAD.**

#### **1. Fuentes:**

- A. Doctrinarias: España, Argentina, Costa Rica
- B. Jurisprudenciales: Sala Constitucional, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.
- C. Precedentes Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- D. Regulación normativa: Constitucional, CPCA, LGAP.

#### **2. Marco conceptual de base:**

- Análisis descriptivo conceptual.
- Regulación jurídica de cada categoría.
- Propuesta conceptual deductiva.

#### **3. Ámbito de aporte crítico:**

- A. Análisis y razonamiento deductivo a partir de aporte de las fuentes para postular conceptos, tipos y posturas propias.
- B. Formulación de análisis crítico en cada modalidad de supresión.
- C. Formulación de dilemas pragmáticos en la solución común de aspectos inherentes a cada tipo analizado.
- D. Propuesta de regulación e interpretación funcionalista.



## **CAPÍTULO IV. LESIVIDAD TRIBUTARIA. ANÁLISIS CRÍTICO.**

### **1. Fuentes:**

A. Regulación normativa. CPCA, CNPT, LGAP.

B. Jurisprudenciales: Sala Constitucional, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

C. Precedentes Jurisdicción Contencioso Administrativa.

### **2. Marco conceptual de base:**

Análisis descriptivo conceptual.

Regulación jurídica de cada categoría.

Propuesta conceptual deductiva.

### **3. Ámbito de aporte crítico:**

A. Análisis y razonamiento deductivo a partir de aporte de las fuentes para postular conceptos, tipos y posturas propias.

B. Formulación de análisis crítico en cuanto a la figura de la lesividad objetiva.

C. Formulación y análisis de aspectos asociados al elementos subjetivo, objetivo y temporal de la lesividad tributaria.

D. Propuesta de regulación e interpretación funcionalista.



## **CAPÍTULO I.**

### **LAS RELACIONES JURÍDICO ADMINISTRATIVAS.**

**CONTENIDO TEMÁTICO.** 1. La potestad de imperio administrativa. 2. Principio de legalidad como presupuesto de validez del ejercicio de las potestades de imperio. 3. El administrado frente a las manifestaciones del poder público. 3.1. El control objetivo de la función administrativa. 3.2. La tutela subjetiva frente a la función administrativa. 4. La situación jurídica tutelable y las relaciones jurídico-administrativas. 4.1. La relación jurídico administrativa. 5. Tipología de las diversas situaciones jurídicas de poder. 5.1. Precisión previa. El concepto de potestad administrativa. 5.2. El concepto de derecho subjetivo. 5.3. El Interés Legítimo. 5.4. Los intereses y derechos colectivos o supra individuales. Acción difusa, colectiva, popular y class action. 5.4.1. Intereses Difusos. 5.4.2. Intereses Colectivos. 5.4.3. Acción Popular y Class Action. 5.5. Regulación de los intereses supra individuales.

#### **1. La potestad de imperio administrativa.**

El abordaje de los diversos mecanismos de supresión de conductas de contenido favorable, con que cuenta la misma Administración Pública, parte de la necesaria e impostergable preexistencia de un vínculo jurídico suscrito entre el ente público y el administrado, como destinatario del ejercicio de la potestad administrativa. Es precisamente por el régimen de efectos que particulariza a ese vínculo que configura una relación jurídico administrativa, que se hace necesario el establecimiento de mecanismos legales para que la Administración Pública pueda afectar una situación jurídica de contenido favorable (positivo), privando a su titular de situaciones beneficiosas derivadas de un acto administrativo, por estimar que se han configurado sobre una ilegitimidad de base.

En ese plano, la comprensión del término relación jurídico administrativa se antoja determinante para el análisis crítico que se propone de cara a la comprensión integral de las diversas aristas que se conjugan en esas formas de supresión de actos favorables y el impacto que guarda para las partes relacionadas.

Así visto, la Administración Pública guarda su fundamento existencial sobre la base de un deber de satisfacción de los intereses públicos con el respeto de los derechos

e intereses legítimos de las personas o administrados. Así se colige del ordinal 113 de la LGAP en cuanto establece como deber del funcionario público en el ejercicio de sus funciones la satisfacción del interés público, el que define (esa norma), como el interés coincidente de los administrados.<sup>2</sup> Este aspecto teleológico determina el conferimiento de potestades de imperio que se entienden como poderes-deberes que le facultan para dictar actos o emitir actuaciones que de manera coactiva crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de terceros. En este sentido, para Ortiz Ortiz (Eduardo), el Estado basa su existencia en la aludida satisfacción de las necesidades públicas, de suerte que en el aspecto de ordenación hacia fines determinados que se suponen de importancia para satisfacer la comunidad, es que radica el aspecto fundamental de la actividad administrativa frente a la ley.<sup>3</sup>

La dimensión finalista (teleológica) de la Administración Pública le exige, por ende, ajustar su marco de comportamiento formal o material a la satisfacción de los intereses públicos que se encuentra llamada a tutelar. Es precisamente ese deber prestacional o de satisfacción la base legitimante y sustento ideológico del conferimiento de potestades de imperio.<sup>4</sup> En este plano, la potestad de imperio

---

2 El párrafo primero de esa norma señala en su tenor literal:”1. *El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. (...)*”

3 Para el citado autor, en su obra, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Stradmann, San José, 1998, pp. 35 y ss, lo anterior implica que la Administración tiene poderes adecuados a fines específicos, a modo de instrumentos para su realización. Para el autor, el empoderamiento de la Administración no se puede asociar a un ejercicio optativo, sino a deberes a cargo del órgano en beneficio de la comunidad. De ese modo, postula, “Un poder con fin indeterminado no debe existir, y de darse, la jurisprudencia queda obligada a asignarle un fin en lugar de la ley.

4 La potestad de imperio encuentra expresión normativa en la letra del canon 59 de la LGAP, norma que exige la habilitación legal expresa para otorgar este tipo de potestad. Es claro que

compone un poder de actuación con incidencia en esferas jurídicas de terceros (destinatarias de esos efectos), pero en la medida en que tiene como base justificante un contenido de satisfacción de intereses públicos, se entiende además como un deber de actuar conforme a legalidad para lograr ese componente prestacional de última ratio. Esto implica la preeminencia del interés público, como finalidad misma del funcionamiento público, sobre cualquier otro tipo de interés, incluso el de la misma Administración. El mismo numeral 113 de la LGAP establece la primacía del interés público sobre el interés administrativo, así como la necesaria ponderación del impacto de ese interés general en el marco de los intereses particulares que puedan verse afectados.

En cuanto al interés administrativo, el inciso segundo de aquella norma (113) establece con claridad: “2. *El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.*” El mandato permite evidenciar que, si bien la Administración existe para satisfacer intereses de la comunidad, en determinados supuestos, criterios alternativos pueden llevar a surgir un interés de la administración que no necesariamente armonice con el denominado interés público. En esa línea, este último interés se constituye en un límite y parámetro de control de las actuaciones públicas. En el debate legislativo de tal normativa, el maestro Ortiz Ortiz expuso con claridad la *ratio escendi* de tal contenido legal. Al respecto indicó:

---

en la medida en que una potestad de imperio permite emitir conductas que luego son de acatamiento obligatorio y de ejecución coactiva si es necesario (ver en este sentido el numeral 146 y 149 LGAP), la existencia de ley expresa en ese sentido permite contar con un parámetro de control, pues los alcances de esa potestad han de ser ponderados sobre la base de la proyección de la norma que les da existencia. Así, debe discriminarse sobre qué materia se confiere la potestad y que tipo de actuaciones legítimas emitir ese empoderamiento. De ahí que, en ese ejercicio, la Administración se encuentre sometida a la legalidad, como parámetro de control de sus actuaciones. Sobre ese sometimiento del Estado al Derecho puede verse la propuesta interpretativa de González Camacho, Oscar, en *Justicia Administrativa*, Tomo I, Investigaciones Jurídicas.

*“... nos pareció conveniente el hacer ver que hay muchos casos donde el interés de la Administración es un sujeto que se interpone al interés mismo de la comunidad, en relación con un servicio, por ejemplo, puede ser que se le compruebe a una institución, puede ser el Ferrocarril Eléctrico al Pacífico, que es muy importante que abra un ramal del ferrocarril, pero la institución sostiene que ese nuevo ramal no es lucrativo o que va a resultar en pérdidas y es que se desprende de la Ley Orgánica misma de la institución que es una institución de servicio al costo, entonces nosotros ponemos aquí que se ha de preferir el interés de la comunidad en el servicio de interés económico o patrimonial de la Administración, como sujeto de derecho.”<sup>5</sup>*

Esta cita pone en evidencia el criterio señalado, en cuanto al deber administrativo de buscar la satisfacción del interés público mayor, aun cuando tal satisfacción lleve a posibles contradicciones con el interés mismo del ente público. Ahora bien, siendo de este modo, toda potestad de imperio ha de tener un fin determinado, consistente y delimitado a la satisfacción de intereses que son compatibles con el marco competencial de cada Administración Pública. Así, la asignación de una competencia administrativa, supone en el fondo el otorgamiento de poderes regulatorios, pero a la vez prestacionales para tutelar y cubrir las necesidades mismas del interés público asociado con ese marco de acción. Así, por ejemplo, las potestades del Ministerio de Obras Públicas y Transportes se direccionan a atender los aspectos relacionados con la materia de obras de utilidad pública (aspecto infra estructural) y servicio público de transporte, de suerte que sus potestades estarán delimitadas y circunscritas a ese eje competencial. Empero, en materia de transporte ferroviario, esa potestad le ha sido otorgada al Instituto Costarricense de Ferrocarriles (INCOFER), lo que veda la participación del MOPT en tal eje de

---

<sup>5</sup> Obtenido de la referencia de actas de discusión legislativa que dieron base a la actual LGAP, Ley No. 6227/78.

acción, sin perjuicio del principio de coordinación que ha de imperar en el ejercicio público.<sup>6</sup>

Pero además de ponderar las relaciones (no siempre compatibles) del interés público con el administrativo, el precitado mandato 113 establece que, en la apreciación del interés público, ha de tenerse en cuenta los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia. Esto lleva a que la Administración deba considerar el impacto de sus decisiones en las esferas individuales, o sectoriales, para adoptar soluciones concretas que armonicen los intereses en juego.<sup>7</sup>

---

6 Sobre las implicaciones del deber de coordinación entre entes públicos con competencias relacionadas puede verse el desarrollo que hace la Sala Constitucional en el voto 5445-1999, que trata de la necesaria coordinación que ha de existir en el funcionamiento de la Administración Central y los entes públicos locales, en concreto, los Ayuntamientos. En el fallo No. 10878-2011 de las 15:11 horas del 16 de agosto del 2011, retomando las implicaciones de la aludida coordinación inter administrativa enfatizó ese alto Tribunal Constitucional: "... Precisamente, este Tribunal ha reconocido que uno de los principios rectores de la organización administrativa lo constituye la coordinación que debe mediar entre todos los entes y órganos públicos al ejercer sus competencias y prestar los servicios que el ordenamiento jurídico les ha asignado. La coordinación, en cuanto asegura la eficiencia y eficacia administrativas, es un principio constitucional virtual o implícito que permea el entero ordenamiento jurídico administrativo y obliga a todos los entes públicos. La coordinación puede ser interorgánicas - entre los diversos órganos que conforman un ente público no sujetos a una relación de jerarquía- o intersubjetiva -esto es, entre los entes públicos, cada uno con personalidad jurídica, presupuesto propio, autonomía y competencias específicas-. La coordinación administrativa tiene por propósito evitar las duplicidades y omisiones en el ejercicio de las funciones administrativas de cada ente público, esto es, que sean desempeñadas de forma racional y ordenada (véase, al efecto, la sentencia número 2007-015218 de las 12 horas del 19 de octubre del 2007)."

7 Nótese que aun siendo un tema marginal al desarrollo del presente trabajo, cuando el proceder público satisfaga el interés público y con ello ocasione daños especiales a una pequeña proporción de afectados, o anormales, por su intensidad excepcional, pese a que en ese escenario el despliegue competencial de la Administración se ajusta a legalidad, ha de indemnizar a esos destinatarios lesionados en sus esferas jurídicas, a tono con lo preceptuado por los ordinales 190.2, 194 y 195 de la LGAP. Se trata de la denominada responsabilidad sin

El contenido de las potestades de imperio y sus implicaciones hace inviable (o al menos inconveniente), que sean otorgadas de manera indeterminada.<sup>8</sup> A cada potestad ha de asignarse un contenido concreto, consustancial a las competencias básicas del ente público, pero a su vez, un fin a satisfacer, aún establecido de manera general. De igual manera, debe entenderse la potestad no solo como un poder de acción, sino como un deber de prestación para llegar a la tutela de ese interés público y fin concreto. Incluso, cabe mencionar que el fin público se constituye como un elemento material objetivo de las conductas públicas, de suerte que el contenido o efecto dispositivo del acto administrativo, debe buscar su cobertura. Así puede verse en el artículo 131 de la LGAP.<sup>9</sup> De hecho, el párrafo tercero de esta norma considera como desviación de poder la búsqueda de fines diversos al principal con detrimento de este. Sobre la teoría de la desviación de poder se volverá luego.<sup>10</sup> Sin embargo, es claro que la validez del ejercicio de la

---

falta, que permite la reparación de daños (no así de perjuicios), cuando concurren tales características.

<sup>8</sup> En este sentido se comparte la apreciación del profesor Ortiz Ortiz, expuesta arriba en cuanto a la improcedencia de conferir potestades con fines indeterminados, y en esos casos, es imperativa la necesidad de asignar un fin concreto mediante el análisis judicial. Op. Cit. Pp. 35.

<sup>9</sup> Indica este precepto en su tenor literal: “1. Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás. 2. Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento; sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento. 3. La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder.”

<sup>10</sup> En cuanto a la relevancia del fin público como elemento relevante del acto administrativo, García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, en su obra, *Curso de Derecho Administrativo*, Décima Edición, Tomo I, pp. 548, entienden como fin legal el objetivo que la norma creadora de la potestad asigna o busca perseguir. Estos autores señalan que el acto administrativo en cuanto ejercicio de una potestad, debe servir necesariamente a ese fin típico, e incurrirá en vicio legal si se aparta de él o pretende servir a una finalidad diversa, aun cuando



potestad se sustenta en la concurrencia de varios factores; por un lado, la existencia de norma jurídica habilitante de la potestad que delimite el marco de acción y contenido de la competencia; segundo: la precisión de un fin público a satisfacer con el ejercicio de esa potestad de manera que el ejercicio concreto se encuentre dentro de ese ámbito, y tercero, la prevalencia del interés público inmerso en el fin público, por encima de cualquier otro tipo de interés. Pero a la vez, la tutela y consideración de los derechos o intereses tutelables de los destinatarios (aún indirectos) de esas conductas concretas.

Ahora bien, dada la base teleológica misma de la Administración es que deben conferirse relaciones de poder que son incompatibles (en muchas ocasiones) con los principios de igualdad y autonomía de la voluntad. Estas potestades le posibilitan la realización de los fines legalmente trazados, para lo cual, es necesario que la Administración ostente poderes frente al particular, poderes que llevan ínsitos deberes frente a la comunidad destinataria. Para Ortiz Ortiz (Eduardo), las potestades de imperio, si bien permiten crear obligaciones o suprimir derechos del particular sin su consentimiento, pues resulta necesario para lograr el fin público “a toda costa”, ya que se explica como un medio para vencer la resistencia del particular, cuando teniendo que colaborar para el cumplimiento del fin público no lo haga, en definitiva, de esas potestades de imperio surgen deberes especiales en el cumplimiento de sus fines para lograr un doble propósito. El citado autor menciona dos proyecciones, por un lado, como instrumento de efficientar la adecuación de la conducta administrativa al fin perseguido y por otro, para evitar arbitrariedades o irregularidades en el uso de los poderes públicos, tutelando los derechos del particular.<sup>11</sup>

---

se trate de una finalidad pública, como sería el caso del ejercicio de una potestad de recaudación tributaria sobre el ejercicio de una potestad o poder de policía.

<sup>11</sup> A partir de esta justificación y propósito dual de las potestades de imperio, el actor aborda el análisis de relaciones de sujeción que inciden de manera directa en la esfera jurídica del individuo. En un primer grupo, Ortiz Ortiz alude a las relaciones de sujeción que se configuran

En términos generales, las potestades de imperio se otorgan a las Administraciones para poder lograr la ejecución de sus actos, como instrumento que posibilita o potencia la debida tutela y cumplimiento del fin público e interés público que, en cada caso concreto, ha de ser satisfecho como derivación del ejercicio de las competencias asignadas al ente público. Con todo, aún las implicaciones de esas potestades, que permiten adoptar conductas que inciden en la esfera de terceros, quienes, aun cuando no las compartan, se encuentran sujetas a ellas, al punto de poder ejecutarlas coercitivamente con auxilio del poder público y sin necesidad de orden judicial de base, su ejercicio debe concretarse dentro de los márgenes que expresa el principio de legalidad, así como el equilibrio de los derechos de los particulares frente a la Administración.

Ahora, como se ha señalado, al amparo del ordinal 131 LGAP, el uso de la potestad administrativa para el cumplimiento de otros fines con detrimento del fin público, constituye desviación de poder. El numeral 49 de la Carta Magna previene el resguardo de este tipo de vicio en el ejercicio del poder público como elemento a analizar dentro del marco de legalidad que se establece en la jurisdicción contencioso administrativa. Resulta evidente que la desviación de poder constituye por ende un vicio en el acto administrativo. El control por el denominado "*détournement de pouvoir*" de concepción francesa, permite el abordaje de

---

en garantía del interés público y a partir de las cuales, se genera un beneficio solo reflejo o indirecto al particular. Se trata del caso del ejercicio del poder público que no tiene por objeto primario (aun cuando de manera refleja lo hace) dar o conceder un beneficio a una persona, sino producir acciones o servicios que se direccionan a satisfacer el interés público o tutelar el fin público. Así, el autor sugiere el caso de los contratos administrativos, en virtud de los cuales la Administración obtiene bienes y servicio de un tercero, pero para la prestación de servicios públicos, ejercicio de competencias públicas o en general, proyectar un beneficio inmediato al interés público. Acá, se insiste, al particular obtiene un beneficio de ese acto, pero el principal objeto es obtener prestaciones de terceros para beneficio del interés público. Diverso es el caso del segundo grupo de relaciones de sujeción, en las que el autor citado da como dato relevante y caracterizante, configuración de garantías al particular y sus derechos. En esta variación, el respeto de tales garantías satisface el fin público de respeto al principio de legalidad administrativa. Del autor, Op. Cit. Pp. 37 y ss.

fiscalización de la validez de los actos de contenido discrecional, en la medida en que permite el cotejo de conformidad sustancial del acto con el fin público impuesto por el ordenamiento jurídico. A nivel de doctrina nacional, el tema es abordado por el tratadista Jinesta Lobo, Ernesto, concretamente en el tomo I de su Tratado de Derecho Administrativo.<sup>12</sup> Sobre el particular, en el mismo orden que ha sido expuesto arriba, el citado tratadista señala que los poderes ejercidos por las Administraciones Públicas buscan la satisfacción de los intereses públicos o bien de consecución de fines ajenos a la Administración de titularidad de determinados colectivos sociales.<sup>13</sup> El tema será abordado de nuevo al momento de analizar los aspectos propios de invalidez de los actos administrativos, como presupuesto de examen de las formas de supresión por nulidad de los actos favorables.

---

12 Del autor citado, Tratado de Derecho Administrativo, Primera Edición, 2002, Biblioteca Jurídica Dike, pp. 378 y ss. El autor expone referencias históricas de la figura en el régimen francés y aborda el análisis de lo que considera constituye dos elementos desprendibles de la perspectiva positiva de la desviación de poder.

13 Para Jinesta Lobo, la búsqueda de satisfacción de fines públicos establecidos por la norma, hacen que el ejercicio de los poderes propios encaje dentro de lo que denomina potestad-función o potestad-fiduciaria, con lo cual se deja entender que la Administración es gestora de la satisfacción de ese cúmulo de intereses (el coincidente de los administrados) que consiste en el interés público. Coincidimos con el autor en cuanto a que es precisamente esa dimensión teleológica la causa legitimante de la asignación de poderes de imperio, los que, como se ha expuesto, no puede ser conferidos de manera libre sin previa determinación de un fin a satisfacer. De ahí que el autor aludido considere existe desviación de poder cuando por la inercia en el ejercicio propio para la atención de esos intereses, el fin público no sea satisfecho. La citada postura encaja a plenitud con las posturas expuestas en este trabajo, siendo que la búsqueda de fines alternativos sin que pueda atenderse al fin principal, es claro que el ejercicio del poder público, en esos casos, será “desviado”, si se estima que la dirección posible para las Administraciones, es la satisfacción más próxima posible de esos fines públicos, ergo, las acciones que desconozcan tal deber (dimensión obligacional-prestacional de las potestades) configura el vicio de desviación de poder. Desde luego que igual vicio se produce cuando no por omisión, sino que, por acción, el ejercicio de los poderes, de manera expresa desatiende los fines públicos. Sobre las orientaciones de esta discusión puede verse del autor, Op. Cit. Pp.380-381. Análisis relevante en la dinámica del vicio bajo comentario aborda Ortiz Ortiz, Eduardo en su obra, La Vía de Hecho en Costa Rica.

Cabe precisar, la satisfacción del fin público con sustento en el cual se concede una potestad de imperio, permite establecer, en su componente prestacional, que las competencias particulares que se desprenden de la potestad, no puedan ser renunciadas, transmitidas o sujetas a prescripción. Así lo fija el numeral 66 de la LGAP en cuanto señala: “**Artículo 66.-** 1. *Las potestades de imperio y su ejercicio, los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.* 2. *Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso.* 3. *El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes.*” La anterior norma permite establecer la relevancia de las potestades de imperio como medios de satisfacción de fines públicos (e intereses públicos), en la medida en que no restringe su ejercicio por factores de temporalidad o bien, niega la posibilidad, salvo regla legal expresa, de renunciar a ese ejercicio.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Sin embargo, pese a la expresión gramatical de esta norma, debe analizarse en cada caso concreto, los casos en que el mismo ordenamiento jurídico expreso regula la pérdida del ejercicio concreto de la potestad a casos particulares, por falta de aplicación. Por ejemplo, la potestad correctiva en el régimen de empleo público es irrenunciable y en principio, imprescriptible, sin embargo, ante infracciones funcionariales concretas, caso de no operar el ejercicio de esa potestad correctiva disciplinaria dentro del plazo mensual del artículo 603 del Código de Trabajo –caso de no estar frente a infracciones del régimen de control interno, o tutela de hacienda pública regulado en las Leyes Nos. 8292, 8422, 8131 y 7428-, tal corrección estará precluida, por tanto fenecida por el decurso del tiempo sin ejercitarla. Empero, ello no dice de la pérdida de la potestad desde el plano genérico. Con todo, el ejemplo dado se limita a la potestad en su dimensión poder-coercitiva, sea, la dimensión que habilita imponer obligaciones o afectar situaciones de terceros, pues en la arista que hemos denominado obligacional-prestacional, el decurso del tiempo no hace perder el deber público de satisfacer el interés público. De igual modo, debe precisarse que la intransferibilidad de las potestades aludidas no incluye los medios de transferencia a que hace referencia el ordinal 84 LGAP, que, en todo caso, se refiere a la transferencia de competencias, que no a la transferencia de potestades. Lo relevante en cuanto a este particular es que la Administración mantenga el poder público de regulación de una determinada actividad cuya tutela le ha sido conferida.

## **2. Principio de legalidad como presupuesto de validez del ejercicio de las potestades de imperio.**

Según se ha indicado, las potestades públicas permiten el dictado de actos que inciden de manera coercitiva dentro de la esfera jurídica de terceros, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas, con la posibilidad de desplegar los efectos de esas conductas aún sin la venía del destinatario de los actos. Ya se ha señalado que las citadas potestades constituyen poderes de acción en los términos recién señalados, (dimensión poder-coercitiva), así como deberes de prestación de actividades (arista prestacional-obligacional). No obstante, la validez del ejercicio propio del primer tipo de potestad, sea, la que permite imponer obligaciones o alterar ablativamente esferas jurídicas de terceros, se encuentra supeditada a la habilitación legal expresa de aquella.

Este principio supone la necesidad de autorización normativa para el despliegue competencial de la Administración Pública. Esta máxima de legalidad puede asociarse o vincularse con el sometimiento del Estado al derecho, lo que implica, el marco de acciones del poder público debe guardar armonía con el ordenamiento jurídico, en la totalidad de las fuentes que lo integran, sean escritas o no escritas, de suerte que no solo la conducta pública debe contar con norma previa habilitante (aún desde una perspectiva genérica), sino que el ejercicio concreto de la potestad o poder público ha de mostrar conformidad con ese referente que habilita, precisa y delimita su proceder.<sup>15</sup> Dentro de este ámbito, el ajuste del actuar público al

---

<sup>15</sup> Para Brewer-Carias, Allan, en su obra “Los Principios Fundamentales del Derecho Público”, Investigaciones Jurídicas, 1 ed. 2012, en el caso costarricense, la Ley General de la Administración Pública es la fuente que da el carácter positivo al principio de legalidad administrativa, regulando esa máxima en tres aspectos: le da una formulación precisa, segundo, precisa los sujetos de derecho que actúan sometidos a ese principio y tercero, precisa el derecho aplicable a los mismo y el ámbito de aplicación de la ley. En el desarrollo particular del principio de legalidad el autor pone especial énfasis en la aplicación no solo de las fuentes de derecho emanadas de órganos nacionales, sino de los tratados internacionales aplicables. En este sentido puede verse lo propuesto en páginas 15 y siguientes, así como 75 y siguientes.

derecho, tal y como lo establece el numeral 11 de la citada Ley No. 6227/78, exige la consideración y aplicación a cada caso concreto y en el ejercicio genérico de las competencias, de las normas que regulan ese marco de acción particular. Para ello ha de entenderse, la legalidad supone una sujeción a la totalidad del ordenamiento atinente a la materia y competencia. Desde ese plano, es menester discriminar entre lo que se ha dado en denominar la doble dimensión del principio de legalidad, sea, la arista negativa y la positiva.

Dentro del ámbito negativo, el denominado principio de legalidad supone una sujeción de la Administración al derecho, de modo que todo acto o comportamiento de la Administración Pública que pretenda incidir en los derechos de las personas, ha de encontrar autorización expresa en el ordenamiento jurídico. En esa línea, el artículo 11 de la Carta Magna establece que el funcionario público es simple depositario de la ley, norma a la que se ha asociado la máxima de sometimiento pleno al derecho. Desde el ámbito legal, esa misma máxima se observa reflejada en la letra del ordinal 11 LGAP, en cuanto señala:

*“1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.”*

Así, los actos de la Administración que tengan por fin producir como efecto una invasión de esferas jurídicas de las personas, deben encontrar respaldo en normas jurídicas que habiliten ese proceder. Esto resulta relevante como mecanismos de tutela y de garantía de las personas o administrados, quienes encuentran en el ordenamiento jurídico, desde la óptica de la certeza y la seguridad jurídica, un parámetro respecto del cual se realiza el control de validez de la conducta pública. De ese modo, solo es legítimo el actuar público que le incida en su esfera existencial, en la medida en que el Ordenamiento Jurídico permita esas acciones concretas que le obligan o modifican sus estatus jurídicos. Ergo, en virtud del principio de legalidad, la persona puede conocer de antemano la base y límites

mismos de las acciones públicas en relación con sus derechos e intereses legítimos.<sup>16</sup>

Esa sujeción se pone en evidencia además, en la dimensión bajo examen, en el numeral 13.1 de la LGAP, en cuanto señala que la Administración deberá actuar sujeta a las fuentes escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, así como al derecho privado supletorio del mismo, sin que pueda llegar a supuestos de inderogabilidad singular de esas normas.<sup>17</sup> Ahora bien, en los casos en que la conducta administrativa pueda incidir en el régimen de los derechos constitucionales (o fundamentales), el numeral 19 de la LGAP impone un principio de reserva de ley, en la medida en que solo una fuente de tal jerarquía podrá precisar las competencias y potestades públicas de imperio que incidan en la esfera jurídica de las personas, en lo que concierne a esa tipología de derechos. La norma

---

16 Para Ortiz Ortiz, Eduardo, se trata de una garantía de certidumbre a favor del ciudadano, garantía típica del Estado Liberal de Derecho y un freno de la actividad estatal, siendo que está permitido lo que se encuentra autorizado y prohibido o vedado todo lo demás. El citado autor entiende esta máxima como la cara inversa al principio de autonomía de la voluntad que permite al ciudadano hacer todo aquello que el ordenamiento jurídico no le prohíba. Del autor, Op. Cit. Pp. 41.

17 La máxima que se desprende de este numeral, denominada “Inderogabilidad Singular de las Normas” imposibilita que la Administración, frente a supuestos de hecho similares regulados por norma expresa, conceda soluciones jurídicas diversas. Así, la norma jurídica en tanto formulación genérica y abstracta ha de ser aplicada a cada sujeto que se encuentre dentro del parámetro objetivo que delimita el presupuesto condicionante del mandato, de modo que el efecto condicionado, deberá surgir frente a todo sujeto que encaje dentro de aquel hecho condicionante. La imposición particular de normas con discriminación de otros sujetos que se encuentran en el mismo evento condicionante, así como la desaplicación de efectos legales o normativos a sujetos que presentan aquel estadio frente a la norma, vulnera la máxima constitucional de igualdad, resguardada por el canon 33 de la Carta Magna. Desde luego que en cada caso debe discriminarse si los sujetos se encuentran en situaciones similares, pues la igualdad solo opera entre iguales. Por el momento, sin perjuicio de abordar el tema en otro aparte, se ha de indicar que esta norma imposibilita por tesis de principio, desaplicar una norma para casos concretos, cuando las condiciones del caso no permitan ni justifique, desde el plano de legitimidad normativa, esa desaplicación.

restringe de manera expresa el abordaje mediante la técnica del reglamento autónomo respecto de estas materias. Si bien la restricción gramatical involucra solo al reglamento autónomo, en la medida en que el párrafo inicial impone la reserva de ley en estos tópicos, es evidente que esa regulación tampoco podría realizarse mediante los decretos ejecutivos o reglamentos ejecutivos.

La necesidad de fuente legal (al menos) para imponer efectos derivados de potestades de imperio, dimana en consecuencia de la relación de los ordinales 11.1, 13.1, 19, 59 y 66 de la Ley citada, pero además, en cuanto al establecimiento de los efectos negativos o imposición de cargas al administrado, ello se observa en la letra del mandato 124 de esa misma fuente normativa en cuanto señala: “*Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares.*” Dicho precepto pone en evidencia la imposibilidad de generar afectaciones a situaciones jurídicas mediante la imposición de cargas (en su concepto genérico), mediante normas infra legales. Ahora, ello no imposibilita que tales fuentes puedan desarrollar aspectos procedimentales o de aplicación de potestades y supuestos regulados por ley expresa, pues en ese escenario, no se estaría frente a una regulación directa mediante reglamento, sino frente a un desarrollo reglamentario para la ejecución de una ley.

De ese modo, la exigencia de norma habilitante, desde la arista negativa del principio de legalidad, resulta impostergable en los casos en que la Administración emita disposiciones o conductas que vayan a generar efectos ablativos, negativos o imponer obligaciones, cargas o sujeciones en la esfera jurídica del administrado, sea por la alteración de sus derechos subjetivos o intereses legítimos, su negación o la imposición de condiciones que le hagan surgir conductas que antes no debía desplegar.

Tal y como lo postula el maestro Ortiz Ortiz, el principio de legalidad es pilar básico del Estado de Derecho. Ello implica que la conducta de las Administraciones no solo debe respetar la normativa que legitima sus acciones (y las condiciona), sino, además, obedecer esas fuentes jurídicas, por lo que la obediencia y sujeción a la



ley se constituyen de esa manera en condición de validez y legitimidad, en cuanto las normas han de señalar el motivo, contenido de los actos que la Administración puede realizar. Con todo, cabe advertir que el mismo ordinal 11.2 LGAP regula el denominado principio de regulación mínima del acto, en virtud del cual, la conducta pública se entiende habilitada con la regulación de alguno de esos elementos materiales objetivos. Por ende, la Ley modela y modula los elementos referidos, que son aspectos fundamentales para la conducta pública, modelo sin el cual, la conducta pública sería ilegítima.<sup>18</sup>

Con todo, el profesor Ortiz postula que el requerimiento de regulación mínima del acto en cuanto a la regulación expresa de al menos el motivo o el contenido, tiene aplicación únicamente en las relaciones entre autoridad y libertad. Para el autor, existen dos campos de acción del poder público en los que opera una máxima flexión del principio de legalidad. Por un lado, se incluye el ámbito de las denominadas relaciones de sujeción especial, presentes en las relaciones jurídicas de duración, generalmente frente a usuarios de servicio público<sup>19</sup>. Por otra parte,

---

18 Del autor, *La Vía de Hecho y la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Litografía e Imprenta Lil S.A. San José, 1993. PP. 1 y siguientes.

19 Se trata de las denominadas potestades de sujeción especial o relaciones especiales de sujeción, que surgen entre la Administración un tercero, usualmente por vinculaciones particulares sujetas a temporalidad y en virtud de las que, se otorga a un tercero una situación jurídica particular con derechos y/u obligaciones que solo esa parte ostenta como derivación del vínculo suscrito y que le faculta el ejercicio de actividades o acciones concretas. El origen histórico de este régimen puede ubicarse en el ordenamiento jurídico alemán, siendo su principal propulsor en cuanto al uso en el derecho administrativo, Otto Mayer, en la obra *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Depalma, 1982, pp. 144. Sobre los antecedentes de la teoría clásica de las relaciones especiales de sujeción en el régimen jurídico alemán, puede verse García Macho R, *Las relaciones es especial sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, 1992, pp. 32 y ss; o bien López Benites, M, en *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, 1994, pp. 45 y ss. Con todo, el concepto ha sido considerado como ambigua, entre otros, vid. García Macho, R, *En torno a la garantía de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción*, Revista REDA No. 64, octubre-diciembre 1989. Un análisis relevante en este campo constituye el aporte de

al autor postula la flexibilización de la máxima de legalidad en la denominada policía general, destinada a proteger la clásica trilogía de seguridad, tranquilidad y salud colectivas<sup>20</sup>. Para el autor, en ambos campos halla sustento la tesis que la Administración se encuentra apoderada para dictar actos de imperio sin potestad específica de base, en virtud de un principio general que así lo autoriza, lo que considera justificable por la imposibilidad de prever los casos en que será necesario dictar el acto y menos el contenido de este.<sup>21</sup>

Al amparo de lo expuesto, resulta claro que la Administración ha de contar con norma habilitante de su conducta, que regule o precise, al menos, el motivo o el contenido del acto, cuando el ejercicio de su potestad se direcciona a irrumpir en las relaciones autoridad-libertad, lo que se presenta, entre otros casos, cuando pretende emitir actos de gravamen, o en general, cuando se encuentre en el ejercicio de potestades de imperio que le permitan crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de terceros. Esto incluye, se reitera, la imposición de obligaciones, cargas y exacciones en general, así como la modificación por la vía de la supresión, de situaciones favorables que previamente han sido otorgadas a

---

Gallego Anabitarte, A, en “Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración”, publicado en la Revista RAP número 34, enero-abril 1961.

<sup>20</sup> Sobre una crítica y oposición sustancial a la postura clásica del orden público en los campos de policía administrativa (salud, orden, moral y seguridad), como fuente legitimante de potestades de policía indeterminadas, y a favor de la fundamentación de ésta sólo en las potestades específicas, por contenido y motivo, Ortiz Ortiz, Eduardo remite a Eduardo García Enterría, en *Sobre los Límites del Poder de Policía General*, en REDA, No. 5, pp. 210-211.

<sup>21</sup> En esta dimensión Etienne Picard, en su obra *La Notion de Police Administrative*, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1984, pp, 546, 548, 552, 555 y 564, citada por Ortiz Ortiz en *La vía de Hecho...* Op. Cit, define la policía como una norma implícita de habilitación en beneficio de la Administración que supone una derogación del opuesto principio de legalidad, en la medida que un juega cuando se aplica el denominado principio de necesidad. Con todo, para Ortiz Ortiz, este principio de necesidad compone un quebranto del principio de legalidad, si por necesidad se entienden los motivos circunstanciales del interés público en general. En este sentido, la *Vía de Hecho...*, Op. Cit, pp. 1-3.

una persona y que, por motivos de inconveniencia o invalidez, pretenden ser suprimidas. Sobre este tema se volverá luego.

El contenido de este principio de legalidad ha sido entendido como desarrollable en dos preceptos básicos:

- a. Por un lado, la necesidad de que todo acto concreto y particular se encuentre debidamente autorizado por una norma jurídica que regule, cuando menos, el motivo o contenido de esa actuación;
- b. La imposición que todo acto, con independencia de su naturaleza general o concreta, guarde el respeto debido al orden jerárquico de sus fuentes.

Esto último supone que pese a que exista norma habilitante, la sujeción de la Administración a la legalidad supone la priorización aplicativa en la jerarquía de las fuentes tal y como lo enuncia el numeral 6 LGAP, de modo que pese a que en determinados supuestos una norma reglamentaria interna (por ejemplo, un reglamento autónomo de servicio) permita una conducta específica, si ello es contrario a regulaciones de mayor jerarquía, por tanto, de mayor resistencia y potencialidad, aquel acto que opta por aplicar fuentes de menor rango normativo, padecerá de un vicio de invalidez por desatención de la escala jerárquica de las fuentes, aun cuando pueda alegar que se ha amparado en norma habilitante. Más simple, el principio de legalidad como regla de someter el accionar público al ordenamiento jurídico, impone que cada acto se encuentre previamente habilitado, pero además acorde con la jerarquía de las fuentes aplicables a cada caso.

Para el maestro Ortiz Ortiz, esos dos desarrollos mencionados llevan a varios principios concretos, a saber: - que las disposiciones y resoluciones administrativas no pueden infringir lo dispuesto en la ley y otros actos con fuerza de ley; - que los actos y resoluciones administrativas no pueden vulnerar preceptos contenidos en disposiciones dictadas por autoridad de superior grado; - las autoridades administrativas no podrán dictar resoluciones concretas que desconozcan lo que la misma autoridad ha fijado de manera general; - las resoluciones administrativas concretas no pueden vulnerar lo dispuesto por disposiciones de carácter general

dictadas por autoridades inferiores, dictadas dentro del marco de sus competencias.<sup>22</sup>

En concreto, desde el plano de la legalidad negativa, es menester precisar que el aspecto más relevante de tal máxima es la sumisión del acto a la norma, es decir, la sujeción de la aplicación concreta de la potestad pública, a la regulación abstracta de su ejercicio. Lo anterior, que será de abordaje más adelante al momento de tratar la invalidez de las conductas públicas en el régimen nacional, incluye la consideración normativa de los elementos básicos del acto, lo que incluye sus elementos materiales subjetivos (competencia, investidura), objetivos (motivo, contenido, fin), formales procedimental, forma de manifestación y motivación. Nótese, por el momento, que a la luz de lo regulado por el ordinal 166 en relación al 167 LGAP, la inexistencia o imperfección sustancial en detrimento del fin público de uno de los elementos del acto, lleva a la patología de grado absoluto de esa manifestación formal de voluntad administrativa. De ahí la necesaria relación del acto a la norma, no solo en su comprensión global, sino en la estructuración misma de cada uno de sus componentes básicos.

A esta exigencia de norma habilitante como presupuesto de validez de las conductas de imperio, se ha excepcionado, como se ha expuesto, la teoría de la urgencia y la necesidad, supuestos en los cuales, la tutela del orden público, la salud –entre otros-, exigen el ejercicio del poder de policía administrativa para el resguardo de esos intereses, aun cuando no se presente en el caso concreto, el supuesto de hecho establecido por la norma para el ejercicio de la potestad administrativa. Para el tratadista nacional Jinesta Lobo, Ernesto, la urgencia es la necesidad u obligación de actuar para evitar, hacer cesar o reparar daños graves a bienes importantes, mediante la desaplicación temporal del orden jurídico normal o bien, la sustitución de éste por otro creado a la medida de las circunstancias. El autor destaca que este ejercicio solo es posible para la protección de los bienes que encajan dentro de la trilogía clásica del poder de policía (seguridad, tranquilidad

---

<sup>22</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Op. Cit., pp 47.

y salud). El profesor Jinesta postula que el orden público en esos casos debe entenderse como norma implícita de competencia, con suspensión o sustitución del principio de legalidad, sin embargo, advierte que nuestro ordenamiento nacional carece de una cláusula general que autorice la suspensión del plexo normativo, salvo algunas leyes sectoriales.<sup>23</sup>

Sin embargo, esa sujeción del Estado al derecho le exige el desarrollo prestacional de actividades para la satisfacción del interés público. La competencia se otorga para un fin y en ese tanto, debe ser ejercitada para el cumplimiento del fin propuesto, de modo que es el mismo ordenamiento jurídico el referente que obliga y compele a la Administración a desplegar su comportamiento o función. Desde esa óptica, las normas no son solo límites al ejercicio público, sino pilares habilitantes que le obligan a actuar. A esto ha dado en denominarse la visión positiva del principio de legalidad.

En efecto, si la potestad administrativa tiene por objeto el cumplimiento del fin público, el ejercicio de aquella ha de direccionarse a la tutela material y efectiva de la necesidad pública que presupone aquel interés o fin. De ese modo, la exigencia propia del principio de legalidad en cuanto obliga la necesaria regulación del motivo o contenido del acto en que se concreta el ejercicio de la potestad pública, no resulta tan rigurosa e intensa en esta dimensión positiva. Desde esa perspectiva, el numeral 11.1 LGAP señala que la Administración podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice el ordenamiento jurídico. Ello supone la existencia de norma habilitante para la prestación de servicios públicos. Sin embargo, es evidente que la prestación del servicio no trata de una conducta formal, sino de un ejercicio material de contenido prestacional que bien puede ser realizado de manera directa por el funcionario público, en los casos de gestión directa, o bien, de manera indirecta en los casos en que el servicio sea prestado por un particular a quien la Administración habilite para tales fines (servicio público impropio). Ahora, si bien la prestación del servicio público requiere de norma de

---

<sup>23</sup> Del autor, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Op. Cit, pp. 249-258.

creación, las implicaciones de beneficio que supone para el destinatario de esa actividad, hacen que su regulación no sea exhaustiva como se requiere en las relaciones que inciden en las libertades o derechos de los administrados.

Así se visualiza en la doctrina del ordinal 12 LGAP en cuanto señala:

*“1. Se considerará autorizado un servicio público cuando se haya indicado el sujeto y el fin del mismo. En este caso el ente encargado podrá prestarlo de acuerdo con sus propios reglamentos sobre los demás aspectos de la actividad, bajo el imperio del Derecho. 2. No podrán crearse por reglamento potestades de imperio que afecten derecho del particular extraños a la relación de servicio.”*

El párrafo primero de esa norma estatuye el denominado principio de regulación mínima del servicio público, en virtud del cual, el despliegue prestacional de una administración se encuentra habilitado por la sola emisión de una norma que establezca el ente titular del servicio, así como el fin. En esos casos, la potestad reglamentaria interna puede explicitar los aspectos de operatividad de la actividad, a reserva que sean congruentes con los principios del derecho que sean de mérito y compatibles con esa actividad en concreto. Sería de aplicación en este caso las máximas expresadas por el canon 4 LGAP que imponen la regularidad, eficiencia, continuidad, adaptabilidad del servicio público y en las tendencias actuales, en la medida en que el servicio sea sujeto a sistema de remuneración tarifada, acordes al principio de servicio al costo, cuyo contenido precisa el canon 31 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593.

De lo anterior deviene que dado el sometimiento del Estado (en sentido amplio) al derecho, el ordenamiento jurídico impone limitaciones en el ejercicio del poder público, de suerte que las acciones concretas que resulten antagónicas con normas habilitantes, o bien, con normas superiores, existirá allí un motivo de invalidez que, a no dudarlo, viciará la conducta y llevará a su supresión por nulidad. Empero, ese mismo ordenamiento que limita y restringe el actuar público le impone conductas propias del ejercicio de sus competencias, que ha de emprender para el resguardo de los intereses públicos. Esa dimensión ya no limitativa sino de asignación de

competencias y facultades que debe ejercitar, se ha dado en denominar legalidad positiva. Desde esta arista, la legalidad positiva pretende exigir a la Administración un comportamiento específico, lo que permite la formulación de pretensiones prestacionales que busquen precisamente el despliegue de actuaciones y reprochar de esa manera las omisiones administrativas.<sup>24</sup> En este ámbito, la infracción a la legalidad se configura no por la desatención de las reglas y fuentes que regulan el ejercicio de la potestad pública, sino por la inercia, indolencia o falta de ejercicio de esa potestad, omisión a partir de la cual se configura una desatención a los deberes y competencias que han sido conferidos al ente.

Como bien lo apunta Jinesta Lobo, Ernesto, las omisiones administrativas se enmarcan dentro de la disfunción administrativa, siendo un aspecto tutelable del derecho administrativo, en la medida en que tiene una potencialidad de incidencia negativa en la esfera de los administrados al no poder recibir las bondades de las prestaciones públicas. El citado autor señala que, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, en el cual, opera la Administración Prestacional, las omisiones administrativas asumen un rol de primer orden, por cuanto la satisfacción

---

<sup>24</sup> En este sentido, el Código Procesal Contencioso Administrativo en el numeral 42 establece como una de las pretensiones posibles a dimir dentro del proceso contencioso administrativo, la de exigir a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico. (Inciso g) Igual tratamiento da el numeral 122 inciso g) de esa misma fuente legal. Lo anterior regula la denominada “pretensión prestacional”, en virtud de la cual el marco petitorio se direcciona no a buscar la declaratoria de invalidez de un acto por contravenir el derecho o fuentes del derecho a que está sujeta esa conducta, sino la invalidez de la inercia pública, buscando la condena judicial a que la competencia se ejercite.

de las necesidades de los administrados depende en gran modo, de las prestaciones efectivas y eficientes de servicios públicos.<sup>25</sup>

En este sentido, es claro que la legalidad, desde el plano positivo, guarda especial relevancia en el campo de las omisiones administrativas. En este ámbito, es necesario discriminar los supuestos en que el ejercicio de las potestades es solo facultativo, de aquellos casos en que tal ejercicio es imperativo. Esta diferencia es relevante para el plano de la tutela judicial frente a tales omisiones, pues en el caso de las facultativas, el juez contencioso podrá fijar las pautas que debe considerar la Administración para que determine si adopta o no determinada decisión; mas en los casos en que ese ejercicio es imperativo o preceptivo, la fijación de los parámetros será para efectos de la prestación efectiva requerida. En el primer ejemplo, no podría el juzgador contencioso administrativo ordenar la designación de un puesto público o relación funcional a una persona en particular, sino solo ordenar que, dentro de las opciones posibles, se opte por una de ellas. Diverso es el caso del derecho de reajuste económico de un contrato administrativo, caso en el cual la condena judicial se puede direccionar a que se realice el cálculo.

En esta línea, resulta indispensable que el ordenamiento jurídico determine a priori una previsibilidad de ejercicio administrativo y a partir de esa imposición normativa, la exigibilidad de un determinado comportamiento derivado de ese poder.<sup>26</sup> El enfoque que presenta el maestro González Camacho sobre el contenido e

---

25 Del autor, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Op. Cit, pp246 y ss. Para el autor, este tipo de prestaciones derivadas de un diseño de Estado prestacional, busca superar y suprimir desigualdades sociales y económicas reales existentes en el cuerpo social, de modo que, si las administraciones no prestan sus actividades o no dictan los actos necesarios para el curso de la atención de las necesidades básicas, teniendo que hacerlo, afectan gravemente a los administrados.

26 En esa línea, De la Cuétara Martínez, Miguel, Potestades Administrativas y Poderes Constitucionales: en torno al proceso de “juridificación” del poder, en revista REDA, No. 38, España, julio-septiembre 1983, citado por González Camacho, La Justicia Administrativa, Op. Cit., pp. 151.



implicaciones del principio de legalidad en su vertiente positiva resulta relevante para estos efectos.

A grandes rasgos, González Camacho considera que no basta que la Administración se detenga en las limitaciones que la ley le impone, o en la ejecución simple y llana del mandato legislativo que sustenta la competencia o potestad, sino que es primario que asuma respecto de esa norma una función complementadora que le permita alcanzar los objetivos impuestos por el ordenamiento. Estima que, ante las condiciones actuales, la legalidad positiva representa para la Administración una herramienta de habilitación y de límite, pero a su vez de encargo o comisión de gestión de intereses a satisfacer. Para el profesor González, si se mira el mandato legislativo desde la óptica de un encargo, luego la inactividad administrativa es un claro incumplimiento de la función encomendada y una lesión directa al mandato positivo de actuar, ergo, antijurídica. Desde este plano, se estima que el incumplimiento en el caso de la inercia administrativa sería doble, por un lado, por la infracción a una norma jurídica, pero por otro, por dejar al vacío el sector o campo de acción o circunstancia que debía completar, solucionar o conformar con sus actuaciones, con una serie afectación para un grupo determinado de sujetos o bien, para el interés general. Como complemento de su propuesta, se entiende que la imposición de esas conductas con el principio de legalidad positivo, se manifiesta de doble manera: en ocasiones de manera directa, cuando la norma establece la conducta debida, lo que exige determinar si lo hace o no con precisión, tanto en el actuar público como en los efectos para el destinatario, o si se sujeta a un acto posterior. En otras ocasiones, esa imposición es indirecta, en los casos en que la norma despliega toda su imperatividad y eficacia sobre un acto o negocio dispuesto por la Administración, por el cual aquella se autovincula de manera concreta por una obligación de hacer o no hacer.

Para el autor este ejercicio positivo puede ser y debe ser controlado por el juez contencioso administrativo, pues esa doble proyección del principio de legalidad positivo encuentra respaldo constitucional. En este punto se comparte tal positivización, pues ciertamente el canon 11 de la Carta Magna consagra la máxima

bajo examen, aunado a que el precepto 140 establece el principio de eficiencia en las acciones del Poder Ejecutivo. No se trataría entonces de un simple cotejo de validez de las acciones desplegadas, sino de un control más sustancial, consistente en verificar el efectivo y eficiente despliegue o ejercicio de las acciones que se desprende de la ley, de suerte que este control incluye el ejercicio mismo de la acción debida, sea para verificar si la adoptada cumple con la finalidad trazada en la norma habilitante, como para imponer su ejercicio en los casos en que se acredite la inacción, disfunción o inercia administrativa. Es decir, no se trata el control judicial en ese caso de una simple imposición de determinadas acciones a la Administración, sino de ejercitar un control adecuado del contenido de ese ejercicio, así como del establecimiento de las pautas o parámetros para el ejercicio, cuando exista omisión administrativa.<sup>27</sup>

En los casos en que la norma autoriza, encarga o impone una conducta determinada sobre destinatarios concretos o fácilmente concretables a partir de mecanismos que confieren un margen de discrecionalidad administrativa, no puede hablarse estricto sentido de una desvinculación entre el ente público y la norma jurídica, pues en esos casos está prohibida también la arbitrariedad.<sup>28</sup> En suma: *“Cualquier órgano o ente administrativo debe cumplir con las obligaciones*

---

<sup>27</sup> González Camacho destaca la necesidad de ese control de la actividad administrativa incluso desde el cotejo de cumplimiento de la legalidad positiva. Señala sobre el particular: “La construcción del principio (o bloque) de legalidad bajo una concepción de respeto y acatamiento debido a la norma superior dentro de la jerarquía de las fuentes, y como vía directa para los apoderamientos públicos (generales o particulares), conlleva de manera implícita el control – en este caso judicial- que garantiza el respeto y ejecución plena y eficaz del conjunto normativo como anexo a la protección de la esfera subjetiva del particular (individual o colectivo)...” Op. Cit. Pp. 154. Esta posibilidad plenaria de control dimana del párrafo inicial del numeral 49 de la Constitución Política y del artículo 1 del CPCA.

<sup>28</sup> González Camacho, Oscar, La Justicia Administrativa, Op. Cit., pp. 153 y ss.

*legalmente impuestas, de modo que su incumplimiento está sometido al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.*<sup>29</sup>

Se concuerda con la citada visión en cuanto a los siguientes aspectos. Ciertamente la legalidad entendida como el sometimiento del Estado al derecho no supone una sola sujeción gramatical a la norma, que en muchas ocasiones limita su proceder por la configuración de relaciones que inciden en la esfera de la libertad del administrado o impone limitaciones, obligaciones o sujeciones especiales o generales. En esa manifestación “negativa”, la exigencia de norma habilitante y sujeción a la jerarquía de las fuentes confiere un régimen de garantías y control a favor de los destinatarios de la potestad administrativa y posibilita un mejor cotejo de validez de esos comportamientos. La norma que habilita constituye a su vez un límite de acción, que, por cuestiones de certeza y seguridad, permite al administrador la previsibilidad de los alcances y eventual contenido del ejercicio concreto de la potestad. Emerge de ahí la posibilidad de reacción recursiva para el restablecimiento, conservación o creación de una situación jurídica concreta. Desde ese plano, se denomina negativa en cuanto limita el poder público que tiene una eventual incidencia negativa o gravosa para el administrado.

Sin embargo, se coincide en que la legalidad desde el plano positivo, engarza con la visión de la administración que debe satisfacer intereses públicos, mediante conductas concretas, mediante acciones prestacionales que derivan o dimanar de normas que buscan precisamente la satisfacción de aspectos específicos del quehacer social. Ya se había señalado que la base legitimante de la potestad administrativa es el elemento finalista, en la medida en que se otorga para satisfacer un fin público al que está sujeto, y cuya infracción puede generar una serie de vicios en el acto, como es el caso de la desviación de poder, o bien, justificar, como adelante se verá, la supresión de actos por criterio de inconveniencia u oportunidad, mediante la técnica de la revocación. Si la potestad se otorga para un fin, que en la mayoría de las ocasiones tiene una vocación de

---

<sup>29</sup> González Camacho, Oscar, *Ibíd.* 156.

satisfacción o prestacional, entonces la legalidad inmersa en los mandatos legislativos, buscan alcanzar ese desiderátum de la función administrativa, cual es, satisfacer el interés público concretado en el fin público que la norma asigna a cada campo competencial. Ergo, la omisión de ejercicio de esas potestades con detrimento de la satisfacción de los intereses tutelados y del fin público, en efecto se considera no solo como una lesión a la normativa en sí, sino al elemento teleológico mismo que como base primigenia sustenta la existencia misma de los centros de poder público. La potestad, según se ha expuesto, es un poder-deber, lo que incluye por ende el componente prestacional, para concretar los fines públicos en campos particulares de incidencia social, económico, de salud, entre múltiples ejemplos.

Por ejemplo, la ausencia de desarrollo de infraestructura vial o mantenimiento de la misma, pese al ejercicio del poder tributario recaudatorio que busca generar ingresos públicos para cumplir precisamente ese fin, no es solo una infracción al deber de eficiencia en la actividad pública, sino un ejercicio abusivo y con desviación de poder de la potestad, siendo que se ampara a la cobertura de un fin que luego, por inercia, es desatendido, con gravosa incidencia para los destinatarios de esa potestad. Entonces, la legalidad positiva, permite la exigibilidad de conductas públicas de contenido prestacional para la obtención de beneficios directos o indirectos relacionados con el fin público que justifica esa potestad omisa.

Por demás, se comparte la necesidad de un control judicial que incluya como parte de sus parámetros, las omisiones administrativas, sean de tipo formal o material, control que, en todo caso, ostenta base y justificación constitucional. En efecto, el numeral 49 de la Carta Magna señala como objeto de la jurisdicción contencioso administrativa ejercer control de legalidad de la función administrativa, concepto que incluye, se reitera, cualquier formal de manifestación de voluntad pública, incluidas las omisiones administrativas o la disfunción. Por su parte, el canon 1 del CPCA establece como objeto de esta jurisdicción:

*“1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa. 2) Los motivos de ilegalidad comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. (...)”*

Este segundo inciso pone en evidencia la omisión administrativa como causal directa de infracción al ordenamiento jurídico, por desapego de la arista positiva del principio de legalidad. *Ergo*, el control plenario que se realiza respecto de la función administrativa, exige velar por el efectivo cumplimiento de la legalidad, lo que lleva a establecer si las potestades públicas se han ejercido de manera debida cuando se haya llevado a cabo la prestación, pero, además, a verificar si han sido ejercitadas cuando el ordenamiento imponga la obligatoriedad de actuar y no se hayan desplegado. De otro modo, la base justificante misma del conferimiento de la potestad pública se vería cercenada, así como el derecho de prestación o expectativa de prestación en cabeza del administrado.

### **3. El administrado frente a las manifestaciones del poder público.**

Ya se ha abordado las implicaciones del principio de legalidad y sometimiento del Estado al derecho en cuanto exigencia de marco jurídico habilitante y regulatorio para el despliegue de sus acciones que incidan en la esfera jurídica de terceros. Se ha precisado la concurrencia de vertientes negativas y positivas de ese principio. La primera, exige la regulación de elementos mínimos para ejercer potestades de imperio que impongan situaciones específicas a los administrados. La positiva, con la posibilidad del administrado de exigir el despliegue prestacional de las Administraciones Públicas para obtener la tutela de los intereses públicos o la prestación de actividades que el ordenamiento jurídico impone a los centros de

poder público. Sin embargo, como se ha formulado tibiamente, ese ejercicio encuentra límites no solo en el marco de las normas jurídicas aplicables, sino además en el mismo contenido de tales situaciones jurídicas que se ven alteradas o incididas por esa función administrativa. Desde ese plano, es menester abordar el análisis de las relaciones que se producen entre el ejercicio de las potestades administrativas y las situaciones jurídicas de las personas, vínculo que luego será precisado dentro del concepto de las relaciones jurídico-administrativas.

El artículo 49 de la Carta Magna da base constitucional a la jurisdicción contencioso administrativa. Esta norma fija dos marcos de control específicos de las conductas públicas. Para tales efectos, resulta necesario remitir a su tenor literal:

*“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”*

La citada norma contiene una dimensión de control objetivo consistente en el cotejo de validez de la función administrativa. Pero, además, en el párrafo tercero incluye la tutela subjetiva de las personas, cuando se hayan visto afectadas por una acción u omisión pública. Veamos.

### **3.1. El control objetivo de la función administrativa.**

En su primer párrafo, la norma contiene la asignación competencial a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los diversos casos en que se peticione el análisis de validez de las conductas de las administraciones públicas. Se trata de lo que se ha denominado la visión objetiva de la jurisdicción contencioso administrativa. Si bien se mira, esta norma contiene el principio de control universal de las conductas públicas, o en su precepción más amplia, control plenario de la

función administrativa, lo que viene a constituir una garantía de control judicial que pretende verificar el cumplimiento de la máxima de sometimiento del Estado al derecho.

La asignación competencial conferida por la Constitución Política a la jurisdicción contencioso administrativa configura a su vez una garantía de la separación de funciones.

Esta jurisdicción se sustenta en cuatro principios constitucionales básicos:

- a. La máxima de legalidad o sometimiento del Estado al Derecho, que compele al poder público a ajustar su funcionamiento al conjunto de normas que habilitan, precisan y delimitan esa esfera, tanto en lo que se refiere a las fuentes escritas como no escritas, según la escala jerárquica de sus fuentes. Encuentra respaldo en el ordinal 11 de la Carta Magna.
- b. Separación de funciones, regulada en el mandato 9 de la Constitución Política, que se evidencia en la decisión de someter a la esfera jurisdiccional el control de las acciones y omisiones públicas. Tal competencia se observa en el ordinal 153 de la Carta Magna en cuanto establece como competencia del Poder Judicial resolver definitivamente, es decir, con carácter de cosa juzgada material, los conflictos que a su conocimiento sometan los particulares y establezcan las leyes.
- c. Control universal de la función administrativa. El numeral 49 objeto de referencia expresa, como se ha señalado, que toda función administrativa está sujeta al control de validez o de legalidad que ejerce la jurisdicción contencioso administrativa. Adelante se precisará sobre la amplitud del término “función administrativa”, que engloba y trasciende el acto administrativo como objeto clásico (y por demás limitado y restringido, aunque con sustento histórico) de control de esa jurisdicción.
- d. Finalmente, la concurrencia de estos principios aludidos (los tres previos), lleva a la configuración de una garantía de justicia pronta y cumplida y una tutela judicial efectiva, que impone un diseño

constitucional y legal que desemboca en un modelo procesal que debe procurar un control plenario, sin espacios exentos de control, con la tutela debida de las situaciones jurídicas de las personas, y en plazos razonables, con garantía de ejecución y efectividad de los fallos estimatorios.

La legalidad aludida consiste en la relación de todos los actos y disposiciones de la Administración, sea, de la función administrativa, con el Derecho en general, con independencia del rango de las normas aplicables, o bien, la naturaleza pública o privada de las normas que lo integran. Desde este plano, tema que se abordará en el aparte del régimen de validez de la función administrativa, el parámetro de control trasciende el derecho público en sí, e integra las relaciones administrativas en las que se aplica el derecho privado.<sup>30</sup>

Ahora, tal competencia no constituye un monopolio de la jurisdicción contencioso administrativa, al punto que otras jurisdicciones tales como la laboral, la agraria, pueden ponderar la validez de la función administrativa, bastando por ahora hacer reserva de tal aspecto. Para el profesor González Camacho, el conocimiento de asuntos jurídico administrativos en la vía ordinaria diversa al contencioso

---

<sup>30</sup> Para Ortiz Ortiz, Eduardo, en *Justicia Administrativa Costarricense*, Cuatro Estudios, Litografía e Imprenta LIL, San José, 1990, pp. 32 y ss, ese control que se realiza en la sede contencioso administrativa supone una relación de cotejo con el Derecho en general, sean cuales sean el rango y naturaleza del material de éste y las normas que lo integran, sean de derecho público o de derecho privado, leyes ordinarias o constitucionales, internas o internacionales, con las excepciones que contempla el ordinal 10 de la Carta Magna. El autor destaca que las regulaciones constitucionales de esta jurisdicción y la jurisprudencia sobre su contenido permite establecer que el derecho de fondo aplicable incluye el derecho privado. Criticando a García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1979, pp. 31 y ss, Ortiz Ortiz señala que este tratamiento no consiste en una visión estatutaria del derecho referida a un tipo de sujeto, en cuanto parte de la Administración Pública, -tesis postulada por aquellos autores criticados-, señalando que ello atiende a que coexisten dentro de esa jurisdicción toda clase de derechos, con las salvedades de ley, pero además porque toda la administración pública (en minúscula como referencia a la función), no es un sujeto sino un tipo de actividad.



administrativo, dispuesta por el legislador ordinario, como excepción a la regla que asigna esa materia a dicha jurisdicción, no contraviene la tutela judicial efectiva (como principio constitucional), ni la unidad de la jurisdicción. Para el citado autor, lo que estos dos principios prohíben en la actualidad no es que una jurisdicción absorba las competencias de las demás, en detrimento de aquellas, sino que no exista una sola manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la ordinaria.<sup>31</sup>

La posibilidad que otras jurisdicciones diversas al contencioso administrativo, puedan conocer sobre el análisis de validez de la función administrativa, ha sido reconocida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En este punto, merece traer a colación lo señalado en el fallo No. 2007-14999 de las 15 horas 06 minutos del 17 de octubre del 2007, emitido dentro de una acción de inconstitucionalidad en la que se cuestionaba la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que remite a la jurisdicción laboral el conocimiento de los asuntos cuyo objeto verse sobre la nulidad por ilegalidad de actos administrativos que tienen como efecto el despido del funcionario público. En concreto, sobre el tema de la posibilidad de análisis en otras jurisdicciones de la validez de las conductas públicas, esa instancia remitió a la postura sostenida en la sentencia número 5686-95 de las 15 horas 39 minutos del 18 de octubre de 1995. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional estimó que si bien el mandato 49 de la Constitución Política reconoce la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, esa competencia bien podía ser legalmente delegada en otros tribunales, que conocieran materias diversas. Dentro de las materias en la que tal

---

<sup>31</sup> Del autor, *La Justicia Administrativa*, Tomo I, Investigaciones Jurídicas, 1ª. Edición, octubre 2001, San José, Costa Rica, pp. 131 y ss. El profesor Camacho destaca la prohibición de establecer zonas inmunes de control jurisdiccional, estableciendo que la función administrativa se somete a un control plenario, lo que lleva a la preeminencia en materia contencioso administrativa del principio de control plenario de la función administrativa, lo que implica, toda manifestación de voluntad pública, se encuentra sujeta al cotejo de validez en la sede ordinaria de la jurisdicción contencioso administrativa.

delegación sería factible, mencionó la sede laboral<sup>32 33</sup> y la agraria. Para ello, la Sala hizo referencia a lo dispuesto en la sentencia No. 3905-94 de las 15:57 horas del 3 de agosto de 1994, en la que estableció la posibilidad de que la ley, como fuente formal, establezca las instancias necesarias y debidas para el ejercicio de la función jurisdiccional.<sup>34</sup>

---

32 Sobre ese particular, ya la Sala Constitucional en el voto No. 9928-10 del 09 de junio de 2010 y dimensionados sus efectos mediante resolución No. 11034-10 del 23 de junio de 2010, dispuso la inconstitucionalidad del artículo 3 inciso a) del CPCA, en cuanto negaba la competencia de la sede contencioso administrativa, para resolver cuestiones sobre empleo público. Esta norma era un ejemplo claro de una delegación legal en otra jurisdicción (especializada) de cuestiones propias del derecho administrativo, en concreto, las relaciones funcionariales. En esa sentencia señaló: "Las causas pendientes de ser resueltas ante la Jurisdicción Laboral a la fecha de publicación íntegra de esa sentencia en el Boletín Judicial, serán conocidas y resueltas, definitivamente, por ese orden jurisdiccional, para lo cual si se trata de una pretensión que, por su contenido material y régimen jurídico aplicable, se rige por el Derecho Administrativo, el órgano jurisdiccional laboral deberá aplicarlo. Se exceptúan de lo anterior, los procesos que sirvieron de asunto previo o base a las acciones de inconstitucionalidad acumuladas, en los que deberán readecuarse los procesos, si resulta posible o conducente o tramitarse, desde un inicio, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previo auto de pase de la Jurisdicción Laboral. Todos los asuntos planteados a partir del día siguiente a la publicación íntegra de la sentencia en el Boletín Judicial deberán ser interpuestos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o Laboral, según corresponda por el contenido material o sustancial de la pretensión y el régimen jurídico aplicable."

33 Actualmente, el Código de Trabajo, a raíz de la reforma realizada por la Ley No. 9343 del 25 de enero del 2016, pervive regulando cuestiones de empleo público. Ejemplo de ello puede verse en el numeral 493, la protección de fueros especiales y debido proceso regulado a partir del numeral 540 y siguientes, así como el Título Undécimo, que regula las relaciones de empleo con el Estado y sus instituciones, a partir del canon 682. Todas estas referencias ponen en evidencia la pluralidad de instancias de conocimiento de relaciones administrativas, con el detalle que esas otras vías delegadas, son propias de especializaciones por materia.

34 Para una mejor comprensión de la postura de la Sala Constitucional, la citada sentencia No. 5686-1995 dispone en lo relevante: "La Sala estima que, en otros términos, es procedente analizar si la competencia asignada por el artículo 49 de la Constitución a los tribunales de lo Contencioso Administrativo, puede ser delegada por ley en otros tribunales

---

*de competencia material distinta, como el caso de la laboral. Este Tribunal, en la sentencia N°3905-94 de las 15:57 horas del 3 de agosto de 1994 determinó: "II.- En primer término, cabe definir la naturaleza del artículo 49 de la Constitución Política. Esta norma, forma parte de un concepto -en su acepción moderna- introducido al derecho político costarricense por la Constitución de 1949, cual es el de la fiscalización judicial de los actos públicos. El concepto fue reforzado por la reforma introducida mediante ley #3124 de 25 de junio de 1963 que permitió impugnar también los actos discrecionales de la administración, no contemplados dentro de la redacción original del artículo 49 que limitó la jurisdicción contencioso-administrativa a fiscalizar el "uso de facultades regladas". El propósito del legislador constituyente fue situar en el derecho constitucional costarricense, un nuevo y verdadero derecho subjetivo en favor de los ciudadanos, que garantizara su defensa en caso de extralimitaciones de los gobernantes. III.- En efecto, la norma en cuestión debe interpretarse en armonía con las reglas de los artículos 11 y 129, que recogen el principio de legalidad. Estas normas, por una parte, lejos de establecer una jurisdicción en su sentido forense, definen los límites de acción de los poderes públicos; recogen el principio de la responsabilidad de los gobernantes por sus actos surgido de los movimientos libertarios del siglo 18, así como el de la vigencia universal de las leyes. Por otra, estatuyen la necesidad de constituir, por acto legislativo, una jurisdicción - al menos una- en la que se pudiesen ventilar los litigios surgidos de la actividad del Estado. Es en esta vertiente que se sitúa la consulta que nos ocupa. IV.- Si, como se ha expuesto, la ratio legis del constituyente fue procurar al individuo en sus conflictos con la Administración Pública, un medio de defensa especializado, carece de relevancia constitucional la organización que el legislador común desarrolle para ese propósito. Basta con resaltar la ubicación de la norma en cuestión dentro de la sección dogmática de la Constitución y en especial como parte del elenco de derechos individuales desarrollados por el Título V, Capítulo Único. El número de tribunales, su integración, la jurisdicción territorial o material, por ejemplo, son aspectos de secundaria relevancia que obviamente son materia delegada expresamente al legislador en los términos del artículo 152 de la Constitución que dice: "Artículo 152: El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley." Es claro, entonces, que la función del artículo 49 obedece a la necesidad de brindar al individuo una herramienta efectiva contra los actos administrativos ilegales. Y se resalta la naturaleza de ilegalidad de los actos, puesto que en contraste con la jurisdicción común de la que forma parte la contencioso-administrativa, el constituyente también contempló la jurisdicción constitucional que fue ejercida por la Corte Plena hasta 1989, año en que fue asignada a esta Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia. La jerarquía de las fuentes normativas determina también la competencia de los tribunales constitucionales o los comunes. V.- Lo expresado en las secciones anteriores, es*

Luego de ese análisis, el Tribunal Constitucional concluyó que, por las mismas razones, la jurisdicción laboral podía conocer de las causas relacionadas con materia de empleo público, en las que existe relación jurídico administrativa. Sin embargo, con posterioridad, la misma Sala Constitucional en el voto 9928-2010, dispuso la inconstitucionalidad del artículo 3 inciso a) del CPCA en cuanto privaba de la jurisdicción contencioso administrativa las relaciones de empleo público. Con este fallo, de manera expresa concluye sobre la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa para dirimir las causas judiciales en las que se encuentre presente una petición de análisis de validez de conductas públicas. Esta nueva posición se sustenta en consecuencia en el criterio de especialización

---

*corroborado por lo dispuesto en el artículo 153, que es parte del Título XI, Capítulo Único, ubicado en la sección orgánica de la Constitución, que se ocupa del Poder Judicial. Esta cláusula otorga al legislador plena discrecionalidad para organizar los tribunales por los que la Judicatura ejerce su función. (...) Con esta norma, se resuelve el punto levantado por la Procuraduría en cuanto al rango constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa, en tanto la Constitución no pretendió revestir a una categoría especial de tribunales -los contencioso-administrativos- de una protección singular por sobre los demás. Más bien, como se ha expresado, creó un derecho constitucional que puede ser ejercido ante diversos tribunales de la República. VI.- Eso sí, resulta de lo expuesto, el impedimento constitucional de eliminar esa jurisdicción del todo, o de reducir su competencia al punto de hacer nugatorio el derecho que protege. En este sentido, sí resuelta necesario y obligatorio para el legislador el proveer al país de ese instrumento judicial. Pero de ninguna manera podría sostenerse que, con el fin último de crear un derecho constitucional, la Constitución otorgó rango superior a este tipo de tribunales y por ello concentró en ellos el conocimiento de esta materia específica. VII.- Si la norma otorgó el carácter de derecho subjetivo a la posibilidad de impugnar los actos ilegales "de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público" (art. 49 prf.1°), surge la segunda característica de este derecho, cual es el que puede ser ejercido ante cualquier tribunal de la República al que la ley le haya delegado esas atribuciones. Por ello, estima esta Sala que no quebranta el orden constitucional, la decisión del legislador de crear jurisdicciones especializadas en las que pueda ventilarse la legalidad de los actos de la Administración Pública, como lo es la jurisdicción agraria."*

de la jurisdicción aludida. Los motivos dados en el citado fallo exponen con claridad las razones para esa conclusión.

Para sostener la inconstitucionalidad de la supresión competencial de la materia de empleo público en el CPCA, el Tribunal Constitucional consideró evidente el modelo judicialista que impuso el constituyente en el ordinal 49 aludido, dada la asignación a una instancia especializada del control plenario de la función administrativa. Justamente, entendió esa especialización como una garantía de acierto para las personas administradas, en cuanto al cotejo de legalidad o validez de las conductas administrativas.<sup>35</sup> Luego, como segundo alegato expresó que la literalidad de la norma constitucional no hace distinción en cuanto al control que ejerce esa jurisdicción (la contencioso administrativa) de la función administrativa, a partir de lo cual concluyó que cualquier norma de rango legal que pretendiera desconocer ese ámbito de análisis, sería ilegítima.<sup>36</sup> El tercer motivo de la declaratoria de

---

35 Como desarrollo de ese primer motivo expuso: “1°) *El constituyente derivado o poder reformador optó por un modelo de justicia administrativa “judicialista”, esto es, encomendándole a un orden jurisdiccional especializado del Poder Judicial la competencia y atribución de ejercer la fiscalización de la legalidad de la función administrativa, esto es, su conformidad sustancial o adecuación con el bloque de legalidad. Este sistema ofrece garantías y ventajas comparativas considerables para el justiciable, tales como la especialización, lo que, acompañado de la carrera judicial dispuesta de manera infra constitucional, representa una verdadera garantía de acierto y de cumplimiento del imperativo constitucional contenido en el ordinal 41 de la Constitución de una “justicia cumplida”.*”

36 Esa línea de argumento lo plasmó de la siguiente manera: “...2°) *El poder reformador definió, con meridiana claridad, la competencia material de la jurisdicción contencioso-administrativa, al indicar que su objeto es “garantizar la legalidad de la función administrativa”. Cabe acotar que la norma constitucional no distingue, de modo que a ese orden jurisdiccional especializado le compete la fiscalización de cualquier manifestación específica de la función administrativa, sin excepciones. El constituyente derivado consagró, así, una justicia administrativa plenaria y universal, evitando que haya reductos o ámbitos de la función administrativa exentos del control o fiscalización de legalidad. La “función administrativa” es un concepto jurídico indeterminado, empleado por el poder reformador a partir de 1963, que comprende o engloba cualquier manifestación específica o concreta de ésta, esto es, toda conducta administrativa -por acción u omisión- (v. gr. la actividad formal,*

inconstitucionalidad fue tautológico, al señalar que atendiendo a esa asignación especial, por imperio constitucional, “... *el legislador ordinario, en el ejercicio de su libertad de conformación o configuración, no puede atribuirle esa competencia a otro orden jurisdiccional que no sea el contencioso-administrativo.*”

Cabe hacer notar el cambio expreso de criterio en que incurrió el Tribunal Constitucional respecto de la tesis anterior que posibilitaba el análisis de conformidad sustancial de la función administrativa con el ordenamiento jurídico en

---

*las actuaciones materiales y las omisiones formales y materiales), así como la figura complementaria, más dinámica y flexible, de la relación jurídica-administrativa.*”

cualquier otra jurisdicción, para reservar esta competencia en esta jurisdicción especializada.<sup>3738</sup>

---

37 En el caso del debate presentado en torno a la exclusión que hacía el ordinal 3 inciso a) del CPCA, precisó las siguientes razones para sostener la invalidez de esa norma: “*“El precepto impugnado excluye de manera radical y absoluta –sin excepción- del conocimiento y resolución de la jurisdicción contencioso-administrativa, toda pretensión relacionada con la conducta administrativa en el marco de una relación estatutaria, con lo cual transgrede, palmariamente, el Derecho de la Constitución y, particularmente, el artículo 49 constitucional que le reservó exclusivamente, como competencia material, a ese orden jurisdiccional “garantizar la legalidad de la función administrativa”. El texto legislativo impugnado no admite, por su tenor literal cerrado, una interpretación conforme con el Derecho de la Constitución y la necesaria distinción entre **pretensiones que, por su contenido material y el régimen jurídico aplicable**, deben ser de conocimiento y resolución, sea de la jurisdicción contencioso-administrativa o de la laboral. Como se apuntó supra, cuando el justiciable pretende discutir la disconformidad sustancial o invalidez de una conducta administrativa o manifestación específica de la función administrativa con el ordenamiento jurídico-administrativo, el asunto debe ser ventilado, por la reserva y el imperativo constitucional del artículo 49, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En esencia, el justiciable tiene la garantía constitucional de impugnar cualquier conducta que sea manifestación de la función administrativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo que existen conductas que se producen dentro de una relación de empleo público que son expresión específica del concepto general de la “función administrativa”. De otra parte, habrá **pretensiones que, por su contenido sustancial y el régimen jurídico aplicable**, deben ser conocidas y resueltas por la jurisdicción laboral, habida cuenta de su especialidad competencial y de la necesidad de aplicar, al caso concreto, las categorías dogmáticas, instituciones, institutos, principios y herramientas hermenéuticas particulares de esa disciplina jurídica. Así, a modo de ejemplo y sin pretensión de exhaustividad, la jurisdicción laboral deberá conocer y resolver –aunque el tema se encuentre relacionado con la conducta o función administrativa ejercida por un ente público- extremos típica o materialmente laborales, tales como la procedencia o no y el cálculo para el pago del aguinaldo, vacaciones, preaviso y auxilio de cesantía, lo concerniente al reconocimiento de una jubilación o pensión o los riesgos profesionales, las controversias que se susciten en el ámbito del Derecho laboral individual y colectivo (v. gr. conflictos de carácter económico-social), de todo lo relativo al ejercicio del derecho a la huelga o el paro, etc. En igual sentido, se impone reconocer que tratándose de empleados encargados de gestiones sometidas al derecho común de empresas públicas o de servicios*”

---

*económicos desarrollados por una administración pública o de simples obreros, trabajadores o empleados que no participan de la gestión pública del respectivo ente público, esto es, de los que la doctrina denomina “trabajadores de la administración pública”, las controversias surgidas deben ser conocidas y resueltas por la jurisdicción laboral, al no tratarse, en sentido estricto, de un funcionario, servidor o empleado público (artículos 111, párrafo 2°, y 112, párrafo 2°, de la Ley General de la Administración Pública), dado que, cualquier conducta emanada del ente público, en tal contexto, no estará sometida al régimen jurídico administrativo y tampoco podrá ser reputada, materialmente, como una relación jurídico-administrativa. Es preciso resaltar que el constituyente optó por órdenes jurisdiccionales especializados por razón de la materia –por lo menos hasta cierta instancia-, como una garantía de acierto y un medio para el logro del imperativo constitucional de una justicia pronta y cumplida. Si bien, el artículo 41 constitucional consagra el derecho general de acceso a la jurisdicción, luego los numerales 10, 48, 49, 70 y 153 de la norma fundamental optan, claramente, por el establecimiento de jurisdicciones especializadas. De manera que el justiciable tiene el derecho de elegir ante cuál orden jurisdiccional acciona, en el tanto la **naturaleza material de la pretensión y el régimen jurídico aplicable** sea congruente con la especialidad –constitucional o legal- de la respectiva jurisdicción. (...)*”

38 Esta máxima de limitación la expuso de la siguiente manera: “3°) *El constituyente derivado o poder reformador estableció una reserva constitucional de la competencia material de la jurisdicción contencioso-administrativa al estatuir que su objeto es “garantizar la legalidad de la función administrativa”, razón por la cual el legislador ordinario, en el ejercicio de su libertad de conformación o configuración, no puede atribuirle esa competencia a otro orden jurisdiccional que no sea el contencioso-administrativo, puesto que, de ser así, estaría vaciando de contenido la garantía institucional y el derecho fundamental que consagra el artículo 49 de la Constitución. Sobre este punto en particular y, bajo una mejor ponderación, este Tribunal Constitucional varía o revierte la tesis expuesta en los Votos Nos. 3095-94 de las 15:57 hrs. de 3 de agosto de 1994, 7540-94 de las 17:42 hrs. de 21 de diciembre ambos de 1994, 5686-95 de las 15:39 hrs. de 18 de octubre de 1995 y 14999-2007 de las 15:06 hrs. de 17 de octubre de 2007. Lo anterior significa que cuando un justiciable deduce una pretensión para cuestionar la invalidez o desconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico-administrativo de una conducta administrativa o cualquier manifestación singular de la función administrativa (omisión formal o material, actividad formal o actuación material o relación jurídico-administrativa), debe conocerla y resolverla, indefectiblemente, la jurisdicción contencioso-administrativa. Obviamente, si la pretensión, por su contenido material, aunque esté relacionada con alguna conducta administrativa o manifestación específica de*



A partir de ese fallo, el Tribunal Constitucional ha establecido en consecuencia criterios básicos para discriminar cuando un determinado proceso que tenga relación con comportamientos públicos (función administrativa) debe ventilarse en esa jurisdicción especializada, a saber:

- a. **El contenido material o sustancial de la pretensión y**
- b. **El régimen jurídico aplicable;** de modo que, si se discute la conformidad o disconformidad sustancial de una manifestación específica de la función administrativa con el bloque de legalidad, el conflicto de interés, será, necesariamente, de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.<sup>39</sup>

---

*la función administrativa –en la medida en que interviene un ente u órgano público-, se encuentra regida por el régimen jurídico laboral, de familia o agrario, debe ser conocida y resuelta por esos órganos jurisdiccionales, por cuanto, no se cuestiona, propiamente, conformidad o disconformidad sustancial de la función o conducta administrativa con el ordenamiento jurídico-administrativo que es lo que el artículo 49 constitucional le reserva a la jurisdicción contencioso-administrativa.”*

<sup>39</sup> Pese a esas referencias la demarcación de los casos en que efectivamente concurren esos criterios de suerte que la jurisdicción contencioso administrativa deba conocer, no ha estado exenta de conflicto. Con frecuencia, se formulan causas en esta jurisdicción que, en realidad, atienden a esquemas que deben ser resueltos en la jurisdicción laboral. La realidad permite establecer la necesidad de conformar unidades jurisdiccionales dedicadas a resolver esos conflictos, sea dentro de la jurisdicción laboral o contenciosa, pero con un cuerpo de profesionales que, ahora sí, por criterio de especialización técnica de la materia, se dediquen a resolver estos conflictos. Conforme a los criterios de la Sala Constitucional y como derivación de la doctrina que subyace en el canon 49 de la Carta Magna, en tesis de inicio esa competencia debe ser ejercitada por la jurisdicción contencioso administrativa, empero, resulta necesario la constitución de secciones especializadas en el tratamiento de esos temas, tanto por el aspecto cuantitativo como el cualitativo. En el año 2012, ingresaron al Tribunal Contencioso Administrativo un total de 325 expediente relacionados con empleo público, y al 30 de mayo del 2013, un total de 109 expediente de esta temática. Ello pone en evidencia la carga debida como para implementar una integración especializada en estos asuntos.

**c. Existencia de una sede jurisdiccional especializada para conocer de un tipo específico de pretensiones, como garantía de acierto.**

Este control objetivo entonces, debe entenderse aplicable, como lo señala en mismo texto constitucional, a toda función administrativa, lo que supone, cualquier forma de manifestación de voluntad pública. En este sentido, debe reiterarse lo señalado por el Tribunal Constitucional en el precitado fallo No. 9928-2010, en cuanto define este concepto de la siguiente forma: *“La “función administrativa” es un concepto jurídico indeterminado, empleado por el poder reformador a partir de 1963, que comprende o engloba cualquier manifestación específica o concreta de ésta, esto es, toda conducta administrativa -por acción u omisión- (v. gr. la actividad formal, las actuaciones materiales y las omisiones formales y materiales), así como la figura complementaria, más dinámica y flexible, de la relación jurídica-administrativa.”*<sup>40</sup>

De manera preambular y muy superficial, el concepto de función administrativa incluye toda manifestación (o inercia) formal o material del ejercicio del poder público, sea de contenido positivo o negativo, activo u omisivo<sup>41</sup>. Ello engloba por

---

<sup>40</sup> Para el maestro Jinesta Lobo, Ernesto, la función administrativa desde la óptica dialéctica incluye la disfunción administrativa (como proyección omisiva o negativa del ejercicio público), pero, además, dentro de una concepción dinámica, se postula que engloba todas las formas jurídicas y no jurídicas de exteriorización de la Administración Pública, dentro de ellas, las actuaciones materiales o técnicas y las omisiones. En este sentido, el autor critica la posición clásica que percibe al derecho administrativo en torno al acto administrativo, como elemento central del Poder de Policía, sustentando su crítica en V. Stolleis, Michael, Las líneas de desarrollo de la dogmática del derecho administrativo en la era industrial. Documentación Administrativa. El Derecho Administrativo en Alemania tendencias actuales. Madrid, No. 223, abril-junio, 1993, pp-4-5. Para ello, citando autor, debe sustituirse esa visión para imponer como pivote de la dogmática jurídica al procedimiento administrativo y la relación jurídico administrativa. Del autor, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Op cit., pp. 239-240.

<sup>41</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo postula que la función administrativa abarca más que los actos y disposiciones que dicta la Administración, que también presta servicios, desarrolla actividades materiales y técnicas, y sobre todo realiza actividades que se pueden denominar negativas para

ende el concepto de disfunción administrativa, como arista o cara negativa de aquella función, por ende, referida entonces a los supuestos en que la Administración Pública no ejerza sus competencias (omisión), las ejerza de manera inoportuna o defectuosa, criterios que encajan dentro del concepto de función anormal. Desde este plano entonces, el concepto de función administrativa incluye, al menos, y solo a modo de referencia ligera, las siguientes categorías:

- a. Formal: actos individuales (sean estos expresos, presuntos –silencio positivo-42, tácito, implícito, actos de carácter general, actos de alcance normativo (reglamentos internos de organización y/o servicio, reglamentos ejecutivos, reglamentos delegados, reglamentos independientes), contratos administrativos, convenios administrativos, procedimientos administrativos.

---

el administrado, como la inercia y el silencio y los actos denegatorios de un acto favorable al particular. Del autor, Justicia Administrativa Costarricense, Op. Cita, pp. 33-34.

42 Cabe destacar que el acto presunto es el que surge de la aplicación del silencio positivo, regulado, en tesis de inicio, en los ordinales 127, 139, 329.3 y 330 LGAP. La denominación de acto presunto atiene a que sus implicaciones llevan a la incorporación de un efecto jurídico dentro de la esfera jurídica del administrado. De ese modo, al silencio positivo le es extensible la teoría de la intangibilidad de los actos propios, razón por la cual, la Administración Pública no puede desconocer los efectos de este tipo de instituto jurídico. Desde luego que la configuración del silencio positivo debe realizarse conforme a los procedimientos previstos tanto en el ordinal 330 LGAP como en la Ley No. 8220, aunado a que bien podría peticionarse en sede contencioso administrativa, mediante un reclamo declarativo, el reconocimiento de existencia de un acto presunto. Esto a diferencia del silencio negativo en el cual, se trata de una denegatoria ficta de la petición administrativa. A diferencia del acto presunto, en el negativo la Administración Pública no pierde competencia para emitir el acto, según se colige del ordinal 163.2 LGAP, o bien, como puede desprenderse del canon 35.2 CPCA. Para un análisis jurisprudencial del silencio positivo puede verse el fallo No. 163-2012-VI de la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

- b. Material: coacción directa, coacción anómala, coacción ilegítima o vías de hecho<sup>43</sup>, coacción anómala, preparación y ejecución de actos, prestación de servicios públicos.

Este concepto supera la visión tradicional y clásica que se ha denominado “actocentrismo”, que venía imperando en la dinámica del derecho administrativo y según la cual, el desarrollo y estudio de esta rama del derecho surge en torno al fenómeno

---

43 En cuanto a las vías de hecho resulta notable el desarrollo que de la figura realiza el profesor Ortiz Ortiz Eduardo, en su obra, *La vía de Hecho y la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Op. Cit. Para nuestros efectos, la categorización de las vías de hecho incluye las siguientes manifestaciones: A. Cuando la conducta pública no cuente con norma o acto habilitante de su ejercicio material. En este caso, si el principio de legalidad, según se ha expuesto, requiere de la habilitación previa del ejercicio del poder público, regulando al menos el motivo o el contenido de la conducta, la ausencia de norma habilitante para el despliegue de potestades materiales como sería el caso del poder de policía, o ejecución de acciones concretas que no encuentran respaldo en acto formalmente emitido, lleva a una función material no respaldada por justificación previa, constituyendo allí un ejercicio ilegal de potestades. B. Cuando exista acto válido, pero no hay sido comunicado aún, por lo cual, no ostenta todavía eficacia jurídica. En ese tanto, el despliegue de efectos de un acto que no ha sido comunicado, al tenor del ordinal 140 y 141 LGAP, supone que esa materialización de efectos, no se ajusta al ordenamiento jurídico. Cabe recordar que la comunicación del acto permite el ejercicio del régimen de recurribilidad, con independencia de lo señalado por el canon 148 ejusdem. C. Existe acto válido y eficaz, pero se produce un desbordamiento en la ejecución de la conducta. En este caso, la ejecución material del acto es excesiva respecto del efecto que formalmente el acto dispone. Ejemplo típico es el derribo de edificaciones sobre las cuales, pese a que obras aldañas han ordenado ser derribadas, aquellas en concreto no lo han sido y aun así son destruidas. O bien, el caso de orden de cierre de negocios por un plazo superior al que impone el acto que lo ordena. D. La ejecución de actos absolutamente nulos, de conformidad con el ordinal 146.3 LGAP. Siendo que la nulidad absoluta supone un efecto retroactivo al amparo del canon 171 LGAP, 39.2. y 131 CPCA, los efectos materiales de ejecución de ese acto se consideran jurídicamente insostenibles, por lo que encajan dentro de la categoría de vía de hecho. E. Ausencia de los criterios justificantes para la utilización de la coacción directa como mecanismo de tutela de orden público, competencias públicas, servicios públicos y bienes dominicales, o bien, para el uso de la coacción anómala, es decir, por la inexistencia de los criterios de urgencia y necesidad que permiten este ejercicio excepcional (ver art. 226 y 229 LGAP). Para un análisis a fondo de la evolución histórica de las vías de hecho, Ortiz Ortiz, Eduardo, *La Vía de Hecho y la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Op. Cit.

del acto administrativo. Esta tendencia puede evidenciarse en la antigua Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en cuyo numeral primero se establecía que el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa era el análisis de validez de los actos de la Administración Pública.<sup>44</sup> Esta norma engarzaba con el texto del precepto 22 *ibidem* que fijaba dentro de las pretensiones de posible planteamiento en el proceso contencioso-administrativo, la pretensión anulatoria respecto de los actos preleables o de susceptible cuestionamiento en esa sede. La tendencia acto-céntrica se pone en evidencia además con una regulación de medidas cautelares que se limitaba a señalar la suspensión de efectos del acto administrativo (artículo 91 *ibid.*), como única medida típica o positiva posible frente al acto.<sup>46</sup>

Desde ese plano, el diseño procesal que tenía la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa era congruente con una visión dentro de la cual, la finalidad del proceso era la revisión de legalidad del acto administrativo. Empero,

---

44 El inciso primero de este numeral 1 de la citada Ley establecía: “1. *Por la presente ley se regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo.*”

45 De esta realidad da cuenta Ortiz Ortiz, Eduardo, en *Justicia Administrativa Costarricense*, Op. Cit. pp. 33 y ss, en cuanto critica que, pese a que la Constitución Política habla de función administrativa, el numeral 1.1. de la citada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se limita a utilizar el término actos y disposiciones de la Administración Pública, resaltando la restricción que hace la ley de ese objeto de control.

46 Pese que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contaba como única regulación positiva en medidas cautelares típicas el citado precepto 91, por la cláusula general de remisión a la normativa procesal civil que fijada el canon 103 *eiusdem*, conforme al artículo 242 del Código Procesal Civil, el juzgador contencioso administrativo podía adoptar las medidas precautorias que considerara adecuadas para mantener vigente el objeto del proceso y la eventual ejecución de una posible sentencia estimatoria. Por ello, desde el plano de la habilitación jurídica, no existía impedimento para adoptar medidas cautelares diversas a la simple suspensión del acto administrativo.

como se ha puesto en evidencia, la Carta Magna no condiciona la competencia del proceso contencioso administrativo a la existencia de un acto formal de la Administración, sino que al utilizar la denominación “función administrativa”, evoca a cualquier forma de manifestación de voluntad pública, regulada por el derecho público, generando con ello una garantía propia de un verdadero derecho subjetivo de los justiciables de contar con una instancia jurisdiccional ante la cual, puede someterse a debate el análisis de validez de esas formas de manifestación, cualesquiera que estas sean.

La superación del control anulatorio sobre actos administrativos y demás disposiciones formales de la Administración Pública engarza a plenitud con el marco constitucional aludido y posibilita un control plenario de las diversas acciones y omisiones del ejercicio del poder público, con las excepciones a que hace referencia la misma ley aplicable. En concreto, cabe recordar que la Administración no se limita a emitir acciones formales. Como se ha puesto en evidencia, su vocación prestacional le exige desplegar una serie de acciones materiales para la ejecución de sus decisiones o en general, para el ejercicio de sus potestades y competencias, como es el caso de la prestación de servicios públicos. Con todo, parte de ese cotejo de validez incluye las omisiones administrativas, punto dentro del cual ingresa el tema del silencio negativo o la omisión prestacional. Ello hace que la pretensión anulatoria se vea complementada en la nueva regulación procesal contencioso administrativa con las pretensiones de condena de hacer o no hacer, ya no solo supresoras del acto, sino que ostentan un contenido prestacional. Sobre este tema se volverá luego.<sup>47</sup>

---

47 Como ejemplo de ello puede verse el numeral 42 del CPCA que señala algunas de las pretensiones de posible formulación en la dinámica de la jurisdicción contencioso administrativa. Indica esa normativa: “1) *El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso.* 2) *Entre otras pretensiones, podrá solicitar:* a) *La declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas.* b) *La anulación total o parcial de la conducta administrativa.* c) *La modificación o, en su caso, la adaptación de la conducta*

Por otro lado, cabe destacar, el control de validez a que alude el canon 49 párrafo primero constitucional, se refiere a cualquier Administración Pública, de suerte que la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa en este campo, incluye tanto al Estado como a cualquier ente público, sea de base territorial, corporativa, funcional. Así lo expresa en ordinal 1.3 del CPCA. Empero, esas acciones serán revisables en la medida en que incidan en la esfera jurídica de las personas. Debe advertirse en este punto, la jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica incluye los procesos denominados Civiles de Hacienda, sea, aquellos en que el proceder del ente público se encuentra regulado por el derecho privado, o bien, se refiere a pretensiones económicas o de contenido patrimonial frente a una Administración.

Con independencia de la apertura para conocer de este tipo de pretensiones, como derivación y extensión del ordinal 49 constitucional, todo comportamiento de una Administración Pública, con independencia de su forma de organización y marco

---

*administrativa. d) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello. e) La declaración de la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo. f) La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa. g) Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico. h) La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d) de este artículo. i) Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona. j) La condena al pago de daños y perjuicios.”* La norma pone en evidencia un importante abanico de pretensiones que se pueden formular en esta sede, que no se limita a la mera pretensión anulatoria, Integra, como se ha señalado, la posibilidad de disponer condenas de hacer o no hacer, así como la prestación de actividades, fijando incluso los límites dentro de los cuales debe emprenderse ese comportamiento. Para los efectos puede verse el ordinal 122 de esa misma codificación en cuanto a las condenas posibles por parte del juzgador contencioso administrativo.

de acción, resulta ventilable en la jurisdicción contencioso administrativa, aun cuando no se encuentre expresamente regulada por el derecho público, como sería el caso de las empresas públicas o entes descentralizados cuyo giro de acción estriba en actividades que no encajan dentro del concepto de función administrativa o servicio público, como es el caso del funcionamiento de los bancos comerciales del Estado, Correos de Costa Rica, Instituto Nacional de Seguros, RACSA, Instituto Costarricense de Electricidad en materia de telefonía móvil, entre otros ejemplos. El artículo 1 inciso 1, numeral c) del CPCA establece, por ende, un fuero de atracción de corte subjetivo a partir del cual, toda relación jurídica en la que se encuentre involucrado un ente público, por esa sola condición, salvo asignación de competencia especial a otra jurisdicción –aspecto que a la luz del voto 9928-2010 de la Sala Constitucional, atentaría contra el ordinal 49 de la Carta Magna-, ha de ser conocida en el proceso contencioso administrativo.

### **3.2. La tutela subjetiva frente a la función administrativa.**

Con todo, si bien la función administrativa puede ser revisada en aquella jurisdicción, como consecuencia del control que fija el numeral 49 párrafo inicial de la Carta Magna, lo cierto del caso es que tal control guarda su lógica en la incidencia que esas acciones u omisiones generen, o puedan generar en la esfera de derechos subjetivos o intereses legítimos de las personas, y como aspecto aún más genérico, cuando esa función genere algún efecto (actual o potencial), en la esfera jurídica de un sujeto o grupo de sujetos. Esta visión dimana de la comprensión misma del ordinal 49 constitucional objeto de referencia. En efecto, en el párrafo primero –examinado hasta ahora-, se incluye la referencia al control de validez de las conductas públicas (dimensión objetiva del control judicial plenario). Sin embargo, el párrafo tercero de tal precepto señala que esta jurisdicción tutelaré “al menos”, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.

En este sentido, la armonía de ambas referencias lleva a entender que el cuestionamiento de la conducta pública por parte de una persona, se condiciona a



la lesión de los derechos subjetivos o intereses legítimos que aquella produzca o pueda generar. Como bien lo expone el profesor González Camacho<sup>48</sup>, dado que la norma constitucional refiere a la tutela de esos derechos e intereses, es indispensable que se produzca una lesión o amenaza a esas situaciones jurídicas, por cuanto la necesidad de reacción frente a las conductas públicas no sería necesaria sino existe la necesidad de auxilio propia de una situación de lesión o riesgo. De modo que, si en el ejercicio de sus potestades la Administración contraviene el principio de legalidad, de sometimiento del Estado al derecho, de proscripción de la arbitrariedad en ese ejercicio, y con ello lesionare o potencialmente pueda llegar a lesionar los derechos e intereses legítimos, sean estos de carácter individual o colectivo, surge la posibilidad de requerir la tutela judicial de estas situaciones.

Esto resulta relevante porque precisamente esas situaciones deben ser conocidas y consideradas a priori por la Administración al momento de ejercitar sus competencias. Ergo, los derechos y los intereses legítimos (individuales o supra individuales), constituyen un límite del ejercicio del poder administrativo. Si la Administración debe someter su funcionamiento al derecho y esta tutela los derechos e intereses de las personas, es claro entonces que, en el ejercicio concreto de sus potestades, la Administración debe considerar y ponderar la eventual afectación que se produce con sus acciones en el marco de esas situaciones jurídicas. El no hacerlo, con lesión a la máxima de legalidad e interdicción de arbitrariedad de la potestad pública, lleva a emerger el derecho de reacción del destinatario del acto, que le faculta para ejercitar las sendas reclamatorias contra esa conducta u omisión que le afecta de manera particular (o general en el caso de los intereses colectivos), tanto a nivel de la revisión

---

<sup>48</sup> Del autor, *Justicia Administrativa*, Tomo I, Op. Cit., pp. 135. Si bien el autor plantea su análisis en el contexto del artículo 24.1 de la Constitución Española, los comentarios resultan pertinentes al caso nacional por la similitud de tratamiento en cuanto al control objetivo sobre la función administrativa y la tutela subjetiva que esa norma presenta, con un parecido a lo establecido en el canon 49 constitucional costarricense.

administrativa, concretada a través de los recursos ordinarios verticales u horizontales (revocatoria, reposición o apelación según sea el caso), o bien, mediante el requerimiento de tutela jurisdiccional que le viene garantizado por el ordinal 49 de la Carta Magna.

Si la jurisdicción contencioso-administrativa es la encargada de tutelar las situaciones jurídicas que se vean afectadas por el funcionamiento administrativo, la lesión de aquellas constituye un parámetro de control y de análisis de validez de esas conductas, de suerte que la lesión o amenaza a la esfera de derechos o intereses legítimos, sin base jurídica legitimante, llevará a la supresión de esa conducta por cuestiones de patología invalidante. Debe precisarse, la función administrativa anulable por incidir de manera negativa en esas esferas destinatarias, es solo aquella que, confrontada con el ordenamiento jurídico, pueda considerarse ilegítima, pues no todo acto denegatorio o desfavorable que implique una lesión o amenaza a situaciones jurídicas es per se nulo o inválido. Lo será en la medida en que lesione la legalidad a la que está sujeto. Más simple, cuando la función pública irrumpa de manera legítima en esas esferas subjetivas, esto es, cuando lo haga en estricto apego a las normas que regulan ese ejercicio concreto, puede existir lesión o amenaza, más ello no llevará a la tutela de las esferas afectadas, pues ese efecto resulta ser la consecuencia lógica y natural que dimana del contenido de esas manifestaciones de voluntad pública. Luego, el restablecimiento de las situaciones jurídicas afectadas solo es pertinente y procedente, cuando esas incursiones de proyección negativa (efectivas o potenciales) no sean congruentes con la legalidad. Aun en estos casos, es necesario analizar si esas conductas lícitas o funcionamiento anormal, son base fértil de acciones indemnizatorias por virtud del denominado sistema de responsabilidad administrativa sin falta, sustentada en la teoría del sacrificio

singular o especial del administrado, tema que en este aparte no merece ser abordado con la profundidad debida.<sup>49</sup>

Como lo ha señalado con gran claridad el maestro González Camacho: *“Pero importa aclarar, que la afectación eventual del derecho o interés, no han de provenir siempre de una conducta antijurídica, pues bien puede haber lesión aún dentro del marco de legalidad, y no por ello, quedaría exenta la Administración de la acción reparadora, ni el lesionado en sus derechos o intereses, inhibido para acudir ante el Juez en procura de la tutela efectiva. Lesión no equivale siempre a antijuridicidad, motivo por el cual, esta última no forma parte inescindible de la tutela judicial.”*<sup>50</sup>

Desde esta arista de análisis, la jurisdicción contencioso administrativa parte de una base preeminentemente subjetiva, pues si bien es cierto se establece el control objetivo, la garantía de análisis de validez se realiza para tutelar los derechos e intereses de los destinatarios de la administración pública (función), resulta necesaria cuando se genere una incidencia en aquella esfera destinataria. En efecto, al establecer el párrafo tercero del canon 49 de la Carta Magna la tutela subjetiva referida, permite la incorporación del concepto de la situación jurídica, por contraposición a los actos administrativos, y permite el análisis de relaciones en las que intervenga un ente u órgano público, sea que sus acciones se encuentren reguladas por el derecho público o el privado. De ese modo, el objeto de un juicio

---

49 En este sentido, cabe recordar que los numerales 194 y 195 de la LGAP posibilitan el reclamo reparador por la conducta lícita o funcionamiento normal, siempre que concurren los siguientes supuestos: a. La causa de daño es un criterio de imputación en el que no exista antijuridicidad en el accionar público, de ahí la denominación responsabilidad sin falta o por sacrificio especial; b. la lesión debe haberse producido en una pequeña proporción de afectados (criterio cuantitativo), o bien, con una intensidad excepcional para su destinatario (criterio cualitativo). Esto último es el sacrificio espacial o anormal –por su orden-; c. Este sistema no tutela intereses ilegítimos, aun cuando concurren los requisitos previos; y d. la indemnización solo incluye reparabilidad de daños, más no de perjuicios, lo que a nuestro juicio no incluye la posibilidad de conferir intereses legales o indexación en el caso de las lesiones de contenido económico o dinerario. En este sentido puede verse el ordinal 706 del Código Civil.

50 González Camacho, Oscar, La Justicia Administrativa, Tomo I, Op. Cit. pp. 136.

contencioso administrativo no será ya solamente la pretensión de nulidad, sino otras complementarias como aquellas que pretenden la declaración de una relación de crédito con una Administración Pública, v.gr., derivada de contratos, o incluso, de la responsabilidad por el ejercicio legítimo de la función administrativa. Para el profesor Ortiz Ortiz, esto se traduce en la creación de la jurisdicción contenciosa de los derechos e intereses legítimos, para cuya tutela, no es necesaria en todos los casos la formulación de la pretensión anulatoria, ya que se refiere fundamentalmente al ejercicio y satisfacción de derechos e intereses cuyo relato es una obligación a cargo de la Administración y no una potestad discrecional de aquella.<sup>51</sup>

El contenido del ordinal 49.3 de la Constitución Política genera por ende un ensanchamiento relevante en cuanto a la tutela de los derechos e intereses legítimos de cualquier persona, que constituyen un límite al accionar público, pues en la medida en que sean lesionados de manera ilegítima y contraria a legalidad, la función administrativa podrá ser declarada inválida. Ahora, ese marco de protección comprende todo tipo de derecho e interés legítimo, sea de carácter individual o colectivo, y no puede entenderse limitado a los derechos fundamentales, pues incluye además los derechos o intereses que dimanen de la ley o normas infra legales. Incluye, asimismo, las situaciones favorables que dimanen de actos administrativos específicos, las que abundarían y acrecentarían

---

51 El autor Ortiz Ortiz Eduardo, en su obra, *Justicia Administrativa Costarricense*, Op. Cit., pp. 37-44. Para el autor, la norma 49.3 constitucional revela la índole claramente subjetiva de esa jurisdicción contencioso administrativa, punto sobre el que concluye que el objeto de esta no es solamente la validez de los actos y disposiciones afirmativas de la Administración, ni tampoco la legalidad de la función administrativa, sino entre otros, la denegación expresa de actos y actividades administrativas, la inercia y el silencio indebidos de la Administración, prestación de servicios públicos, realización de actividades materiales sin base en actos previos (vías de hecho), realización de actividades con desviación de los actos previos de base, relaciones jurídico-obligacionales de la Administración de todo tipo, así como las relaciones jurídico-administrativas típicas, de estructura exclusiva por obra de la participación de la Administración como titular de potestades discrecionales.

la esfera jurídica tutelable. Incluso, ante la emisión de un acto favorable, se crea a favor del destinatario una situación que exige, que en los casos en que la Administración estima nulo ese acto, debe acudir a las formas de supresión que impone el ordenamiento jurídico. Será este un tema que se tratará adelante, pero por el momento, de manera muy superficial, se puede señalar que, en esas hipótesis de acto favorable, como derivación del ordinal 34 de la Carta Magna y el principio de inderogabilidad de los actos propios, la Administración que busca suprimir esa conducta que crea derechos, debe acudir a la lesividad, la revocación o la declaratoria oficiosa de nulidad evidente y manifiesta. Son todos supuestos de procedimientos particulares que serán analizados infra.

Desde ese plano, cualquier restricción que pueda incluirse al derecho subjetivo o interés legítimo, atentaría contra la misma Constitución, norma suprema que no añade condicionamiento alguno al interés legítimo, como presupuesto de base de tutela. No requiere que sea personalísimo, basta entonces que el interés sea legítimo, ya que este es más amplio que el interés directo. Más adelante se abordará la implicación conceptual del derecho subjetivo y el interés legítimo. Por el momento es necesario resaltar que la Constitución enfatiza la situación jurídica como marco de tutela frente al poder público. De esa manera, acorde al numeral 49.3 tantas veces citado y el artículo 1.1. del CPCA, el objeto de tutela del derecho administrativo será la situación jurídica vulnerada por una acción u omisión pública, formal o material (en general, por una función administrativa –o disfunción-), con independencia que estas situaciones sean titularidad de un sujeto particular, de colectivos con o sin esquema de organización formal, bastando la simple concurrencia de un interés legítimo (no necesariamente directo, propio, personal y actual). Se tutela todo derecho o interés, fundamental, legal, infra legal, derivado de un acto administrativo, sin que la incorporación de calificativos (con pretensiones restrictivas de control), puedan enervar la amplitud del concepto para efectos de analizar la validez de la conducta administrativa.

#### 4. La situación jurídica tutelable y las relaciones jurídico-administrativas.

La situación jurídica ha resultado ser comprendida como una suerte de concepto abierto, por demás indeterminado. Cabe por ende su precisión conceptual. El derecho es un orden de normas que contiene una hipótesis, en tanto regulan la conducta en caso de que la persona se coloque en una determinada situación de hecho, es decir, contiene un hecho condicionante al cual asignan, de concretarse, un efecto condicionado. De este modo, cuando el presupuesto de hecho se realiza, la norma se aplica, atribuyendo a la persona las posiciones que la ley considera debidas de su parte frente a su conducta o la de terceros.

Dentro de esta percepción entonces, en su visión subjetiva, se entiende por **situación jurídica** a las posiciones en que se coloca a la persona por su relación con la norma, en virtud de la cual, sea por vínculos subjetivos u objetivos, el Derecho le habilita, reconoce o impide hacer o no hacer algo frente a los demás.<sup>52</sup> Así, todos los sujetos o personas, al desplegar su propia personalidad dentro de los límites de la capacidad jurídica que le reconoce el Ordenamiento Jurídico, puede ser titular de una serie de situaciones jurídicas, que le confieren poderes, deberes o bien ventajas<sup>53</sup>. Estas situaciones jurídicas suelen agruparse en:

a- Situaciones de poder (activas), en la que se comprenden las libertades, potestades, derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona.

b- Situaciones de deber (pasivas), que incluyen las sujeciones, obligaciones, cargas y los deberes públicos.

c.- Mixtas o complejas, que se refieren a los denominados poderes-deberes o poderes funcionales. Algunos autores sitúan dentro de esta categoría al “status”,

---

<sup>52</sup> Ortiz Ortiz, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Op. Cit. Pp. 181 y ss).

<sup>53</sup> En este sentido, Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Civitas. 2000. Pp. 17 y ss.

sea, el conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas que poseen determinado grupo de personas.<sup>54</sup>

d.- Las denominadas situaciones de ventaja, es decir, expectativas sobre situaciones jurídicas concretas y efectivas que no se poseen pero que el sujeto considera le pertenecen.<sup>55</sup>

En suma, la situación jurídica es el conjunto de posiciones de poder, deber o ventaja, que el Ordenamiento Jurídico concede a la persona, en razón de determinados vínculos objetivos o subjetivos respecto de circunstancias determinadas en tiempo y espacio, que le permite o imposibilita realizar o exigir algo frente a los demás, pero a la vez, le impone marcos de acción positivos o negativos respecto de terceros.

La evocación a la situación jurídica en consecuencia, a la luz del contenido recién expuesto, permite negar cualquier ejercicio de restricción que permita limitarla a la tutela o restablecimiento de derechos e intereses ya existentes. La titularidad de la

---

<sup>54</sup> Jinesta Lobo, Ernesto, Tratado de Derecho administrativo, Tomo I. Op. Cit. pp. 139-140.

<sup>55</sup> Esta categoría será abordada más adelante pues ha sido objeto de consideración en recientes fallos jurisdiccionales en los que se ha aceptado la reparabilidad de las expectativas truncadas, bajo la aplicación de la teoría de la chance o pérdida de oportunidad. Este desarrollo puede verse en el fallo 478-2012 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, o bien en las resoluciones 99-2012-VI de la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo y más recientemente en el precedente 66-2013-VI de esa misma Sección. Igual tutela puede verse en el denominado derecho de prelación que regula el artículo 44 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, No. 6043, que en lo medular señala: “*Las concesiones se otorgarán atendiendo al principio de que el primero en tiempo es primero en derecho. (...)*” Esta norma no genera un derecho subjetivo a obtener la concesión, sino un interés legítimo propio de una expectativa. Pues bien, si las acciones u omisiones públicas llevan como efecto al desplazamiento de un gestionante que se encuentra en una situación de prelación respecto de otro, este último a quien se favorece de manera arbitraria, surge a favor del primero un derecho de reacción que ha de ser tutelado en consideración de tal situación de ventaja.

situación jurídica posibilita el resguardo del desarrollo del interés ya existente, pero además de las expectativas de derecho o situaciones de ventaja que el ordenamiento confiere a un sujeto, como sería el requerimiento de concreción de una determinada conducta de base prestacional que el derecho impone a la Administración a favor de una persona.<sup>56</sup>

Ahora bien, las situaciones jurídicas de las personas son marco fundamental de tutela del sistema de justicia y del derecho en general. En efecto, el derecho pretende regular las consecuencias de las diversas relaciones que se confieren a un sujeto dadas sus particulares condiciones. Por ejemplo, la relación de dominio o propiedad, viene tutelada por el ordinal 45 de la Carta Magna como derecho “inviolable”, solo suprimible por la vía de la potestad expropiatoria, previa indemnización plenaria (salvos casos de urgencia y necesidad en los que la indemnización puede ser posterior) y acreditación de interés público legalmente demostrado. Pero el contenido de este derecho se desarrolla en el numeral 264 del Código Civil, que fija las manifestaciones que integran ese dominio, dentro de estas los derechos (sub-derechos) de posesión, usufructo, transformación y enajenación, defensa y exclusión, restitución e indemnización. En el caso de la transformación, es claro que incluye el derecho de edificar dentro de un bien inmueble, como manifestación de una situación jurídica, en ese caso, de poder o facultad. Empero, pese a que esa construcción es una facultad que puede ejercer el titular como derivación del régimen propio del derecho de propiedad (contenido positivo se insiste), su concreción se encuentra condicionado a la acreditación de una serie de exigencias que imponen un conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de edificabilidad.

Previo al levantamiento de la construcción, puede ser el caso de una casa de habitación, es menester al propietario obtener una serie de habilitaciones administrativas tales como certificado de uso de suelo, permiso de construcción,

---

<sup>56</sup> Sobre este marco de protección en la sede contenciosa, puede verse la propuesta de González Camacho, Oscar, *La Justicia Administrativa*, Tomo I, Op. Cit. pp.142-145.



visado de planos constructivos, entre otras exigencias. A su vez, en la construcción ha de respetar zonas de retiro y colindancia, dar el mantenimiento al inmueble para efectos de salud y seguridad pública, así como la construcción y mantenimiento de las aceras de la zona de frente a su propiedad lineal. Por su parte, si se encuentra en alguno de los supuestos de las limitaciones urbanísticas típicas, como es el caso de la zona de retiro para protección de bienes forestales que impone el numeral 33 de la Ley Forestal No. 7575 del 13 de febrero de 1996.<sup>57</sup> Por otro lado, el régimen de uso de ese bien debe ser congruente con el que fije el plan regulador en que se ubique el terreno y si la actividad es comercial, su ejercicio debe satisfacer las exigencias de funcionamiento que impongan otras autoridades como el Ministerio de Salud para efectos del permiso sanitario de funcionamiento, el Ministerio de Hacienda, en cuanto a las cargas tributarias del impuesto general sobre las ventas y el impuesto sobre la renta, entre otro conjunto de situaciones necesarias para la marcha de una actividad comercial.

De igual modo, por la tenencia de un régimen de propiedad inmobiliaria, el titular del dominio debe cancelar un impuesto sobre bienes inmuebles a la Administración Tributaria Municipal, acorde al valor fiscal consignado para el bien, actualizable cada cinco años. Así lo dispone el ordinal 1, 2, 6 inciso a) y 14 de la Ley del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, No. 7509 del 09 de mayo de 1995. A su vez, debe cancelar las tasas municipales por recolección de basura, alumbrado público, servicio de alcantarillado, entre otros servicios municipales. En este supuesto, se observa como el derecho regula no solo el contenido positivo de una situación jurídica que se concreta en el derecho de dominio sobre un bien inmueble, sino el conjunto de cargas, sujeciones, deberes y obligaciones que pesan sobre el titular de la situación jurídica, dentro de la dimensión negativa de esta. Con todo, cuando

---

<sup>57</sup> El inciso b del citado artículo 33 de la Ley No. 7575 establece una zona de protección de 15 metros en zona rural y de diez metros en zonas urbanas, medidas horizontalmente a ambos lados, en las riberas de los ríos, quebradas o arroyos, si el terreno es plano, y de cincuenta metros horizontales, si el terreno es quebrado.

esa situación jurídica se ve afectada por acciones u omisiones públicas, sea por la variación del contenido positivo, o por la imposición de relaciones de contenido negativo, la persona ostenta un derecho que le permite reaccionar frente a ese ejercicio concreto de las potestades administrativas para buscar la tutela de dicha situación regulada por el derecho, sea para su conservación, declaración, modificación o restablecimiento.

En este punto, para efectos del derecho administrativo, las situaciones jurídicas (o parte de ellas) serán relevantes, y por ende objeto de resguardo dentro de la dinámica de la justicia administrativa, sea en sede administrativa interna o en sede contencioso administrativa, en la medida en que tal situación se haya visto incidida por acciones u omisiones atribuibles a una Administración Pública y que sean reguladas, esas vinculaciones concretas, por el derecho público. Lo anterior ya que, en muchas ocasiones, las lesiones o invasiones a las situaciones jurídicas de las personas se producen en el ámbito de un derecho privado o relaciones ajenas al ejercicio del poder público, como sería el caso de una invasión de fundo ajeno, o generación de daños por parte de un particular al patrimonio de otro particular, un incumplimiento de contrato suscrito entre personas privadas. En esos casos, si bien el ordenamiento jurídico otorga al interesado afectado sendas vías recursivas para la tutela de sus derechos o intereses, e incluso para la interpretación y establecimiento de los alcances de sus obligaciones frente a otro, son aspectos propios del derecho privado y por ende solucionables en procesos civiles, de familia, laborales, por vías interdictales, entre múltiples variaciones. De suerte que las situaciones jurídicas o sus componentes que son resorte del derecho público son las que se producen dentro de marcos de vinculaciones reguladas por esa rama del derecho.

Así, al igual que la tutela objetiva de la función administrativa solo es factible cuando lesione o afecte situaciones de terceros, de manera actual o potencial, cuando el artículo 49.3 de la Constitución Política postula el resguardo mínimo de los derechos subjetivos o intereses legítimos de las personas, referentes que forman parte del concepto de situación jurídica, la garantía de esos aspectos por el

medio de la justicia administrativa se produce cuando tales afectaciones se produzcan o deriven, aún de modo potencial, por el proceder de una Administración Pública o ente público, o bien cuando las relaciones jurídicas en virtud de las cuales se ha producido esa incidencia, se encuentre regulada por el derecho público.

Esa particularidad puede observarse en el numeral 1.1 del CPCA en cuanto indica: *“1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa.”*

Similar referencia se observa en el numeral 42 inciso d) del CPCA en cuanto fija como una de las pretensiones dirimibles en la sede contencioso administrativa: *“d) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello.”* Esta norma engarza a plenitud con lo establecido en el ordinal 122 inciso d) de esa misma codificación, que establece como una de las eventuales declaraciones en sentencia dicho reconocimiento, restablecimiento o declaración, así como de la adopción de las acciones necesarias para garantizar tal aspecto.

#### **4.1 La relación jurídico administrativa.**

La norma 1.1 del CPCA pone en evidencia el término de relación jurídico-administrativa. En el marco de las relaciones que se producen entre la Administración Pública y los administrados, es evidente que la exigibilidad de una conducta determinada a otro sujeto, solo es viable cuando se presenta entre ambos sujetos una relación jurídica. En esta línea, uno de los sujetos debe ser una Administración Pública, sea que esta pretenda imponer determinadas situaciones a un tercero, o bien, que el tercero le exija a una Administración una determinada conducta. Punto relevante que será abordado en el aspecto propio del alcance conceptual del derecho subjetivo, es que esa oponibilidad que surge en la relación

entre ambas partes, en modo alguno ha de limitarse a un contenido positivo de la contraprestación, pues en muchas ocasiones, la exigibilidad pretendida es de abstención o de contenido negativo.

De ese modo, el contenido de un derecho no exige en todos los casos que el destinatario de la oponibilidad, sea, la contraparte de la relación jurídica, satisfaga una obligación de hacer o de dar, pues bien puede darse el caso, frecuente por demás, que la obligación cuya tutela se requiere, sea de no hacer. Ahora, siendo que lo relevante para los efectos del CPCA y de la justicia administrativa, así como del tema que nos ocupa, es el contenido de las relaciones entre la Administración Pública y los administrados, se hace necesario y preciso, de cara al abordaje de los temas que adelante se tratarán, adentrarse, aun cuando de manera superficial, en el concepto de la relación jurídico-administrativa.

Tal y como lo expone Ortiz Ortiz, quien para los efectos cita a García Máynez<sup>58</sup>, la bilateralidad de las relaciones es un dato esencial del derecho. Ello lleva a que la bilateralidad de la norma jurídica exija la remisión de contenido a una regulación de la conducta humana por dos juicios que guardan mutua interdependencia. El primero, que faculta a un sujeto a realizar determinada conducta y el otro, que prescribe u obliga a otra persona a realizar algo (o no hacerlo) como derivación de aquel primer juicio atributivo. Ante ello, cuando una norma formula un poder, de manera correlativa existe un deber conexo, o bien, cuando se impone un deber, se presupone la existencia de un poder.

En términos lógicos, la sujeción solo existe frente a la titularidad o conferimiento de una potestad. Todo derecho lleva de manera refleja a una eventual obligación. Verbigracia, el derecho de reajuste de precios en un contrato administrativo, presupone la existencia de un contrato administrativo en cuya ejecución se ha generado una distorsión de la estructura de costos, de modo que, para mantener el equilibrio económico del contrato, sea imperativo determinar tal ajuste. De ese

---

<sup>58</sup> García Maynez, Eduardo, *Lógica del Juicio Jurídico*, pp. 37 y 47, citado por Ortiz Ortiz, Eduardo, en *Tesis de Derecho Administrativo*, Tomo II, Op. Cit, pp184 y ss.

modo, el derecho de equilibrio económico del contrato<sup>59</sup> supone como anverso de la mencionada bilateralidad, el deber u obligación de la Administración licitante, de realizar los cálculos de costos y financieros, así como de rentabilidad pactada, para disponer o rechazar el ajuste propuesto por el contratista. Ergo, la existencia de las relaciones jurídicas supone la regulación previa por el derecho de conductas o presupuestos de hecho que, en caso de configurarse, confieren a un sujeto un derecho de acción, y de manera correlativa, el surgimiento de obligaciones hacia otros sujetos determinados, como conducta necesaria para el pleno disfrute de ese derecho regulado. En palabras de García Máynez: *“La fórmula completa de la regulación bilateral es la siguiente: dado el hecho jurídico, el pretensor tiene el derecho de observar cierta conducta, y correlativamente, el obligado debe asumir la que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de facultades del pretensor.”*<sup>60</sup>

Desde esa óptica de análisis, compartimos con el profesor Ortiz Ortiz en cuanto sostiene que la regulación efectiva de la conducta humana se da siempre bajo la forma de las relaciones jurídicas entre sujetos, por virtud de las cuales, cuando alguien tiene un derecho, siempre el ordenamiento jurídico crea un deber de otra persona, cuya función es hacer posible que el titular del derecho (o situación positiva) pueda obtener una satisfacción de sus pretensiones.<sup>61</sup> Ergo, para la configuración de las situaciones jurídicas resulta necesario entonces la relación de bilateralidad entre la situación positiva y la negativa, pues la titularidad de una situación de poder sin sujeto obligado frente a este, o bien, la existencia de un deber

---

<sup>59</sup> Regulado en el artículo 18 de la Ley de la Contratación Administrativa, No, 7494. El desarrollo del contenido de este derecho puede verse en el fallo 6432-1996 así como en el 998-98, ambos de la Sala Constitucional de Costa Rica

<sup>60</sup> Del autor, Op. Cit. pp. 178. Para el autor, la relación jurídica constituye el vínculo que la disposición atributiva del derecho establece entre la persona a quien se permite una conducta y los obligados a observar las que hacen posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del dueño del derecho.

<sup>61</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Op. Cit., pp. 185.

sin la correlatividad de un derecho o situación de poder que pueda ejercitarse como razón de satisfacción de esa obligación, no tendría lógica jurídica de existencia.

Atendiendo a esa condición, Ortiz Ortiz conceptualiza la relación jurídica como el vínculo entre dos sujetos, establecido por una norma jurídica, que permite realizar una conducta y simultáneamente prohíbe a otra toda conducta que pueda impedir la primera.<sup>62</sup> En términos más simples se ha señalado que la situación jurídica es no es más que el vínculo entre dos o más sujetos, en el que uno es titular de una obligación y el otro de un derecho correspondiente.<sup>63</sup>

Como contraste a esta postura, Santi Romano presentó el concepto de relación jurídica, en la que solo ingresan los deberes que tengan como correlato un derecho subjetivo. Para este autor<sup>64</sup>, puede haber deberes que poseen un deber correlativo encargado de asegurar su cumplimiento, pero que no constituyen derechos subjetivos en sentido estricto, por lo que no son capaces de conformar una verdadera relación jurídica, reservada a aquel poder catalogable como derecho subjetivo, y a aquel deber que sea capaz de elevarse al grado de obligación. Sin embargo, de manera breve debemos reiterar lo señalado en cuanto a la apertura de las relaciones jurídicas como concepto inclusivo no solo de los derechos subjetivos, sino de los intereses legítimos. Forman parte del concepto por ende, toda situación jurídica de poder, deber o ventaja, pues aún en los extremos en que no se tenga un derecho subjetivo, sino una expectativa, esta posibilita, según se ha expuesto, una tutela jurídica que resulta oponible a una Administración Pública.<sup>65</sup>

---

62 *Ibíd.* Pp 186.

63 Esta visión es sostenida por Castán Tobeñas, José en *Situaciones Jurídicas Subjetivas*. Instituto Editorial Reus. España, Primera Edición, 1963, citado por González Camacho, *La Justicia Administrativa*, Tomo II, *Op. cit.*, pp 186.

64 Citado por González Camacho, *Ibíd.*

65 Resulta interesante el concepto que del término RELACIÓN JURIDICA postula Cabanellas Guillermo en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VII, Editorial Heliasta, 20ª. Edición, 1981, en cuanto señala que la relación jurídica es todo vínculo de derecho entre

Para ello puede verse el numeral 1.1 del CPCA, norma que bajo el entendido que la jurisdicción contencioso administrativa debe tutelar al menos derechos subjetivos e intereses legítimos, incorpora como marco subjetivo de tutela, la situación jurídica, concepto que incluye aquellos conceptos, como antesala de la competencia para resolver los diversos aspectos de la relación jurídico administrativa. Entonces, la limitación de comprensión de la citada tutela al binomio relacional derecho subjetivo-deber, atentaría contra la amplitud de cobertura del canon 49.3 constitucional.

Lo que resulta pacífico es que las relaciones jurídicas son aquellas que, al ser relevantes para el derecho como modelador y regulador de conductas, se encuentran previstas, reguladas y protegidas por una norma jurídica objetiva. Es la norma la encargada de precisar que relaciones o comportamientos configuran la relación jurídica y establecerá la dinámica de las situaciones positivas y negativas que como correlativo surgen entre varios sujetos vinculados por determinada conducta o circunstancia prevista en la misma norma. Esta regulación de presupuesto condicionante, efecto condicionado y contenido de las relaciones correlativas por parte de la norma, es fundamental para la comprensión del concepto de SITUACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA, pues ante el sometimiento del Estado al derecho, es la legalidad la que determina el nivel de prestaciones y contra prestaciones que emerge en las vinculaciones que por una u otra causa

---

dos o más personas o entre una de ellas al menos, y una cosa corporal o incorporal, con trascendencia en el ordenamiento jurídico. Disentimos con esta propuesta, en la medida en que las situaciones jurídicas correlativas son la base de la relación jurídica, y dado que solo las personas, no las cosas, son titulares de situaciones jurídicas, no concebimos relaciones jurídicas entre personas y cosas. Desde luego que existen derechos o situaciones que llevan a disponibilidad sobre las cosas o deberes propios de un sujeto que se derivan de su tenencia de un determinado derecho, como es el ya comentado caso de mantenimiento de un fundo por parte del propietario, pero ello no implica que sea el inmueble el que cuenta con un derecho que de manera correlativa deba satisfacer el titular del predio. El que otros puedan exigir del propietario pone en evidencia la bilateralidad correlativa que como dato elemental se ha puesto de manifiesto en la dinámica del concepto bajo examen.

surjan o puedan surgir entre una Administración Pública y un administrado. En cada caso, ha de establecerse la titularidad de un derecho o interés, y la forma en que el otro sujeto ha de actuar frente a esta titularidad positiva.

En efecto, siendo que las relaciones jurídicas son aquellas reguladas por el derecho en las cuales a un sujeto se confiere un derecho que hace surgir deberes u obligaciones que se imponen a otro sujeto como consecuencia que permite garantizar el ejercicio y disfrute del derecho, hay relaciones que nacen directamente de la norma jurídica con independencia de la concurrencia de un hecho que permite hacer nacer la relación. Son estas las que se han denominado relaciones abstractas, y que algunos autores han puesto en duda que se traten de relaciones jurídicas en sentido estricto.<sup>66</sup> Empero, en otros supuestos, la relación jurídica se encuentra prevista por la norma, pero su nacimiento depende de la concurrencia de un hecho condicionante que hace surgir el marco relacional, concretado el cual, se despliegan todos los efectos positivos y negativos proyectados por el ordenamiento jurídico. En este sentido, resulta usual que el surgimiento de una relación jurídica tenga como base primigenia un acto o hecho jurídico, de suerte que, configurado ese hecho o acto, el derecho atribuye al titular de la situación jurídica la potestad de ejercitar su contenido, oponible frente a un tercero, obligado frente al contenido de esa situación positiva.

Desde ese plano, parece que la relación jurídica depende de la concurrencia de cuatro supuestos: subjetivo, objetivo, normativo y el obligacional. En cuanto al subjetivo, las relaciones dichas son vinculaciones entre al menos personas (públicas o privadas, físicas o jurídicas), habiendo negado entonces relaciones posibles entre personas y cosas, aun cuando el contenido de una relación de esta tipología involucre disponibilidad sobre bienes. En cuanto al elemento objetivo,

---

<sup>66</sup> En este sentido de negación de configuración de relaciones jurídicas en sentido estricto cuando se está frente a vinculaciones universales que ligan a una persona con todos los demás seres humanos, puede verse la crítica de García Trevijano, Tratado de Derecho Administrativo, Revista de Derecho Privado, Madrid, España. 1968, pp. 500/501.



depende de un derecho o interés, en general una situación positiva que el derecho pretenda proteger o tutelar, para lo cual, impone a terceros destinatarios del ejercicio de los poderes del titular de la situación jurídica-causal, determinados comportamientos obligacionales (positivos o negativos) para hacer efectivo el derecho o interés tutelado. En el elemento normativo se impone la convergencia de una norma jurídica que fije la previsión formal que da base y contenido a esa relación entre sujetos, para cuya existencia se impone, usualmente, la afluencia de un acto o hecho jurídico a modo de dispositivo generador de esa relación tutelable. Todo lo anterior hace surgir el elemento obligacional, sea, frente a la configuración del hecho condicionante, opera el binomio clásico en las relaciones jurídicas que se concreta en el conferimiento de poderes que de manera recíproca conlleva a la imposición de relaciones de deber. Se trata de la denominada estructura recíproca de las relaciones jurídicas, tema ya señalado arriba.

Ahora bien, en el contexto de este trabajo, lo relevante son las relaciones jurídico administrativas, mismas que constituyen una tipología concreta del gran género recién abordado. Pues bien, cuando una de las partes involucradas dentro de una relación jurídica sea una Administración Pública, se trata de un órgano o un ente, o bien, cuando uno de los sujetos relacionados sea un auxiliar o delegado de la Administración en uso o ejercicio de poder público, y esa relación se encuentre reguladas por el Derecho Administrativo, ese vínculo en concreto, se trate de uno general o particular, se estará frente a una relación jurídico administrativa. De ese modo, esta modalidad no se condiciona a la concurrencia de relaciones oponibles por o hacia una Administración Pública con independencia de su potestad de ejercicio. Para que la relación sea de esta naturaleza, debe tratarse de un ente u órgano público en ejercicio de poder público, es decir, en ejercicio de potestades de imperio. Pero además incluye a las personas que desarrollen actividades públicas de manera delegada (como es el caso de los *munera publica*), en la medida en que el marco de acción de esas Administraciones o auxiliares y delegados, se encuentre precisada por el derecho administrativo. Queda fuera del concepto por ende las relaciones entre Administración-administrado, en las que esa

Administración no se encuentre impregnada de potestades de imperio, sino que actúa como un igual frente a ese particular, y que, por ende, esa relación se regula por el derecho privado. Sería el caso de los vínculos en que el ente público actúa como un agente más del comercio privado, como es el caso del contrato de seguros o las relaciones financieras de los bancos públicos del Estado, supuestos en los cuales, esos entes están en ejercicio de su capacidad de derecho privado.

Desde ese plano, se comparte la postura con el profesor González Camacho en cuanto señala que, de previo a la instauración del Estado de Derecho, era inconcebible una relación jurídico administrativa, ya que no existía una declaración de efectividad de los derechos de las personas frente al poder público, de modo que el administrado no podía constituirse en uno de los polos de este tipo de relaciones, mucho menos alegar la titularidad de situaciones de poder con las correlativas obligaciones del Estado. Tampoco, tal dimensionamiento era inviable al no poder concebirse un sometimiento de los vínculos entre la Administración y los administrados al ordenamiento jurídico.<sup>67</sup>

Se insiste, la relación jurídico administrativa por ende supone nexos entre un ente u órgano público, para ese caso en concreto empoderado de potestades de imperio, reguladas por el derecho administrativo, o el derecho público, y una persona pública o privada, física o jurídica. Desde este plano, la referencia al término “persona”, permite el reconocimiento de relaciones jurídico administrativas entre entes públicos, cuando uno de ellos ostente poderes de imperio sobre el otro. Ejemplo típico se produce respecto de las entidades públicas cuyo marco de acción se encuadra dentro de actividades en régimen de concurrencia de mercado y que se regula (ese proceder) por el derecho privado, pero que se encuentran sujetas a una

---

<sup>67</sup> El profesor González Camacho señala que “...una relación de esta naturaleza supone siempre que uno de los sujetos de la relación esté constituido por el Estado o un ente de la Administración Pública en ejercicio de funciones administrativas; en tanto la otra parte puede ser un particular, una persona física o jurídica, u otro ente público estatal o no estatal.” La Justicia Administrativa, Tomo II, Op. Cit. pp 192-193.

relación de fiscalización y control de parte de un órgano o ente público. Tal es el caso de los bancos públicos del Estado respecto de las competencias de fiscalización y control de las diversas unidades regulatorias del Banco Central de Costa Rica, como es el caso de la Superintendencia General de Entidades Financieras, Superintendencia de Valores o bien el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. Igual sucede con el Instituto Nacional de Seguros respecto de la Superintendencia General de Seguros, o bien el Instituto Costarricense de Electricidad en lo atinente al mercado de telefonía móvil, respecto de las potestades que de ese mercado ostenta la Superintendencia de Telecomunicaciones. O bien el caso del ICE en cuanto a las tarifas de electricidad que fija la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, o los actos de fijación de precios de esa misma autoridad respecto de los hidrocarburos que distribuye la Refinadora Costarricense de Petróleo.

Son todas las anteriores (para citar algunos ejemplos) manifestaciones en las que están presentes dos entes públicos, con la diferencia que uno de ellos ejerce potestades de imperio, en tanto que la otra, respecto de esa Administración empoderada, es un administrado.

Lo anterior implica el reconocimiento de situaciones jurídicas que recaen sobre esas entidades públicas dedicadas a actividades comerciales en régimen de concurrencia, lo que lleva, a que, dentro de esas relaciones jurídico administrativas, puedan surgir controversias en virtud de las cuales, tales entes puedan reaccionar frente a las conductas administrativas emitidas por aquellas instancias regulatorias y fiscalizadoras. Punto relevante es que la titularidad de las situaciones jurídicas debe recaer sobre personas, sean públicas o privadas, físicas o jurídicas. Ello lleva a negar a priori la posibilidad de existencia de relaciones jurídicas entre órganos, siendo que las situaciones jurídicas que son fundamentales para la existencia de una relación como estas, solo pueden ser referidas como titularidad de una

persona, pues los órganos no pueden ser titulares de aquellas.<sup>68</sup> Entre órganos por ende no pueden surgir relaciones jurídico administrativas, sino a lo sumo, relaciones inter-orgánicas que atienden a una dinámica diversa, cuyo abordaje, por el momento se deja de lado. Más adelante en este trabajo se abordará sobre las denominadas acciones interadministrativas, por el momento, de modo muy superficial, entendidas como aquellas causas jurisdiccionales en las cuales, las partes involucradas en conflicto son dos entes públicos.

Al amparo de lo dicho, para que exista una relación jurídico administrativa debe existir una participación activa o pasiva de una Administración Pública o auxiliar de esta, actuando en posición de supremacía. En consecuencia, en este tipo de relaciones, como se ha dicho, surge un dato fundamental, cual es, uno de los sujetos, la Administración Pública o su delegado, se encuentra regido por el principio de legalidad en su doble perspectiva (positivo y negativo). Esto implica, es el mismo ordenamiento jurídico la fuente que establece el contenido concreto de las relaciones que surgen entre la Administración y el administrado. Es ese marco de juridicidad el que establece el conjunto de poderes y potestades que son propios del ente público, pero a su vez, configura los límites de ese ejercicio, así como las implicaciones que esas conductas pueden válidamente causar en la esfera de las situaciones jurídicas de los destinatarios de esos poderes o de las conductas que se emitan en su ejercicio. Es decir, la relación jurídica nace con el ejercicio de la potestad, pero en esos casos, la validez de las acciones u omisiones públicas ha

---

<sup>68</sup> En cuanto a las relaciones jurídico administrativas en las que se encuentre presente una Administración Pública (con potestades de imperio) y una persona pública, se ente público estatal o no estatal, cabe advertir la precisión realizada por Dromi, José Roberto, en cuanto niega la existencia de este tipo de relaciones cuando se produzcan vínculos inter-orgánicos. Esta postura es respaldada por García Trevijano, quien sustenta tal negativa en la lógica composición subjetiva de esas relaciones, en las que los órganos no son titulares de situaciones jurídicas. Para este autor, hay relación jurídico pública cuando al menos uno de los miembros de la relación es una Administración Pública, actuando en condición de supremacía. Así lo cita el profesor González Camacho, Justicia Administrativa, Tomo II, Op. Cit., pp. 193.

de ponderarse con fundamento en las normas y el derecho que demarca esa función, así como los efectos a producir en las esferas destinatarias.

Empero, ha de precisarse, no en todas las ocasiones el vínculo aludido emerge por el ejercicio de potestades públicas, pues en determinadas ocasiones, es la acción u omisión del administrado el hecho generador de esta relación. Estas acciones del particular pueden llevar a relaciones de contenido prestacional de un determinado servicio público, o en lo fundamental, de la recepción de un comportamiento de contenido positivo potencial en favor del gestionante. Sin embargo, en otras ocasiones, las acciones de la persona permiten el ejercicio de potestades públicas que le imponen obligaciones particulares. De esta última hipótesis participan las relaciones jurídico-tributarias, en las que el hecho generador de un tributo la mayor de las ocasiones corresponde a una conducta que debe emitir del propio contribuyente o particular, y que una vez configurada, hace surgir el tributo y con ello, el conjunto de deberes formales y materiales de las relaciones del tipo aludido. En estos casos, esa decisión de actuar de una persona, desplegando actividades o incurriendo en omisiones, a las que el ordenamiento ha asignado un valor o incidencia tributaria, abre las puertas y legitima el ejercicio de las potestades tributarias.

La decisión de ejercitar actividades remuneradas que produzcan rentas o ingresos económicos de fuente costarricense, tiene implicaciones para la persona que opte por este tipo de operaciones. Desde esta línea, el artículo 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, No. 7092, establece como hecho generador de este tributo, la generación, por devengo o percepción, de rentas continuas o eventuales de fuentes costarricense (por la utilización de los factores de producción, sea, tierra, trabajo y capital) dentro del período fiscal, así como los incrementos patrimoniales no justificados. Ergo, esa escogencia del particular constituye un hecho de relevancia jurídica, que, si bien le procura ingresos económicos, permite el ejercicio fiscalizador de la Administración Tributaria para petitionar el cumplimiento de las obligaciones de declaración e información (deberes formales), así como el pago de las cuotas del tributo que corresponda (deber material). En ese caso, la relación

jurídica no nace por el ejercicio de una competencia administrativa que insta a un particular a actuar de determinada forma, sino que es la conducta del particular la que lleva a la génesis de esos vínculos de correspondencia.

Lo mismo ocurre con la disfunción administrativa, en la que, no existe ejercicio alguno de potestad pública, pero los deberes de prestación que derivan del principio de legalidad positiva, hacen exigible una determinada conducta, por lo que, en ese caso, la omisión es reprochable desde el plano jurídico y, por ende, el administrado acude al poder de requerir de la Administración omisa, un determinado comportamiento, sea, un deber.

Punto relevante es que una de las características que presenta la relación jurídico administrativa, es la existencia de potestades de contenido discrecional para la Administración Pública, lo que lleva a un análisis más a fondo de las implicaciones de las situaciones de poder que acude a la Administración y su correlatividad para el destinatario del ejercicio de esas potestades. Incluso en esos aspectos, los parámetros de control de ese ejercicio, son impuestos por el mismo ordenamiento jurídico.<sup>69</sup> Sobre este tema de las potestades de contenido discrecional se volverá luego al momento de analizar las formas de supresión de ese tipo de manifestaciones.

---

<sup>69</sup> En este sentido el numeral 15 de la LGAP señala: “1. La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable. 2. El Juez ejercerá contralor de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites.” Por su parte el numeral 16 ejusdem fija que la conducta pública, incluida la de contenido discrecional no puede transgredir los principios de la justicia, lógica y la conveniencia, así como las reglas unívocas de la ciencia y de la técnica.

Como corolario de esta definición sumaria de la relación jurídico administrativa, podemos citar las siguientes diferencias que el maestro González Camacho presenta respecto de la relación jurídica civil<sup>70</sup>:

- a. Se da la presencia de una Administración Pública;
- b. El ordenamiento jurídico confiere a esa Administración potestades de supremacía, como manifestación directa del principio de legalidad;
- c. Al ejercicio de esas potestades se contraponen como correlación, situaciones jurídicas activas o de poder;
- d. Algunas potestades presentan grados de discrecionalidad, por lo que la obligación correlativa a la situación jurídica de poder, y cuya titularidad se otorga a la Administración como sujeto pasivo, puede ser de difícil concreción o de imponer en términos claros, precisos y determinados;
- e. Este vínculo puede ir más allá de un mero hacer, en los casos en que se trate de un servicio público.

## **5. Tipología de las diversas situaciones jurídicas de poder.**

Habiendo fijado la definición de la situación jurídica tutelable y la relación jurídico administrativa, como aspectos relevantes para establecer límites al ejercicio del poder público, es necesario ingresar a conceptualizar de manera breve las diversas manifestaciones concretas que integran las situaciones jurídicas de poder, dentro de las cuales, se procede a analizar las categorías del derecho subjetivo, interés legítimo y las variaciones del interés legítimo colectivo o supraindividual. Con todo, cabe aclarar, el objeto del presente trabajo no estriba en abordar de manera amplia esos conceptos. Lo amplio de sus implicaciones conceptuales, evolución histórica

---

<sup>70</sup> Del autor, La Justicia Administrativa, Op. Cit., pp. 196-197.

y contenido, sería resorte de un trabajo exclusivamente dedicado a este aspecto. *Ergo*, la referencia que infra se emprende, es eminentemente conceptual, limitándose en este aparte a señalar el concepto y regulación jurídica de esas figuras en el contexto nacional, con algunas referencias –breves y superficiales- a doctrina comparada; mas ello no supone ingresar de manera profusa a dichos tópicos. La necesidad de establecer el concepto –general- de estas categorías, estriba en la incidencia que tendrá al momento de considerar la manera en que el principio de intangibilidad de actos propios, aplica en los diversos actos administrativos de contenido favorable, al momento de utilizar las diversas formas que el ordenamiento jurídico establece como vías válidas para la supresión de ese tipo de conductas favorables. Con esa aclaración, se ingresa a precisar el concepto de esos aspectos.

### **5.1. Precisión previa. El concepto de potestad administrativa.**

Como se ha señalado de manera previa, el principio de legalidad supone, dentro de su contenido, la regulación mínima de la conducta pública, que le empodera para adoptar un determinado comportamiento que genera incidencia en la esfera jurídica de los administrados, o bien, que le impone el ejercicio de acciones concretas para la satisfacción de determinados fines fijados por el ordenamiento jurídico. Desde ese plano, es claro que al amparo del ordinal 11 de la Carta Magna, en relación al 11, 12, 13, 131, 132, 133 de la LGAP, la base de la potestad administrativa, tanto en su génesis como en la configuración de sus elementos delimitadores, es el ordenamiento jurídico. Esta fuente no solo implica la asignación concreta de la potestad, sino, además, su contenido, regulación precisa (o genérica al menos), así como las barreras a que está sujeto ese ejercicio. Como derivación de ello, fija como parte de los límites, las situaciones jurídicas de los administrados, dada la afectación de derechos o intereses que esos comportamientos pueden producir en aquellas esferas jurídicas destinatarias.



Siendo así, parece claro que toda actuación administrativa configura el ejercicio de poderes o potestades previamente conferidos u otorgados por el ordenamiento jurídico. Ergo, las normas jurídicas constituyen la base legitimante de la potestad y, por ende, del ejercicio público concreto, de suerte que, al amparo de las precisiones ya expuestas sobre el principio de legalidad y sometimiento del Estado al Derecho, no puede haber potestad válida sin previa habilitación normativa. Con todo, cabe precisar, la potestad dista de ser un simple otorgamiento de poderes que permite imponer decisiones del ente u órgano público de manera coactiva, ejecutiva y ejecutoria a los administrados. Esa comprensión llevaría a entender que la legalidad como principio rector del actuar público se limita a la dimensión negativa ya comentada, sea, aquella que requiere de norma habilitante para emitir actuaciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de manera coactiva. Si bien se mira, la legalidad integra una dimensión positiva en virtud de la cual, siendo que la potestad se otorga para la satisfacción de fines preestablecidos (elemento finalista), la omisión en su ejercicio en detrimento de los destinatarios o beneficiarios de ese fin legal, ostentan legitimación para reclamar a la Administración Pública (o al juzgador/juzgadora contencioso administrativo), el despliegue de las acciones concretas que ese empoderamiento supone, de suerte que pueda satisfacerse el interés público que las legitima y sustenta.

Así las cosas, la potestad dista de ser un poder simplemente. En la medida en que habilita el ejercicio de acciones concretas para satisfacer intereses públicos, igualmente obliga a la Administración a su ejercicio, cuando se necesario ese despliegue. El poder jurídico no se otorga sino es para buscar esa satisfacción, que puede consistir en prestaciones concretas a favor de los administrados, o bien, en limitaciones de los actos de aquellos para mantener el orden público, seguridad o salud pública (manifestaciones clásicas de contenido del poder de policía administrativa). Así, por ejemplo, la fiscalización y control de los servicios públicos delegados constituye un poder que permite otorgar a un tercero, mediante habilitación administrativa, la prestación de un servicio público. Sin embargo, esa potestad no solo permite ceder esa prestación; exige como contrapartida del

principio de eficiencia en esos servicios, la verificación efectiva del cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales que pesan sobre esos prestatarios delegados, de manera que dentro de la relación triangular que allí se expresa (Administración cedente-prestatario cesionario-usuario del servicio), se tutele el interés público de fondo, cual es, la prestación óptima del servicio en beneficio de sus destinatarios.

De igual modo, el poder jurídico que subyace en la denominada coacción directa, esa que permite actos materiales para la defensa de competencias públicas, demanio público, orden, seguridad y salud, no solo permite imponer el poder de policía a los administrados que con sus conductas infrinjan esos campos, sino que obliga a que su ejercicio. Incluso, la inercia del ejercicio de estos poderes puede llevar a procesos judiciales que tienen por objeto obligar a la Administración Pública titular de esas potestades, de ejercerlas, así como al establecimiento de las responsabilidades disciplinarias o civiles de los funcionarios, y de la propia Administración omisa, por las consecuencias de su indolencia. Es conocido que el funcionamiento anormal, que incluye la omisión administrativa, constituye un criterio de imputación de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración, de modo que las lesiones antijurídicas derivadas de esta indolencia, son base fértil de reparabilidad. En este sentido puede verse el canon 190 de la LGAP.

La relevancia de la indicación en este punto del concepto de potestad administrativa, consiste en su contraste dialéctico con el concepto de derecho subjetivo. Como bien señala el García de Enterría, ambas figuras referidas son especies y por ende forman parte del gran género de los poderes jurídicos en sentido amplio, sea, facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento jurídico a los sujetos o personas. El citado autor precisa las diferencias entre ambas figuras de manera genérica señalando que el derecho subjetivo se caracteriza por tener su origen en una relación jurídica concreta, recaer sobre un objeto específico y determinado. Para el autor, esta figura supone una pretensión concreta y corresponde con un deber atribuible a un sujeto pasivo, que se entiende por obligado frente a aquel derecho. Ninguna de estas particularidades concurre en una

potestad, que, para el autor en cuestión, más bien se identifica por oponerse a esas condiciones aludidas del derecho.<sup>71</sup>

Como se ha señalado, la base de la potestad es el ordenamiento jurídico mismo, por lo que su ejercicio no requiere de preconfiguración de relación jurídica particular alguna. Por otro lado, la potestad no recae sobre ningún objeto específico y determinado. Su contenido es de carácter genérico y se refiere al ámbito de actuación definido de manera genérica. Asimismo, no consiste en una pretensión particular, más en una posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de los cuales puede surgir, relaciones jurídicas particulares, pero a modo de consecuencia del ejercicio de la potestad. A juicio de García de Enterría, la potestad no corresponde a ningún deber positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad. Esta sujeción puede ser para esos sujetos ventajosa, o desventajosa, según genere en esas esferas destinatarias beneficios o imponga gravámenes, o incluso indiferente, en los casos en que no genere afectación en esas esferas, pero en ningún caso implicará un deber u obligación, los cuales pueden surgir eventualmente de la relación jurídica que la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento a la potestad misma.<sup>72</sup>

Más simple, frente a la potestad no existe un sujeto obligado, sino una posición pasiva de inercia que implica un sometimiento a los efectos que la potestad pueda crear en su ejercicio, al deber de soportar la incidencia que el ejercicio de la potestad produzca en la esfera jurídica destinataria del despliegue específico. De ahí que el anverso de la potestad no sea la obligación que impone acciones o abstenciones concretas que recaen sobre objetos particulares, sino, la sujeción abstracta y genérica, que obliga a tolerar la recepción de eventuales efectos que el

---

<sup>71</sup> García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Op. Cit. pp. 441 y ss.

<sup>72</sup> García de Enterría... Op. Cit. pp 442.

ejercicio de esa potestad (por ejemplo, la reglamentaria o de policía) pueda ocasionar en la esfera jurídica. No se trata de la oponibilidad a un sujeto en particular, sino de la extensión genérica a cualquier sujeto cuyas condiciones particulares lleven a que sus situaciones se vean incididas por la potestad actuada. Se insiste, la base de creación de la potestad no es un acto o negocio jurídico concreto, sino la ley u ordenamiento jurídico mismo. Así se desprende del ordinal 59.1 de la LGAP en cuanto exige la existencia de ley habilitante en la medida que la potestad otorgada sea de imperio. De ahí que el ordinal 66 indique:

*“1. Las potestades de imperio y su ejercicio, los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.*

*2. Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso.*

*3. El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes.”*

La potestad será innovativa cuando el poder otorgado permita crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas concretas, derechos, obligaciones, deberes o cargas. Es el caso de la potestad expropiatoria, reglamentaria. Será conservativa en cambio, cuando ordenen conservar, tutelar, realizar situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o extinguirlas. Este es el supuesto de certificaciones. De igual modo, la potestad puede ser genérica, sea, oponible a cualquier sujeto de manera abstracta. O bien, de supremacía especial, presente y ejercitable solo dentro de vínculos jurídicos intensos, usualmente sujetos a plazo y de subordinación, como es el caso de los funcionarios públicos, concesionarios de servicios públicos, sistema carcelario, sistema de salud pública hospitalaria, entre otros. De igual modo, otro criterio de clasificación pondera la potestad según su contenido sea discrecional o bien reglado. No obstante, no interesa para este trabajo ahondar sobre estas tipologías, simplemente basta por ahora, dejar citada esta clasificación.

De ese modo, la potestad conferida por el ordenamiento jurídico, supone el otorgamiento de poderes, que en tanto referidos a una Administración Pública, constituye un poder público de supremacía que se ejercita frente a los administrados, sujetos de manera general o especial (según la existencia o no de relaciones especiales de sujeción por criterio de subordinación), quienes deben soportar –en tesis de principio- los efectos derivados del ejercicio de ese poder, y que usualmente componen actos de gravamen, a partir de los cuales emergen de manera coactiva obligaciones, deberes, cargas, restricciones, limitaciones y en general imposiciones. Sin embargo, cabe precisar, la potestad es un instituto jurídico general del derecho, no exclusivo del fenómeno *ius publicista*, pues en determinados supuestos, el ordenamiento jurídico confiere potestades a los particulares, como es el caso más claro la patria potestad que se producen en las relaciones de los padres respecto de los hijos (paterno-filiales). Sin embargo, interesa en la especie la potestad particular que se confiere a las Administraciones Públicas, como mecanismo jurídico de soporte de su accionar para el resguardo del orden público y la satisfacción del interés público.

Pese a la amplitud del concepto bajo estudio, y pese a que las fuentes formales que conforman la génesis de aquellas, el ejercicio de una potestad en tanto busca incidir en esferas jurídicas destinatarias, la mayor de las ocasiones produciendo efectos de gravamen (aun cuando en ocasiones, lleva a la configuración de situaciones de poder o ventajosas en cabeza del administrado), encuentra una barrera adicional y sustancial en la situación jurídica misma del administrado, dentro de esta, sus derechos subjetivos. Como se ha señalado, la potestad administrativa se justifica en la satisfacción de un interés que no es el propio de la Administración, sea, el interés público, por lo que consiste en una potestad-función. Si bien en determinados supuestos el interés público engarza y armoniza con el administrativo, en caso de conflicto, el proceder público como aplicación concreta

de la potestad legal, ha de anteponer el interés público, el no podrá ser desatendido por meras cuestiones de conveniencia.<sup>73</sup>

La eventual o potencial afectación de las situaciones jurídicas, exige que las potestades sean actuadas dentro del marco de legalidad que les da fundamento, pues la obligatoriedad de tolerar la conducta pública solo es factible cuando la voluntad administrativa se ajusta sustancialmente con el ordenamiento jurídico. Cuando el ejercicio de la potestad desconoce el régimen normativo que le da sustento, fija su contenido e impone sus límites, la afectación negativa en esa esfera destinataria no debe ser aceptada, emergiendo en tales casos el derecho de reacción del particular de cuestionar la validez de ese despliegue, ora en sede administrativa o bien la judicial, como se ha anticipado ya en cuanto al control de validez de la función administrativa.

Ergo, ninguna potestad es, ni debe ser ilimitada o irrestricta, por el contrario, la ley ha de precisar su contenido y los alcances de su ejercicio. Precisamente, a propósito del contenido de la potestad, surge la situación activa del administrado, legitimado para reprochar la invasión en su esfera jurídica y petitionar el restablecimiento de la situación que ha sido modificada, variada o cercenada por el actuar público. La incidencia en esa esfera se produce en diversos niveles, pudiendo entonces afectar derechos o intereses, invasión que a la luz del numeral

---

73 En ese sentido, el artículo 113 de la LGAP señala: “1. *El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.* 2. *El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.* 3. *En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.*” La norma pone en evidencia la connotación funcional de la potestad administrativa, así como la prevalencia del interés público por encima de todo otro tipo de interés. De igual modo, se impone la seguridad y justicia como pilares interpretativos de la adopción de actos concretos en ejercicio del poder público para obtener dicha satisfacción.

49.3 de la Constitución Política, son parámetros que al menos debe ser tutelados en la jurisdicción contencioso administrativa. Como se ha establecido, el numeral 1.1. del CPCA establece como objeto de esa jurisdicción el análisis de validez de la función administrativa, lo que permite incluir la ponderación de si el ejercicio de la potestad, se ajusta sustancialmente con el ordenamiento jurídico.

Precisamente, el desbordamiento de ese ejercicio (por desviación de poder o exceso de poder), el despliegue de acciones públicas con efectos ablativos o restrictivos en esferas particulares, en contravención de las normas que legitiman ese marco de acción, son cuestiones que han de ser ponderadas por el juzgador a fin de establecer, por un lado, si ese ejercicio es válido por su conformidad sustancial con el ordenamiento jurídico, y por otro, si los efectos son jurídicamente sostenibles y deben ser soportados por el destinatario de aquel acto o conducta<sup>74</sup>.

---

74 Cabe señalar en este punto que el ordinal 42 del CPCA establece como una de las pretensiones posibles de establecer en sede contencioso administrativa, el restablecimiento de la situación jurídica, lo que supone, como tesis de inicio, el análisis de validez de la conducta pública, así como la imposición de modos de actuar concretos a la Administración. Indica esta norma en su tenor literal: “1) El demandante podrá formular cuantas pretensiones sean necesarias, conforme al objeto del proceso. 2) Entre otras pretensiones, podrá solicitar: a) La declaración de disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o las actuaciones conexas. b) La anulación total o parcial de la conducta administrativa. c) La modificación o, en su caso, la adaptación de la conducta administrativa. d) El reconocimiento, el restablecimiento o la declaración de alguna situación jurídica, así como la adopción de cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas para ello. e) La declaración de la existencia, la inexistencia o el contenido de una relación sujeta al ordenamiento jurídico-administrativo. f) La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa. g) Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico. h) La declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de una actuación material, constitutiva de una vía de hecho, su cesación, así como la adopción, en su caso, de las demás medidas previstas en el inciso d) de este artículo. i) Que se ordene, a la Administración Pública, abstenerse de adoptar y ejecutar cualquier conducta que pueda lesionar el interés público o las situaciones jurídicas actuales o potenciales de la persona. j) La condena al pago de daños y perjuicios.” Este marco de pretensiones encuentra reflejo en el canon 122

Más adelante nos adentraremos en el análisis del concepto de validez y de patología de los actos, por ser tema relevante al eje temático de este trabajo, cual es las formas de supresión de las conductas públicas de contenido favorable.

Por ahora, aclarada la dinámica de la potestad, de manera liviana, pero suficiente para los fines de este aporte, es necesario ingresar a conceptualizar las diversas categorías propias de las situaciones jurídicas. Para ello se reitera la proyección conceptual que hemos propuesto para situación jurídica en los siguientes términos: la situación jurídica es el conjunto de posiciones de poder, deber o ventaja, que el Ordenamiento Jurídico concede a la persona, en razón de determinados vínculos objetivos o subjetivos respecto de circunstancias determinadas en tiempo y espacio, que le permite o imposibilita realizar o exigir algo frente a los demás, pero a la vez, le impone marcos de acción positivos o negativos respecto de terceros. Interesa entonces los grados positivos y de ventaja de la situación jurídica, lo que exige definir los conceptos de derecho subjetivo, interés legítimo en sus diversas modalidades.

## **5.2. El concepto de derecho subjetivo.**

Anteriormente se señalaba que el dato relevante de las relaciones jurídicas estriba en la coexistencia de un régimen de situaciones positivas y negativas que dos sujetos (al menos) sostienen entre sí a partir de la configuración de circunstancias preestablecidas por una normativa expresa. Cuando en uno de los vértices de esa relación asiste una Administración Pública y/o se encuentra regulada de manera directa e intensa por el Derecho Administrativo, será una relación jurídico-administrativa. La asignación de estos poderes de acción y el surgimiento de obligaciones como correlativo de aquel ejercicio, lleva a la trascendencia del concepto del derecho subjetivo, que, si bien no es exclusivo del derecho

---

del mismo Código, en cuyo inciso d establece como eventual pronunciamiento del juzgador el restablecimiento de la situación jurídica afectada.



administrativo, guarda fundamental relevancia dentro de la comprensión de las implicaciones del ejercicio de las potestades públicas y los límites que ese despliegue tiene en el caso de los derechos e intereses de las personas. Vale recordar que el numeral 49.3 de la Carta Magna fija como parámetro subjetivo mínimo de tutela en la sede jurisdiccional contencioso administrativa, los derechos subjetivos y los intereses legítimos.

Con todo de previo a abordar la proyección conceptual de dicho instituto, es necesario y fundamental realizar la siguiente precisión: la presente investigación no pretende ingresar de manera exhaustiva al desarrollo de esos conceptos. Un abordaje de esa índole sería resorte de todo un trabajo de investigación y posiblemente, de todo un ensayo u obra. Lo anterior dado el desarrollo y evolución histórico y normativo que ha tenido el concepto, así como las diversas posiciones que se han expresado a nivel doctrinario sobre el tema. Lo mismo ocurre con la configuración del interés legítimo, cuya regulación y tratamiento es diverso dependiente del régimen jurídico en que se analice, a fin de lo cual, habría que analizar las particulares de cada régimen para justificar los alcances y base legitimante de la postura de cada legislación y propuesta doctrinaria. Ello, por mucho, trasciende la finalidad de estas líneas y de esta investigación académica.

Por ende, ha de precisarse, el siguiente análisis en cuanto a estas categorías, se hace necesario solamente a nivel de precisión del concepto, en las tendencias que, a juicio del autor, se ajustan y avienen de mejor manera a la regulación patria y al tratamiento dado a la figura. Esto en el entendido que la conceptualización de esos institutos (derecho subjetivo e interés legítimo), es relevante para el análisis crítico que luego se realizará en cuanto al tema de esta tesis, sea, la lesividad en Costa Rica. Ergo, estas definiciones no son un fin en sí mismo, lo que se insiste, exigiría todo un trabajo adicional, sino solo aclaraciones y puntualizaciones de conceptos que permitan tener una base de información a partir de la cual pueda abordarse el examen de los aspectos relevantes que pretenden justificar este trabajo.

Así dicho, se ingresa a plantear de manera concreta y superficial, el contenido, alcance y regulación en nuestro régimen de esos conceptos. A fin de cuentas, toda definición es un concepto estipulativo, una propuesta de un autor para justificar su posición, mas no un dogma que por tal, sea incuestionable. Son puntos referenciales de partida que pueden compartirse o no, pero, en definitiva, cuestión de posturas, mejor o menormente justificadas de manera razonable o racional (debería serlo así), y que buscan, como criterios de demarcación, tener alguna utilidad en el contexto propositivo de quien los formula.

### **Concepto de derecho subjetivo.**

Arriba señalábamos que el concepto en cuestión dista de ser pacífico en la doctrina administrativista, y se considera, no podría serlo por la serie de variables que intervienen en toda definición de algún instituto jurídico. Pese a esta divergencia conceptual, en el plano nacional, el autor Jinesta Lobo entiende por derecho subjetivo el “... *poder fundado en un título específico –constitución, ley, reglamento, contrato o un acto o hecho unilateral de un tercero- que habilita a su titular para exigirle a uno o varios terceros –otro administrado o una administración pública-, en beneficio de su propio interés, una determinada o concreta actuación o conducta –obligación o deber de comportamiento positivo o negativo- de carácter renunciabile, disponible y transmisible.*”<sup>75</sup>

Don Ernesto Jinesta recuerda a su vez la definición en su momento dada por Ortiz Ortiz, en el sentido de entender el derecho subjetivo como una autorización normativa de conducta propia que permite exigir de otro u obtener de un bien una

---

<sup>75</sup> Jinesta Lobo, Tratado..., Tomo I, Op. Cit. pp. 132.

utilidad sustancial para la satisfacción de necesidades propias.<sup>76</sup> Finalmente, el profesor Jinesta propone la agrupación de los derechos subjetivos sobre la base de la fuente formal que los regula. Por un lado, los constitucionales, que denomina derechos públicos subjetivos, y otros de naturaleza infra constitucional, dentro de los que enuncia los derechos prestacionales de servicios públicos, los derechos reales administrativos, los derechos derivados de los contratos administrativos, o bien, los que dimanen de un acto unilateral de la Administración.<sup>77</sup>

El concepto en cuestión ha tenido una importante evolución a lo largo del tiempo.<sup>78</sup> Iniciando las teorías Voluntaristas (Savigny) que consideraban el derecho subjetivo como el poder de voluntad, la que presentó grandes cuestionamientos. Las teorías Finalistas (Ihering) que lo consideraban en atención al objeto, bien o interés respecto del que el ordenamiento jurídico establece la protección a favor del sujeto. Dentro de esta propuesta, el derecho se sustenta en la utilidad que obtiene el sujeto de las cosas. Tal y como comenta el profesor Oscar González, desde este ámbito el derecho subjetivo se concebía como un interés jurídicamente tutelado o protegido, a partir de lo cual, la utilidad (perfil material) y la protección jurídica (perfil formal) eran la base del concepto.<sup>79</sup> Dadas las críticas a las teorías voluntaristas y

---

76 Ortiz Ortiz, Eduardo, Intereses Colectivos y legitimación constitucional, *Ivstitia*, año 4, No. 46, octubre 1990, p. 5.

77 Del autor, *Tratado...* Tomo I, Op. Cit. pp. 132

78 El profesor González Camacho presenta un interesante abordaje de esta evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. En este sentido, *La Justicia Administrativa*, Tomo II, Op. Cit. pp. 157 y ss. Por ende, para la sinopsis de las tendencias ideológicas que se ha emitido sobre el con concepto, utilizaremos la estructura propuesta por dicho autor.

79 Esta tesis fue criticada por Jellinek en cuanto consideraba que el interés en la utilidad de las cosas es el fin del derecho, más no su esencia, a la vez que el ordenamiento no pretende tutelar las cosas, por lo que el derecho subjetivo es el medio para proteger los bienes e intereses humanos. Coincidimos con González Camacho en el sentido que la propuesta de Ihering no supera el rasgo individualista y positivista que imperaba en el concepto del derecho subjetivo.

las finalistas, surgen propuestas Mixtas (Michuod 80 y Jellinek 81 que buscan conjugar características de aquellas. Dentro de estas, destacara la propuesta de Jellinek, para quien, el derecho subjetivo es un bien o interés protegido mediante el reconocimiento del poder de la voluntad de la persona, a la postre, un poder de voluntad para la realización de un interés.

Posteriormente surgen las teorías normativistas y las lógicas, que sustentan el concepto sobre la base de la voluntad, ya no individualista, sino colectivizada. En esta tendencia se indica que el derecho en cuestión es un poder que se dirige contra terceros para obtener el cumplimiento de deberes que aquel impone. Como lo indica Recaséns Sichens, el derecho subjetivo no dimana del interés o de la voluntad, sino de la norma que regula y coordina las actividades sociales, concediendo a determinadas conductas de un sujeto titular del derecho, la capacidad de determinar de otro obligado, un comportamiento específico.<sup>82</sup> Se observa en este concepto la visión normativista del contenido del derecho, que viene a constituirse como una suerte de perfil formal.<sup>83</sup> La principal crítica a estas propuestas normativistas, radica en que el derecho subjetivo no solo permite exigir

---

80 Para quien el derecho subjetivo sería el interés de una persona o grupo de ellas jurídicamente protegido por medio del poder reconocido a una voluntad de representarlo y defenderlo. En ese ámbito, la voluntad no es necesaria para el ejercicio del derecho, sino para su protección. Participamos de este carácter voluntarista de la acción de protección del derecho. La oponibilidad del derecho supone la posibilidad de exigir de los demás, por medios coactivos sin es preciso, la protección prevista por el ordenamiento jurídico, acción que, desde luego, está sujeta al ejercicio voluntario del sujeto, o bien de su tutor legal.

81 Tal postura es tratada a fondo por Garrido Falla, Fernando en su artículo, Derechos Públicos Subjetivos, en Enciclopedia Jurídica, Tomo VII, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona, España, 1ª. Edición, 1980.

82 Referido por Castán Tobeñas, José, en Situaciones Jurídicas Subjetivas. Editorial Reus. Madrid, España. 1ª. Ed. 1963.

83 Así puede verse Díaz Cruz, Mario, en Todavía sobre el Derecho Subjetivo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, No. 5, Tomo XIII, ano XCII. Editorial Reus, Madrid, España, 2da. Ed. 1947, pp. 570.

de otros un comportamiento, sino además, el poder de obrar en los aspectos que la ley no vede de manera expresa (autonomía de la voluntad), aunado a que el perfil formal prescinde por ende de los elementos reales del concepto.

Resulta interesante lo formulado por Augusto Thon, quien dentro de las corrientes positivistas afirma que los derechos del individuo surgen solamente cuando se infraccionan. Para este autor, el derecho subjetivo se funda en que, al sujeto tutelado por las normas, cuando se contraviene el contenido de las normas mismas, el ordenamiento le asegura un medio y la exigencia, a fin de realizar aquello que se había ordenado o bien remover lo que se había prohibido. Esta postura, con claridad da paso a la comprensión del derecho subjetivo como un derecho reaccionar, que parte de la infracción a la normativa que lo regula.

Por su parte, algunos autores han negado la existencia del derecho subjetivo como categoría propia de las situaciones jurídicas. En este plano, León Dugit (escuela realista o sociológica), señaló que no hay más derechos que los de cumplir los propios deberes, de modo que la situación subjetiva, así como la pasiva, en realidad es una situación objetiva. De ese modo, define el derecho subjetivo como la función social que corresponde a los miembros de la comunidad para cumplir con los deberes que ella misma impone; más que situaciones jurídicas subjetivas de poder, existen situaciones jurídicas objetivas de deber. Estas tendencias se han criticado en el sentido que las situaciones objetivas revisten las características propias del derecho subjetivo, de suerte que las diferencias entre ambas se reducen a una cuestión de terminología. Por demás, parece que esta postura no discute el contenido del derecho subjetivo sino su perfil individualista. De este negativismo ha participado incluso autores de la talla de Hans Kelsen.<sup>84</sup> De estas corrientes participan además autores como Recaséns Siches y Renato Alessi.

---

<sup>84</sup> Dentro de las corrientes negativistas, Hans Kelsen considera el derecho subjetivo como el derecho individual contrapuesto al general y abstracto, por tanto, es la individualización de las normas generales. Kelsen entonces define al derecho subjetivo como la norma jurídica en

Cabe destacar con todo que estas posturas negativistas han entrado en franco abandono y han sido superadas, siendo que la al margen de la falta de acuerdo en el concepto, la doctrina y los ordenamientos expresos han terminado por reconocer de manera diáfana su existencia. En este sentido, en el plano nacional, ello es incontrovertible a partir de la tutela que postula el numeral 49.3 de la Carta Magna. Siendo un concepto reconocido por el mismo constituyente, y en los ordinales 1.1, 10.1.a del CPCA, así como de un conjunto interminable de normas publicistas y privatistas, cualquier desarrollo conceptual direccionado hacia las corrientes negativistas, sería abiertamente inconstitucional. Como se ha señalado con acierto, todo intento de negar el derecho subjetivo del ciudadano termina por convertirse en una desposesión de sus propios intereses y personalidad, quedando absorbido entonces en el conjunto social.<sup>85</sup>

Luego de este repaso por las corrientes que se han presentado por la evolución del instituto bajo examen, en cuanto al concepto formulado por autores nacionales, Ortiz Ortiz, remite a la definición dada por Eduardo García Máynez, que lo precisa de la siguiente manera: “*Derecho Subjetivo es la posibilidad, concedida por a una persona por una norma, de hacer u omitir lícitamente algo... En el derecho subjetivo*

---

cuanto ésta posee un contenido concreto individual, es la norma de derecho en su relación con un individuo designado por la misma norma, que se constituye en su actor potencial. La voluntad del sujeto no es más que la configuración del supuesto de hecho previsto por la norma, para su aplicación al caso concreto, por lo que el derecho subjetivo es un reflejo del deber jurídico singularizado en su aplicación a la relación jurídica, por lo que debe tenerse como la norma jurídica objetiva subjetivizada. Para Kelsen, el derecho subjetivo presupone un deber jurídico de otra parte, por lo que, en última instancia, el contenido del derecho subjetivo es el cumplimiento del deber jurídico de un tercero. Luego, no hay derecho subjetivo sin obligación, aunque esta última puede emerger sin que exista de manera correlativa un derecho. Así expuesto en Teoría General del Derecho y del Estado. Textos Universitarios UNAUM, México, Facultad de Derecho, 2da. Ed., 3ra Reimpresión, 1983. Pp 87 y 22.

<sup>85</sup> Así lo expresan García Oviedo y Martínez Useros, quienes consideran que ello implica la ineludible secuencia de la tiranía sobre la suma de los sumandos. Derecho Administrativo. Volumen I. EISA, Madrid, España, 9ª. Ed. 1968, pp. 175.

*la forma consiste en la permisión de un comportamiento, o el contenido en lo que en cada caso el titular puede lícitamente hacer o no hacer*".<sup>86</sup> Luego, el autor da una definición propia entendiendo por este instituto una autorización (de conducta), dada por la norma jurídica, que produce en el sujeto la posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo. Por su parte, define como el deber la prohibición de conducta impuesta por la norma jurídica, que produce en el sujeto la necesidad jurídica de no hacer algo o la imposibilidad de hacerlo.<sup>87</sup> Para este autor, el motivo de que el ordenamiento jurídico confiera un derecho es la suposición de que el sujeto titular pueda llegar a tener una necesidad que se satisfaga con la conducta que es objeto de ese derecho. Para hacer posible esa conducta, la norma no sólo debe autorizarla, sino además prohibir toda aquella que haga imposible su ejercicio y crear el deber correlativo.

El autor destaca la correlación entre el derecho y el deber, como dato caracterizante de la figura. Se trata de la connotación de bilateralidad que es propia de las relaciones jurídicas y que se intensifican ante la regulación y surgimiento de los derechos subjetivos y sus obligaciones correlativas. Un dato relevante del derecho subjetivo entonces es la exigibilidad de conductas de terceros, pero además, el hecho que a diferencia del interés, en el que el titular posee una expectativa de un bien o de un derecho, que puede obtenerse eventualmente ante la observancia y cumplimiento de las exigencias que la ley impone para que emerja, en el derecho subjetivo, la posibilidad de actuar ya ha ingresado en la esfera jurídica del titular y puede ejercitar acciones dentro del plano de autorización de la norma y exigir de otros, conductas concretas, sea de carácter prestacional o de abstención de realizar acciones que puedan llegar a perturbar ese derecho.

García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández asumen una postura ecléctica del concepto y lo define como el reconocimiento por el Derecho de un poder en favor

---

<sup>86</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II. Op. Cit. pp187.

<sup>87</sup> *Ibíd.* Pp. 188.

de un sujeto concreto que puede hacerse valer frente a otros sujetos, imponiéndole obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición<sup>88</sup>. Esta definición pone en evidencia el elemento normativista y voluntarista, pero, además, el perfil externo y de tutela en ventaja o beneficio propio, en la medida que a partir de la bilateralidad del derecho y el deber u obligación de otro, solo tiene razón de ser en la medida en que esa exigibilidad asegurada por resguardo normativo, busca o pretende beneficiar al titular del derecho, que no a terceros ajenos al ámbito de contenido, límites y beneficio de ese derecho en cabeza de su titular.

Luego de este examen, coincidimos con el concepto que de derecho subjetivo ofrece el maestro González Camacho (Oscar), quien lo entiende de la siguiente manera: *“De acuerdo con lo anterior, podemos definir el derecho subjetivo como el poder de obrar válidamente dentro de ciertos límites, y de exigir de los demás, por un medio coactivo si es preciso, una conducta concreta y específica, que otorga el ordenamiento jurídico a un sujeto, para la satisfacción de aquellos fines o intereses propios jurídicamente tutelables.”*<sup>89</sup>

Este autor destaca el aporte que a la construcción del concepto han dado las diversas teorías señaladas arriba (voluntaristas –Savigny-, finalistas –Ihering-, eclécticas –Jellinek-, normativistas –Thon-, negativistas –León Dugit, Kelsen, Alessi-, normativo-negativistas –Recaséns Sichens). Para González Camacho, resultan de beneficio todas y cada una de las posiciones al respecto defendidas, pues todas ellas, aún las negativas, aportan diversos elementos que convienen adjuntar a la noción básica de un concepto mixto como el que hoy se maneja. Lo sintetiza de este modo:

---

<sup>88</sup> De los autores, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 7ª. Ed. Pp. 37.

<sup>89</sup> Del autor, La Justicia Administrativa, Tomo II, pág. 175, San José, C.R., IJSA, 2002. Esto constituye la base de las posteriores teorías negativistas.



*“La teoría voluntarista marca el aspecto interno del derecho subjetivo, esa posibilidad de querer y de obrar conforme al ordenamiento jurídico. La teoría del interés, resalta la finalidad del derecho subjetivo. Las teorías lógicas o proteccionistas ponen énfasis, en el elemento externo, es decir, en la exigibilidad del mismo; en su garantía o protección jurídica. La teoría Negativista de Dugit evidencia la necesaria inserción del derecho subjetivo en el marco social y colectivo, rompiendo su exclusiva tonalidad individualista y aislada (derechos e intereses colectivos). La teoría kelseniana nos recuerda, por último, la fuente directa o indirecta de todo derecho subjetivo, que no es otra que el ordenamiento jurídico.”*

Siguiendo dicha definición, los elementos característicos del derecho subjetivos son:

- Voluntad apta por parte del titular para ejercer las conductas propias del derecho.
- El poder o facultad de obrar conforme a derecho, sea, acorde a los límites que el ordenamiento jurídico, que regula ese derecho, impone; es decir, se trata del poder de obrar válidamente dentro de los límites que impone el plexo normativo al titular del derecho, pues su extensión de ejercicio no abarca las esferas antagónicas con su base regulatoria. Ese poder puede consistir en acciones de ejercicio o en omisiones permisibles, como sería el caso de la titularidad de exenciones tributarias, o tenencia de situaciones de desarrollo económico no afectas al poder tributario. En el primer caso, el derecho subjetivo consiste en no pagar tributos pese a la materialización del hecho generador, en la segunda, en la inexistencia de obligación tributaria y, por ende, en la inexistencia de realizar deber formal tributario alguno. Pero, además, incluye situaciones negativas, sea, la prohibición de perturbación o inmisión en posibles actuaciones del titular del derecho.
- Regulación y derivación del ordenamiento jurídico. El derecho subjetivo requiere del reconocimiento por parte del derecho objetivo, que precisa sus

alcances y límites, y que, por ende, busca el resguardo de algún interés. Se trata de la expresión de la voluntad social con incidencia subjetivista. Como ya señalamos arriba, la fuente de regulación y de creación puede ser constitucional, legal, reglamentaria o comunitaria.

- La garantía jurídica frente a terceros para el respeto y cumplimiento del derecho. Consiste en la dimensión externa del derecho, aquella que permite exigir e imponer a los demás determinadas conductas, de prestación o abstención, mediante los mecanismos de tutela jurídica. La garantía del derecho se ejerce mediante el derecho de acción, que lleva a la protección jurídica, que, de garantizar el ordenamiento objetivo, del contenido básico del derecho.
- Interés o fin que el ordenamiento trata de proteger. Constituye por ende el perfil finalista o teleológico del derecho. Pueden ser fines colectivos o individuales, pero, en definitiva, han de estar protegidos por el orden jurídico, de suerte que puedan considerarse lícitos o útiles.
- Poder del titular para que la tutela jurídica opere y actúe en su propio interés o ventaja. Ergo, el derecho de acción por medio del cual se pretende el resguardo establecido por el orden objetivo, pretende beneficiar al titular y no a terceros que no tienen ligamen jurídico alguno con el derecho o fin tutelado. Se pretende por parte del titular, un beneficio propio de aseguramiento de ejercicio o respeto por parte de terceros, mediante supresión de actos o conductas perturbadoras, del contenido de esa situación particular. De ahí que el derecho sea renunciable, prescriptible, transmisible frente a voluntad o desidia del titular.
- El ejercicio del derecho subjetivo en la medida en que ha de ser lícito, por ende, dentro de los límites que le impone el ordenamiento jurídico, no puede constituirse en abuso de derecho, por lo que su ejercicio se encuentra afecto a los principios de buena fe y proporcionalidad. Si bien pretende tutelar un fin o interés sobre una cosa o situación, ese ejercicio o tutela no puede ir en

perjuicio de los demás, más allá de las cargas que supone su mismo contenido y la oponibilidad y exigibilidad frente a terceros.

Como se observa, la concepción amplia del derecho subjetivo conlleva, como aspecto relevante, la posibilidad de oponer frente a terceros, incluso la misma Administración Pública, un determinado comportamiento, que en modo alguno debe limitarse o restringirse a una conducta prestacional, pues puede suponer, simplemente, un deber de no hacer de parte de ese tercero. Como derivación de dicha oponibilidad, sería situación favorable propia del derecho subjetivo, toda incorporación a la esfera jurídica que posibilite imponer a otros la negación de determinada conducta que suponga, como efecto directo o reflejo, el desconocimiento de ese efecto favorable. Más adelante volveremos sobre las implicaciones de este concepto, dada la aplicación práctica que ha tenido en nuestro sistema, particularmente en algunos pronunciamientos de las instancias casacional de la jurisdicción contencioso administrativa. Dejamos por ahora decantado, de manera general y muy superficial, el concepto del derecho subjetivo.

### **5.3. El Interés Legítimo.**

Ya se ha señalado que el campo de tutela de las situaciones jurídicas de las personas, que como desiderátum impone el ordinal 49 de la Carta Magna, incluye expresa e inequívoca referencia no solamente a los derechos subjetivos, sino, además, a los intereses legítimos. Nótese que, a diferencia de otras normas de inferior rango, que condicionaban el interés legitimante para requerir comportamientos o emprender acciones en sede administrativa o judicial<sup>90</sup>, a que fuese actual, propio, directo, la norma constitucional se limita a imponer el

---

<sup>90</sup> En ese sentido puede verse la redacción del artículo 275 de la LGAP, previa a la reforma realizada por la Ley No. 8508 (CPCA) en el año 2006, entrada a regir en enero del 2008, en cuanto señalaba que el interés debía ser actual, propio y legítimo.

resguardo del interés que sea legítimo, sin imponer condicionamientos. Dado ese reconocimiento constitucional como objeto de conocimiento en la jurisdicción contencioso administrativa, en términos prácticos la distinción con rigor conceptual entre el Derecho Subjetivo y el Interés Legítimo, ha perdido la relevancia clásica, lo que deriva de la unidad de vía de tutela y de conocimiento, a diferencia de otros sistemas en los que, ese criterio subjetivo es determinante para establecer los remedios procesales y vías de resguardo competentes.<sup>91</sup> Es el caso del régimen nacional en el que, adicional al postulado constitucional de unidad competencial de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer sobre las cuestiones que incidan en ambas categorías, el numeral 1 del CPCA precisa que el objeto de esa sede es tutelar las situaciones jurídicas de las personas, sin hacer distinción entre el tipo de situación de poder que se plasmas y concreta a partir de la diferenciación conceptual de ambas figuras aludidas.

Con todo, la distinción conceptual es relevante de cara a abordar posteriormente la lesividad de actos de contenido favorable, y como pauta de claridad para la definición de situaciones indemnizables. En ese orden, el profesor Jiménez Meza define los intereses legítimos como “... *un derecho de aquellos sujetos adentrados en el supuesto previsible para la aprehensión y disfrute de un bien objetivo incluido en el ordenamiento y de incidencia refleja y relacional en las esferas existenciales*

---

<sup>91</sup> Este criterio pragmático es puesto de manifiesto por el autor nacional Jiménez Meza, Manrique, en su obra LA LEGITIMACIÓN ADMINISTRATIVA, Editorial Jurídica Continental, cuarta edición, pp. 290 y ss. En tal aporte, el profesor Jiménez Meza señala en cuanto a los detalles de la unidad de jurisdicción para la tutela tanto de los Derechos Subjetivos como de los Intereses Legítimos: “... Sobre todo en el supuesto de la inexistencia de la doble jurisdicción para la defensa de los intereses legítimos o de los derechos subjetivos, como la existente, con claridad, en Italia, cuya separación clara y precisa hace posible la entrada competencial del Consejo de Estado o de los tribunales ordinarios. Porque, en la unidad jurisdiccional donde un mismo juez, un mismo tribunal y una misma sentencia, conoce, resuelve y aplica indistintamente frente a intereses legítimos y derechos subjetivos, la diferencia entre interés legítimo y derecho subjetivo resulta ser algo innecesaria. Al fin y al cabo, se protege una realidad sustancial digna de tutela y protección por el ordenamiento jurídico...”.

*de tales sujetos.*"<sup>92</sup> Frente a la eventual confusión que se puede producir en definir al interés como un derecho, ese autor precisa que al ser la línea divisoria de los intereses legítimos y los derechos subjetivos muy transparente, su diferencia radica en la intensidad relacional que pueda existir entre el ordenamiento jurídico y las esferas existenciales de los sujetos. En cuanto a la incidencia refleja en las esferas existenciales, el autor de cita señala que esa dimensión relacional de mayor o menor intensidad puede ser eliminada, estorbada, modificada o simplemente aumentada y enriquecida por intermediarios recaídos en el conjunto de las administraciones públicas, por las conductas administrativas por ellas adoptadas en cumplimiento o incumplimiento parcial o total del ordenamiento jurídico. <sup>93</sup>

Por su parte, el interés legítimo viene determinado por la posibilidad de exigir un comportamiento (de acción o abstención) de parte de una Administración Pública, cuyo contenido suponga una situación de ventana, una expectativa potencial de proyección favorable, o bien, que evite la configuración de un efecto pernicioso o perjudicial en la esfera de la persona. En esa línea, Sánchez Morón, Miguel, señala que, en el Derecho Administrativo, el interés legítimo se presenta cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el Derecho. El autor de referencia apunta que este tipo de interés no posibilita ni permite la exigibilidad de una conducta concreta, sea de impedir una o imponer otra, pero sí a exigir de la Administración la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo.<sup>94</sup> Se coincide con el maestro González Camacho en cuanto asevera que este tipo de interés legítimo (el sustancial, que no el procesal), consiste en una situación jurídica subjetiva, relacionada con un bien de la vida que el

---

<sup>92</sup> Del autor, Op. Cit. Pp. 291-292.

<sup>93</sup> Op. Cit. Pp. 292.

<sup>94</sup> Sánchez Morón, Miguel: voz Interés Legítimo en Enciclopedia Jurídica Básica. Tomo III. Editorial Civitas. Madrid. España. Primera Edición. 1995. Pp. 3661, citado por González Camacho, Oscar, Op. Cit. Tomo II, pp. 201.

interesado espera satisfacer a partir del ejercicio de la potestad administrativa, sea, es la expectativa de evitar los daños o de obtener los beneficios derivables de una específica conducta de la Administración.<sup>95</sup>

De ahí que resulta claro que el interés legítimo permite o habilita que el administrado requiera o exija a la Administración un comportamiento que le puede llegar a generar una expectativa de obtener un efecto favorable, o de la cual puede obtener un beneficio. Así como en el Derecho Subjetivo el titular puede exigir una conducta concreta que genera una incidencia directa de orden positivo en su esfera jurídica, dada la condición de titularidad, oponibilidad y exigibilidad que particulariza a ese derecho, en el interés legítimo, si bien el Ordenamiento Jurídico no habilita la exigibilidad de una conducta concreta y específica de contenido favorable, tutela la posibilidad de requerir esa actuación a fin de concretar la expectativa o posibilidad de obtener un resultado beneficioso, sea por tener un favor directo, o por la eliminación de riesgos de un perjuicio. Ergo, la divergencia de intensidad entre ambas figuras estriba, en parte, en la exigibilidad de un resultado favorable, mismo que en el Derecho Subjetivo es impostergable a partir de la oponibilidad del contenido del derecho y la exigibilidad de un comportamiento (activo u omisivo) que, en definitiva, favorece a su titular, como consecuencia de las condiciones con que el Ordenamiento Jurídico tutela ese derecho. En el Interés Legítimo, por contraste, ese ordenamiento tutela la facultad de exigir un comportamiento con la posibilidad (no garantía) de obtener un resultado favorable, por lo que no implica una exigibilidad de contenido, cuando sí de ejercicio.

Se trata de una situación total y plenamente tutelable por el Derecho Administrativo, pues la afectación de esas situaciones de expectativa, puede deteriorar la situación de la persona y privarle de esa eventualidad, de mayor o menor probabilidad de ocurrencia. Desde esa perspectiva, el interés legítimo permite la exigencia de una conducta en los términos definidos por el pleno normativo, aún y cuando a partir de

---

<sup>95</sup> Así expuesto en Justicia Administrativa, Op. Cit. Pp. 201.

ese ejercicio administrativo, no obtenga en todos los casos, un beneficio directo, es decir, puede compeler al desarrollo de una conducta concreta, pese a que no le genere, de manera directa y propia, una situación favorable. El profesor González Camacho señala con toda claridad que, en este tipo de intereses, se puede reclamar el despliegue de una conducta que es debida, (sea, aquella que impone el Ordenamiento Jurídico o que debe emitirse acorde al contexto regulatorio al que se encuentra sometido el ejercicio del poder administrativo), aunque luego, del contenido de aquella, no se derive para la persona que lo reclama, ninguna situación jurídica favorable. Considera el citado autor nacional que en esas hipótesis el interés se satisface con el dicta de la conducta o ejercicio efectivo del actuar que las normas imponen a la Administración, pese a que su contenido concreto no le garantice un derecho o favor. 96

Así, en tanto parte de la situación jurídica tutelable, por virtud del ordinal 49 de la Constitución Política, su titular no solamente puede requerir su protección en sede administrativa o judicial, sino, además, ser base de consideración de reparaciones civiles por situaciones dañosas, al amparo del régimen de responsabilidad civil de la Administración previsto en el ordinal 190 de la LGPA.

Tal reconocimiento de tutela y la eventual exigibilidad de conductas, se insiste, ha sido de expreso reconocimiento en el numeral 49 de la Constitución Política, que señala que la ley deberá tutelar, AL MENOS, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de las personas, pero, además, ha sido objeto de desarrollo en el CPCA, fijando las pautas para requerir en sede judicial, el resguardo de esos intereses legítimos. Así se desprende con toda claridad del mandato 1 inciso 1) de esa normativa, en la cual, se precisa que el objeto de tutela subjetiva de esa instancia no se limita a los derechos subjetivos, sino al concepto mismo de situación jurídica de las personas, concepto que, se reitera, trasciende los derechos subjetivos. Esta norma se complementa con la precisión de supuestos legitimantes activos que

---

96 Op. Cit. Pp. 205

regula el precepto 10 de esa fuente legal, en cuanto reconoce este ámbito activo individual para los derechos subjetivos y los intereses legítimos, tal y como se expresa en el inciso 1) ítem a).

A diferencia de la regulación antecedente al CPCA, en la que, la situación legitimante de los intereses se condicionaba a que fuese directo, personal, actual y propio, como lo exigía el canon 275 de la LGAP, el precepto 200, inciso 9) de la misma Ley No. 8508, dispuso la reforma de ese artículo, para suprimir cualquier condicionamiento y limitación del concepto, para en su lugar, disponer una apertura del mismo. Indica esa reforma:

***"Artículo 275.-*** *Podrá ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga interés legítimo o derecho subjetivo que pueda resultar afectado, lesionado o satisfecho de manera total o parcial por el acto final. El interés de la parte deberá ser legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra naturaleza."*

De previo a esa reforma, la norma condicionaba la legitimación (perfil procesal) del interés legítimo a que fuese actual y propio.<sup>97</sup> Se insiste, esas limitaciones fueron superadas por la reforma procesal aludida, dando paso a la tenencia de un interés legítimo, como presupuesto de acceso a la jurisdicción.

De lo indicado se desprende que, a la fecha, en el sistema patrio, desde el plano de tutela subjetiva, la diferencia entre ambos conceptos (derecho subjetivo e interés legítimo) se ha tornado en la intensidad o grado de cada una de esas situaciones jurídicas, en términos de la exigibilidad de una conducta concreta que produzca un beneficio. En el derecho subjetivo, su contenido mismo puede ser impuesto a terceros y como derivación de ello, requerir y exigir, incluso por medios coactivos

---

<sup>97</sup> Señalaba el ordinal 275 de la citada LGAP: *"Podrá ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final. El interés de la parte ha de ser actual, propio y legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra índole."*



una determinada conducta para la tutela del derecho, sea, permite requerir una conducta concreta que supone un efecto favorable de resguardo al derecho. Por contraste, en el interés legítimo, el titular pueda requerir un comportamiento de la Administración, acorde al ordenamiento jurídico, pero el contenido de esa conducta no supone, de manera directa, un beneficio cierto, sino, solamente probable.

Esa diferencia de grado o intensidad se torna más relativa en los denominados INTERESES LEGÍTIMOS REFORZADOS. Esta categoría fue reconocida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto No. 478-F-S1-2012, conceptualizándolo de la siguiente manera:

*"V.- (...) No se trata en consecuencia, de una mera precalificación, definitoria comúnmente de un simple interés legítimo. La modalidad descrita se aproxima mucho más a un derecho subjetivo, sobre todo, después de cumplidos todos los requerimientos y de ubicada la empresa en una posición específica en el listado o rol de oferentes ya dispuestos para la contratación final. Llegado a ese punto, se reduce para la institución adquirente de la energía, la plena discrecionalidad para contratar o no con la empresa incorporada al rol, pues esta última, se reitera, queda posicionada en firme para la subsiguiente compra, debiéndose respetar los derechos de terceros. De modo que, si se entiende el derecho subjetivo como el poder de obrar válidamente dentro de ciertos límites, exigiendo de un tercero, y en este caso concreto de la Administración, por un medio coactivo si es preciso, la conducta concreta y específica, otorgada o respaldada por el ordenamiento jurídico a ese o esos sujetos, para la satisfacción de sus fines o intereses (al respecto véase la sentencia de esta Sala no. 1282 de las 10 horas 30 minutos del 22 de octubre de 2010); **habrá que concluir que en este caso en particular, la situación jurídica activa adquirida por H., bascula entre un interés legítimo y un derecho subjetivo pleno, que conforme se ha expuesto, enerva la discrecionalidad plena de la Administración e impide, desde luego, la reversión o modificación perjudicial de la situación adquirida por el oferente, al menos, sin haber seguido los causes que para ello establece el propio ordenamiento, tal y como ocurrió en las circunstancias bajo estudio y fue declarado en firme en la sentencia recurrida (pues dicho aspecto no fue impugnado). (...) En síntesis, con el proceder de la entidad accionada se violentaron los***

*principios y reglas de seguridad jurídica, de buena fe contractual, de la intangibilidad de los actos propios y de confianza legítima, todo en detrimento de la situación jurídica de la empresa oferente, que vio afectado su ingreso patrimonial, a consecuencia de una relación contractual frustrada. Lo anterior de conformidad con la pretensión subsidiaria del actor, según la cual requirió el pago de los daños y perjuicios causados, que consisten en las pérdidas económicas sufridas con motivo de la imposibilidad de ejecutar el proyecto y vender energía, en caso de que no se ordenara la formalización del contrato. Dado que no resulta posible conceder este último ruego, es preciso referirse a la responsabilidad patrimonial de la entidad descentralizada que aquí se demanda, considerando esta Cámara la procedencia de dicho extremo, obligación que ahora se impone y según se explicará en el siguiente considerando." El resaltado es suplido.*

En términos simples, la Sala Primera conceptualiza el interés legítimo reforzado como aquel grado de interés legítimo que, por sus características y por conceder una expectativa con grado de certeza al titular, se aproxima en sus alcances, al derecho subjetivo. En el caso concreto analizado por la Sala, se observa la concurrencia de un derecho colocación en una lista de elegibles para el suministro de cogeneración eléctrica, que esa instancia casacional considera un derecho subjetivo. Este grado consiste en el denominado "Derecho de Prelación" (primero en tiempo, primero en derecho), que se encuentra tutelado, por ejemplo, en el trámite de otorgamiento de concesiones en zona marítimo terrestre, área restringida, en el ordinal 44. Empero, el alto Tribunal cataloga de interés legítimo la situación jurídica potencial de ser adjudicatario de un contrato, que, en el caso concreto, consiste en una expectativa que se ve truncada o lesionada por la desatención del orden de la accionante dentro de la lista de empresas proveedoras en que incurrió la Administración. Sin embargo, ese tratamiento no debe generar confusiones. No todo interés legítimo de orden reforzado, precisa de la existencia previa de un derecho subjetivo de prelación.

Para lo relevante en este desarrollo, el interés legítimo reforzado dice de aquel que supone una expectativa que se sostiene sobre una base objetiva de consecuencia.

Es decir, la deferencia del interés legítimo “simple” y el reforzado estriba en el grado de probabilidad de obtener una consecuencia favorable. Es claro que el interés legítimo permite, se insiste, la exigibilidad de un comportamiento a partir del cual puede obtenerse una consecuencia favorable, empero, la potencialidad de beneficio es de mayor nivel en el reforzado, dada la concurrencia de factores y condiciones que configuran una base objetiva a partir de la cual, la probabilidad de beneficio es más intensa, próxima a la certeza propia del derecho subjetivo.

Así, esta categoría precisa de la acreditación y concurrencia de los componentes que determinen esa base objetiva de ocurrencia, constituida, la más de las veces, por condiciones que colocan al titular del interés, en una situación de expectativa que, ingresa dentro de la proximidad causal razonable (*causation approach*) y no solamente dentro de una posibilidad aleatoria. El caso que se examina en ese fallo casacional permite comprender este parámetro. En términos generales, se trata de una empresa participante dentro de un concurso público en el cual, se impusieron criterios de valoración para constituir una lista de elegibles, dentro de la cual, se asignarían concesiones de generación eléctrica a favor del Instituto Costarricense de Electricidad, por orden de calificación. Una vez evaluadas las plicas, esa empresa estaba dentro de las mejores posicionadas, lo que le generó un derecho de prelación. Sin embargo, luego el ente licitante varió, de manera ilegítima la calificación de la casacionista, colocándole en una posición que le privó de obtener una concesión. Luego del análisis de fondo, la Sala de Casación estimó que esa recalificación fue arbitraria, momento en el cual ya las concesiones habían sido otorgadas, privándole de la expectativa fundada (objetiva) de obtener ese derecho. El mismo extracto arriba consignado expone que la empresa tutelada contaba con ese grado de interés reforzado: “...después de cumplidos todos los requerimientos y de ubicada la empresa en una posición específica en el listado o rol de oferentes ya dispuestos para la contratación final (...).”. Es decir, siendo que la accionante estaba dentro de una posición preferente dentro del listado de potenciales adjudicatarios de contrato de cogeneración eléctrica, esa condición constituye la base objetiva, relación fundamentada, que hace que la potencialidad de ocurrencia

o de configuración de la situación favorable no sea meramente aleatoria (simple), sino reforzada.

Si bien ese tipo de interés no permite exigir el comportamiento ni delimita el contenido de la conducta administrativa, como lo hace el derecho subjetivo, como bien lo expuso la Sala Primera, limita en gran medida el ejercicio discrecional administrativo, en razón de las condiciones particulares del titular del interés legítimo, a quien, el Derecho le coloca en un estadio de expectativa que supera la mera probabilidad y le sitúa en una condición de base objetiva de ocurrencia.

La utilización del término "Interés Legítimo Reforzado", por parte de Sala Primera, ha generado no pocas críticas (informales) en los defensores de la posición negativista del chance frustrado en responsabilidad pública. Lamentablemente, hasta el momento, no conocemos de postura formalmente expresada en contra de ese argumento, como tampoco de las razones claras y precisas de la objeción. Por ende, nada podemos decir de ello. Con todo, las voces de crítica a las que se ha accedido se sustentan, por lo pronto, en lo impreciso del término, pues alude a un grado medio entre interés legítimo y derecho subjetivo, así como en considerar que es una innovación que busca acceder a un reclamo indemnizatorio sin reconocer de manera expresa que no solo los derechos subjetivos son reparables.

En suma, consiste entonces, en la protección de una situación jurídica en la que, si bien no se posee un derecho subjetivo, se ha truncado una posibilidad cierta (y no una simple conjetura) de obtener una ventaja (la más de las veces de orden patrimonial), como derivación de un proceder público irregular. Se configura la supresión o desaparición por causas imputables al presunto sujeto responsable, de una probabilidad seria, concreta y real de ocurrencia de un evento favorable para el titular.

#### **5.4. Los intereses y derechos colectivos o supra individuales. Acción difusa, colectiva, popular y class action.**

Dentro de la teoría de los intereses, alguna fracción de la doctrina se ha inclinado por establecer una clasificación tripartita: los públicos, usualmente ligados al Estado y sus instituciones, los intereses de corte privado que son inherentes a la esfera individual del administrado en el ejercicio de la autonomía de su voluntad y el fuero perimetral de su libertad personal, y los intereses colectivos, que se refieren a un grupo o categoría de sujetos determinados o indeterminados, dispuestos en una organización o no, o bien con personificación o sin ella. Ergo, busca, a través del comportamiento deseado, la obtención de un beneficio, o al menos, evitar un perjuicio en su propia esfera jurídica. 98 Esto pone de manifiesto que el interés de referencia supone, como se ha manifestado, una posibilidad, jurídicamente tutelada, de procurar un comportamiento administrativo concreto, en los términos regulados por el Ordenamiento Jurídico, a partir del cual, se configure un beneficio actual o potencial, en la esfera jurídica del titular, o, al menos, se evite un perjuicio en ésta. Tal resultado se obtiene del ejercicio concreto de una potestad administrativa, ejercicio procurado por aquel titular, dada su relación con el objeto y contenido mismo (específico) de aquella.

El tema adquiere relevancia, dentro del contexto breve que exponemos en la presente, como parte del desarrollo de la legitimación de cúmulos o grupos de intereses o derechos que trascienden la esfera jurídica individual, y que por ende se constituyen como herramientas jurídico procesales que potencian el despliegue de la tutela judicial efectiva direccionada hacia la protección una pluralidad de sujetos o bien de intereses sociales o públicos, concebidos desde un plano general.

---

98 En este sentido ORTIZ ORTIZ Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Stradtman, 1ª. Ed. San José CR.2000. página 272.

Es conocido ya que la fórmula aplicativa de la relación jurídico- administrativa no se limita o reduce a una dimensión individual<sup>99</sup>, sino que, por el contrario, es factible que las conductas o el funcionamiento de la Administración tenga incidencias o despliegue su cuadro efectual en intereses plurilaterales. Es esta última proyección la que nos interesa en este espacio de análisis de intereses que superan la esfera individualista y recaen sobre una generalidad de sujetos (determinada o indeterminada), pretendiendo definir el concepto de intereses colectivos y su relación con los denominados intereses difusos, así como discriminar ambas categorías de otras como la acción popular, la acción vecinal y la denominada *class action*.

#### **5.4.1. Intereses Difusos.**

Por interés difuso ha de entenderse el correspondiente a una categoría de sujetos laxa, no estructurada en una colectividad determinada o de perfiles poco definidos. Lo básico de los intereses difusos es la pluralidad de sujetos receptores, que no están unificados en una colectividad. Es el que pertenece a grupos o sectores amplios de la colectividad, siempre que el actor pertenezca a ellos, aunque los mismos no estén jurídicamente organizados y carezcan en consecuencia de personalidad jurídica.<sup>100</sup>

De lo anterior se desprende una diferencia clara y evidente con respecto a los intereses colectivos, y que se traduce en que en tanto los intereses colectivos atienden a una categoría, se atribuyen a un grupo identificable o determinable, a una colectividad menor, distinta de la colectividad nacional, condición que no es atribuible a los intereses difusos en tanto estos se asocian a una pluralidad de

---

<sup>99</sup> GONZALEZ CAMACHO, Oscar Eduardo, La Justicia Administrativa, Tomo II, 1ª. Ed. IJSA, San José CR, 2002. página 221.

<sup>100</sup> Op. Cit. página 224.

sujetos que no están plenamente ubicados en una colectividad, es decir, no es posible establecer una determinación de los sujetos receptores. De esta vertiente es que se ha llegado a concluir que los intereses colectivos no son otra cosa que los intereses difusos de las colectividades menores, es decir son aquellos intereses difusos que posteriormente susceptibles de concretarse.<sup>101</sup>

Para Eduardo Ortiz, los intereses difusos son los intereses colectivos de grupos o categorías o sin personificación jurídica, aún si tienen organización de hecho.<sup>102</sup>

Una nota que identifica a este tipo de intereses es el hecho de que se refieren a grupos formados por miembros en posición igual para el disfrute individual del bien o servicio de disfrute colectivo, lo que permite definir que su portador no es el grupo solamente, sino cada uno de sus componentes, en los cuales, se concentra un interés, causa que legitima su defensa y representación, en nombre y por cuenta propios, dada la falta de personalidad del grupo. Dentro de esta orientación, cada miembro del grupo puede hacer el juicio respectivo y reclamar algo propio, que es la parte del uso colectivo que individualmente disfruta, como si fuese su interés personal. Se trata por ende de un interés colectivo, pero a la vez individual, que mientras que sea difuso, solo podrá ser reclamado individualmente.<sup>103</sup>

El autor citado previamente, establece una relación de los intereses difusos con las clases o porciones débiles que constituyen minorías con respecto a una fracción mayor de intereses coincidentes. En este sentido ha indicado el doctrinario Ortiz: *“Los intereses difusos son los de categorías, clases o grupos, generalmente débiles en lo económico, por falta de recursos o por ser desproporcionalmente*

---

101 GOMEZ DE LIANO GONZALEZ, citado por GONZALEZ CAMACHO Oscar, Op. Cit. Página 225.

102 Esta posición externada refleja la relación de género a especie que ostentan los intereses difusos respecto de los intereses colectivos, posición de clasificación que defiende el autor. Del autor, Tesis ..., página 280.

103 *Ibíd*em

*mayores los de sus adversarios, que, principalmente por no haber alcanzado personificación, se manifiestan y accionan a través de sus miembros, titulares de una participación individual e igual en el disfrute colectivo de un bien, de un servicio o de una utilidad aptos para ese disfrute, por parte del grupo.”<sup>104</sup>*

Para el autor Manrique Jiménez Meza, los intereses difusos ni son enteramente privados, ni son enteramente públicos, sino que dan como síntesis dialéctica la trascendencia de los dos por no ser diferenciados ni unilaterales, aun cuando en sentido estricto estén compuestos de ambas manifestaciones, y así como tales intereses son de todos y de cada uno, procesalmente son de todos y de ninguno. Si bien es cierto que en el interés difuso hay unidad de objeto sustancial digno de protección, según sea la materia comprendida, también lo es que siempre hay repercutida pluralidad de sujetos en tanto receptores de sus efectos.<sup>105</sup>

Lo indicado anteriormente, permite presuponer que los intereses difusos cuentan con elementos básicos que los distinguen:

- son aplicables a una pluralidad de sujetos que no se encuentran ligados en una colectividad determinable, sino que se orientan por la universalidad, al punto que se consideran los intereses de todos,
- no pueden ser localizados en una colectividad concreta, dado a que su signo distintivo es la dispersión en la pluralidad de sujetos, sin la presencia de una organización concreta que los defina.

Para el autor Miguel Sánchez Morón, el interés difuso es el de todos y el de cada uno, o, mejor dicho, es el interés que cada individuo posee por el hecho de pertenecer a una pluralidad de sujetos a que se refiere la norma en cuestión. El interés difuso supone un plus de protección o una protección diversificada de un

---

104 Op. Cit. Página 283.

105 Del autor, La Legitimación ... página 446.



bien jurídico: pública por un lado y de los ciudadanos por otro.<sup>106</sup> La jurisprudencia constitucional ha establecido que el interés difuso se caracteriza por:

- Un aspecto eminentemente subjetivo, el relativo a su pertenencia; y
- otro objetivo, relacionado con la incidencia del bien en la sociedad, que lo distingue de otras situaciones jurídicas.

a- Desde el punto de vista subjetivo: la pertenencia o titularidad de un interés difuso se encuentra difuminada en un grupo humano no individualizado, que coparticipa en el disfrute del bien jurídico objeto del interés, pero cuya conformación no resulta de un conjunto de sujetos identificable, abarcable y de contornos relativamente nítidos, como sí ocurre en el interés colectivo.

b- Desde la perspectiva objetiva, no todo interés “difuminado” adquiere la categoría jurídica de “interés difuso”, sino únicamente aquellos impregnados de una profunda relevancia social, cuya valoración resulta de las circunstancias de cada caso.

En este sentido, recientemente, en sentencia número 2001-08239, de las dieciséis horas siete minutos del catorce de agosto del dos mil uno, la Sala hizo nuevas consideraciones al respecto, a fin de concretar más su contenido y definición de este concepto:

*"En síntesis, los intereses difusos son aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente, pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación personal o ideológica, el consumo de un cierto producto, etc. El interés, en estos casos, se encuentra difuminado, diluido (difuso) entre una pluralidad no identificada de sujetos. En estos casos, claro, la impugnación que el miembro de uno de estos sectores podría*

---

106 Del autor, La participación del ciudadano ... página 117-118, citado por Jiménez Meza, Op. Cit. página 448.

*efectuar amparado en el párrafo 2° del artículo 75, deberá estar referida necesariamente a disposiciones que lo afecten en cuanto tal."*

En este escenario, el Doctor Jiménez Meza da un parámetro de identificación de las características fundamentales de los intereses que nos ocupan:

1. Corresponden a la realidad social imperante por situaciones caracterizadas por su enorme heterogeneidad y constancia emergente, siempre abierta a los intereses públicos y privados. Ni son intereses públicos ni son intereses privados, por lo que su dimensión subjetiva queda diluida en la misma generalidad receptora de la concreción de sus efectos.
2. Se diferencia de los intereses colectivos, en perspectiva rigurosa, al responder a éstos la defensa de intereses unificados bajo una misma entidad o un mismo grupo receptor, en última instancia, de los beneficios o perjuicios de las acciones incoadas para la defensa de intereses que son, diferencialmente, homogéneos y unitarios. Los intereses colectivos, en esta perspectiva, quedan engarzados en la dinámica protectora de los denominados intereses grupales.
3. La defensa de tales intereses no responde al típico esquema de los intereses legítimos y derechos subjetivos, toda vez que esta misma defensa nace en el encuadre de intereses que son de todos y de cada uno, paradójica pero realmente. Por ello responden más a un complejo de desorganización que de organización subjetiva para su defensa, aun cuando, sin duda, pueden hacerse valer por medio de identidades organizadas para la defensa de los intereses de toda la comunidad. Por ello, desde el plano procesal, son de todos y de ninguno.
4. Son intereses que en la actualidad carecen de relevancia protectora tanto en el procedimiento administrativo como en el jurisdiccional, sin excluir, claro está, el procedimiento político para la formación de las normas reguladoras. Y aun cuando de *lege ferenda* tengan una dimensión aplicativa

abstractamente concebida, pero de efectos singulares y fácticos, no tienen el suficiente soporte como para que esa generalidad o parte de ella participe, en cualquiera de sus vías, en su formación, determinación, defensa o concreción.

5. De lo indicado, los intereses difusos corresponden a esa gama de intereses supra individuales por la trascendencia misma y englobadora de su objetivo, sin que pueda advertirse la precisión subjetiva o sin advertida lo sería de manera equívoca o difícilmente, sin que los sujetos receptores e interesados estén unidos por algún vínculo jurídico previo y concertado. Los intereses difusos comparten la esencia universal, que se refleja en el ámbito de sus bienes repercutidos en la colectividad de las colectividades o si, se quiere, de una u otra forma, a escala mundial o interestatal.

Al respecto, la jurisprudencia ha considerado diversas ramas del derecho o sectores que gozan de tales características: el medio ambiente; el patrimonio cultural; la defensa de la integridad territorial del país; y el buen manejo del gasto público, entre otros.

A manera de ejemplo, la Sala Constitucional ha señalado que:

*“un daño ambiental no afecta apenas a los vecinos de una región o a los consumidores de un producto, sino que lesiona o pone en grave riesgo el patrimonio natural de todo el país e incluso de la Humanidad; del mismo modo, la defensa del buen manejo que se haga de los fondos públicos autorizados en el Presupuesto de la República es un interés de todos los habitantes de Costa Rica, no tan solo de un grupo cualquiera de ellos. Por otra parte, la enumeración que ha hecho la Sala Constitucional no pasa de una simple descripción propia de su obligación –como órgano jurisdiccional- de limitarse a conocer de los casos que le son sometidos, sin que pueda de ninguna manera llegar a entenderse que solo pueden ser considerados derechos difusos aquellos que la Sala expresamente haya reconocido como tales; lo anterior implicaría dar un vuelco indeseable en los alcances del Estado de Derecho, y de su correlativo «Estado de derechos», que – como en el caso del modelo costarricense- parte de la premisa de que lo que debe ser expreso son los límites a las libertades, ya que éstas*

*subyacen a la misma condición humana y no requieren por ende de reconocimiento oficial” (sentencia número 2001-8239, de las dieciséis horas siete minutos del catorce de agosto del 2001).” (S.C. Voto 03-11735)*

Desde esta perspectiva, la doctrina cita como materias susceptibles de cobertura de intereses difusos la protección de los consumidores, intereses relacionados a la protección del medio ambiente en general y la defensa de los valores históricos y culturales.<sup>107</sup> En este sentido, Ortiz Ortiz indica que en cuanto a su objeto y contenido, los intereses difusos están íntimamente relacionados con los derechos humanos y constitucionales, y con valores y bienes constitucionalmente protegidos, como el patrimonio artístico e histórico, la integridad de la familia, el dominio público fundamental, el ambiente seguro y saludable de las ciudades, los medios de comunicación colectiva.<sup>108</sup>

No obstante, no se ahondara en esta temática, por cuanto escapa de la presente exposición, no sin dejar latente lo interesante del tema, máxime tratándose de aspectos que han adquirido cierta relevancia a nivel de defensa de sectores específicos e intereses que atañen a la colectividad en general, y cuya tutela se establece como parte de ese contrapeso social que se puede establecer contra el funcionamiento administrativo que distorsiona el principio de juridicidad, distorsión que provoca alteraciones en esferas jurídicas que si bien no son susceptibles, en inicio, de ser individualizadas, -aun cuando pudieran serlo- incumben a la pluralidad de sujetos que integra la sociedad como concepto abierto y que por ende, al derivarse de derechos fundamentales, a decir del autoridad Eduardo Ortiz, ameritan un despliegue efectivo por parte del juez, susceptible a reorientar el equilibrio y la justicia social.

---

107 JIMENEZ MEZA, Manrique, *La Legitimación...*, páginas 451-458, para quien la doctrina ha evolucionado al punto de incorporar los intereses difusos dentro de la amplia gama de los denominados derechos sociales.

108 Del autor. Op. Cit. página 283.

Solamente se indicará que la Sala Constitucional ha reconocido, como derivado de la doctrina del numeral 50 de la Constitución Política, un interés difuso relacionado a la defensa del medio ambiente y su equilibrio, a partir de las cuales ha elaborado una teoría de legitimación directa en estos casos, lo que ha amparado en el siguiente razonamiento:

*"Esta Sala ha enumerado diversos derechos a los que les ha dado el calificativo de «difusos», tales como el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, entre otros. Al respecto deben ser efectuadas dos precisiones: por un lado, los referidos bienes trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se refieren en principio a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta; un daño ambiental no afecta apenas a los vecinos de una región o a los consumidores de un producto, sino que lesiona o pone en grave riesgo el patrimonio natural de todo el país e incluso de la Humanidad; del mismo modo, la defensa del buen manejo que se haga de los fondos públicos autorizados en el Presupuesto de la República es un interés de todos los habitantes de Costa Rica, no tan solo de un grupo cualquiera de ellos. Por otra parte, la enumeración que ha hecho la Sala Constitucional no pasa de una simple descripción propia de su obligación –como órgano jurisdiccional- de limitarse a conocer de los casos que le son sometidos, sin que pueda de ninguna manera llegar a entenderse que solo pueden ser considerados derechos difusos aquellos que la Sala expresamente haya reconocido como tales; lo anterior implicaría dar un vuelco indeseable en los alcances del Estado de Derecho, y de su correlativo «Estado de derechos», que – como en el caso del modelo costarricense- parte de la premisa de que lo que debe ser expreso son los límites a las libertades, ya que éstas subyacen a la misma condición humana y no requieren por ende de reconocimiento oficial. Finalmente, cuando el párrafo 2° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional habla de intereses «que atañen a la colectividad en su conjunto», se refiere a los bienes jurídicos explicados en las líneas anteriores, es decir, aquellos cuya titularidad reposa en los mismos detentores de la soberanía, en cada uno de los habitantes de la República. No se trata por ende de que cualquier persona pueda acudir a la Sala Constitucional en tutela de cualesquiera intereses (acción popular), sino que todo individuo puede actuar en defensa de aquellos bienes que afectan a toda la colectividad nacional, sin que tampoco en este campo sea válido ensayar cualquier intento de enumeración taxativa" (sentencia número 2001-08239, supra citada).*

Por su parte, en igual sentido, en sentencia número 2002-01220, de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del seis de febrero del año en curso, se indicó que el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se ha conceptualizado como un derecho de "tercera generación", que es derecho y deber de cada uno de los habitantes, y que como tal, sus valores gozan de una protección privilegiada mediante la cual cualquier persona puede reclamar su protección, precisamente basada en la autorización que al respecto confiere el artículo 75 párrafo 2° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, de manera que puede interponer directamente la acción de inconstitucionalidad, razón por la que, en los casos en que ni el interesado ni la resolución de curso de la acción se indique esa especial legitimación, la acción interpuesta es admisible, en el tanto se convierte en un medio de protección de ese tipo de intereses cuando lo reclamado sea la protección del medio ambiente y los recursos naturales. (S.C. Voto 03-6322)

Los intereses difusos son aquella especie de los intereses colectivos que ostenta un grupo sin personificación, aunque se encuentre organizado de hecho.<sup>109</sup> El profesor González Pérez, respecto de este tipo de interés, lo define de la siguiente forma: *“Parece que lo que caracteriza a los intereses difusos es corresponder a una serie de personas indeterminadas entre las que no existe vínculo jurídico, de modo que la afectación de todos ellos deriva de razones de hecho contingentes. No pertenecen a una persona determinada ni a un grupo nítidamente delimitado de personas de personas, sino a un grupo indeterminado o prácticamente de difícil o imposible determinación cuyos intereses tampoco se hallan vinculados por una relación jurídica concreta y se refieren a un bien indivisible, en el sentido de que es insustituible de división de cuotas o fracciones adjudicables a cada uno de los intereses.”*<sup>110</sup>

---

109 Jinesta Lobo, Ernesto. Manual del Proceso Contencioso-Administrativo. San José, CR, Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 63.

110 González Pérez, Jesús. Manual de Procedimiento Administrativo. Madrid, Civitas, 2ª. Ed. 2002, p. 164.

La Sala Constitucional en el voto 4808-99 de las 14.30 horas del 22 de junio de 1999 señaló: “... *el interés difuso comparte la sustancia o esencia universal en tanto se incluye en la categoría de bienes e intereses de efecto expandible, que con facilidad trasciende demarcaciones territoriales o artificiales. Es el interés difuso, desde el punto de vista material, el que es de todos y de cada uno, siendo que, procesalmente, es de todos y de ninguno, en el entendido de que nadie puede arrogarse el monopolio para su defensa efectiva o acaso aplicar la tesitura restrictiva en la defensa de bienes que por su naturaleza son de categoría universal...*”

Tomás Hutchinson los considera como intereses de pertenencia difusa atinentes a una pluralidad de sujetos en común<sup>111</sup>. Lo difuso en este caso es el grupo humano que coparticipa en el interés, más no el interés en sí mismo, en tanto puede concebirse de manera concreta, pero no así el grupo al cual se asocia. La particularidad medular de los intereses difusos es que entre los miembros que lo ostentan, no existe relación o vínculo jurídico alguno, como sería el caso de los usuarios o consumidores, a diferencia del interés colectivo en el que los miembros si se vinculan mediante relaciones jurídicas.

Los intereses difusos, dada su magnitud, se encuentran presentes en múltiples áreas. Dentro de éstas, podemos solo mencionar, a manera de ejemplo (no exhaustivo), la materia ambiental, derechos del consumidor, urbanístico, dominio público, seguridad y salubridad pública, moralidad administrativa, promoción de la competencia comercial, así como cualquier otro derecho que sea definido de esta forma por la Constitución o por la legislación vigente.

Con todo, los intereses difusos, pese a la indeterminabilidad de los componentes del grupo al cual se asocian, suponen una relación, al menos refleja, con el objeto

---

<sup>111</sup> Mosset Iturraspe, Jorge y otros. Daño Ambiental, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I, p. 243-244

de la causa. Esto es determinante para comprender la legitimación, la que entendemos como la habilitación jurídica que confiere una cualidad o poder jurídico para actuar en ejercicio de un derecho propio o en representación de otros. Con todo, se coincide con Bejarano Guzmán<sup>1127</sup> cuando, citando a Lozano-Higuero y Pinto, señala que un interés difuso puede convertirse en colectivo cuando el grupo afectado se identifica y organiza.

### **Concepto propio:**

**Así las cosas, desde el plano de este autor (postura personal) podemos conceptualizar el interés difuso como el interés atinente a una categoría indeterminada de sujetos, pero determinable a partir de la acreditación o verificación de concurrencia o coincidencia de condiciones comunes que le hacen identificable, o bien, de un vínculo común de interés.** Es decir, si bien el interés difuso no precisa de una determinación específica de pertenencia a un grupo, es preciso la existencia de un vínculo (siquiera remoto) con el marco común de intereses que son afines a una determinada categoría. Es dicho elemento de afinidad el que permite acciones a favor de todos quienes tengan relación con ese tipo de interés. A modo de síntesis en cuanto a esta categorización conceptual, se pueden realizar las siguientes consideraciones específicas:

1. Los intereses colectivos constituyen un grupo general a partir del cual se erigen los intereses difusos y los intereses colectivos *stricto sensu*. Todo interés difuso es colectivo, aun cuando no todo interés colectivo es por sí mismo difuso.
2. Los intereses colectivos no son más que el interés difuso de las colectividades menores.

---

112 En Justicia Ambiental. Op. Cit. Artículo “Aspectos comunes a las acciones populares y de grupo”. P. 272



3. Los intereses colectivos son propios de sectores o agrupaciones organizadas o formales determinadas o al menos determinables, la particularidad del interés colectivo es que es determinable por todos los sujetos del sector o grupo específico, pero que pertenece a cada uno de los miembros de dicha agrupación, pero a la vez a toda la colectividad de la cual forman parte. Los intereses colectivos son de categoría y atañen a colectividades necesariamente distintas de la colectividad global.
4. El interés colectivo se genera una vez que se produce la afectación a los intereses comunes de los miembros del grupo, ante el surgimiento de una relación jurídico administrativa con implicaciones hacia una pluralidad de sujetos que se asocian a intereses comunes de diversa índole.
5. Los intereses difusos son aplicables a la generalidad de sujetos que se ubican en una determinada condición jurídica o social y son intereses de cobertura universal.
6. Lo básico de los intereses difusos es la pluralidad de sujetos receptores, que no están unificados en una colectividad determinada o determinable y pertenece a grupos o sectores amplios de la colectividad, siempre que el actor pertenezca a ellos.
7. Los intereses difusos no pueden ser localizados en una colectividad concreta, por cuanto uno de sus elementos distintivos es la pluralidad de sujetos.
8. Los intereses difusos se sustentan en la protección de los derechos de todos y de cada uno, para aquellas áreas específicas que impliquen una afectación a la globalidad social, tales como la defensa del ambiente, protección del consumidor, defensa del patrimonio histórico y cultural, gasto público, entre otros.

De esta forma, la diferencia básica de ambos tipos de intereses radica en el elemento de la amplitud de sujetos que implican los intereses difusos y la

representación de intereses de organizaciones determinables, de grupos menores que implican los intereses colectivos.

La naturaleza de asuntos relacionados a los intereses difusos, asociados a derechos de goce universal de la sociedad, hace que el espectro de cobertura sea más amplio, en razón de que su aplicación no se sujeta a una organización en particular, sino que son asociables a la totalidad de sujetos que pueden verse afectados con una medida particular, como parte del todo social, apertura que no se presenta en los intereses colectivos *stricto sensu*, en tanto su legitimación será determinada por la circunscripción de los intereses comunes del grupo al cual pertenece el sujeto que alega su interés social.

En concreto, el Ordenamiento Jurídico en ocasiones confiere derechos o intereses de trascendencia colectiva e incluso, en algunas ocasiones, de índole universal en tanto atañen a cualquier sujeto, sin sujeción a criterios formales de correspondencia a un determinado grupo social, jurídico o político. De igual forma, todo derecho, para ser efectivo, debe tener mecanismos que permitan solicitar su aplicación debida, o bien su resguardo. De esta manera, el derecho otorga mecanismos de protección de esos derechos e intereses colectivos.

Los derechos e intereses colectivos o generales, o como se han denominado, supraindividuales, que originan acciones de esta índole, no atienden a listas taxativas, pero dentro de los campos en que son factibles podemos citar los siguientes: ambiental, derechos del consumidor, urbanístico, protección del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural, dominio público, seguridad y salubridad pública, moralidad administrativa, equilibrio ecológico y manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, conservación restauración o sustitución, promoción de la competencia comercial, así como cualquier otro derecho que sea definido de esta forma por la Constitución o por la legislación vigente.

Son materias que por sus particularidades afectan una generalidad de intereses, sin perjuicio de las afectaciones directas y personales. Ahora, los remedios

administrativos y judiciales para entablar las acciones en defensa de tales intereses y en ciertos casos, buscar la reparación por lesiones generales o colectivas, se han agrupado para efectos de claridad conceptual en el ámbito de la legitimación procesal y en la causa, en acciones colectivas, difusas, populares, de clase. Para tales efectos, resulta relevante precisar los alcances de las distintas categorías que se involucran en los denominados intereses supraindividuales, lo que resulta determinante de cara a establecer en que caso, el Ordenamiento Jurídico reconoce cada tipología de acción.

#### **5.4.2. Intereses Colectivos.**

Teniendo clara la noción del interés difuso, se ingresa ahora el concepto del interés colectivo. Este puede ser definido como el interés que incumbe a un grupo organizado, vinculados mediante predeterminadas relaciones jurídicas. Es usual confundir el interés difuso con el colectivo. Es decir, existe una relación jurídica subyacente de base entre los miembros, lo que deriva de la vinculación directa de sus componentes. Este vínculo supone, la mayoría de las ocasiones, que el grupo se encuentra organizado, usualmente, mediante figuras asociativas, o bien por un nexo que les relaciona con la parte contraria.

El interés colectivo se ha considerado como una variedad del interés legítimo, que se caracteriza por corresponder a una pluralidad de sujetos, en principio determinable. Es el interés coincidente y convergente de un grupo o segmento de la ciudadanía o de la sociedad, indistintamente del elemento que los caracterice.<sup>113</sup> Dentro de este planteamiento, la particularidad del interés colectivo es que es determinable por todos los sujetos del sector o grupo específico, pero que pertenece a cada uno de los miembros de dicha agrupación, pero a la vez a toda la colectividad de la cual forman parte. A decir del autor Miguel Sánchez

---

113 Op. Cit. página 223.

Morón, el interés colectivo es aquel que posee por igual todos los miembros de la colectividad o categoría social, en virtud de su pertenencia a la misma.<sup>114</sup>

En esta misma orientación, el interés colectivo corresponde a un grupo necesariamente distinto de la colectividad nacional y, por ello mismo, menor o parcial, dentro de otro más grande, que puede reputarse como total o general.<sup>115</sup> La causa de coincidencia genérica que defina al grupo puede ser de la más variada índole, al punto que la comunidad de los intereses puede devenir de causas materiales o bien de aspectos inmateriales como bien podrían constituir creencias, actividades comunes.

A criterio del autor Eduardo Ortiz Ortiz, para efectos de acción, el grupo se constituye después de la emisión del acto o norma lesivo, porque éstos hieren de forma simultánea y con lesión de la misma naturaleza, aún si en distinto grado a cada uno, toda una serie de individuos que se encuentran en la misma situación de hecho frente a la autoridad pública, y por ello, en la misma posición ante el acto o norma lesivos.<sup>116</sup>

De la anterior posición se deriva que la verdadera causa de nacimiento del interés colectivo es la emisión de un acto o norma administrativa que permita, sea mediante función administrativa activa u omisiva, o bien mediante aplicación directa de la norma, la creación de una relación jurídico- fáctica del acto o norma con respecto al grupo de sujetos que aquellas afecta o incumbe, de suerte tal que la materialización de este tipo de causa legitimante se activa una vez inducido en el cúmulo de intereses del grupo una lesión a afectación que les es común a todos los miembros de dicha colectividad sectorial. Desde este plano, y a decir de Eduardo Ortiz, el interés colectivo se puede considerar como la acumulación o sumatoria de

---

114 SANCHEZ MORON, Miguel. La participación del ciudadano en la Administración Pública. Citado por González Camacho Oscar, Op. Cit. página 223.

115 ORTIZ ORTIZ, Op. Cit. Tomo II, página 273.

116 Op. Cit. Ibídem.

los intereses particulares que han sido lesionados por el mismo acto o norma jurídica, pues cada miembro del grupo participa individualmente de la posición favorable frente a la autoridad pública y cada uno de ellos sufre las consecuencias del daño o lesión que se ha practicado a los demás miembros, dentro de un mismo grado de naturaleza.<sup>117</sup>

Considerado desde esta perspectiva, el interés colectivo involucra una bidimensionalidad de afectación de una conducta administrativa o de una norma jurídica, por un lado, la que se realiza al grupo desde un plano integral y genérico, lo cual invoca la arista pluralista, y por otro, el daño que padece cada uno de los miembros del grupo dentro de su percepción individual, pero como parte de aquel conglomerado. Este aspecto ha sido destacado por la doctrina nacional en el sentido de que el interés colectivo incluye un interés individual, el de sus componentes físicos, en tanto actores que participan e integran la cohesión que posteriormente, sustenta la naturaleza colectiva de su interés, aspecto que, para efectos legitimantes, otorga un interés legítimo, de cobertura individual y colectiva, y que por ende, al ser legítimo, faculta el ejercicio de su defensa y tutela mediante cualquier acción relacionada a aquel.

Sobre esta misma línea, el Tribunal Supremo Español, en sentencia 533/1997 del 27 de enero de 1997<sup>118</sup> ha indicado que *“los intereses colectivos se diferencian de los intereses personales en que no constituyen una simple suma de estos, sino que son cualitativamente diferentes, pues afectan por igual y en común a todos los miembros del grupo y pertenecen por entero a todos ellos”*.

Por su parte, Manrique Jiménez Meza, califica a los intereses colectivos como intereses de categoría, y como tales, constituyen un tratamiento parcial en el contexto del amplio colectivo impersonal y hasta indeterminado. Abunda dicho autor cuando indica que este tipo de intereses son imputables a los sujetos

---

<sup>117</sup> Op. Cit. Ibídem.

<sup>118</sup> Citada por González Camacho, La Justicia Administrativa, Op. Cit. Página 223

representantes de tales intereses, sea mediante asociaciones, organizaciones, entidades varias o aún incluso mediante grupos organizados en virtud de intereses compartidos frente a amenazas o perjuicios comunes.<sup>119</sup>

Nuevamente el autor Eduardo Ortiz da una interesante perspectiva de la visión de los intereses colectivos al indicar que los intereses colectivos se refieren a actividades que son frecuentemente el resultado del ejercicio de derechos humanos, o al menos, de derechos constitucionales.<sup>120</sup>

A partir de dichos componentes, el referido autor define a los intereses colectivos como uno que pertenece al individuo que participa en un grupo parcial o menor respecto de otro o de la Nación como un todo, que se distingue por el disfrute, en condiciones de igualdad para todos sus miembros, de un bien o de un servicio necesarios para el ejercicio de los derechos humanos o para la preservación y desarrollo de valores constitucionales.

En lo que se refiere a la clasificación de los intereses colectivos, algunos sectores de la doctrina se inclinan por la tesis de que estos intereses son el conjunto general del cual se desprenden los intereses difusos y los colectivos en sentido estricto<sup>121</sup>. Otra fracción de la doctrina se inclina por la posición de que los intereses colectivos son una subespecie de los intereses difusos, por ser aquellos intereses de categoría que por tanto constituyen un tratamiento parcial, y que por ende constituye al interés colectivo no en un interés general, sino grupal.

---

<sup>119</sup> Del autor, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*. 3ª. Ed. San José CR. IJSA, 2000. página 447.

<sup>120</sup> Ortiz Ortiz, Op. Cit. Página 275.

<sup>121</sup> En esta corriente se pueden ubicar los autores Eduardo Ortiz, Tesis ... Tomo II, Oscar González Camacho, *La Justicia...*, Miguel Sánchez Morón, *La participación del ciudadano...* En este sentido, Manrique Jiménez, *La Legitimación ...*, página 445, indica que todo interés difuso es colectivo, pero no siempre el colectivo es difuso.

En el plano de la jurisprudencia constitucional costarricense, el máximo intérprete constitucional ha establecido que la tenencia de este tipo de intereses no faculta la interposición de la acción de inconstitucionalidad. En este sentido se ha indicado:

*“Sobre la defensa de intereses que atañen a la colectividad en su conjunto, se refiere a intereses de naturaleza corporativa de una colectividad concreta, y sistemáticamente ha rechazado la legitimación para accionar directamente en esta vía de control de constitucionalidad de quienes sólo ostenten un interés por la legalidad constitucional, porque esto supondría admitir la existencia de una especie de acción popular que nuestro ordenamiento, en general, rechaza”* (sentencia número 2621-95 de las quince horas treinta y tres minutos del veintitrés de mayo de 1995).

Dicho lo anterior, el autor Eduardo Ortiz establece las siguientes particularidades de los intereses colectivos:

- Tienen por objeto un bien o servicio de disfrute colectivo o privado, condición para el disfrute de otro bien público de uso colectivo.
- El disfrute del bien o servicio en igualdad de condiciones, determina la posición homogénea de todos los miembros del grupo y la existencia de este mismo, que se distingue por ese disfrute,
- El grupo siempre es parcial o menor, y nunca puede ser la colectividad nacional en su conjunto;
- Cada miembro del grupo disfruta individualmente del bien o servicio colectivo, por lo que tiene un interés personal en ese disfrute, no obstante, el carácter colectivo del mismo,
- El bien o servicio objeto del disfrute del interés colectivo son normalmente necesarios para el ejercicio de derechos humanos o constitucionales, o para la preservación de valores y bienes consagrados y protegidos por la Constitución.

A estas generalidades se podría agregar las siguientes:

- se refieren a una agrupación de personas determinada o determinable, en el sentido de que, si bien la organización o comunidad de ligamen no está determinada, puede ser susceptible de determinación de forma posterior
- se requiere de un mínimo de organización que, a decir del profesor Oscar González, otorgue un mínimo de autonomía y dinamismo con alguna consistencia.
- No ostentan una personalidad jurídica. En ese tanto, si la ostentaren, distinta sería la figura a aplicar, en tanto la organización como tal personificada, contaría, ante eventuales lesiones o conductas lesivas, con una esfera jurídica que potencia el despliegue del ejercicio procesal, que estaría legitimado por el solo hecho de ser ya una persona jurídica.
- Tienen un elevado grado de solidaridad e interdependencia. El interés colectivo es el interés de todos.<sup>122</sup>

Desde este plano, se considera que el interés colectivo es la aplicación concreta y determinable de los intereses difusos, es decir, aquellos serían los intereses difusos de comunidades de intereses organizadas en grupos que permiten la determinación de sus componentes. En este punto cabe diferenciar de la convergencia de varios tipos de intereses que se encuentran involucrados en el marco de la colectividad. En efecto, la vinculación jurídica lleva a la aparición de un grupo organizado que en sí mismo, engloba por presunción, los intereses comunes de una categoría de sujetos que lo componen. En este plano, surgen al menos tres tipos de intereses que individualmente analizados, determinan cuadros especiales de legitimación. Veamos:

1. El interés de la agrupación o colectivo como un todo, quien, dentro de su colectividad, actúa en virtud de una legitimación general, en defensa de los

---

<sup>122</sup> González Camacho Oscar, Op. Cit. Página 225.



intereses de sus componentes. Es lo usual que busque la defensa de los intereses de sus afiliados, pero en sí mismo, el grupo no puede percibir indemnizaciones por daños que hayan ocurrido en la esfera individual de cada uno de sus miembros, pues en este caso, el derecho de compensación estriba en esa persona directamente afectada. Ello sin perjuicio de las posibles afectaciones que puedan generarse a la personificación en sí.

2. Intereses de los componentes. Son defendidos por la agrupación, pero deben ser considerados de manera separada. No en todas las ocasiones, existe una armonía de los intereses de la asociación con el de sus componentes. En teoría, se trata de un caso extremo, pero no imposible.

3. Intereses individuales de sus componentes. El colectivo agrupa los intereses individuales de los sujetos que lo integran. La vinculación de esos intereses individuales es el ligamen jurídico que hace surgir el colectivo. Empero, esos intereses individuales pueden verse lesionados en esa esfera de individualidad, suponiendo tipos especiales de legitimación que solo el titular de ese derecho o interés podría receptor. De nuevo, se trae a colación el caso de un daño ecológico colectivo, que lesiona el derecho al ambiente sano de todas las personas, pero que a su vez, ocasiona una lesión patrimonial o extra patrimonial en la esfera jurídica de uno de sus componentes, como podría ser, producto de la tala no fiscalizada, se lava el terreno, causando un terraplén que falsea el suelo de un inmueble, ocasionando el colapso de la edificación, o bien, los padecimientos de salud a raíz de cloacas a cielo abierto o contaminación por desechos sólidos no recolectados en tiempo.

En el primer caso, sea, daño colectivo, es evidente que la colectividad puede plantear una acción colectiva, v.gr., vecinos de un determinado pueblo organizados mediante una Asociación de Desarrollo, reclama a la municipalidad para que realice su deber de recolección de basura con la periodicidad debida, pues debido a la tardanza en esta acción, se crean botaderos a cielo abierto, o bien, la Asociación de Vecinos de Río Azul por el indebido tratamiento de los desechos, que provoca

malos olores en toda la comunidad. No hay duda que, en ese supuesto, tanto el colectivo como cualquier persona, podrían emprender acciones contra tales falencias. Sin embargo, si la pretensión se direcciona a imponer la responsabilidad civil por concepto del daño que se ha ocasionado a un grupo determinado de vecinos que han visto afectada su salud y han tenido que incurrir en gastos y tratamientos médicos, no estaría legitimada la asociación para recibir posibles indemnizaciones.

Dentro de los intereses colectivos, caracterizados, se insiste, por la concurrencia de varios factores, dentro de los que destacan la determinabilidad de sus componentes, así como la organización formal que los agrupa, se encuentra la categoría denominada INTERESES CORPORATIVOS. Este tipo se encuentra reconocido como marco legitimante activo supra individual, en la letra del artículo 10 inciso 1) letra b) del CPCA y supone el interés común de un grupo organizado que representa intereses de tipo gremial, profesional o económico.

En este ámbito, como sub especie de un interés colectivo, es claro que opera la triple concurrencia de intereses en juego, los que, no en toda ocasión armonizan, siendo que pueden antagonizar o contraponerse. Así, el interés de la corporación, como entidad que representa esos intereses comunes, bien puede dictar actos que impongan situaciones de contenido negativo o gravoso para sus integrantes representados. Como también puede darse el caso de que los actos que concretan la supuesta tutela de los intereses representados, impongan afectaciones de orden individual y singular en detrimento de la situación jurídica de uno de sus componentes.

Desde ese plano, es menester precisar que, en los intereses colectivos, lo que incluye los corporativos, las acciones legales que se sustentan y amparan en este tipo de legitimación, han de ser direccionadas al resguardo y tutela de los intereses del grupo, no así de los intereses de sujetos individuales del grupo. Ergo, la acción tiene por objeto un beneficio en esa generalidad representada, sin que se pueda obtener en su virtud, declaraciones de contenido individual. Esto lleva a que, en

virtud de este tipo de acciones, no puede requerirse una protección que solamente busca favorecer a un sujeto, aún y cuando sea parte del interés común representado. Sería el caso de una acción judicial formulada contra un acto de alcance individual o bien, de un reclamo de orden patrimonial. En ese sentido, la eventual estimación de un acción colectiva o corporativa, no puede constituir una base legítima para la estimación de derechos patrimoniales de orden concreto. Si bien el reconocimiento de una situación favorable al colectivo representado puede constituir el referente necesario para posteriores reclamos patrimoniales de orden particular, no se estima que esta categoría permita la declaración de derechos patrimoniales de manera abstracta, a modo de derecho que pueda luego liquidarse de manera concreta en fase de ejecución de sentencia. Dada la especificidad del impacto en cada esfera jurídica individual, pues la afectación no es homogénea para cada integrante del colectivo, a la luz del ordinal 196 de la LGAP, el daño reparable debe ser individualizable, pero además efectivo, cuestión que solamente puede ser ponderada frente a cada situación concreta y específica. Ello no es propio de una instancia de ejecución, por lo que cada reclamo de este orden debe ser ventilado en un proceso específico.

#### **5.4.3. Acción Popular y Class Action**

El tratamiento que se ha dado al tema de la legitimación en cuestiones que atañen a todas las personas, los derechos que se confieren a todos con independencia de su condición jurídica, ha sido tratado, mayoritariamente por el concepto del interés difuso. Empero, en ciertas áreas, se otorga una legitimación irrestricta que permite a cualquiera, establecer las acciones que busquen la defensa de un determinado derecho o interés jurídico.

Se trata de acciones que permiten a toda persona plantear las acciones administrativas o judiciales, al margen de que pertenezcan a una categoría o grupo organizado, o bien a una categoría difusa, no organizada, aspectos que ya hemos tratado. Es decir, este grado de legitimación no precisa de la acreditación, o al menos conjetura, de vinculación con un interés común, en razón de que el interés

jurídico tutelado es independiente de todo grado de relación común. Ergo, la acción popular es absolutamente independiente de estas consideraciones, sin que sea menester precisar un análisis de relación de afinidad o pertenencia. Incluso, este tipo de acción permite a cualquier persona, aún y cuando no tenga el mínimo riesgo de afectación de su situación jurídica, de exigir la tutela judicial frente a conductas o inercias públicas. Atendiendo a esta desvinculación con todo elemento relaciona, justamente el artículo 10 inciso 1) letra d) del CPCA, habilita esta legitimación, pero reservado a norma expresa habilitante, como actualmente opera en materia ambiental por virtud del artículo 105 de la Ley de Biodiversidad, No. 7788.<sup>123</sup>

### ***Class action.***

Surge en este espacio las denominadas acciones de clase (class action), que permiten a quien estén situados en una determinada clase, accionar o reaccionar contra las acciones u omisiones que les resulten lesivas o potencialmente dañinas a sus intereses. Hutchinson define la class action como la acción que reúne todas las demandas de un elevado número de demandantes frente al mismo demandado o demandados.<sup>124</sup> Williams agrega que todas las demandas deben tener el mismo contenido<sup>125</sup>. Desde este plano, este tipo de acción ofrece la posibilidad de extender la acción indemnizatoria ejercitada por representantes a todos los sujetos integrantes de una categoría, con independencia de si participaron o no en la contienda.

---

<sup>123</sup> Este precepto reconoce la acción popular en acciones de tutela de biodiversidad, concepto que permite su reconocimiento y extensión a toda la materia ambiental. Señala ese numeral: “*Acción popular Toda persona estará legitimada para accionar en sede administrativa o jurisdiccional, en defensa y protección de la biodiversidad.*”

<sup>124</sup> Del autor, Op. Cit. pp. 263.

<sup>125</sup> Williams, A proposal for class actions Under competition policy legislation, Ottawa, 1976, p. 21, citado por Hutchinson, op. cit. p. 263-264.

En esencia, permite a una de las partes la posibilidad de hacer valer en juicio no solo el derecho propio sino el de otros tantos que formalmente no son partes en el proceso, sin requerir de estos una autorización. Aquí, el juzgador debe cotejar que el accionante en efecto forme parte de la clase a la cual pretende extender su acción. En ese tanto, satisfecho ese presupuesto, el pronunciamiento judicial valdría para todos los miembros de la clase jurídica. Tal figura no debe confundirse con una mera sustitución procesal, en tanto en esta, el número de sujetos está determinado y se encuentran identificados, lo que no sucede en la *class action*. Tampoco se trata de una acción popular, ya que, en esta última, puede iniciar el reclamo cualquier persona, mientras que en la acción de clase se trata de la sumatoria de una serie de acciones particulares. Desde luego que no se trata de un litisconsorcio pues en este deberían concurrir todos los sujetos.

Para Hutchinson<sup>126</sup> la *class action* bien podría aplicarse a los litigios emprendidos por la defensa del ambiente, por cuanto la mayoría de los casos afecta a un número considerable de personas. Pese a reconocer que en doctrina se discute la posibilidad de este tipo de acción para los casos específicos de daños, por ser estos de carácter personal, advierte que esta acción sería incompatible con el resarcimiento económico del daño, pues si sería posible para buscar otras formas de reparación in natura, como sería imponer obligaciones al infractor para la reparación del ecosistema y abstenerse de incurrir en esas conductas de nuevo.

Aunado a ello, puede darse el caso de que esta acción sirva para preconfigurar la responsabilidad de un sujeto de manera general, sirviendo de base para los posteriores procesos para determinar individualmente la indemnización o reparación económica. Por lo pronto, esta categoría no se encuentra reconocida en el sistema procesal contencioso administrativo costarricense.

---

126 Op. Cit. P. 266-268.

### ***Acción popular.***

Esta evolución ha dado pie a lo que se conoce como la acción popular, esa que como se ha señalado, legitima a cualquier persona para accionar. La tenencia de este grado de poder no infiere *per se* un derecho irrestricto a obtener lo pedido. Se impone acá nuevamente, una diferencia entre la legitimación en el proceso y en la causa. La legitimación que por virtud de la acción popular viene conferida, faculta para interponer procesos o procedimientos, más no para servir de base a indemnizaciones o reparaciones que solo serían posibles de existir un nexo objetivo directo e inmediato con la causa del litigio.

Sin embargo, las bondades de este tipo de marco legitimante no son irrestrictas. Jurisprudencialmente se ha indicado que la acción popular de manera abierta no existe en el marco jurídico costarricense, sino que solo es posible en aquellos casos que de manera expresa haya sido otorgada por las diversas fuentes normativas. El ejemplo más claro para los efectos del presente reporte, es la legitimación que confiere el tantas veces citado numeral 50 de la Carta Magna, respecto de la posibilidad de que cualquier persona pueda accionar o denunciar las lesiones ambientales y requerir la reparación del daño ecológico. Se trata de una verdadera acción popular reconocida por el constituyente para la defensa del ambiente.

Este tipo de acción se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico patrio en diversas regulaciones. Un ejemplo es el Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley no. 8508, el cual, se reitera, en el aparte 10 inciso 1) letra d) reconoce la legitimación para demandar a: *“Todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga expresamente, a ley.”*

Otros ejemplos de regulaciones que consagran este tipo de acciones son los siguientes:

- La Ley Orgánica del Ambiente, No. 7554 en su numeral 2 inciso a) proclama que el ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la nación, indicando luego que: *“El Estado y los particulares deben participar en su conservación y utilización sostenibles, que son de utilidad social”*.

- La Ley de Biodiversidad, Ley no. 7788, dispone en su regla 105: “*Acción popular. Toda persona estará legitimada para accionar en sede administrativa o jurisdiccional en defensa y protección de la biodiversidad.*”
- Esa misma fuente normativa en el artículo 9, inciso 4) respecto de la biodiversidad señala: “*El Estado y los particulares velarán porque la utilización de los elementos de la biodiversidad se utilice en forma sostenible, de modo que las posibilidades y oportunidades de su uso y sus beneficios se garanticen de manera justa para todos los sectores de la sociedad y para satisfacer las necesidades de las generaciones futuras.*”

Dentro de las materias en las que aplica este tipo se puede mencionar, además de la ambiental, las acciones de tutela de bienes demaniales (arts. 261, 262 del Código Civil), manejo de fondos públicos (Ley No. 7428), prestación de servicios públicos de orden general (Ley No. 7593), y en determinados supuestos del derecho de consumo, al socaire de la Ley No. 7472.

De esa manera, el detalle caracterizante de este tipo de instituto es que supone la concurrencia de un interés legítimo que prescinde de cualquier criterio de vinculación con determinado objeto y se constituye en un marco genérico y amplio, que previa habilitación expresa de ley, permite a cualquier persona, con independencia de su pertenencia o no a una determinada (o determinable) categoría jurídica), y con prescindencia de la afectación directa o refleja, tangible o potencial de su situación jurídica, reacciones frente a acciones u omisiones públicas que inciden en campos o espectros que se consideran parte de su situación jurídica tutelable.

La principal diferencia, por tanto, con los intereses difusos, es que la necesidad, en estos últimos, de la acreditación de un vínculo común de interés, como presupuesto de justificación de pertenencia al grupo indeterminado, situación de la cual se prescinde por completo en las acciones populares.

## 5.5. Regulación de las acciones supra individuales.

El CPCA no pasa de lado por la clasificación aludida. En efecto, en el numeral 10, dedicado a regular los diversos supuestos de legitimación activa, el inciso 1), ítems b), c) y d), reconoce de manera expresa la tutela de los intereses de tipo supra individual de la siguiente manera:

*“1) Estarán legitimados para demandar:*

*a) ...*

*b) Las entidades, las corporaciones y las instituciones de Derecho público, y cuantas ostenten la representación y defensa de intereses o derechos de carácter general, gremial o corporativo, en cuanto afecten tales intereses o derechos, y los grupos regidos por algún estatuto, en tanto defiendan intereses colectivos.*

*c) Quienes invoquen la defensa de intereses difusos y colectivos.*

*d) Todas las personas por acción popular, cuando así lo disponga expresamente, la ley.”*

En la sentencia 156-2018-VI de las las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre del dos mil dieciocho, el Tribunal Contencioso Administrativo precisó sobre esta tipología, a la vez que precisó la necesaria acreditación del vínculo común de interés que ha de producirse como parte de la denominada legitimación difusa. En ese sentido precisó:

*“... Es claro que el CPCA regula tipos de legitimación que permiten la tutela de los derechos o intereses supraindividuales, sea, aquellos que impactan o son propios de categorías de sujetos y que no se agotan en una incidencia individual. El artículo 10, inciso 1, letras b), c) y d) del CPCA, reconocen la legitimación corporativa, la colectiva, la difusa y finalmente la denominada acción popular. En la acción corporativa, se trata de la defensa de una categoría determinada de sujetos, agrupados bajo un esquema formal de organización, vinculados por intereses de carácter económico, gremial o profesional. Por su parte, la legitimación colectiva atañe a una*



*categoría determinada de sujetos, asociados bajo es un esquema formal organizativo, vinculados por intereses comunes. De lo dicho se desprende que la legitimación corporativa es una subespecie de la colectiva. La legitimación difusa es la que corresponde a una categoría indeterminada de sujetos, pero determinable a partir de la acreditación de un vínculo común de intereses. Finalmente, la acción popular permite, a cualquier sujeto u organización, al margen de la existencia o no de un vínculo común de interés, ejercer una determinada acción, siempre que se encuentre previamente habilitada esa modalidad por ley. En todos los casos, la acción supone la defensa de los intereses que son afines a una categoría determinada o indeterminable de personas. Tal ejercicio no es propio de las acciones que tienen por objeto la tutela de una situación individual, aún y cuando el sujeto afectado sea parte del colectivo, pues en tal caso, no se presenta el efecto de beneficio genérico que particulariza ese tipo de acciones. (...)*”.

Ese fallo realiza precisiones relevantes en cuanto a la concreción del concepto de cada uno de esos tipos legitimantes. Se comparte ese desarrollo que refleja y expone de manera directa y de fácil comprensión, la diferencia sustantiva entre ese tipo de acciones supra individuales.

En cuanto a los intereses gremiales, se insiste, son intereses de orden colectivo, representados bajo un esquema formal de organización, y que constituyen intereses de tipo económico, profesional o gremial que forman parte de la categoría de Interés Corporativo. Sobre esa tipología, en la sentencia No. 153-2012-VI de las 08 horas 45 minutos del 06 de agosto del 2012, el Tribunal Contencioso Administrativo analizó su alcance sustantivo en un caso en el que la Cámara Nacional de Bananeros (CANABA), ejercía acciones judiciales en contra de un desarrollo portuario para la construcción de la Terminal de Contenedores de Moín (hoy en día en operación) bajo el esquema de concesión al tenor de la Ley de Concesión de Obra Pública, No. 7762. En ese conflicto, la Contraloría General de República, órgano accionado por haber refrendado el contrato respectivo, adujo la falta de legitimación activa de dicha cámara, alegando, que no reunía los intereses de todo el sector bananero, siendo que afilia a todos los productores e incluso,

algunos de sus afiliados retiraron el apoyo. En concreto, el órgano contralor reprochó, pese a la regulación del CPCA, no ha quedado claro cuáles son los intereses que pretende tutelar la demanda. Entendiendo que invoca un interés de carácter gremial, surgen dudas si esa cámara está legitimada para defender el gremio en su conjunto. Frente a esas alegaciones, el Tribunal Contencioso Administrativo entendió la concurrencia de este tipo de legitimación por las siguientes razones:

*“... Sobre el particular, cabe señalar, la participación de CANABA pretende establecerse conforme a la figura del interés gremial que tutela el numeral 10 inciso primero subinciso b del CPCA. Ciertamente puede cuestionarse si esa Cámara reúne a todos los productores y exportadores de banano del país, empero, la figura en cuestión no exige una adhesión de la totalidad de personas que se dedican a una determinada actividad para poder ejercitar ese carácter de defensa representativa de un gremio o sector específico. Cabe destacar que este tipo de legitimación busca establecerse como un marco que permite el ejercicio de acciones con proyección supra individual, es decir, busca la tutela de intereses colectivos propios de las personas que integran el gremio o corporación representada. Desde este plano, el esquema de organización que presenta CANABA, le empodera para formular acciones como la presente, en la medida en que, al menos en grado de probabilidad, la operación de la TCM objeto de cuestionamiento puede llegar a tener incidencia en el marco de actividades de sus agremiados, con independencia de si comprende a la totalidad de actores del sector bananero nacional. Nótese que no se peticiona efecto particular alguno para una determinada empresa, en cuyo caso, la legitimación debería ampararse no en el inciso b) aludido, sino en la legitimación directa del inciso a), que propende a tutelar derechos subjetivos e intereses legítimos. Sin embargo, esta causa estriba en pretensiones de carácter general desde el punto de vista de los efectos en el sector representado. Lo mismo cabe señalar en cuanto al alegato de no utilizar barcos porta-contenedores, pues el que a la fecha determinado grupo de exportadores no los utilicen, no implica que el sistema de gestión portuaria que pretende incorporar el diseño de la TCM, no sea utilizado por esas entidades representadas. Sobre la*

*negativa de la legitimación activa por la falta de cuestionamiento del cartel, será un tema a abordar infra. En consecuencia, no observa este Tribunal defecto en la legitimación de CANABA, dadas las pretensiones concretas formuladas, ante lo cual, la defensa debe ser rechazada.”*

Como se observa, esa regulación y su aplicación, genera una importante apertura en la tutela de las situaciones jurídicas que trascienden la esfera individual de una persona y se insertan en afectaciones pluralistas, que permiten un control plenario de la función administrativa.

Finalmente, cabe precisar que este detalle es necesario para discriminar los tipos de relaciones jurídicas que dan paso las formas de supresión oficiosa de actos de contenido favorable que adelante serán tratadas, siendo una base necesaria para el correcto abordaje de lo que adelante nos ocupará. Lo anterior en la medida que, dadas las implicaciones de las relaciones jurídico administrativas, si bien la Administración cuenta con una serie de potestades (a modo de poder-deber) y competencias, como mecanismos de habilitación de conductas direccionadas a satisfacer el interés público, como correlativo y límite de ese empoderamiento, el mismo Ordenamiento Jurídico confiere al administrado una serie de derechos y garantías.

Dentro de esa dinámica, es claro que la emisión de conductas que impacten de manera negativa en la esfera jurídica del destinatario, ha de estar no solamente habilitada por norma expresa, como derivación de la legalidad negativa, sino que ha de ajustarse en los mecanismos procedimentales que impone la ley para esos efectos. Igual rigor se impone tratándose de comportamientos que tengan como finalidad la supresión de situaciones favorables que se han constituido en la esfera jurídica de la persona a partir de actos propios de la Administración Pública. La máxima de intangibilidad de ese tipo de conductas, en detrimento o perjuicio de la persona destinataria, impone la satisfacción del esquema de garantías que en ese particular establece la normativa administrativista. Lo dicho es eje común en cualquier tipología de relación jurídico administrativa, lo que incluye, sin duda, los vínculos de orden fiscal, que se componen a partir de la obligación tributaria. Tal

especie será abordada en el Capítulo 4, empero, de previo a ese abordaje, se insiste, es necesaria la comprensión de esas formas de supresión por medios oficiosos, así como las diversas categorías de las situaciones jurídicas de la persona. Esto último, ha sido recientemente abordado, siendo que, de seguido, se ingresará al análisis de esas modalidades procedimentales que se imponen a la Administración Pública como medio o herramienta de supresión de sus propios actos de contenido favorable a terceros.

## CONCLUSIONES GENERALES CAPÍTULO 1.

- La relación jurídico administrativa constituye un vínculo entre una AP en ejercicio de función administrativa y una persona administrada, destinataria del ejercicio de esa potestad, regulada por el Derecho Administrativo.
- La relación jurídico administrativa constituye en el referente a partir del cual se configuran potestades administrativas (y competencias), pero a la vez define la situación jurídica de la persona.
- El CPCA formaliza y regula la tipología de situaciones jurídicas individuales y supraindividuales, sentando reglas claras en cuanto a las condiciones legitimantes para cada una de esas categorías.
- La jurisprudencia de la Sala Primera se ha encargado de precisar los alcances conceptuales de las categorías legitimantes de situaciones individuales, con proyecciones que pueden ser limitativas al ejercicio y tutela debida de aquellas.
- Las diversas situaciones jurídicas tutelables pueden ser de orden individual o supra individual. En la primera categoría, se identifican los derechos subjetivos, los intereses legítimos y los intereses legítimos reforzados. Dentro de la arista supra individual, resaltan los intereses corporativos, colectivos, difusos y los propios de la acción popular, esta última solamente aplicable por habilitación expresa de ley.
- El concepto de derecho subjetivo supone la concurrencia de los factores de titularidad singular, ejercicio y oponibilidad del contenido fijado por el Ordenamiento Jurídico, así como de la exigibilidad de un comportamiento de un tercero, obligado frente al contenido del derecho en cuestión. Dicha exigibilidad se impone, incluso, por medios coactivos que fijan las normas. La conducta concreta que se desprende del derecho subjetivo, si bien ha sido definida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia como meramente prestaciones, incluye, a no dudarlo, conductas de abstención,

sea, conductas de contenido activo u omisivo. Es el mismo Ordenamiento Jurídico, así como la fuente creadora del citado derecho, la fuente que detalla y concreta el tipo de comportamiento y obligación inherente al contenido del derecho, sin que pueda limitarse esa cuestión a prestaciones.

- El reconocimiento expreso del deber de tutela del interés legítimo reforzado, es un logro en el garantismo subjetivo que impone el numeral 49 de la Constitución Política. Las expectativas reforzadas, en tanto cimentadas en una posibilidad objetiva de ocurrencia, ostentan un nivel de protección mayor a los intereses simples, aún y cuando ambos, sin duda, son tutelables por la legalidad administrativa. En cada caso, la aproximación causal determina si la expectativa es simple o reforzada, lo que es determinante para la delimitación de las acciones afirmativas que sean de rigor para el resguardo de esas situaciones jurídicas positivas.

## **CAPÍTULO II.**

### **FORMAS ADMINISTRATIVAS DE SUPRESIÓN DE LAS CONDUCTAS PÚBLICAS.**

**CONTENIDO TEMÁTICO:** 1. Generalidades sobre la potestad de supresión oficiosa de conductas administrativas. 2. La supresión oficiosa de las conductas públicas de contenido favorable. 3. La revocación administrativa de actos favorables. 3.1. Generalidades y concepto. 3.2. Elemento Subjetivo. 3.3. Elemento objetivo. Tipología del acto revocable. 3.4. Sobre las causas de la revocación. 3.4.1. Situaciones de hecho inexistentes al dictar la conducta y la revocación por cambio de circunstancias. 3.4.2. Revocación por valoración diversa de circunstancias. 3.4.3. Una modalidad excepcional de cambio de circunstancias: los cambios en el régimen jurídico. 3.5. Elemento procedimental e indemnizatorio. 4. La anulación oficiosa en sede administrativa. 4.1. Preámbulo. Principio de intangibilidad. Finalidad. Regulación legal. 4.2. Elemento subjetivo activo. 4.2.1. Entes menores y Poderes del Estado. 4.2.2. Nulidad de actos de órganos desconcentrados. Dilema operativo. 4.3. Parte pasiva del procedimiento. 4.4. Elemento Objetivo. El acto nulo. Condiciones. a. Acto administrativo; b. De alcance concreto; c. Generador de derechos o situaciones favorables; d. Absolutamente nulo, evidente y manifiesta. 4.5. Elemento temporal. 4.6. Inaplicabilidad del término a los bienes demaniales. 4.7. Efectos de la declaración. Dimensionamiento.

#### **1. Generalidades sobre la potestad de supresión oficiosa de conductas administrativas.**

La definición más aceptada, y sencilla de función administrativa, la ha entendido como toda forma de manifestación de voluntad administrativa, sea formal o materia, activa u omisiva, positiva o negativa. Como quiera que se comprenda, al margen de la pluralidad de opciones conceptuales que ofrece la figura, es claro que uno de los componentes determinantes y sustanciales de dicho término, es precisamente el despliegue de efectos que pretende producir, lo que supone, que el ejercicio del poder administrativo busca y tiene por objeto, impactar en una esfera jurídica destinataria. La recepción de los efectos actuales o potenciales de esas conductas forma parte de la denominada relación jurídico-administrativa, en la medida en que la bilateralidad compositiva de dicho vínculo es precisamente componente

fundamental del ejercicio de la potestad administrativa, cuyo efecto busca generar una determinada consecuencia, bien de manera general o individual, según se trate del aspecto a regular.

Lo determinante es que todo ejercicio administrativo, por tesis de principio, busca la producción de un efecto, inserto en su contenido (como elemento material objetivo). Pues bien, dada esa incidencia material, puede darse el caso que los efectos del acto no se correspondan con el fin público que se busca tutelar, sea porque la conducta no satisface de manera adecuada los intereses públicos, por variación de condiciones ponderadas al momento de su adopción, o bien por la simple razón de que el acto ha sido considerado como ilegítimo. En esa proyección, la pervivencia del acto y de sus efectos no se correspondería con el principio de legalidad administrativa.

Lo anterior pone de manifiesto que la necesidad de supresión del acto administrativo puede derivar no solamente de la eventual patología que le afecta, se manera originaria o sobrevenida, sino, además, por la divergencia de su contenido y efectos con los intereses públicos que le han dado cabida y fundamentan su existencia, de modo que en la medida en que ha sido adoptado, su permanencia no se constituya en un medio eficiente o adecuado, o bien, conveniente, para tutelar el interés público. De esa manera, según se trate de la razón de base sobre la cual, el acto presente un antagonismo con el Ordenamiento Jurídico al que se encuentra afecto y sujeto, o bien, se incongruente con los intereses a tutelar, es menester acudir a determinadas formas jurídicas y procedimentales para su supresión.

Ahora bien, dado ese contraste entre el contenido del acto (y como parte de ello sus efectos), y los intereses públicos o el Ordenamiento Jurídico, en su versión más simple, la invalidez de las conductas administrativas consiste en la disconformidad de una determinada conducta (o acción) administrativa con el ordenamiento jurídico que la fundamenta, pero a la vez, delimita su contenido. En esa línea de proyección conceptual se erige el numeral 128 de la LGAP en cuanto señala: "*Será válido el acto administrativo que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico,*



*incluso en cuanto al móvil del funcionario que lo dicta."* La citada norma encaja con la percepción que plasma el ordinal 158.2 de ese mismo cuerpo legal en cuanto señala: "2. *Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico."*

A partir de ese contenido, para los efectos del régimen estatuido por la LGAP, la nulidad o invalidez, se condiciona a la concurrencia de varios elementos condicionantes; por un lado, el antagonismo del comportamiento público con el conjunto de normas al que se encuentra sujeto y expuesto. Según el grado de afectación, esa patología puede ser de grado absoluto o relativo, tipología que será abordada con el detalle debido en el aparte del elemento objetivo de la lesividad.

En cuanto al parámetro de cotejo, en la medida en que el mismo ordenamiento jurídico aplicable (LGAP), señala que la invalidez dimana de la disonancia con el plexo normativo, un primer aspecto elemental es la definición o demarcación, de qué ha de entenderse como "Ordenamiento Jurídico", para estos efectos. En esta línea, resulta innegable que la Administración Pública, como tesis de principio, ha de encausar sus conductas (cualesquiera que estas sean y su forma de manifestación), a lo que se ha dado en denominar "principio de legalidad". Lo anterior exige la comprensión debida del contenido de esta máxima. El numeral 11 de la Carta Magna establece la sujeción del funcionario público al ordenamiento jurídico y al interés público que debe ser satisfacer su proceder. Se trata del principio de sometimiento de las Administraciones al Derecho y que en su dimensión negativa supone, la Administración debe apegar su marco de comportamiento o funcionamiento al conjunto legal que precisa el ejercicio de esas competencias.

La exigencia de norma habilitante para el ejercicio de las potestades públicas guarda especial relevancia en el marco de las acciones que busquen imponer cargas u obligaciones a los administrados o bien, tengan por objeto el establecimiento de sanciones, gravámenes o exacciones. Desde este plano, al amparo del ordinal 55 en relación al 19 y 124 de la LGAP, la potestad administrativa, cuando sea de imperio, debe ser otorgada por vía legal (cuando menos), pues solo

la ley puede posibilitar la emisión de conductas que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de manera vinculante, ejecutiva y ejecutoria. Así, por ejemplo, el numeral 124 aludido establece la imposibilidad de imponer penas, multas, tasas y exacciones por mecanismos infra legales. Esta aplicación resulta especialmente relevante en el derecho administrativo sancionador, en la medida en que como derivación de la máxima de tipicidad, el presupuesto condicionante de la sanción, así como el contenido concreto del efecto condicionado, han de estar previamente demarcados y precisados por la norma jurídica, sin que sea factible la creación de los elementos sustanciales de ese binomio causa-efectual, mediante reglamentos, aun cuando aspectos procedimentales podrían desarrollarse por estas sendas.

Con todo, pese al interesante desarrollo que ha tenido la doctrina administrativista en torno a las manifestaciones de poder público y en concreto, al examen de la base justificante, contenido, implicaciones, límites y limitaciones de las potestades administrativas, dentro de estas, con mayor énfasis, las de imperio, no corresponde por el momento su abordaje, tema cuyo análisis, aún somero, llevaría a una extensión que, para nuestros efectos, por el momento, resulta fútil. Sin embargo, cabe precisar, la potestad de imperio encuentra su base justificante en la satisfacción de los intereses público, conceptualizados por el ordinal 113 de la LGAP, como el interés coincidente de los administrados. Se trata de un concepto jurídico altamente indeterminado, cuya ponderación efectiva, es resorte de cada caso en particular, más no desprendible de una formulación omnicompreensiva. Ciertamente, las reglas a que está sujeto el proceder público pueden configurar límites para precisar las acciones concretas que en cada supuesto de hecho permitan establecer la forma de satisfacción de lo que se puede denominar interés público. Empero, desde un ámbito de honestidad intelectual y realismo jurídico, se trata de un concepto a satisfacer según las implicaciones y sentido concreto que, en cada contexto, quien deba tomar la decisión administrativa debe ponderar.

Para ello, es menester considerar la especie fáctica que justifica la adopción de la voluntad pública, así como “reglas” de proporcionalidad, razonabilidad, tecnicidad, legalidad, entre otras; sin embargo, la teoría de la única solución verdadera que

considera que ante estos conceptos indeterminados solo existe, en cada caso concreto, una única solución correcta, parte de la creencia (ingenua) de que el ordenamiento jurídico expreso puede dar completa solución a cuanta eventualidad surja en el dilema del ejercicio de las competencias y potestades públicas.

Si bien se mira, la estructura de los elementos materiales del acto administrativo parte de un trinomio elemental, sea, motivo, como presupuesto fáctico o jurídico que posibilita la emisión del acto (133 LGAP), contenido, como el resultado condicionado a aquel presupuesto condicionante, es decir, la decisión específica que compone el efecto jurídico-material que la Administración, mediante esa expresión de voluntad desea generar en el mundo de los hechos (y no solo en el mundo de la teoría hipotética) -132 LGAP-, y finalmente, el fin público, que de nuevo, se colige por decisiones interpretativas personalísimas de los detentadores de poder o en su caso, de los denominados "intérpretes autorizados". El contenido debe ser correspondiente al motivo y proporcionado al fin legal.

De igual modo, al socaire del ordinal 11.2 en relación al 132, ambos de la LGAP, al menos uno de esos elementos fundamentales motivo o contenido) ha de estar regulado. Se trata de la máxima de regulación mínima de los actos. Entonces, si solo uno de ellos, en muchas ocasiones, (salvo en los actos de contenido completamente reglado) se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico expreso, las condiciones de determinación de la decisión concreta a cada caso, si bien puede orientarse por las guías que el mismo ordenamiento otorga, en definitiva, consiste en una ponderación de soluciones jurídicas posibles derivadas del plano gramatical y semántico de la norma como lenguaje jurídico técnico, en la determinación *a priori* de la finalidad a satisfacer, y finalmente, de la elección de los criterios de rendimiento que el conjunto normativo seleccionado por el intérprete o jerarca administrativo con competencia para decidir, que este estime más adecuado o adecuados para dar satisfacción a lo que en su esquema subjetivista, considere que es el interés público concreto a dar cobertura.

Dicho esto, siendo el interés público (lo que el agente jurídico crea que ello es) la base fundamental de justificación del poder público, viene entonces que toda

conducta pública debe propender a satisfacer ese elemento teleológico (*ratio* hipotética de su existencia). Por lo que, en la medida en que el ejercicio del poder público conferido para esos efectos no se pueda concretar, o no se concrete, en acciones prestacionales efectivas, o bien, en ese ejercicio, surja la divergencia entre el interés público y el interés de la Administración, se incurre de parte de esos detentadores del poder, en un desconocimiento y quebranto de los pilares mismos de ese ejercicio. De ahí que la potestad no pueda ser considerada solamente como un poder jurídico que habilita para el dictado de conductas que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de las personas o del colectivo.

La comprensión amplia de esta habilitación, en la medida en que se confiere para alcanzar un fin que se considera superior por la ley, exige considerarlo asimismo como un deber de actuar, cuando en el mundo de los hechos se configuren las condiciones que exigen adoptar esos actos concretos para la satisfacción aludida. Desde ese plano, se trata entonces de un poder-deber, *ergo*, la Administración no solo puede actuar esas potestades de imperio, sino que debe hacerlo para lograr alcanzar ese fin impuesto por el legislador como sustento mismo de su existencia. Por ende, no cabría sostener que el despliegue prestacional público, desde el plano de satisfacción de necesidades básicas del administrado, o bien, desde la arista de su deber de adoptar conductas concretas cuando le sea peticionado por el ejercicio del derecho de petición por parte de una persona, se encuentre afecto solo a un principio de legalidad negativa. Por el contrario, en estos escenarios se impone la denominada legalidad positiva, esa que posibilita la exigencia a la Administración de ejercitar sus potestades y competencias, como medio de satisfacción de intereses de las personas reguladas. Tal tendencia puede verse (ya desde 1978) en el numeral 12.1 de la LGAP que establece que el servicio público se comprende autorizado con la sola referencia del ente u órgano prestatario y el fin del mismo<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> En este sentido, el ordinal 12.1 aludido dispone: “1. Se considerará autorizado un servicio público cuando se haya indicado el sujeto y el fin del mismo. En este caso el ente encargado podrá prestarlo de acuerdo con sus propios reglamentos sobre los demás aspectos

Así, la legalidad positiva supone el deber del poder público de emprender sus marcos de acción para la tutela del interés público.

Ahora, como se ha señalado, el proceder público ha de sustentarse, en la mayoría de las ocasiones, en la justificación fáctica de ese marco de acción, precedente que constituye el motivo de un acto administrativo. A modo de ejemplo, cuando se emite un decreto ejecutivo que pretende regular determinado componente social o establecer determinadas pautas de comportamiento en materias concretas, la justificación de esa medida ha de encontrar base habilitante en una realidad fáctica que amerita esa reacción o bien, en la intención del agente público jerarca de ordenar cierto conjunto de aspectos, sea de manera novedosa, o modificativa. Empero, el ejemplo dado guarda relación con los actos de alcance general, sea, aquellos que buscan la implementación de efectos en una generalidad de personas, los que pueden tener un alcance normativo o no (numeral 121 LGAP). Sin embargo, no en pocas ocasiones esas competencias se concretan en acto de efecto particular. En tales casos, la incidencia efectiva del acto público recae sobre una esfera jurídica destinataria específica e individual, sea de manera directa o bien indirecta o refleja.

Desde este plano, el acto administrativo se conceptualiza como una manifestación unilateral de voluntad, en ejercicio de función administrativa, generador de efectos directos o indirectos, individuales o generales, interno o externo, de alcance normativo o no<sup>128</sup>. Como se observa, uno de los componentes medulares de tal

---

de la actividad, bajo el imperio del Derecho.” Para un desarrollo a fondo de esta visión positiva de la máxima de legalidad puede verse el interesante tratamiento realizado por González Camacho, Oscar Eduardo, Justicia Administrativa, Tomos I y II.

<sup>128</sup> Desde este plano, tal ha sido el concepto acuñado en la doctrina nacional. En ese sentido, el autor Jinesta Lobo, Ernesto, ha considerado el acto administrativo de la siguiente manera: “El acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, conocimiento o jui-cio

concepto es la generación de efectos en esferas jurídicas destinatarias, de modo que esos ámbitos subjetivos se van a ver incididos sea por la creación, alteración o feneamiento de situaciones jurídicas. Así se desprende, del ordinal 130 de la LGAP en cuanto señala que: *“El acto deberá aparecer objetivamente como una manifestación de voluntad libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento.”* Ello implica, dado que el acto tiene como origen un motivo específico, su contenido debe propender a causar un efecto en la realidad material, para la satisfacción de lo que se considere es el fin público trazado por el plexo normativo aplicable.

Por otra parte, el mismo canon 140 *ibidem* condiciona la eficacia del acto administrativo a la comunicación de éste, sea que se trata de uno de alcance general, caso en el cual, debe ser publicado, o bien de ámbito particular, en cuya hipótesis, ha de ser notificado al destinatario. La externalidad de efectos del acto administrativo es la base misma del sistema de eficacia que la Ley No. 6227/78 prevé. Nótese, la recurribilidad del acto solo es factible una vez que se haya comunicado (art. 141 LGAP), su ejecución solo es jurídicamente viable una vez que se ha puesto en conocimiento de la parte a quien se dirige, pues solo en ese caso puede ser cuestionado (pese a que la impugnación ordinaria no es óbice para su ejecución). La ejecución de un acto ineficaz conlleva una vía de hecho por la subespecie de coacción ilegítima. Los poderes de ejecutividad y ejecutoriedad previstos por el ordenamiento jurídico y considerados clásicamente como consustanciales al acto mismo y a las competencias públicas, tiene por fin medular concretar efectivamente el contenido del acto, es decir, llevar a la realidad el efecto que pretende establecer o generar.

---

efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos concretos o generales, de alcance normativo o no, en forma directa o inmediata”. Del autor, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Dike, Primera Edición, pp. 289 y ss.

Es precisamente el contenido del acto y el efecto que pretende establecer, aun cuando no se haya producido, uno de los criterios de demarcación que permiten discriminar si el acto es de alcance general o individual, así como si lo de contenido favorable o ablativo (negativo o desfavorable). Esta clasificación resulta determinante para los efectos del análisis de las figuras de supresión de los actos administrativos, en la medida en que el tratamiento a emplear para la supresión de los actos denegatorios, no es necesariamente la misma que ha de emplear la Administración para la eliminación de los actos de contenido favorable. En los actos favorables, es claro que su contenido produce la incorporación dentro de la esfera jurídica de una persona de una situación jurídica de beneficio o cuando menos, de expectativa de concreción de un eventual derecho. En los desfavorables, por el contrario, impone obligaciones, cargas, sujeciones, compromisos o en general, situaciones jurídicas que pueden ser consideradas como negativas para esa persona.<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> La situación jurídica ha resultado ser comprendido como una suerte de concepto abierto, por demás indeterminado. Cabe por ende su precisión conceptual. El derecho es un orden de normas que contiene una hipótesis, en tanto regulan la conducta en caso de que la persona se coloque en una determinada situación de hecho, es decir, contiene un hecho condicionante al cual asignan, de concretarse, un efecto condicionado. De este modo, cuando el presupuesto de hecho se realiza, la norma se aplica, atribuyendo a la persona las posiciones que la ley considera debidas de su parte frente a su conducta o la de terceros. Dentro de esta percepción entonces, en su visión subjetiva, se entiende por **situación jurídica** a las posiciones en que se coloca a la persona por su relación con la norma, en virtud de la cual, sea por vínculos subjetivos u objetivos, el Derecho le habilita, reconoce o impide hacer o no hacer algo frente a los demás. (Eduardo Ortiz Ortiz, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Stradtman, 1998. Pp. 181 y ss.). Así, todos los sujetos o personas, al desplegar su propia personalidad dentro de los límites de la capacidad jurídica que le reconoce el Ordenamiento Jurídico, puede ser titular de una serie de situaciones jurídicas, que le confieren poderes, deberes o bien ventajas. (En este sentido, Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Civitas. 2000. Pp. 17 y ss.). Estas situaciones jurídicas suelen agruparse en: A.- situaciones de poder (activas), en la que se comprenden las libertades, potestades, derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona. B.- situaciones de deber (pasivas), que incluyen las sujeciones, obligaciones, cargas

Ahora bien, los efectos o contenido benevolente del acto favorable o negativo (ablatorio), según sea el caso, determinan las sendas que pueden ser empleadas para su supresión. Frente a los actos de contenido favorable, la incorporación dentro de la esfera jurídica del destinatario de un derecho, o en general, de una proyección positiva de la situación jurídica, implica la imposibilidad de la Administración Pública de desconocer sus propios actos, como derivación de la doctrina de intangibilidad de los actos propios. En efecto, el numeral 34 de la Carta Magna establece la imposibilidad de emitir nuevas disposiciones que vengan a desconocer los efectos favorables de actos previos, en perjuicio del titular de esos efectos. Para tal modificación, resulta imperativo entonces que la Administración utilice alguna de las formas que habilita el ordenamiento jurídico para suprimir esas conductas de contenido favorable. Luego puede afirmarse, tema a desarrollar *infra*, esa restricción opera solo en perjuicio o afectación de dichas situaciones, mas no en beneficio de aquellas, pues en la medida en que esa esfera jurídica se acrecienta en términos positivos, la intangibilidad en perjuicio resulta inaplicable. De ahí la exigencia procedimental se impone como una garantía a favor del administrado, titular de la situación jurídica que ha sido engrosada o ensanchada con el otorgamiento de un acto de esta naturaleza, y que le ha conferido un efecto favorable, sea por virtud de un derecho subjetivo o de un interés legítimo de potencial aplicación individual. Lo anterior dado que, la supresión de ese efecto favorable, otorgado por la misma Administración, exige de un debido proceso, pues de otro modo, se estaría lesionando su esfera jurídica de manera unilateral, en

---

y los deberes públicos. C.- Mixtas o complejas, que se refieren a los denominados poderes-deberes o poderes funcionales. Algunos autores sitúan dentro de esta categoría al “status”, sea, el conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas que poseen determinado grupo de personas. (Ernesto Jinesta Lobo, Tratado de Derecho administrativo, Tomo I. Dike, pp. 139-140). D.- Las denominadas situaciones de ventaja, es decir, expectativas que no se poseen pero que el sujeto considera le pertenecen. En suma, la situación jurídica es el conjunto de posiciones de poder, deber o ventaja, que el Ordenamiento Jurídico concede a la persona, en razón de determinados vínculos objetivos o subjetivos, que le permite o imposibilita realizar algo frente a los demás.



detrimento de las condiciones preexistentes. Tal garantía se desprende precisamente de la doctrina que impregna el ordinal 34 de la Carta Magna y que reconoce la Ley General de la Administración Pública, entre otros, en los ordinales 10, 214, 225, que ordena el respeto a los derechos del administrado. Sobre este tema y el contenido sustancial, así como del desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la máxima de intangibilidad de los actos propios, se volverá *infra*. Por el momento, y de cara al abordaje genérico que se pretende en este especio, baste señalar que tal cuestión imposibilita que la misma Administración, disponga, sin acudir a las formas que de seguido se exponen, la supresión de un acto suyo, propio, que ha generado en una esfera destinataria, derechos o intereses legítimos, en general, un efecto favorable.

Así, es menester discriminar las formas de supresión que pueden ser adoptadas de oficio, de aquellas que dimanen del control recursivo ordinario de los actos administrativos. Para ello, resulta fundamental tener claridad que el examen aquí realizado se circunscribe a las formas que de oficio puede o debe instruir la misma Administración Pública para buscar la supresión de un acto propio, a diferencia de la posibilidad de revertir un acto de contenido favorable, a partir de la formulación de algún recurso administrativo ordinario que haya sido formulado por un destinatario directo o reflejo del acto de contenido favorable. Ante la hipótesis de petición de revisión de una conducta mediante la técnica del recurso, es evidente que la Administración no debe acudir a dichas modalidades objeto de estudio, cuando sí a analizar los agravios base del reclamo, a efectos de definir si el acto adoptado se ajusta al Ordenamiento Jurídico y al mérito del caso concreto. Resulta evidente que, en esa dinámica, en la medida en que es un tercero quien formula el recurso y no el beneficiario del acto, sería debido conferir traslado del recurso al administrado titular de la situación sobre la cual se ha producido el efecto bondadoso, a efectos de que formule las alegaciones en favor o defensa de sus derechos o intereses legítimos. Empero, fuera de dichos límites, no debe la Administración satisfacer algún cauce procedimental específico.

Por ende, dejando de lado la dinámica de las supresiones de actos administrativos por la vía recursiva, de seguido se ingresa al análisis de las modalidades de supresión *ex officio*, razón misma de este abordaje.

## **2. La supresión oficiosa de las conductas públicas de contenido favorable.**

Como se ha expuesto en el aparte previo, la doctrina que dimana del ordinal 34 de la Carta Magna establece la imposibilidad de que la Administración contravenga sus propios actos previos que han generado un derecho o situación favorable en la esfera jurídica de una persona o conjunto determinado (o al menos determinable) de personas. Las implicaciones del “*non venire contra factum proprium*”, imponen al poder público un límite infranqueable que le inhibe para desconocer los alcances efectuales de esas conductas. Lo anterior, se reitera, en razón del ingreso dentro de la situación jurídica del destinatario de una situación o condición positiva, que le permite, en tanto titular de ese espacio subjetivo, la oponibilidad y exigibilidad de ese componente, así como del requerimiento de su tutela jurídica.

No obstante, esta restricción debe comprenderse extendida hacia esa intangibilidad de actos propios, lo que no dice de una imposibilidad absoluta de suprimir esas conductas de contenido favorable en la medida en que, para ello, acuda a las sendas procedimentales que impone el ordenamiento jurídico. Para ello, ha de precisarse, esta imposibilidad de abordaje o revisión de actos previos, se produce en la medida en que esa conducta en particular cuente con un grado de firmeza, de suerte tal que sea incuestionable en sede administrativa interna. Lo anterior excluye del parámetro de aplicación de esta postura, a los actos administrativos finales. Para tales efectos, puede señalarse que el acto final es el que pone fin al procedimiento administrativo y en principio, resuelve por el fondo el tema debatido dentro de ese cauce procedimental. Se trata de la manifestación de voluntad pública respecto de una determinada petición o determinado asunto que ha sido sometido a su conocimiento, o que resuelve aspectos propios de causas que se

han instruido por su proceder oficioso. En esencia, el acto final es el acto último del procedimiento<sup>130</sup> que expresa esa voluntad resolutoria<sup>131</sup>. Sin embargo, pese a que la comunicación de ese acto puede per se generar efectos, tal y como lo postula el ordinal 140 de la LGAP, esta decisión final se encuentra sujeta al régimen recursivo ordinario que regula el canon 343 y 345 de la citada ley.

El artículo 343 de la LGAP cataloga como recursos ordinarios el de revocatoria, el de reposición (o reconsideración), así como el de apelación. Tales medidas de reclamación pueden ejercitarse de manera concomitante o individual.<sup>132</sup> Con todo, a la luz de lo preceptuado por el mandato 345 de previa cita, tales recursos solo

---

130 Señala el ordinal 261 de la LGAP que el procedimiento debe terminar por acto final en el plazo de dos meses, Sin embargo, y al margen de que el precepto 139 de la citada ley señale que la inercia o silencio de la Administración no es útil para exteriorizar su voluntad, los ordinales 330 y 331 regulan la figura denominada “SILENCIO POSITIVO”, instituto que tiene la virtud de asignar derechos o intereses al gestionante, cuando concurren los diversos presupuestos que le den cabida. Se trata del ACTO PRESUNTO, que impone a la Administración su contenido y cuya supresión igualmente debe configurarse a partir de las formas oficiosas objeto de análisis. El tema se abordará adelante.

131 Si bien el acto final busca, en principio, resolver el fondo del asunto debatido, el concepto más adecuado es el que le asocia a culminar el procedimiento, ya que, la misma LGAP fija supuestos en los cuales, pese a que no existe un análisis de fondo, el procedimiento termina por modalidades alternativas. En efecto, el concepto que concibe al acto final como el que resuelve la petición u objeto base de la causa, solamente aplica para los casos en que el procedimiento culmina por esa decisión de fondo, en condiciones normales. Empero, la misma LGAP a partir del canon 337 regula las denominadas formas “anormales” de terminación del proceso. Se trata de mecanismos de terminación anticipada, dentro de los cuales enlista la renuncia y desistimiento (arts. 337-339), así como la caducidad del procedimiento (arts. 340-341). La denominación “anormal”, acuñada por la LGAP, no parece la más acertada si se considera que nada de anormal existe en estos mecanismos de culminación procedimental, por lo que se considera que la tipología más pertinente es la que refiere a las formas anticipadas de terminación.

132 Cabe recordar que es facultativo del recurrente formular ambos recursos en el mismo acto o solo uno de ellos. Empero, cuando se opte por usar solo uno de ellos, el otro será inadmisibles transcurridos los términos para plantearlos. Así lo expresa el ordinal 347.2 de la LGAP.

proceden contra el acto final. En el caso de la reposición, procede exclusivamente contra el acto final del jerarca administrativo, cuando en única instancia ha emitido esa decisión final. De ese modo, el acto final si bien externa un criterio administrativo en un caso concreto, no se constituye en una decisión incontrovertible e indiscutible en sede administrativa, pues contra este puede iniciarse la fase de revisión jerárquica, o bien, de contralor no jerárquico (181 LGAP), a gestión de parte interesada. En estos casos, con independencia que el precepto 148 de la LGAP no excluya el despliegue de efectos del acto por la sola formulación del recurso ordinario, salvo en los casos de dimensionamiento que esa misma norma habilita al agente público<sup>133</sup>, el acto no ha adquirido firmeza, siendo que la discusión sobre su validez se encuentra vigente, sea por la revisión horizontal que es propia de la revocatoria o de la reposición, o bien por el ejercicio vertical de control propio del régimen apelativo.

Como aspecto puntual, el recurso de orden vertical apelativo, si bien en la generalidad de los casos es competencia del jerarca natural, como derivación de las potestades que esa posición superior le confiere el ordinal 102 incisos b) y d)

---

<sup>133</sup> La suspensión del acto cuando ha sido objeto del régimen recursivo ordinario constituye una excepcionalidad al régimen de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, cuyo despliegue de eficacia es permisible a partir de su comunicación por los medios debidos. Sin embargo, cuando esa suspensión sea debida para evitar daños o perjuicios graves de difícil o imposible reparación. Así en efecto lo estatuye como criterio de valoración el ordinal 148 ejusdem. Tal norma habilita al agente público a realizar un análisis de conveniencia y oportunidad respecto de la ejecución del acto pese a ese ejercicio recursivo de parte interesada, a fin de modular si esa eficacia generará una distorsión de probable irreparabilidad, con el agravante de la posible supresión del acto caso de estimarse el recurso. En esa hipótesis, se estaría frente a una simple convertibilidad de pretensiones, en virtud de la cual, ante la imposibilidad de satisfacer el efecto material pretendido por el recurso, cual es, la anulación del acto y la no producción de sus efectos, el objeto del reclamo pasaría a ser un tema indemnizatorio, lo que no en todos los casos puede considerarse como una debida tutela de las situaciones jurídicas ni una cobertura debida de la máxima de justicia administrativa pronta y cumplida –doctrina del canon 41 de la Constitución Política–.

de la LGAP<sup>134</sup>, en ocasiones, es la misma ley la que fija una competencia exclusiva (y excluyente) en cabeza de otro órgano o ente, para que resuelva en alzada las decisiones finales de otra instancia de la cual, no es jerarca. En tales casos, por norma expresa se veda o priva al jerarca natural de su potestad de revisión. Tal es el caso, para citar un ejemplo, de la materia fiscal, en la cual, las conductas finales de las Administraciones Tributarias, son sometidas al control apelativo del Tribunal Fiscal Administrativo, de conformidad con lo dispuesto por los ordinales 146 y 156 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

Tal órgano desconcentrado, adscrito al Ministerio de Hacienda, por tanto, inferior en grado del titular de esa cartera (jerarca natural) no es el superior jerárquico de las Administraciones Tributarias, empero, su competencia esencial, es la decisión de las apelaciones formuladas en materia tributaria, e incluso, disciplinar a quienes desatiendan sus resoluciones.<sup>135</sup> Esto implica que, pese a que la jerarquía de esa cartera ministerial descansa en su titular, la función de revisión de legalidad en virtud de recursos administrativo, no le es propia, al haberse conferido dicha competencia a esa instancia.

En tales casos, lo usual es que esa competencia sea asignada por criterios de especialización técnica, optando por una mayor especificidad en el control de legalidad o de validez, lo que constituye una manifestación o proyección de

---

134 Se entiende que hay relación jerárquica cuando las competencias del superior incluyan las del inferior en una relación compatible con órdenes, instrucciones y circulares, en orden a lo regulado por el canon 101 de la LGAP. Dentro de las potestades jerárquicas, precisamente los incisos b) y d) del ordinal 102 e)j)usdem, empodera y exige al jerarca, a revisar la conducta del inferior, de oficio o a gestión de parte, a efectos de sujetarla o someterla a legalidad. Tal es el marco de habilitación general que posibilita el citado control.

135 En ese sentido, el ordinal 158 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios señala con toda claridad: “*Artículo 158.-Jurisdicción y competencia. Las controversias tributarias administrativas deberán ser decididas por el Tribunal Fiscal Administrativo, el que en adelante deberá regirse por las disposiciones de este capítulo. / Dicho Tribunal será un órgano de plena jurisdicción e independiente en su organización, funcionamiento y competencia, del Poder Ejecutivo y sus fallos agotan la vía administrativa. (...)*”

eficiencia administrativa y de justicia administrativa de base técnica. Tal fenómeno de competencia especial ha dado paso a la figura del denominado “superior jerárquico impropio”, igualmente conocido como “contralor no jerárquico”. No obstante, si bien la figura se ha sustentado, con frecuencia en la tecnicidad competencial, igualmente ha sido de utilidad para asegurar la sede apelativa respecto de conductas finales sobre las cuales, el jerarca natural no puede revisar en virtud de recurso (ni de manera oficiosa). De esa manera, a tono con el precepto 350 de la LGAP y a fin de garantizar la segunda instancia de apelación en sede administrativa, dicha figura (contralor no jerarca), se ha constituido como remedio procedimental frente a la imposibilidad legal de revisión. Por demás, en tesis de inicio, este modelo de control no jerárquico se ha sustentado no solamente en la garantía de revisión administrativa, sino en una especialización funcional en el conocimiento de cada materia en particular. Esa cualidad de esas instancias pretende que la revisión en alzada sea realizada por un órgano especializado, al cual se confiere independencia (que no autonomía) en el ejercicio de sus funciones, pretendiendo tutelar la objetividad y transparencia en la justicia administrativa.

Es el caso de la desconcentración, figura que a la luz del artículo 83 de la LGAP, supone que, tanto en el grado mínimo como en el máximo, el jerarca natural no se

encuentre habilitado para avocar, sustituir<sup>136</sup> o revisar<sup>137</sup> las conductas de un órgano inferior.

En la desconcentración de grado máximo, el órgano inferior estará extraído, además, al cumplimiento de órdenes, instrucciones o circulares. Atendiendo a dicha privación de la potestad de conocer en alzada las decisiones del inferior, cuando se haya creado una competencia desconcentrada, es la figura del jerarca impropio la que permite que otra instancia diversa al jerarca, impedido legalmente para esos

---

<sup>136</sup> La referencia que hace el ordinal 83 de la LGAP en cuanto a la imposibilidad de sustituir, no debe entenderse comprensiva de las dos modalidades de sustitución que concurren en las relaciones inter-orgánicas, a saber: a) sustitución del acto y b) sustitución del titular. La primera, regulada en el artículo 97 de esa ley, implica la potestad del jerarca natural de sustituir – provisionalmente- al inmediato inferior, cuando éste omita la conducta necesaria para el cumplimiento de los deberes del cargo, pese a la indebida intimación para que los cumpla, sin que concurra justa causa. Es un mecanismo de eficiencia administrativa que busca, sin duda, que se emita el acto por parte del sustituto, dada la desatención del titular de la competencia, de cumplir con ese deber asignado. Posibilita por ende que otro agente público, el sustituto, emita o adopte el acto. Por el contrario, el ordinal 98 de la misma LGAP regula la figura de sustitución del titular, que supone la potestad del Poder Ejecutivo de “... *remover y sustituir, sin responsabilidad para el Estado, al inferior no jerárquico, individual o colegiado, del Estado o de cualquier otro ente descentralizado, que desobedezca reiteradamente las directrices que aquel le haya impartido sin dar explicación satisfactoria al respecto, pese a las intimaciones recibidas. Cuando se trate de directores de instituciones autónomas la remoción deberá hacerla el Consejo de Gobierno.*” Tal aplicación es derivación del Poder Comisarial, regulado además por el canon 100 de la LGAP. En este caso, no se trata de la sustitución para dictar el acto, sino de la remoción del titular ante un supuesto de hecho concreto y específico, cual es, la desatención reiterada e injustificada de directrices. Así visto, resulta evidente que la restricción de sustitución que impone el ordinal 83 LGAP, es cuanto al acto, no así en cuanto al titular, pues aún la desconcentración otorgada, que le priva, en el grado máximo, de acatar órdenes, instrucciones o circulares del jerarca, pervive el sometimiento a la relación de dirección, ergo, al acatamiento de las directrices emitidas en el campo correspondiente, de suerte que su desatención reiterada y sin justa causa, posibilita el ejercicio de la potestad comisarial.

<sup>137</sup> La imposibilidad de revisión de los actos del desconcentrado supone no solamente el ejercicio a gestión de parte, sea, en virtud de recurso administrativo, sino, además, las formas de revisión de oficio que en sede administrativa permite la LGAP.

fines, asuma el conocimiento de los reclamos apelativos contra aquella decisión. Es claro que tal asignación requiere de norma expresa habilitante. Ejemplo de esta variación es el que regula la materia de transporte público, en la cual, las decisiones del Consejo de Transporte Público, órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, son conocidas en apelación por otro órgano desconcentrado denominado Tribunal Administrativo de Transportes, instancia llamada a agotar la vía administrativa.<sup>138</sup>

Sin embargo, cabe precisar que por virtud del mandato 181 y 182 de la LGAP, las competencias del jerarca impropio, se ven condicionadas al ruego expreso de parte, pues su competencia revisora, solamente es posible a partir de recurso expreso de apelación, y en tesis de principio, debe analizar únicamente las cuestiones debatidas en los agravios del recurso formulado. Ostenta, por ende, una competencia en relación, aspecto que se desprende de la redacción expresa del numeral 181 en relación al 184 de la LGAP, ambas normas que destacan la imposibilidad de anular de oficio y la dependencia del recurso administrativo como mecanismo de activación de la competencia en cada caso concreto.

El papel de la sede apelativa es la revisión de conformidad jurídica del acto final, siendo que la decisión adoptada en el ejercicio de esa instancia lleva al denominado acto definitivo, el cual, hace incontrovertible el asunto debatido mediante los recursos administrativos ordinarios.

Por su parte, los actos firmes, sea, aquellos que ya no pueden impugnarse por la vía de los recursos ordinarios, solamente pueden ser atacados mediante el recurso extraordinario de revisión, regulado en el numeral 353 de la LGAP, y que impone motivos tasados de disconformidad.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> Así en efecto lo estatuyen los cánones 11 y 22 de la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Modalidad Taxi, No. 7969.

<sup>139</sup> La diferencia sustancial entre los recursos ordinarios y extraordinarios, en el esquema del procedimiento administrativo regulado por la LGAP, descansa sobre la base del acto respecto



Así las cosas, la doctrina del *non venire contra factum proprium* no ha de considerarse aplicable a los actos finales, pues se encuentra pendiente la consolidación de su contenido y efectos, aun cuando su contenido sea favorable al particular o persona destinataria de aquel. En esta línea de pensamiento podría argumentarse que el sujeto receptor de un acto favorable no lo va a cuestionar ni a impugnar, por la ausencia de base legitimante para ello. Si bien se mira, la legitimación para formular el recurso recae en la persona a quien la conducta pública le genera una situación de desventaja o deniega sus peticiones. Empero, esta denegatoria o desventaja no en todos los casos debe ser total, pues en determinados supuestos puede ser parcial.

Podría pensarse en el caso de una renovación de concesión de un servicio público delegado, que se ha otorgado por el plazo peticionado, pero mediante un acto “favorable”, que le impone una serie de obligaciones o modifica una serie de condiciones que la relación especial de sujeción previa no tenía, o bien, le impone una serie de compromisos financieros más gravosos que el escenario previo. Igualmente puede darse el caso de que dicha renovación lo es por un plazo inferior al pretendido, o en condiciones de operación diversas a las originarias. En tal caso, ciertamente el acto aparenta tener un contenido favorable, pero tal apariencia es

---

del cual proceden. Mientras los ordinarios proceden respecto de actos finales, el de revisión únicamente es pertinente respecto del acto firme. Empero, la nota más distintiva de esas medidas de impugnación se constituye en la taxatividad de las causales que le dan cabida. En los ordinarios, puede alegarse de manera abierta y genérica, cualquier defecto o incorrección que se estime constitutiva de patología de la conducta. Existe reserva en cuanto a si las causales de conveniencia y oportunidad pueden ser conocidas y resueltas por el contralor no jerárquico, o si su competencia de revisión estriba en cuestiones de mera legalidad, debate que no corresponde en este apartado abordar. Pero, en definitiva, en general, los agravios que basan un recurso ordinario pueden incluir toda lesión al régimen de legalidad a que está sujeta la conducta pública. Por contraste, en los recursos extraordinarios, las causales son cerradas y *numerus clausus*, de suerte que solamente procede respecto de los vicios que expresamente han sido enlistados por la norma que lo regula. En esta materia, es el ordinal 353 de la LGAP la que define esos motivos, siendo que los defectos que no calcen dentro de uno de esos tipos, llevan, a no dudarlo, al rechazo *ad portas* del recurso extraordinario.

solo parcial, en la medida en que esas imposiciones dichas constituyen constitución de efectos desfavorables para el concesionario. En tal hipótesis, el destinatario de esa conducta podría cuestionar la validez de ese acto, de manera parcial, en cuanto a ese contenido en particular, aun cuando no reproche el componente que le concede el derecho.

Otro caso se daría cuando se otorga una concesión de zona demanial por un plazo diverso al regulado por el ordenamiento jurídico aplicable, o bien, se otorga un beneficio tributario por una alícuota diversa a la que consagra la norma que regula esa relación jurídico administrativa. Desde la comprensión superficial el acto es favorable, pero de manera parcializada, en la medida que no satisface a plenitud el pedimento de la parte o se aleja de manera relativa de las normas que precisan esa relación.

Nótese que, en estos casos, la legitimación recursiva sería, según se considera, indudable, siendo posible pretender por la vía del ejercicio recursivo, la corrección de ese contenido del acto y tornarlo totalmente favorable al sujeto petente. Distinto es el caso de los actos en los que se concede lo pedido, pero por razones diversas a las que justifican, desde el plano legal o técnico, esa gestión. En tales supuestos, siendo que el efecto material final se ha satisfecho en la manera pretendida, aun cuando lo haya sido por otros motivos, razones o fundamentos, el destinatario no posee legitimación para cuestionar el acto que, pese a todo, le ha resultado favorable, salvo que el contenido mismo del criterio sobre el cual se sustenta el acto favorable, le genera alguna afectación o limitación, aún de grado potencial. Véase que la legitimación a que refiere al ordinal 275 de la LGAP alude a cualquier tipo de interés legítimo, lo que supone la mera expectativa de afectación o beneficio, debiendo separar en ese caso el efecto favorable como circunstancia abstracta, de la motivación, motivo o contenido que han dado base al acto y que sean potencialmente adversos al gestionante.

Ante lo anteriormente expuesto puede replicarse que el acto favorable, fuera de la excepción señalada recién, no será cuestionado, por lo que basta que se trata de un acto final para que surja la restricción de modificación por parte de la

Administración. Tal posición dejaría de ponderar los casos en que el acto produce efectos favorables para una parte, pero desfavorables para otros sujetos, relacionados de manera directa o indirecta con esa voluntad final pública. Cuando el acto se emite dentro del ámbito de un trámite o procedimiento que involucra a varios sujetos, cuyas pretensiones se resuelven de uno u otro modo con el acto final, la legitimación recursiva de ese acto recae sobre las personas a quienes ese acto perjudique, aun cuando esa conducta produzca beneficios para otro sujeto. Es el caso de los nombramientos de funcionarios públicos por concurso de antecedentes, o bien las adjudicaciones en el régimen de la contratación administrativa (para citar algunos casos). En ambos regímenes, el acto de designación o adjudicación es de contenido favorable para un sujeto (el nombrado o adjudicatario), pero definitivamente denegatorio o desfavorable para los demás concursantes. Aquí, incluso, el derecho de contradictorio y de defensa material implicaría dar audiencia del recurso o agravios planteados al que se ha beneficiado con la conducta reprochada, para buscar el mantenimiento del acto que le ha concedido un efecto benevolente. Sin embargo, en el caso que la Administración acoja los reproches del inconforme, el efecto lógico es la anulación de ese acto, originariamente favorable para un tercero, sin que pueda alegarse allí una suerte de inmutabilidad o inmodificabilidad de condiciones a la luz del precepto 34 constitucional. En ese sentido puede verse el numeral 162 en relación al 180 de la LGAP, que fijan la obligación de suprimir por invalidez las conductas públicas cuando exista causal de patología bien fundada en recurso.

De ese modo, el principio aludido (intangibilidad de actos propios), se reserva a los actos firmes. Desde este plano, el acto firme es el que resulta ya incuestionable en sede administrativa mediante los recursos ordinarios, siendo solo revisable por la vía del recurso extraordinario de revisión. El acto firme tiene como antecedente el acto final, mismo que adquiere firmeza por dos vías posibles: a) por el rechazo de los recursos ordinarios planteados contra aquel, que han llevado a su confirmación; b) por la preclusión o vencimiento del plazo para cuestionarlos mediante el régimen recursivo ordinario, sin que tales medidas correctivas hubieren sido planteadas.

Pese a lo expuesto, este análisis no tiene objeto ingresar a ponderar el amplio tema de la impugnación ordinaria de los actos administrativos. El objeto de estudio se concreta a las formas de supresión oficiosa de las conductas públicas favorables. Anteriormente, se señaló, la intangibilidad de los actos propios si bien supone la imposibilidad de desconocer esos actos previos de contenido favorable, no implica la negación de la potestad pública de suprimir tales conductas, a reserva de satisfacer las exigencias que para tales fines impone el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la supresión puede emprenderse mediante los mecanismos de:

- a) revocación,
- b) nulidad oficiosa evidente y manifiesta, o bien,
- c) por la vía de la lesividad.

Antes de abordar esas figuras, las dos primeras de manera genérica y luego centrando nuestro detalle en la lesividad, es preciso señalar, se trata de formas de supresión de conductas, lo que no implica que, en todos los casos, esa supresión sea por invalidez del acto. Por supresión ha de entenderse la desaparición o remoción del acto del ordenamiento jurídico, lo que puede ocurrir por vicios de nulidad, o bien por causales de inconveniencia e inoportunidad. *Ergo*, la nulidad es una forma o causa de supresión de conductas, pero no toda supresión se emite sobre la base de esas patologías, precisión que se hace necesaria para el abordaje de esas modalidades.

De seguido se ingresa al examen de esas figuras, no sin antes precisar que este capítulo se enfoca en las formas de supresión en sede administrativa, lo que limita el desarrollo a la revocación y a la modalidad prevista en el ordinal 173 de la LGAP. La lesividad, al tratarse de un proceso judicial, será analizado en el capítulo 3 siguiente, dadas sus particularidades y el enfoque central que se pretende en este tratamiento.

### **3. La revocación administrativa de actos favorables.**

#### **3.2. Generalidades y concepto.**

Ya se ha señalado que la supresión de oficio de conductas públicas que generen un efecto favorable en la esfera jurídica de terceros requiere de procedimientos concretos que imponen una serie de garantías al administrado destinatario de esos efectos. Tal remoción del acto bien puede realizarse en sede administrativa, o mediante acciones judiciales que formule la misma Administración para tales fines. Con todo, las causas que motivan a la unidad administrativa a emprender las acciones internas o judiciales para hacer cesar la vigencia jurídico-material de esos comportamientos, pueden sustentarse en consideraciones de ilegitimidad del acto por antagonismo o desajuste con el ordenamiento jurídico, o bien, por la elemental razón de que esa conducta, en cuanto a su contenido, en la manera como fue adoptado, ya no permite la debida y adecuada tutela del interés público.

Para tales efectos, ha de precisarse, el tema se enfoca a la supresión de actos de contenido favorable. Si bien es factible dentro del régimen regulado por la LGAP, la denominada supresión de acto desfavorable, al momento de abordar esta temática en apartes posteriores de este trabajo, se analizará que tal tratamiento no requiere en modo alguno de un procedimiento particular, bastando simplemente que la Administración emisora de la conducta negativa al destinatario, emita un nuevo acto de contenido favorable. Lo anterior pese a que el numeral 183 de ese marco legal fija supuestos límites temporales para el ejercicio de la potestad de referencia. Luego se analizará una serie de variables que tanto en sede administrativa como en sede judicial pueden aplicarse en este sentido.

En línea con lo expuesto, en determinados supuestos, la supresión de los actos favorables puede derivar de causas ajenas a la ponderación de invalidez originaria o sobrevenida del acto en particular, casos en los cuales, la eliminación se ajusta a los mecanismos de la nulidad de los actos como expresión de la existencia de patología, sea por inexistencia o por imperfección sustancial de algunos de los elementos materiales del acto. No obstante, no en pocas ocasiones las razones de

la supresión son ajenas a cuestiones vinculadas o asociadas al régimen de la invalidez, sino que son propias de la ponderación de nuevas circunstancias, o bien, la aplicación de nuevos criterios de análisis y decisión, que dentro de su marco de valoración, hacen considerar a la Administración que ha emitido la conducta, que la pervivencia de los efectos del acto atenta contra la conveniencia u oportunidad, en mengua o detrimento del interés público (que no administrativo) que en tesis de principio justifica e impregna todo acto de esta índole. Tal aspecto, como se pasa a analizar, además puede ocurrir por una consideración diversa o criterio alternativo respecto de las condiciones que sustentaron la adopción del acto, sin que estas hubieren mutado, sea, sin que se produzcan nuevas condiciones sobrevenidas o variación de las preexistentes.

En tales casos, la LGAP regula la figura de la revocación, la cual, al tenor del canon 152 de esa fuente legal, habilita a la Administración Pública a hacer cesar el acto por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, con las salvedades que la misma ley estipula. De lo indicado se desprende que la revocación se constituye como una herramienta de supresión de las conductas públicas, en tesis de principio, de contenido favorable, supuesto en el que tiene utilidad pragmática, y eventualmente de las desfavorables, como adelante se indicará. Más tal supresión no tiene como base legitimante la invalidez de lo actuado por la Administración (al menos no en tesis de principio), sino la inconveniencia del acto administrativo, en términos de consonancia con el interés público tutelado, sea por la aparición de nuevos hechos que incorporen una inoportunidad o inconveniencia sobrevenida, o bien, por la variación de criterio de los mismos hechos que dieron motivo al acto.

En ello estriba la diferencia con la nulidad (invalidez), pues si bien tanto la nulidad como la revocación son formas de supresión de conductas públicas, en el primer caso, la causa de eliminación es una disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico (arts. 128 y 158 LGAP), en tanto que, en la revocación, la *ratio* de esa eliminación de la conducta pública, estriba en la inconveniencia de mantener los efectos de determinado acto público, para la tutela y satisfacción de intereses públicos. Es decir, la base de la revocación no es la patología del acto,

sino que su contenido no se constituye en un medio útil y adecuado, conveniente u oportuno, para tutelar el fin público que se encuentra llamado a satisfacer.

En este sentido, se reitera, el ordinal 152 de la Ley No. 6227/78, establece su procedencia solo por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, -con las salvedades de ley-, y puede tener lugar únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados, o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin.

Desde este plano, la causa legitimante de este mecanismo de supresión debe contar con la debida motivación, como derivación del deber que impone el ordinal 136 de la LGAP, de suerte que se pueda colegir de manera diáfana y transparente, la causa real y efectiva que ha dado paso a esa modalidad de supresión. Esto supone que frente a cada uno de los supuestos que le dan cabida, el acto de revocación ha de señalar de manera debida, las circunstancias antecedentes que permiten tener por establecido el criterio de oportunidad, de conveniencia o de mérito que dan cabida a esa decisión. De igual manera, cuando el soporte justificativo descansa en el cambio de criterio, han de expresarse las razones de hecho y de derecho que amparan esa nueva valoración. Es claro que, si el criterio de base es la variación de circunstancias, tales cuestiones deben igualmente ser indicadas y comprobadas, como parte del motivo de esa decisión. Sobre estos elementos se volverá luego.

Corresponde por ende el abordaje de los diversos elementos que integran la figura bajo análisis.

### **3.2. Elemento Subjetivo.**

Desde el plano activo, la revocación ha de ser emprendida por la misma Administración que ha emitido la conducta favorable. La competencia para disponer la supresión del acto por esta senda, solo es atinente a la misma Administración

que estima disonante los efectos del acto con los intereses públicos que está llamada a tutelar. Ello supone, en los casos en que ese acto pueda incorporar distorsiones con los intereses públicos propios del marco competencial de resguardo de otra Administración, esta última deberá instar a quien emitió la conducta a adoptar la revocación del acto, quedando a juicio de esa última acceder o no a esa petición.

Ahora bien, la competencia para declarar la revocación del acto favorable recae con exclusividad en el jerarca máximo de la Administración respectiva. Esto supone que la declaratoria o decisión de revocación por parte de otra instancia administrativa interna, distinta al jerarca máximo, llevará, a no dudarlo, a la nulidad absoluta de la revocación. Lo anterior ya que la norma que regula tal supuesto, impone en su rigor gramatical dicha competencia. Así en efecto se desprende del ordinal 155 de la LGAP, en cuyo inciso primero precisa que: “1. *La revocación de un acto declaratorio de derechos subjetivos deberá hacerse por el jerarca del ente respectivo (...)*”.

Esto hace necesario discriminar la revocación de actos que no produzcan efectos favorables de aquellos de contenido desfavorable, en la medida en que, para esa última categoría, la norma 155 *eiusdem* no impone esa especificación de competencia que crea para el supuesto de aquellos primeros. Sin embargo, por paridad de razón, ha de aplicarse la regla de competencia que fija ese mandato.

Sin embargo, sería un aspecto subsanable a través de la figura de la conversión (art. 189 LGAP), mediante el dictado de un nuevo acto en el cual, el jerarca máximo exprese de manera inequívoca su voluntad de suprimir ese acto mediante dicha técnica. Empero, en esa eventualidad, la revocación producirá efectos a partir de la emisión del nuevo acto, no así del primer acto revocatorio, por lo que estarían comprendidos dentro del eventual parámetro indemnizatorio de la revocación, los efectos o situaciones jurídicas afectadas durante el lapso comprendido entre la fecha de emisión del acto dictado por autoridad incompetente y el nuevo acto que dictado por el jerarca del ente público.



La definición de esa competencia ha de establecerse atendiendo a cada Administración. Dentro del ámbito de las administraciones centrales, es claro que la competencia corresponde al titular de la respectiva cartera ministerial, según se desprende del ordinal 27 en relación al 102 LGAP. Esta última norma reconoce en los incisos b) y d), la potestad del jerarca de revisar la conducta del inferior, de oficio o a instancia de parte, a efectos de someterla a legalidad o conveniencia mediante los mecanismos jurídicos que sean aplicables, siempre que no exista un impedimento o restricción legal impuesta al jerarca por el ordenamiento jurídico.<sup>140</sup>

Situación particular se produce respecto de los órganos desconcentrados, en los cuales, como se ha anticipado, en orden a lo preceptuado por el mandato 83 de la LGAP, el jerarca se encuentra impedido por regla expresa, de revisar, avocar o sustituir el acto de su inferior, a quien ha asignado de manera definitiva una competencia. Atendiendo a esas consideraciones, cabe cuestionarse si frente a las relaciones derivadas de la desconcentración, la revocación de las conductas dictadas por esa categoría de órgano, debe ser dispuesta por el jerarca máximo del ente al que pertenecen, o bien, por el mismo órgano desconcentrado.

Sobre tal cuestionamiento, la revocación constituye una forma de revisar un acto precedente, en esta particularidad, por cuestiones, en principio, ajenas a la invalidez, pero, en definitiva, constituye una modalidad más de revisión de una conducta precedente. Desde esa arista de análisis, la revocación de los actos dictados por órganos desconcentrados, es una competencia reservada al órgano desconcentrado, pues, en definitiva, la consideración de si esa conducta en

---

<sup>140</sup> Señala dicho precepto que corresponde al jerarca: “b) Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos; (...) d) Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola, o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo (...)” Nótese que el cotejo que se encuentra habilitado a realizar ese jerarca administrativo incluye el análisis de conveniencia del acto, lo que luego se concreta mediante el ejercicio recursivo, lo que le permite la revisión a gestión de parte, o bien, mediante la revocación emprendida de oficio.

concreto, no se constituye en un medio óptimo para satisfacer un interés público, termina siendo el ejercicio de un análisis propio de la competencia desconcentrada. En efecto, la ponderación de la conveniencia u oportunidad de la conducta, o bien, la adopción de una nueva valoración de criterio respecto de circunstancias antecedentes, lo que incluye, decisiones jurídicas diversas a las originalmente adoptadas, es una manifestación concreta de una competencia que ha de ser ejercida por el órgano titular de la misma, sea, el órgano desconcentrado que en ejercicio de ese elemento subjetivo ha emitido la conducta que pretende modificarse o hacerse cesar. *Ergo*, de aceptar que dicha competencia de revocación atañe al jerarca, se estaría permitiendo la invasión de una competencia que no le es propia, negando la asignación que le fue conferida al órgano desconcentrado, a fin de cuentas, legitimando la revisión e imposición de un criterio o voluntad que solamente corresponde adoptar al órgano y no al ente al que pertenece. En suma, si la figura de la desconcentración, al margen de su grado (mínima o máxima) impide, de manera absoluta, que el jerarca revise, de oficio o a instancia de parte, las conductas del inferior, la revocación de esas manifestaciones formales de voluntad administrativa, constituye una potestad que le ha sido expresamente restringida y que, por ende, no puede desplegar en el marco de esas relaciones internas.

Pese a lo expuesto, la regulación del CPCA, frente a conductas dictadas por los órganos desconcentrados, que han sido cuestionadas en cuanto a su validez en sede jurisdiccional contencioso administrativa, pareciera establecer un supuesto de hecho en el cual, el jerarca máximo del ente al cual pertenece ese órgano, puede pronunciarse sobre el contenido de esa decisión de revocación.

El artículo 31.3 del CPCA regula la hipótesis de aquellos procesos en los cuales, frente a un acto administrativo final (o de trámite con efecto propio)<sup>141</sup>, respecto

---

<sup>141</sup> En el proceso contencioso administrativo, no es cualquier acto administrativo el que puede cuestionarse, sino solamente aquellos que, al menos, sean finales o bien, de trámite con efecto propio. Así lo establece el ordinal 36 inciso c) del CPCA en cuanto señala: “**ARTÍCULO 36.-**

del cual, el administrado no ha optado por el ejercicio de los recursos ordinarios que establece el Ordenamiento Jurídico aplicable, sino que, de manera facultativa ha ejercitado su derecho de acción en sede jurisdiccional, esto es, optó por no agotar la vía administrativa, el citado precepto impone la figura denominada “cuasi-agotamiento de la vía administrativa”<sup>142</sup>. Tal figura consiste en el otorgamiento de una audiencia al jerarca máximo a efectos de que, dentro del plazo de 8 días hábiles, indique si confirma, anula, revoca, modifica o hace cesar la conducta objeto del proceso. Indica el citado ordinal 31 incisos 3, 4 y 5 en su tenor gramatical:

*“Artículo 31. (...) 3) Si en los procesos establecidos contra el Estado, bajo la representación judicial de la Procuraduría General de la República, se ha acudido directamente a la vía jurisdiccional, sin haber agotado la vía administrativa, el juez tramitador, en el mismo auto que da traslado de la demanda, concederá un plazo de ocho días hábiles previos al emplazamiento previsto en el artículo 63 de este Código, a efecto de que el superior jerárquico supremo del órgano o la entidad competente, de acuerdo con las reglas del artículo 126 de la Ley general de la Administración Pública, confirme, o bien, modifique, anule, revoque o cese la conducta administrativa*

---

*La pretensión administrativa será admisible respecto de lo siguiente: ... c) Los actos administrativos, ya sean finales, definitivos o de trámite con efecto propio.”* Pese a la amplitud de redacción del ordinal 49 de la Carta Magna, que sienta el objeto de esa jurisdicción, el objeto del proceso, caso de peticionar revisión de validez de actos administrativos, debe recaer respecto de actos que ostenten una de estas categorías. Esto es congruente con la doctrina del canon 163.2 de la LGAP, en cuanto impone la máxima que los defectos de los actos preparatorios, debe alegarse junto con el acto final que los contenga, salvo que se trate de actos de trámite con efecto propio. En esa misma línea se impone el precepto 345 de ese marco legal. La carencia de incidencia externa de esas conductas preparatorias es la base lógica para dicho postulado. De ese modo, las pretensiones deben relacionarse con alguna de esas categorías, so pena de inadmisibilidad sustancial por acto no susceptible de cuestionamiento a la luz del precepto 62 del CPCA.

las pretensiones deben relacionarse con un acto final

<sup>142</sup> Sobre la base ideológica de dicha figura y la finalidad de su regulación en el proceso contencioso administrativo, puede verse “El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo”. Jiménez Meza, Manrique et al. Escuela Judicial, Costa Rica. 2006. Pp 117 y ss.

*impugnada, en beneficio del administrado y sin suspensión de los procedimientos. Vencido el plazo indicado, si el jerarca supremo guarda silencio o mantiene la conducta impugnada, empezará a correr automáticamente el plazo otorgado para la contestación de la demanda, a partir del día hábil siguiente y sin necesidad de resolución que así lo disponga. Igual regla se seguirá cuando la demanda se interponga en forma conjunta contra el Estado y una entidad descentralizada. 4) Si en los procesos establecidos contra cualquier entidad de la Administración Pública descentralizada, se ha acudido directamente a la vía jurisdiccional sin haber agotado la vía administrativa, el juez tramitador, en el mismo auto que da traslado a la demanda, comunicará al superior jerárquico supremo de la entidad competente, de acuerdo con las reglas del artículo 126 de la Ley general de la Administración Pública, que dentro de los primeros ocho días del emplazamiento, sin suspensión de los procedimientos, podrá confirmar, o bien, modificar, anular, revocar, o cesar la conducta administrativa impugnada, en beneficio del administrado. Vencido el plazo indicado, si el jerarca supremo guarda silencio o mantiene la conducta impugnada, continuará corriendo automáticamente el plazo otorgado para la contestación de la demanda, sin necesidad de resolución que así lo disponga. 5) Si dentro del plazo de los ocho días hábiles señalado en los apartados anteriores, la Administración Pública modifica, anula, revoca, cesa, enmienda o corrige la conducta administrativa adoptada, en beneficio del administrado, se tendrá por terminado el proceso en lo pertinente, sin especial condenatoria en costas y sin perjuicio de que continúe para el reconocimiento de los derechos relativos al restablecimiento de la situación jurídica del actor, incluso de la eventual indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.”*

De dicha redacción se desprende que, al menos en el ámbito gramatical, podría sostenerse la tesis de que, pese a la restricción que opera en la desconcentración para que el jerarca del órgano revise esas conductas, en el cauce procesal, esa norma establece, a modo de excepción, una posibilidad para que el jerarca, pueda manifestar su voluntad de mantener ese acto, o bien, modificarlo o suprimirlo a favor del accionante. Nótese que la norma en cuestión no discrimina según el contenido del acto, siendo el presupuesto condicionante que le da cabida, la impugnación de un acto administrativo en sede judicial, sin haber agotado previamente la vía

administrativa. Esto podría hacer pensar una modalidad de habilitación sui generis, en sede judicial, que relativiza, para esa instancia, la restricción que impone el ordinal 83 de la LGAP.

Empero, si bien se mira, la norma en cuestión y su contenido sustancial no permitiría sostener esa interpretación, si se entiende el contexto integral que pretende regular.

En efecto, es necesario precisar que el artículo 31 del CPCA inicia regulando que el agotamiento de la vía administrativa será facultativo, salvo para los casos previstos en los ordinales 173 y 182 de la Carta Magna, referidos al régimen de impugnación de los actos municipales y al régimen de recurribilidad administrativa en contratación administrativa. *Ergo*, fuera de esas excepciones, el administrado destinatario de una conducta que le resulta desfavorable, puede acudir directamente a la sede jurisdiccional, sin necesidad de ejercitar los recursos administrativos de naturaleza ordinaria.<sup>143</sup> En el caso de un acto de revocación, al margen de la eventual reparación patrimonial que estatuye el mandato 155 de la LGAP, tema a analizar *infra*, bien puede darse el caso que el titular de la situación jurídica que se ha revocado por ese medio, opte por debatir la validez de esa conducta en la instancia contencioso administrativa, por estimar que los presupuestos legitimantes para el ejercicio de esa potestad no concurren en su caso. Frente a esa demanda, direccionada contra el acto de revocación emitido por un órgano desconcentrado, es claro que no se ha agotado la instancia administrativa, por lo que, surge el dilema de la unidad a la cual se ha de conferir la audiencia objeto de análisis.

En ese sentido, si se entiende que el agotamiento de la vía administrativa supone el ejercicio oportuno de los recursos ordinarios que las normas aplicables establezcan respecto de ese acto final, es evidente y notorio que, en condiciones

---

<sup>143</sup> Tal tratamiento de la vía administrativa, que mutó de ser un requisito preceptivo de la acción judicial, para pasar a ser uno de orden facultativo, ya había sido objeto de análisis por parte de la Sala Constitucional, en el voto 3669-2006, luego precisado en el voto 17737-2012.

normales, cuando se opte por esa senda procedimental, el jerarca máximo de ese órgano (o del ente al que pertenece), no podría resolver en apelación, pues se encuentra impedido legalmente para ejercer esa revisión. Así las cosas, la lógica de esa audiencia de cuasi-agotamiento, no es otra que, conferir en sede judicial al jerarca supremo, la posibilidad de referirse a una conducta que, en términos originales, de haberse optado por agotar la vía administrativa, pudo haber revisado en virtud del recurso vertical. No obstante, cuando por razones legales, esa revisión vertical a gestión de parte, no forme parte de sus competencias, no existe justificación racional –ni legal- para otorgarle esa potestad de pronunciarse sobre el contenido de un acto que, por regla general, se encuentra impedido de revisar por cualquier medio.

Desde esa arista de examen, si ese jerarca no puede revisar, dicha audiencia debe conferirse al jerarca del órgano desconcentrado, que no al del ente al que pertenece. En efecto, cuando la norma alude a la audiencia “... *a efecto de que el superior jerárquico supremo del órgano o la entidad competente, de acuerdo con las reglas del artículo 126 de la Ley general de la Administración Pública, confirme, o bien, modifique, anule, revoque o cese la conducta administrativa impugnada ...*”, exige considerar, en cada caso, si la audiencia debe otorgarse a la jerarquía máxima (suprema) del órgano o del ente. Nótese que el canon en cuestión refiere, además, al precepto 126 de la LGAP, por lo que la precisión del contenido de esa norma se hace indispensable para la correcta interpretación de este (pseud) dilema. Señala ese mandato:

**“Artículo 126.-**

*Pondrán fin a la vía administrativa los actos emanados de los siguientes órganos y autoridades, cuando resuelvan definitivamente los recursos de reposición o de apelación previstos en el Libro Segundo de esta Ley, interpuestos contra el acto final:*

*a) Los del Poder Ejecutivo, Presidente de la República y Consejo de Gobierno, o, en su caso, los del jerarca del respectivo Supremo Poder;*

*b) Los de los respectivos jefes de las entidades descentralizadas, cuando correspondan a la competencia exclusiva o a la especialidad administrativa de las mismas, salvo que se otorgue por ley algún recurso administrativo contra ellos;*

*c) Los de los órganos desconcentrados de la Administración, o en su caso los del órgano superior de los mismos, cuando correspondan a su competencia exclusiva y siempre que no se otorgue, por ley o reglamento, algún recurso administrativo contra ellos; y*

*d) Los de los Ministros, Viceministros y cualesquiera otros órganos y autoridades, cuando la ley lo disponga expresamente o niegue todo ulterior recurso administrativo contra ellos.” –El subrayado es suplido-*

Véase que ese numeral estatuye que, en el caso de los órganos desconcentrados, supuesto regulado en el inciso c), los actos que adopten agotan la vía, cuando se trate del ejercicio de su competencia exclusiva (la desconcentrada), siempre que no exista recurso administrativo contra ellos. Así, frente al acto de revocación, potestad que solamente procede contra actos de contenido discrecional, y siendo que la jerarquía impropia, acorde al ordinal 181 en relación al 183 de la LGAP, no permite al contralor no jerarca abordar temas relacionados a conveniencia u oportunidad, dicha audiencia ha de conferirse a la jerarquía del órgano.

La sola circunstancia que en orden a las reglas que impone el ordinal 12 del CPCA, concretamente, en su inciso 1), suponga que, ante los actos de órganos desconcentrados, sin personalidad jurídica instrumental, la demanda deba cursarse contra el ente público al que pertenecen, no supone, a nuestro modo de ver, una habilitación para poder revisar esas conductas, cuando existe regla legal que, a priori, lo impide.

Es decir, a partir del ordinal 155 de la LGAP, cuando la revocación se adopte respecto de actos de un órgano desconcentrado, la potestad no atañe al jefe del ente al que pertenece, sino al jefe del órgano desconcentrado, siendo una excepción a la regla dispuesta en ese precepto. La independencia de criterio de esos órganos desconcentrados, dada la asignación de competencia exclusiva y excluyente que supone la desconcentración, llevaría a que el conferimiento de

dicha audiencia el jerarca máximo supremo, se contraría a la lógica misma de la figura en cuestión siendo un evidente antagonismo con las reglas fijadas por el canon 83 de la LGAP, y que, a no dudarlo, debilitaría dicha especialidad competencial de ese tipo de órganos. Lo anterior al introducir, dentro del proceso, una posibilidad para que se imponga el criterio del jerarca supremo, siendo una modalidad indirecta de revisión de conductas o, en todo caso, de decisión directa en campos cuya competencia ha sido vedada por ley expresa.

En lo que se refiere al sujeto pasivo del procedimiento dentro del cual se adopta la revocación, debe direccionarse contra la persona a favor de quien se ha dictado el acto y, por ende, es el receptor directo de las bondades de aquel. Así, en cada caso la Administración debe identificar al destinatario directo de esas actuaciones para incluirle dentro del procedimiento de revocación. La ausencia de incorporación de dicha parte dentro del *iter* procedimental producirá la nulidad de lo actuado, por la lesión al principio de defensa material, contradictorio y debido proceso. Es precisamente la afectación de una esfera jurídica externa lo que pretende la revocación, mediante la supresión de situaciones jurídicas positivas que se han derivado de sus propios actos, por lo que se hace imperativo tutelar la participación del destinatario para que pueda establecer un correcto y debido ejercicio de su derecho de defensa, sea para acreditar la ausencia de inconveniencia en los efectos de ese acto, o bien, para aportar los elementos de convicción que permitan una tasación adecuada de la indemnización que por este concepto ha de concederse.

### **3.3. Elemento objetivo. Tipología del acto revocable. Causales.**

Un primer aspecto que ha venido siendo referido, es que el acto revocable es solo aquel que tenga una incidencia externa y sea eficaz, *ergo*, no basta que el acto tenga por contenido la regulación, sea por creación, modificación o extinción de determinadas situaciones jurídicas de terceros; se requiere además que este acto haya sido debidamente notificado a ese destinatario, de suerte que el régimen de



validez de tal decisión pública se haya desplegado o pueda desplegarse. La eficacia del acto puede ser condicionada por la incorporación de condiciones, términos o modos, según se colige de los preceptos 132.3 en relación al 145.1 de la citada legislación (LGAP). De tal modo, cabe cuestionarse si en el ámbito de las regulaciones de la LGAP respecto de esta figura, sería necesario el trámite de la revocación frente a conductas que pese haber sido comunicadas, o incluso ante ausencia de comunicabilidad, pero en definitiva de contenido favorable, no han desplegado materialmente su régimen de eficacia, sea por la incorporación de condiciones que inciden en tal aspecto, o bien, por la falta de ejecución por parte del ente público.

En el primer caso, el numeral 140 de la citada fuente legal establece en su tenor literal: *“El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado, excepto si le concede únicamente derechos, en cuyo caso lo producirá desde que se adopte.”* Con todo, como se ha dicho, ese acto, pese a su comunicación puede estar sujeto a requisitos ulteriores para el despliegue de su eficacia, como sería el caso de la aprobación que deba otorgar otra Administración Pública, tal y como lo estipula el canon 145.4 LGAP, en cuanto señala que la aprobación deberá ser posterior y en tanto no se emita el acto no es eficaz ni podrá comunicarse. Sin embargo, en determinados supuestos puede ser comunicado pese a estar sujeto a un trámite posterior de aprobación. Es el caso de la contratación administrativa en la que el acto adjudicatorio se comunica a los participantes en el concurso público para la formalización del régimen contractual y rendimiento de garantía de cumplimiento, así como la formulación de los recursos ordinarios que procedan contra esa decisión, sea revocatoria, apelación interna o apelación. Sin embargo, la concreción material de ese vínculo que permite la ejecución del contrato y, por ende, sus efectos, en los casos en que el ordenamiento

jurídico imponga la figura del refrendo interno o externo<sup>144</sup>, depende de la concurrencia de este supuesto.

Se considera, en el supuesto de hecho analizado, sea, la ausencia de aprobación pese a la comunicación del acto, esa conducta no puede considerarse como eficaz. La sola circunstancia que el acto, pese a la restricción de principio que impone el artículo 145.4 LGAP, haya sido comunicado, al margen o con independencia de su contenido favorable, no permite tenerle como eficaz, dada la ausencia de un requisito que, si bien no se relaciona con su régimen de validez, ciertamente si es impostergable para su marco de eficacia. Lo mismo ocurre con los actos que aun cuando pueden comunicarse, requieren de ese trámite ulterior para su eficacia, pues, en definitiva, no podrán surtir efectos hasta tanto esa exigencia se emita. Incluso en la contratación administrativa, la eficacia del contrato o acto adjudicatorio antes de esas exigencias, se entienden como actos de ejecución anticipada, responsabilidad del funcionario y del contratista.

Al margen de lo expuesto, es claro que la revocación como forma de supresión de actos públicos de contenido favorable si bien exige que los efectos del acto pretendan ser benevolentes, no exige en todos los casos que el acto se encuentre efectivamente desplegando su marco efectual. En efecto, si bien se mira, la norma aludida (art. 152 LGAP) establece que esta figura opera cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido. Sin embargo, esos efectos no en todos los casos han de estarse produciendo en la *praxis*. Bien puede darse el caso de un acto favorable que, si bien ha sido dictado y comunicado, la Administración opte por no ejecutarlo, o bien, habiéndose emitido

---

<sup>144</sup> De conformidad con el Reglamento de Refrendos, 44-2007 de la Contraloría General de la República, reformado por la resolución R-DC-114-2016 y dada la reciente emisión de la Ley No. 9665, que regula dicha figura, el refrendo es requisito de eficacia del contrato y constituye una aprobación de los términos en que se ha suscrito el contrato administrativo. En este sentido puede verse el fallo No. 153-2012-VI de la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo.

la conducta pública, en el curso del trámite de aprobación o configuración de la condición suspensiva o término establecido para el despliegue de sus efectos, estime que el inicio del ciclo de vigencia o eficacia de este acto, antagoniza con los intereses públicos, pese a su contenido favorable. En este caso, si la causa de eliminación no se puede vincular con la mutación de condiciones que han dado base al motivo del acto, sino que se relaciona con la inconveniencia o inoportunidad de ejecutar esa disposición, es claro que la figura aplicable es la revocación, no así la nulidad del acto.

Desde ese plano, ante el escenario relatado, cabe recordar que el titular del acto puede acudir a la figura de la ejecución de acto favorable y firme que regula el ordinal 228 LGAP que señala: *“La Administración deberá dar cumplimiento a los actos administrativos firmes, a cuyo efecto serán aplicables las disposiciones del capítulo de ejecución de sentencias de la Código Procesal Contencioso-Administrativo.”* Estando el acto firme, el administrado puede compeler a la Administración a la ejecución y respeto de esa conducta dictada a su favor. De igual modo, resulta aún más claro lo preceptuado por el mandato 176 CPCA que señala: *“Cuando la Administración Pública no cumpla sus actos firmes y favorables para el administrado, este podrá hacerlos ejecutar, de conformidad con el presente capítulo.”*

La norma, se estima, busca precisamente tutelar el derecho del destinatario del acto favorable, de ejecutar su contenido u obtener las bondades de los efectos de aquel, pues precisamente, la Administración emisora desconoce esas implicaciones. De suerte que la norma tiene por objeto ofrecer al destinatario de un acto que le confiere un derecho o situación favorable en general, opciones para que en caso que la Administración lo desconozca, pueda ordenarse administrativamente (en el caso del artículo 228 LGAP), o bien jurisdiccionalmente (art. 176 CPCA) la ejecución de ese acto.

A la luz de lo expuesto, la regulación de la figura de revocación lleva a entender que la causa justificante y legitimante de la revocación es la disonancia de los efectos del acto y el interés público por cuestiones de conveniencia y/u oportunidad,

empero, no es imperativo que ese marco efectual se encuentre vigente, pues la figura incluye aquellos casos en que, sin haberse iniciado esa vigencia, se proyecta la incompatibilidad aludida. Es evidente que cuando el acto ha expirado sus efectos, sea por la consumación de las causas fácticas a las que está direccionado, es decir, se han desplegado y concretado la totalidad de efectos que se desprenden de su contenido, o bien, porque estando sujeto a una vigencia determinada, se ha cumplido ese elemento de temporalidad, en esos casos la revocación no es necesaria, ya que el acto ha desaparecido por el cumplimiento de su objeto o por su vigencia.

Más simple, la revocación busca suprimir el acto cuyos efectos (actuales o potenciales) son antagónicos con el interés público, de suerte que, si pese a que el acto no se encuentre en ejecución, se estima que esa concreción efectual es lesiva a ese marco de intereses, dicha figura es la que ha de aplicarse.

Por otro lado, el acto revocable ha de ser un acto firme. Si bien la normativa regulatoria de la figura no lo señala, consiste en una exigencia de principio. Ya se ha explicitado que contra el acto final procede la formulación de los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o reconsideración, según la unidad administrativa que los emita. Con independencia que para la eficacia de un acto baste su comunicabilidad y que la formulación de los recursos no impida el despliegue de efectos (según apunta el mandato 148 LGAP), estas medidas recursivas pueden llevar a la supresión del acto por criterio de invalidez. *Ergo*, la consolidación del contenido favorable solo es factible cuando el acto sea firme, sea, cuando se trate de una decisión incontrovertible en sede administrativa mediante aquellas medidas ordinarias. Por ende, debe tratarse de un acto firme y favorable.

### **3.4. Sobre las causas de la revocación.**

Como se ha señalado, la revocación se produce por el establecimiento de la inconveniencia e inoportunidad de los efectos del acto (sea que estén materializándose o estén prontos a hacerlo) desde el plano de confrontación o

cotejo con los intereses públicos. Cabe destacar que el interés tutelado en este caso es el interés público, entendido por el ordinal 113 LGAP como el interés coincidente de los administrados, no así el interés de la propia Administración (institucional), que puede o no coincidir con aquel. Caso de sustentarse la revocación en una disonancia de los efectos del acto con el interés administrativo, cuando este último no sea congruente o no se corresponda con el interés público, tal supresión será nula, con la posibilidad de reinstalación de los efectos del acto, como derivación de los efectos retroactivos de la nulidad absoluta (art. 171 LGAP), así como del eventual reconocimiento de los daños y perjuicios que ese proceder arbitrario pudo haber ocasionado (responsabilidad por conducta ilícita), o bien, caso de imposibilidad material de reinstalar los efectos del acto, la procedencia de la aludida indemnización.

Aspecto fundamental es que, dada esa característica de base, la causa originaria de la revocación puede configurarse en distintas hipótesis: a. Circunstancias sobrevenidas, no existentes al momento de dictar el acto; b. circunstancias originarias no conocidas al momento de dictarse el acto originario; y c. valoración diversa de las mismas circunstancias de hecho que dieron origen al acto, o del interés público afectado.

#### **3.4.1. Situaciones de hecho inexistentes al dictar la conducta y la revocación por cambio de circunstancias.**

En su primer supuesto, la revocación, en tanto medio de adaptar los efectos de la conducta administrativa al interés público que ha de regir su existencia, el ordinal 152 y 153 de la LGAP, regula el supuesto de circunstancias de hecho sobrevenidas en el curso de vigencia del acto, que incidan de manera directa en la idoneidad del acto para satisfacer aquellos intereses públicos. De igual modo, un aspecto que merece alguna referencia se refiere a los casos en que la revocación tenga como causa habilitante, el cambio de circunstancias de hecho que le dieron cabida.

En este punto, merece indicarse, la *ratio* de la revocación es la falta de conveniencia y oportunidad, por lo que en los casos en que el aspecto que mute no sea la conveniencia del acto, sino el motivo que ha dado origen al acto, no se trata de una revocación, sino de una nulidad sobrevenida del acto. En efecto, según se desprende del ordinal 133 LGAP, el motivo del acto deberá ser legítimo y existente al momento de dictar el acto. El motivo puede ser entendido como el presupuesto fáctico o jurídico que da base a la emisión del acto.<sup>145</sup>

Pero, además, ese motivo deberá existir en el curso de toda la vigencia del acto administrativo, pues si desaparece, el acto pierde uno de sus elementos originarios y materiales objetivos (motivo, contenido y fin), de suerte que tal ausencia sobrevenida provocará, a no dudarlo, la nulidad absoluta de esa conducta, a reserva que tal invalidez tendrá efecto a partir del surgimiento de la causa que haga desaparecer uno de esos elementos. Así lo establece el precepto 159 LGAP en cuanto señala: “1. *La nulidad del acto podrá sobrevenir por la desaparición de una de las condiciones exigidas por el ordenamiento para su adopción, cuando la permanencia de dicha condición sea necesaria para la existencia de la relación jurídica creada, en razón de la naturaleza de la misma o por disposición de ley.* 2. *En este caso la declaración de nulidad surtirá efecto a partir del hecho que la motive.*” De ese modo, la desaparición de uno de estos elementos, aún por causa sobrevenida, en orden a lo que regula el canon 166 y 167 LGAP, lleva a la nulidad absoluta.

En la revocación, el motivo para haber adoptado el acto, por ejemplo, la idoneidad de un funcionario para ocupar un puesto público, la existencia de título habilitante para el ejercicio de determinada actividad sujeta a fiscalización pública y el

---

<sup>145</sup> Sobre el particular puede verse la definición que da el tratadista Jinesta Lobo, Ernesto en el Tomo I de su obra, Tratado de Derecho Administrativo. Para un desarrollo más a fondo puede acudir a Ortiz Ortiz Eduardo, en sus Tesis de Derecho Administrativo, Tomo II. En igual sentido, García de Enterría Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, Tratado de Derecho Administrativo.

cumplimiento de los requisitos del titular para su ejercicio, ha de estar presente y vigente, sin embargo, el contenido del acto en cuanto a la proyección de efectos se refiere, atenta contra el interés público que está llamado a tutelar la Administración.

En este punto ha de tenerse claridad, la base que legitima la revocación es la mutación de condiciones en términos de conveniencia respecto de los efectos proyectados por el acto y el interés público. Con todo, dado el efecto favorable que ese acto produce o está llamado a producir, se hace necesario como derivación de la teoría de la intangibilidad de los actos propios, acudir a esa forma de supresión para establecer las implicaciones de afectación económica al destinatario privado a partir de ese momento de ese contenido positivo.

Ahora, como se ha señalado, la validez del acto ha de contar con la concurrencia y perfeccionamiento de los elementos materiales objetivos, a saber, el trinomio clásico de motivo, contenido y fin. La relación entre estos tres elementos es impostergable. El motivo es la causa fáctica que permite o justifica la emisión del acto, en tanto que el contenido es la parte dispositiva del acto, sea, lo que el acto dispone, o bien, el efecto jurídico que pretende incorporar en la realidad material. Entre el motivo y el contenido existe una relación de dependencia y proporcionalidad. El motivo debe ser proporcionado al contenido, aspecto que regula con claridad el ordinal 133.2 LGAP y cuando se encuentre regulado de manera imprecisa, deberá ajustarse razonablemente con los conceptos jurídicos indeterminados que para los efectos establezca el ordenamiento jurídico. Por su parte el contenido deberá ser correspondiente al motivo, de suerte que pondere y analice las cuestiones de hecho o de derecho surgidas de aquel motivo.

Si el motivo es la causa a partir de la cual se posibilita la acción pública, el contenido es la decisión de la Administración competente para poder dar una solución y regulación al hecho involucrado en el motivo. De suerte que a través de la determinación de esas causas fácticas y jurídicas que componen el motivo del acto, como antecedente fáctico condicionante (el “porqué” –presupuesto-), luego de su confrontación y análisis con el ordenamiento jurídico aplicable a esa *fatiespecie*, se determine la decisión que, ante ese supuesto fáctico-jurídico, mejor se adapte

al derecho atinente de cara a la satisfacción del interés público. De ahí que el contenido se traduzca en la disposición de la Administración respecto de esos hechos en particular, sea, constituye el efecto que el acto pretende producir o implementar mediante la decisión concreta derivada del motivo. Por ende, el contenido es consecuencia del motivo, elemento del cual, obtiene su justificación lógica y legítima, de suerte que se constituye como el efecto condicionado o consecuencia condicionada de aquel. De ahí la necesaria relación de interdependencia y correlación que existe entre ambos elementos. Los alcances del motivo dan sustento y son las fronteras del contenido, pues este último ha de surgir como la forma que en ese caso concreto se estima adecuada para atender esa eventualidad fáctica y satisfacer el interés público.

Desde esa arista de examen, la relación motivo-contenido parte de la base de una acción-reacción jurídico-administrativa, semejante a la fórmula causalista “si es A, entonces procede B” (Hempel-Oppenheim). Es claro que la consecuencia jurídica de esos hechos (contenido) adoptada por la Administración no en todos los casos es de contenido reglado, pues en muchas ocasiones, su proyección es discrecional, como medio para posibilitar la adaptabilidad de la voluntad pública a las particularidades y alcances de motivo, por esquemas de graduación y adopción de criterios de rendimiento. Sin embargo, para concretar esa decisión, el agente público ha de considerar el interés o fin público a satisfacer. *Ergo*, el contenido debe ponderar las condiciones del motivo para que la decisión sea correspondiente a ese precedente y su efecto sea proporcionado para la tutela del fin público.

Así lo expresa el canon 132 LGAP en cuanto señala:

*“1. El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas. 2. Deberá ser además ser proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados. 3. Cuando el motivo no esté regulado el contenido deberá estarlo, aunque sea en forma imprecisa. 4. Su adaptación al fin se podrá lograr mediante la inserción discrecional de condiciones, términos y modos, siempre que, además*



*de reunir las notas del contenido arriba indicadas, éstos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo.”*

La anterior referencia pone en evidencia que el contenido del acto debe emitirse como la medida que de manera más proporcionada permita atender el fin público. De ese modo, si se entiende que la interrelación de esos tres elementos es presupuesto de validez del acto, por derivación de lo preceptuado por los artículos 128, 166, 167 y 159 LGAP, cuando exista variación sobrevenida en los alcances del motivo o bien, cuando el contenido no se ajuste a esas variaciones de suerte que mantener el acto distorsiona el fin público, se produce en ese caso una causal de patología de la conducta pública. En esa misma línea, el inciso primero del artículo 132 LGAP precitado indica que el contenido deberá ser lícito, posible, claro y preciso. Por licitud se entiende la conformidad con el ordenamiento jurídico.

En esta cara de ponderación, el contenido del acto como decisión jurídica del caso y, por ende, refutable desde la óptica de análisis de validez, debe encontrar respaldo en el plexo normativo mismo, en cuanto a todas las reglas y fuentes que lo integran. El numeral 16.1 LGAP establece la sujeción del acto a las reglas que delimitan el ejercicio discrecional, en concreto, las reglas unívocas de la ciencia, la técnica, así como a los principios elementales de la conveniencia, la justicia y la lógica. Como se observa, la conveniencia constituye una regla del ejercicio discrecional de la Administración Pública. Ahora, siendo que el contenido deberá ser siempre lícito, en tanto el acto surta efectos, pues de otro modo, se dará una imperfección sobrevenida en ese elemento constitutivo del acto, cuando ese factor de conveniencia desaparezca por mutación de las condiciones en que se ha adoptado el acto originalmente, es tenue y delgada la línea entre la invalidez del acto por desaparición sobrevenida de la regla de conveniencia. Tal disonancia se produce en el elemento motivo, al variar el presupuesto de hecho que dio origen al acto, o bien, si se trata de valoración diversa frente a las mismas condiciones, bien puede señalarse que el elemento contenido como instrumento para satisfacer el interés público, no se ajusta al mérito del caso, perdiendo la relación bilateral a la que se ha hecho referencia. En ambos casos se apela a la necesidad de revocación.

El canon 153 de la LGAP habilita la revocación ante la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no conocidas al momento de dictarse el acto originario. En rigor, dado que el motivo debe existir real o jurídicamente al momento de dictar el acto y en todo su curso de vigencia, el desconocimiento de circunstancia de hecho en la adopción de la conducta, dice de una imperfección en ese elemento material objetivo, en la medida en que el presupuesto habilitante, condicionante, no estaba completo al emitir la voluntad administrativa. La insuficiencia o incompletitud de ese antecedente de hecho, con claridad, afecta el contenido del acto, en la medida en que este último busca resolver la necesidad que le presenta y delimita el motivo. De esa manera, si el motivo del acto fue parcialmente apreciado, bien puede indicarse que existe una irregularidad en su comprensión, defecto que se transmite al contenido. En ese tanto, frente al eventual hallazgo de circunstancias relevantes, si bien se mira, existe un defecto en el motivo, de suerte que, en esos casos, la revocación es un medio de suprimir un acto que presenta invalidez. Por eso la necesidad de analizar en cada caso, si ese hallazgo afecta la validez originaria del acto, o si, por el contrario, son circunstancias que le hacen inconveniente y a partir de ello, por tutela de los derechos adquiridos de buena fe, resulta menester la revocación.

Pero cuando la revocación se ampare en el surgimiento de nuevas circunstancias de hecho, el motivo, tal y como fue percibido al dictar el acto, decae de manera sobrevenida, lo que, en orden a lo expuesto, incide en la existencia real de ese elemento. De nuevo, es la tutela de la situación jurídica, constituida de manera legítima en su momento, lo que nutre y ampara esta modalidad de supresión, sin que ello implique negar el debate presentado respecto de una eventual patología sobrevenida, que no una inconveniencia emergente. Aun estimando que se trata de una nulidad no originaria, igualmente procedería la indemnización de la supresión del acto, a tono con las reglas fijadas por el canon 159 de la LGAP, en tanto los efectos de esa supresión serían prospectivos, dado que la causa de afectación de validez es posterior a la emisión y eficacia del acto.

Al momento de determinar la decisión al caso concreto, esto es, al instante de emitir el contenido del acto administrativo, la Administración en el curso del procedimiento ha pretendido establecer los hechos que sirven de base al motivo, dentro de una aplicación de sistema de valoración de prueba que busca, al menos por diseño normativo, la realidad real de los hechos. Así se colige de los mandatos 214, 221, 297, 298 y 308 LGAP. Ello implica, dada la relevancia del presupuesto fáctico, el procedimiento administrativo debe escudriñar en la medida de lo posible, en la determinación empírica, no solo formal deductiva, de los hechos que pueden tenerse como base objetiva del motivo. Una vez ello, ha de ponderar ese esquema fáctico contra el orden jurídico, para establecer, dentro de las pautas legales permisibles y aplicables, cual es la decisión que configure el criterio de rendimiento que permita tutelar el valor categórico que se ha asociado como fin público tutelable. Es precisamente dentro de ese marco que la decisión debe ajustarse a los criterios de conveniencia para atender el fin público. Por ende, cuando surja una disonancia entre el elemento contenido como instrumento o plataforma de satisfacción del elemento del fin, podría pensarse en la existencia de una causal de invalidez por la imperfección sustancial de uno de sus elementos.

Si bien se mira, el artículo 167 LGAP señala que habrá nulidad absoluta ante la imperfección de uno de los elementos del acto, cuando tal yerro imposibilite la consecución del fin público. De ese modo, no solo existe nulidad absoluta por la ausencia de elementos materiales, sino por la imperfección grave de uno de estos con incidencia negativa en la satisfacción del interés público. De suerte que, ante la inconveniencia emergente del acto, sea por la mutación de condiciones originarias, sea por la apreciación diversa de esas condiciones elegidas al momento de dictar el acto, que luego, el agente público considera, por variación de criterio, antagónicas con el interés público, podría alegarse la ocurrencia de nulidad sobrevinida.

Como se mire, la revocación se constituye en un medio que permite ajustar el contenido del acto a su finalidad de tutelar el interés público. De ese modo, caso de constatarse la divergencia entre esa conducta y dicha finalidad, este mecanismo

posibilita la supresión del acto, con independencia del contenido mismo de la relación jurídica dentro de la cual se ha adoptado. En ese sentido, resulta cardinal precisar que no es toda alteración de hechos o contraste de efectos lo que posibilita su utilización, en la medida en que la misma ley fija, como criterio condicionante, que tal divergencia ha de ser grave. Así lo impone con toda claridad el mandato 152 inciso 2) de la LGAP en cuanto señala: *“2. La revocación deberá tener lugar únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin.”*

Esto supone, como adelante se verá, en un deber de motivación que ponga en evidencia las razones de hecho o de derecho sobre las cuales se ampara la percepción de divergencia grave, como presupuesto de validez de dicha medida. Desde ese plano, la legitimidad del acto de revocación en este supuesto, exige, como presupuesto sine qua non, que el acto desarrolle con la suficiente claridad, las nuevas circunstancias de hecho que inciden en la pertinencia de los efectos del acto, sea por su ocurrencia sobrevenida, o bien, por su desconocimiento al momento de dictar la conducta originaria. Tal referencia se hace cardinal en estas cuestiones, pues si las condiciones emergentes se encontraban disponibles de ser conocidas a priori, al momento de dictar el acto, o bien, la Administración estaba en la posibilidad o deber objetivo de conocer esas cuestiones, en rigor, no se configura el presupuesto de hecho regulado en el artículo 153.1 de la LGAP. El solo alegato de desconocimiento como elemento sustantivo no basta para legitimar esas decisiones. Es menester analizar su esa circunstancia de hecho, presente al momento de dictar el acto, pudo o debió haber sido conocida por la Administración, ya que, de haberlo sido, no se estaría frente a supuestos de inconveniencia del acto, sino de patología originaria del acto, en la medida en que, como se ha expuesto arriba, se configura una imperfección sustantiva en el elemento motivo, tal y como fue percibido al dictar la conducta, y como consecuencia lógica, del contenido, en tanto expresión de voluntad administrativa para definir las acciones a adoptar frente a un motivo incompleto o errado. Se trataría por ende de una nulidad

de origen, que no de una causal de revocación. Desde luego que en esos supuestos es debido ponderar la buena fe de la situación jurídica otorgada al destinatario del acto de contenido favorable, de cara a fijar su eventual indemnización por la supresión del acto, pero esa sola circunstancia no relativiza la trascendencia del vicio.

Por lo pronto, el régimen nacional en su ordinal 153 de la LGAP, parece pasar por alto ese examen, y reconoce como causal legítima de revocación, esas nuevas circunstancias o el desconocimiento de cuestiones presentes al momento de dictar el acto originario. Sin embargo, como pauta interpretativa, se considera, tal redacción es aplicable a los casos en que ese desconocimiento fuese “permisible” desde el plano objetivo, sea, cuando la Administración no estuviere en posibilidad o deber objetivo de conocer esos hechos, pues de otro modo, de aceptar que basta el alegato de ignorancia de la circunstancia como base habilitante de una revocación, parece desnaturalizar la razón misma de la figura.

#### **3.4.2. Revocación por valoración diversa de circunstancias.**

De igual manera, cuando se trate de un cambio de criterio, en rigor, el fundamento de la revocación descansa en la permanencia de las circunstancias fácticas que constituyeron y constituyen el motivo del acto, empero, en ese supuesto, se estila por parte de la Administración, que, frente a ese presupuesto, la decisión jurídica ha de ser diversa a la originalmente adoptada, a fin de ajustarla al interés público tutelado. Se trata de una valoración distinta de las mismas circunstancias de hecho que dieron origen al acto, o del interés público afectado.

Si se comprende la dinámica del binomio motivo-contenido, en virtud del cual, acorde al ordinal 132 de la LGAP, el contenido debe ser proporcionado al fin legal y correspondiente al motivo, resulta notorio que la decisión administrativa ha de haber considerado las diversas circunstancias que sirven de base al motivo, ponderando las implicaciones de las potenciales soluciones aplicables, jurídicamente viables, para poder satisfacer el interés público que el Ordenamiento

Jurídico manda tutelar. En la medida en que el contenido debe ser lícito y posible, se desprende que frente a un conjunto determinado de hechos que legitima la adopción de la medida administrativa, el contenido debe haber considerado las soluciones jurídicas atinentes a ese antecedente.

Desde ese plano, la relación de correspondencia con el motivo podría llevar a estimar que la valoración distinta de las circunstancias de hecho que dieron origen al acto, a fin de cuentas, implica una mutación del criterio jurídico que sustenta el contenido, lo que podría hacer duda de la validez y legitimidad del contenido, tal y como fuese adoptado originalmente. Empero, es evidente que aún y cuando el contenido de una determinada conducta fuese congruente con el presupuesto fáctico que le da cabida, en el curso de su ejecución, bien puede configurarse una mutación de las condiciones en que el interés público ha de ser satisfecho, lo que justifica adaptar la voluntad administrativa a ese nuevo desiderátum. Sin embargo, en tal supuesto, la base de la revocación sería una mutación de circunstancias, que no la pervivencia de condiciones originarias. La satisfacción del interés público debe considerar todas las cuestiones de hecho y de derecho, lo que implica, a no dudarlo, la ponderación de medios legítimos que tiene la Administración para tomar su decisión frente al caso concreto. Si luego sobrevienen medios de satisfacción más eficientes e idóneos, es un tema que dista de una permanencia de condiciones originarias con valoración distinta, sino que se aviene con mayor proximidad, a variación de condiciones del entorno en el que se dicta la conducta. Dentro de este tipo puede darse como ejemplo, el surgimiento de nuevas tecnologías de acceso a datos que hagan conveniente revocar el aprovisionamiento de determinados servicios, para ajustar el funcionamiento administrativo a nuevas tecnologías. De nuevo, es en cada caso que la motivación prolija permitirá realizar el test de validez de las decisiones adoptadas al amparo de esta potestad.

En todo caso, la nueva valoración o ponderación diversa de circunstancias, exige la debida mención de las cuestiones de derecho que llevan a justificar que el contenido del acto, tal y fue dispuesto originariamente, no tiene la virtud de satisfacer el interés público, de suerte que, por tal elemento finalista, sea de rigor

cesar sus efectos mediante la revocación. Al tratarse de una forma de supresión de las conductas de contenido discrecional, resulta evidente que la decisión original debe estar sometida a los límites fundamentales de la elección discrecional<sup>146</sup>, lo que hace suponer que la causa de esta modalidad de revocación descansa en variación de condiciones o entorno en el cual el acto despliega sus efectos, ya que si se tratase de una simple ponderación diversa, surge a la vista que el contenido originario del acto no implicaba el mejor medio de satisfacción del interés público tutelado. Esto se pone de relevancia si se entiende que pese a los tipos de revocación señalados, sea, aparición de nuevas circunstancias de hecho, o condiciones desconocidas al dictar el acto, o bien, valoración diversa de esas condiciones primigenias, lo determinante de la revocación es que se constituye en un medio de armonía entre el contenido del acto, sus efectos y el interés público, ya que la figura es procedente, únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público.

Desde ese plano, la ponderación de las causas que le dan cabida ha de orientarse en esa finalidad, de suerte que el acto, tal y como ha sido adoptado, ya no sea el medio pertinente y eficiente para dicha satisfacción. Así, cuando el acto pueda ser objeto de modificaciones en su contenido que permitan esa armonía y ajuste teleológico, la Administración bien podría ponderar la conveniencia de disponer una adaptación del acto a esos fines, siendo la revocación un medio que ha de aplicarse

---

<sup>146</sup> La LGAP impone en sus ordinales 15, 16 y 160, un sometimiento de la autoridad administrativa, en el ejercicio de potestades de contenido discrecional, a las reglas unívocas de la ciencia y de la técnica, así como a los principios elementales de justicia, conveniencia. Tal ejercicio discrecional se encuentra afecto además a los límites de las circunstancias antecedentes, así como a los principios generales del derecho. De ahí que la adopción de la conducta debe ponderar los hechos que sirven de base al motivo para poder seleccionar el contenido que, dentro de los márgenes de legitimidad y licitud, resuelvan y satisfagan de mejor manera los intereses públicos. De ahí que la diversa valoración de la decisión original que lleve a justificar una revocación, parece encubrir deficiencias sobrevenidas en esa elección para satisfacer el interés público, o bien, alteración de las condiciones originarias, de suerte que el medio elegido ya no sea idóneo para cubrir esas nuevas contingencias.

en la medida en que tal compatibilidad no sea del todo posible, dada la disonancia sustancial entre ambos aspectos.

### **3.4.3. Una modalidad excepcional de cambio de circunstancias: los cambios en el régimen jurídico.**

Ahora bien, aspecto *sui generis* se produce cuando la divergencia de los efectos del acto con el fin público, derive de la circunstancia sobrevenida de la reforma de las normas jurídicas que sustentaron la adopción del acto. La adopción de cambios en el Ordenamiento Jurídico habilitante del acto, constituye una razón sobrevenida que bien puede generar que la pervivencia del acto implique un medio que no sea idóneo, para cumplir con sus fines.

Frente a esas reformas legales, bien puede darse el caso que el contenido del acto, y sus efectos, ya no se ajuste plenamente a ese nuevo marco regulatorio, con lo cual, se hace necesario la ponderación de conveniencia de mantener esa conducta o, por el contrario, suprimirla. Razones fundamentales de irretroactividad de las normas sustentan ese planteamiento. Acorde al ordinal 34 en relación al 129 de la Carta Magna, las leyes rigen a partir del momento en que lo indiquen o en su defecto, diez días hábiles luego de publicadas, producto de lo cual, por principio garantista, a ninguna norma puede darse efecto retroactivo en perjuicio de las personas. Cabe destacar que cuando dicha retroactividad pueda generar un efecto favorable al administrado, tal restricción no es aplicable en la medida en que supone un ensanchamiento de las situaciones de poder o de ventaja de la persona.

Así, la incidencia de esas reformas en el régimen normativo habilitante de la conducta administrativa, tiene relevancia en el tema bajo examen en la medida en que ese acto mantenga sus efectos, y estos no se correspondan o ajusten a las nuevas disposiciones jurídicas, siendo que tal antagonismo sobrevenido, suponga un contraste grave de los efectos de ese acto con las nuevas normas. Con todo, para esos efectos, es menester señalar los diversos grados de retroactividad potencialmente atinentes a la emisión de una nueva norma:



- Máxima o plena. Este grado supone que la nueva ley se aplica a una relación jurídica básica y sus efectos, mismos que nacieron y fueron ya ejecutados bajo la vigencia de la ley anterior. En esta categoría, supone que la nueva normativa se extiende a las situaciones jurídicas que fueron constituidas y fenecidas al amparo del régimen anterior. Implica un supuesto extremo de retroactividad, en principio, vedada en nuestro régimen al tenor de la regulación contenida en el artículo 34 de la Carta Magna.
- Media. En este caso, la nueva ley se aplica a efectos nacidos durante vigencia de ley derogada aún no agotados o consumados. *Ergo*, si bien la situación jurídica se ha constituido de conformidad con un marco jurídico antecedente, las implicaciones jurídicas y/o materiales que se desprenden de aquella, perviven al momento de ingresar a regir la modificación normativa. Desde ese plano, la nueva legislación impone que ingresa a regir de manera inmediata a toda relación jurídica, haya sido en el curso de la anterior regulación o la que modifica o deroga aquella. En esta hipótesis, la situación jurídica nacida antes de la vigencia de la ley, debe adaptar su contenido y efectos a la nueva regulación, de suerte que su marco efectual ha de ajustarse al marco jurídico. Supone por ende una transición de los efectos nacidos antes de la nueva ley, a esta última. Es el caso de una concesión regida por un plazo específico, pero que, a partir de la nueva normativa, ha de ajustarse al plazo dispuesto por las nuevas condiciones.
- Mínima o atenuada. Finalmente, en este caso, la nueva ley se aplica a los efectos de una relación jurídica originaria en la ley anterior, nacidos después de vigencia de nueva ley. En este marco, es claro que la situación jurídica nace al amparo de la legislación precedente, pero un conjunto específico de efectos, ha de ajustarse a la nueva regulación. Es el caso de la misma concesión, regulada por un plazo, con posibilidad de prórrogas por el mismo lapso, pero que, al momento de gestionar la renovación, ha de ajustarse a las nuevas ordenanzas, sea que dispongan la improcedencia de la

renovación de esos derechos, o bien, la inclusión de un plazo diverso al anteriormente regulado.

Frente a este tipo de grados de retroactividad, en tesis de principio, es la ley la que ha de indicar si opta por alguna de esas modalidades, siendo que, por principio básico, acorde al ordinal 129 de la Carta Magna, la ley rige a partir del momento en que ella lo indique, o en su defecto, diez días después de la publicación. Así, lo debido y conveniente es que la misma norma imponga por la técnica de las regulaciones transitorias, si la nueva fuente legal rige de inmediato o si modula su aplicación a situaciones nacidas al amparo de la legislación precedente, y cuyos efectos perviven. Sin embargo, con frecuencia, tal previsión no se realiza, y en tales casos, es necesario ponderar si aquellas situaciones jurídicas se regulan por el nuevo régimen o si, por el contrario, se amparan al marco jurídico que les habilitó.

En este caso, por el momento, en la medida en que los efectos del acto derivado de relaciones jurídicas nacidas por norma anterior, se mantienen, puede darse que esa eficacia sea congruente con la nueva regulación, o bien, que implique una divergencia grave con ese nuevo ordenamiento jurídico. En tal caso, el contenido del acto sería contrastante con la legalidad que debe regir el funcionamiento administrativo, en esta especie, por un antagonismo sobrevenido, derivado de la nueva regulación. Dicha divergencia, en consecuencia, supondría la necesidad de ajustar la conducta pública a las fuentes que regulan su proceder, lo que supone, caso de divergencia grave, la posibilidad de suprimir esa conducta, pues sus efectos, en el contexto regulatorio vigente, ya no se constituye en un medio lícito y legítimo para tutelar el interés público.

Frente a este dilema, y partiendo de las relaciones jurídicas nacidas al tenor del régimen precedente, y cuyos efectos pervivan, sean incongruentes con la nueva normativa, existe, a nuestro modo de ver, varias alternativas posibles.

La primera es la debida anticipación de la ley de regular esa circunstancia y disponer el necesario ajuste o adaptación de esas situaciones jurídicas al nuevo régimen, con el debido reconocimiento de las reparaciones civiles que correspondan por dicha afectación. Para ello, es necesario distinguir si se trata de

relaciones jurídicas con efectos regulados por una condición resolutoria concreta, de aquellos actos favorables cuyo régimen de vigencia se encuentre sujeto a potenciales renovaciones, así como de las conductas habilitantes que, si bien son de efectos continuados, no cuentan, *ex profeso*, con una sujeción a temporalidad. En un primer escenario, los actos que se encuentren relacionados a condiciones resolutorias, bien podrían el mismo legislador disponer su cesación anticipada, con la respectiva orden indemnizatoria. En los segundos, lo debido es que la ley ordene que la renovación de esas relaciones jurídicas, deban someterse al nuevo régimen, tratamiento que parece el pertinente, aún y cuando la ley no lo disponga. En este caso no se observa posibilidad de reparación alguna, al haber cesado ya el marco de vigencia del acto, y no contar con un derecho subjetivo a la renovación en las mismas condiciones originales. Incluso, cuando se trate de conductas que dentro de las nuevas regulaciones no pueden prorrogarse, es la nueva ley que la justifica la cesación de la relación, sin que pueda invocarse un derecho a la renovación al amparo de la norma anterior, dada la ilicitud sobrevenida de esa posibilidad. Dentro de esta especie pueden insertarse las contrataciones administrativas en las que se haya dispuesto cláusulas de renovación automática, salvo manifestación expresa en contrario. En tal hipótesis, es la nueva legislación la que permite a la Administración Licitante manifestar su criterio de no renovación, por tratarse de una posibilidad restringida por la legalidad que rige sus conductas, y que se constituye en un límite infranqueable de la legitimidad de sus estipulaciones convencionales, como derivación del principio que consagra el ordinal 3 de la Ley de la Contratación Administrativa, No. 7494.

Por otro lado, aquellos actos cuya vigencia no se ha vinculado a un espectro temporal o provisional, es necesario que se pondere la pertinencia de la revocación o bien, que la misma ley ordene su cesación, con las indemnizaciones respectivas.

En esa línea, ante la ausencia de regulación especial, una primera opción es considerar que lo que se presenta en el marco de esas relaciones, es una nulidad sobrevenida que se concreta en la ilicitud del contenido. En efecto, como se ha señalado, en orden a lo que estatuye el canon 132 de la LGAP, el contenido del

acto ha de ser lícito y posible. Siendo la licitud la correspondencia de lo decidido con el ordenamiento jurídico, es claro que en aquellos casos en los que la voluntad administrativa, fue válidamente emitida, pero luego, se modifica el marco jurídico habilitante, de suerte que con la nueva regulación ese contenido ya no es legítimo, se está frente a una patología no originaria. Ahí, la doctrina del ordinal 159 de la LGAP impone que se incorpora una causal de nulidad en el acto, con la correspondiente potestad de supresión por dicha patología. Empero, a diferencia de la nulidad originaria, que al socaire del mandato 171 de la LGAP en relación al 131 del CPCA, tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de adopción de la respectiva conducta, en este caso, dado que en su momento el acto contaba con respaldo jurídico, la supresión se dispone de manera constitutiva, con efectos prospectivos, hacia futuro. *Ergo*, los efectos jurídicos y materiales desplegados por ese acto de previo a su anulación, se encuentran amparados a la legitimidad y la situación jurídica del destinatario de esas manifestaciones formales se entiende constituida de buena fe, siendo, por ende, oponible y exigible su contenido, incluso en el ámbito patrimonial.<sup>147</sup>

Resulta evidente la lógica del mandato referido (159), ya que se trata de una patología que se produce no en la emisión del acto, sino en el curso de su vigencia, de suerte que la retroactividad de efectos no constituye un principio aplicable. De lo anterior se desprende que, ante esas nuevas regulaciones, en la medida en que la pervivencia de ese acto suponga un quebranto a los intereses públicos, podría la Administración asumir un defecto que obliga a anular el acto. En suma, la causa de anulación sería el antagonismo y oposición del acto con el ordenamiento jurídico

---

<sup>147</sup> El ordinal 159 de la LGAP señala con toda claridad en este supuesto bajo examen: *“Artículo 159.- 1. La nulidad del acto podrá sobrevenir por la desaparición de una de las condiciones exigidas por el ordenamiento para su adopción, cuando la permanencia de dicha condición sea necesaria para la existencia de la relación jurídica creada, en razón de la naturaleza de la misma o por disposición de ley. 2. En este caso la declaración de nulidad surtirá efecto a partir del hecho que la motive.”*

vigente. En esta postura, si bien los efectos generados son inmutables, podría alegarse la ausencia de un derecho de reparación de los eventuales daños y perjuicios que esa extinción llegara a producir, ya que la causa que produce esa consecuencia es la misma ley, de suerte que se trataría, en todo caso, de una eventual responsabilidad por conducta lícita.

Acá, al tenor del ordinal 194.3 de la LGAP, cabe la responsabilidad por emisión de ley, cuando produzca daños excepcionalmente intensos o anormales, por la pequeña proporción de afectados. Se trata de un régimen de responsabilidad sin falta, en el que, el criterio de imputación es una conducta legítima de la Administración, y que, en el régimen nacional, se encuentra regulado en los ordinales 194 y 195 de la LGAP, los cuales, imponen una reparación limitada, referida únicamente a los daños, más no al lucro cesante.<sup>148</sup> Tal postura genera el riesgo de negación de reparaciones por esas causas, o al menos, de reparaciones limitadas, con el consiguiente quebranto de la indemnidad patrimonial que tutelan los ordinales 9, 11, 18, 33, 41 y 45 de la Carta Magna.

Sin embargo, no se comparte esta postura. La otra visión del tema bajo examen se decanta por la no afectación de la validez del acto por esas alteraciones sobrevenidas. En orden a la aplicación de los grados de retroactividad que han sido

---

148 Indican esos preceptos: “**Artículo 194.-** 1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión. 2. En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante. 3. El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo.” “**Artículo 195.-** Ni el Estado ni la Administración serán responsables, aunque causen un daño especial en los anteriores términos, cuando el interés lesionado no sea legítimo o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, aún si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso.”

mencionados, de conformidad con la restricción de aplicación en perjuicio que impone el ordinal 34 de la Carta Magna, resulta evidente que las situaciones jurídicas que han sido constituidas, oportunamente, al amparo de un régimen jurídico, aun y cuando luego sea modificado, no se verían afectadas de manera retroactiva por ese nuevo ordenamiento, en cuanto a la valoración de su legitimidad. Es decir, esas mutaciones normativas no incorporan una patología en el acto de contenido favorable que lleve a introducir un motivo de nulidad, siquiera sobrevinida, tal y como señala el canon 159 de la LGAP. El acto que nace válido por guardar correspondencia sustancial con el ordenamiento jurídico vigente al momento de adoptarse, no se convierte en un acto inválido por la modificación de esas fuentes habilitantes, aún y cuando estas últimas proyecten un tratamiento diverso al contenido en el acto. Es decir, el contenido del acto se encuentra conforme con el derecho que lo rige, para los efectos del ordinal 132 de la LGAP.

Por el contrario, en tales escenarios, partiendo de la no afectación a las situaciones derivadas de un régimen antecedente, el contraste de los efectos de esas conductas respecto del nuevo marco regulatorio aplicable, hace que se produzca una divergencia grave con el interés público que nutre y ampara la reforma legislativa, lo que configura un motivo que si bien no da paso a la invalidez del acto, ciertamente lleva a que sea ajeno a la conveniencia y al mérito, por tanto, causa adecuada para dar paso a la revocación de ese acto, con independencia de cuando haya sido emitido. Es decir, frente a esos supuestos, lo debido es acudir a la figura de la revocación, que no a la anulación del acto.

Sobre esa línea, se ha establecido que el acto será válido en tanto se dicte conforme con el ordenamiento jurídico vigente al momento de su emisión y sólo se convertirá en inconveniente y/o inoportuno al no adecuarse a las exigencias del interés público de ese momento, de suerte que el acto que se emite válidamente,

no pierde tal carácter por los cambios operados en el ordenamiento jurídico. 149150 Ciertamente, tratamiento opuesto vulnera la certidumbre jurídica, con grave detrimento de los derechos que hubieren adquirido los administrados de conformidad con la legislación anterior y conforme a la máxima de confianza legítima.<sup>151</sup>

Por último, en este aparte, es menester destacar que dicho análisis y postura no es extensible a los casos en que la normativa primigenia habilitante del acto favorable, haya sido declarada inconstitucional. En tal supuesto, no puede decirse que el acto fuese emitido de manera legítima, siendo que su contenido se ampara a una normativa que carece de validez. Lo anterior con la salvedad de que el Tribunal Constitucional realizara algún dimensionamiento en virtud del cual, dispusiera la pervivencia de los efectos o derechos adquiridos de los actos de contenido favorable, otorgados al amparo de esas normas invalidadas. Fuera de dicha excepcionalidad, la supresión por inconstitucionalidad de una fuente legal, genera un efecto retroactivo a la fecha de emisión de la norma, por lo que, como parte de esa declaratoria, serían igualmente ilegítimos los efectos jurídicos derivados de esa norma, dentro de estos, los actos otorgados bajo su ámbito de vigencia y aplicación, por relación de dependencia y accesoriadad. Pese a ello, tal supresión bien puede

---

149 Así lo expone Matías A. Bentivegna, en el ensayo “Reflexiones acerca de la revocación del acto administrativo por supuestos de cambio de ordenamiento jurídico y de circunstancias sobrevinientes”, en obra colectiva Derecho Administrativo, Libro homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira, coordinado por Julio Pablo Comadira y Miriam M. Ivanega, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pp 109 y ss.

150 En ese sentido, el profesor Marienhoff, citado por Matías A. Bentivegna, Op. Cit, expone sobre ese particular: “...el acto nacido válido por resultar armónico con el derecho vigente en el momento de su emisión no se convierte en ilegítimo porque a raíz de un cambio en el derecho objetivo resulte después incompatible con el nuevo régimen jurídico. Dicho acto solo se convierte en “inoportuno” o “inconveniente”, pero de ningún modo en acto ilegal (...). Siendo así, es obvio que la extinción de tal acto, al ser “legítimo”, sólo procederá por razones de “oportunidad, mérito o conveniencia”.

151 Matías A. Bentivegna, Op. Cit.

generar derechos de orden reparatorio en cabeza del administrado que, en tanto destinatario del acto de contenido favorable, adquirió situaciones jurídicas bajo un esquema de presunción de legitimidad y de confianza legítima. En tales casos, la eventual responsabilidad del Estado no ha de decantarse por un ejercicio legítimo, sobre la conjetura o alegación de que la supresión por invalidez constitucional de las normas es un ejercicio legítimo (sin falta), por ende, analizable al socaire de los ordinales 194 y 195 de la LGAP. En tales supuestos, se estima que la causa de la responsabilidad no es el ejercicio constitucional de control de las normas conferido por el mandato 10 de la Carta Magna, sino el haber emitido una norma contraria a ese referente normativo supremo. Bajo esa perspectiva, la responsabilidad administrativa sería plenaria, en la medida en que la causa adecuada del daño es, precisamente, un ejercicio indebido de la potestad de emisión de ley. En ese marco, en tanto la ley otorgó un derecho que luego decae por la anulación de la norma que lo otorga, se trata de una situación en la que no es correcto endilgar al administrado ninguna incorrección, siendo la fuente productora del daño de plena y total asignación al Estado. De nuevo, en virtud de la confianza legítima, la reparación de su situación jurídica, creada por una norma luego invalidada, debe ser plenaria, sin que pueda excusarse el poder público en una alegación de aparente legitimidad de la causa de la lesión.

### **3.5. Elemento procedimental e indemnizatorio.**

Desde el plano procedimental, la LGAP no fija un marco específico para esos fines. Se limita a imponer una serie de exigencias previas que condicionan la legitimidad y correspondiente validez del acto que dispone la revocación. En ese sentido, la figura bajo examen es una potestad de imperio que, se encuentra sujeta a una serie de requerimientos sustanciales, dentro de las cuales, las regulaciones que van del ordinal 152 al 156 de la LGAP, imponen un debido proceso para su adopción, como derivación de la aplicación del principio de intangibilidad de actos propios.



El canon 308 de la LGAP, en su inciso a) precisa de la necesidad de un procedimiento ordinario para dictar actos que supriman derechos subjetivos, lo que hace pensar que en la medida en que la revocación tiene por objeto la supresión de actos de contenido favorable, exigiría ese elemento de garantía. Aún las razones por las cuales procede la revocación, todas relacionadas a un análisis de conveniencia, oportunidad o mérito de la permanencia de los efectos de un acto administrativo, la doctrina sentada por la Sala Constitucional con sustento en el citado principio del debido proceso, ha pues de manifiesto la necesidad de instruir un procedimiento formal para disponer la revocación como forma de supresión de conductas de contenido favorable.<sup>152</sup>

El ordinal 155 de ese cuerpo legal estatuye que la revocación de actos declaratorios de derechos subjetivos, debe realizarse por el jerarca respectivo, previo dictamen favorable de la Contraloría General de la República (elemento subjetivo ya tratado). De igual manera, precisa que deberá contener el reconocimiento y, de ser posible, el cálculo de la indemnización completa de daños y perjuicios causados, componentes cuya desatención produce la nulidad absoluta del acto de revocación.

Por sus implicaciones, resulta necesaria la transcripción de ese mandato:

---

<sup>152</sup> La Sala Constitucional ha sentado la necesidad de procedimiento administrativo en el ejercicio de la potestad de revocación, entre otros, en el voto 2011-05486 del 29 de abril del 2011, en el cual, sobre ese particular señaló: “IV.- *Tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples ocasiones, la Administración Pública no puede anular un acto declaratorio de derechos para el administrado, sino únicamente acudiendo a un proceso de lesividad o en vía administrativa por medio de la anulación (o revisión de oficio) pero únicamente cuando la nulidad sea absoluta, evidente y manifiesta; y la revocación. Esto por cuanto, esta Sala le ha conferido rango constitucional (por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política) al principio de inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado. Ahora bien, aún en los casos excepcionales mencionados en vía administrativa (anulación y revocación), se exige un debido proceso a seguir. En el caso de la revocación, el debido proceso está normado en los artículos 152 al 156 de la Ley General de la Administración Pública, y en el caso de la anulación, el debido proceso está normado en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. (...)*”-

**“Artículo 155.-**

- 1. La revocación de un acto declaratorio de derechos subjetivos deberá hacerse por el jerarca del ente respectivo, previo dictamen favorable de la Contraloría General de la República.*
- 2. Simultáneamente deberá contener el reconocimiento y si es posible el cálculo de la indemnización completa de los daños y perjuicios causados, so pena de nulidad absoluta.*
- 3. En todo caso los daños y perjuicios deberán ser liquidados por la Administración dentro del mes posterior a la solicitud o recurso del administrado que contenga la liquidación pretendida por éste.”*

Para esos efectos, la norma de comentario impone que los daños y perjuicios deben ser liquidados por la Administración dentro del mes posterior a la solicitud o recurso del administrado, que contenga la liquidación pretendida por éste.

Lo anterior permite inferir que, dentro de ese procedimiento es necesaria la concurrencia del análisis previo de parte de la Contraloría General de la República, instancia que debe emitir un dictamen favorable sobre la procedencia de la figura en cada caso concreto. En esa dinámica, de previo a remitir el caso a la instancia contralora, es menester que la Administración cuente con los informes técnicos y jurídicos internos que pongan en evidencia la causa efectiva y debida valoración de los motivos por los cuales resulta pertinente la revocación. De igual manera, debe acompañarse el acto expreso del jerarca del ente respectivo, en el que, con fundamento en esos dictámenes, someta a conocimiento de la Contraloría General de la República la decisión de revocar el acto. Todo lo anterior ha de dictarse dentro del curso de un procedimiento administrativo en el que se haya satisfecho el derecho de defensa del titular de la situación jurídica a fenecer.

Cabe destacar que a tono con el citado precepto 155 de la LGAP, el dictamen favorable del órgano contralor debe emitirse de previo al dictado del acto final por parte del jerarca, lo que implica que se trata de una autorización que incide en la validez de la conducta, que no de un acto de aprobación, que, por tal, incidiría en la eficacia de esa voluntad administrativa. Así se desprende del ordinal 145 de la LGAP, norma que precisa el efecto constitutivo de las autorizaciones

administrativas, y aclara la incidencia en la ejecución del acto que ostentan las aprobaciones. De suerte que la omisión de tal exigencia lleva, sin duda, a la nulidad absoluta de ese acto, al tratarse de un vicio insuperable y que no es posible de ser saneado o convalidado. Esto es relevante de cara a definir la reparación que supone una decisión de esta naturaleza, ya que en la medida en que se disponga la revocación sin ese dictamen precedente, los efectos derivados de ese acto ilegítimo serían base de eventuales indemnizaciones hasta tanto no se adopte de manera adecuada, acorde a las reglas legalmente aplicables. Esto ya que la privación de efectos del acto declaratorio de derechos subjetivos en virtud de una revocación ilegal, supondría que dicha cesación irregular genera el derecho del titular de obtener a título de daños y perjuicios, los ingresos económicos que pudiera acreditar que hubiera obtenido de no haberse hecho cesar el acto y en el curso de la vigencia de la revocación ilegítima. A modo de ejemplo que clarifique esta afirmación, puede señalarse la revocación de una concesión de prestación de servicio público delegado, remunerado bajo esquemas tarifados, sin cumplir con el dictamen previo de marras. En tal caso, desde la fecha de revocación hasta que se disponga esa forma de supresión ajustada a legalidad, los ingresos dejados de percibir por ese lapso entre la efectividad de la medida ilegítima y su corrección.

Por tales razones, la falencia de ese dictamen antecedente solamente es superable por la vía de la conversión del acto, modalidad que de conformidad con el ordinal 189 de la LGAP<sup>153</sup> genera efectos a partir de su emisión y no de fecha retroactiva como es el caso del saneamiento o de la convalidación.

---

<sup>153</sup> Indica ese precepto: “**Artículo 189.-** 1. *El acto inválido, absoluta o relativamente nulo, podrá ser convertido en otro válido distinto por declaración expresa de la Administración a condición de que el primero presente todos los requisitos formales y materiales del último.* 2. *La conversión tiene efecto desde su fecha.*” Los mecanismos de saneamiento y convalidación producen sus efectos de manera retroactiva desde la fecha del acto saneado o convalidado, consecuencia que no es adecuada ni debida para los casos en que la revocación carezca de un elemento estructural de perfeccionamiento.

Ahora bien, como supuesto de excepción a la regla que impone el canon 303 de la LGAP, en virtud de la cual, los dictámenes serán facultativos y no vinculantes, el citado precepto 155 de la LGAP en cuanto menciona que la revocación debe contar con el dictamen de referencia (CGR) en términos favorables, permite interpretar que se trata de un dictamen no solamente necesario, sino, además, vinculante. La norma no señala si tal autorización puede ingresar a la valoración de cuestiones de pertinencia de la revocación dada la concurrencia de los presupuestos que le dan cabida, o si la competencia de esa instancia debe limitarse únicamente a ponderar los efectos indemnizatorios de la revocación, dada su incidencia en la Hacienda Pública.

Ante esa falencia, la primera postura posible llevará a entender que en la medida en que las competencias de la Contraloría General de la República se asocian a control de hacienda pública, su participación en el dictamen favorable debe limitarse, exclusivamente, a los efectos patrimoniales de la decisión de revocación. Tal visión se orienta hacia la limitación de la competencia dicha, en cuestiones eminentemente de control de previsión de fondos e impacto presupuestario para hacer frente a las indemnizaciones derivadas de ese tipo de instrumento.

Sin embargo, esa limitación no parece encontrar respaldo en las normas que regulan la revisión ya que el mismo numeral 155 en su inciso 2) de la LGAP señala que adicionalmente a ese dictamen favorable, el acto final debe contener el reconocimiento de daños y perjuicios ocasionados. Bien podría señalarse que tal tratamiento estriba en que el componente de proyección de daños y perjuicios debe estar en el acto final, pero en armonía al análisis que sobre ese particular realiza previamente la instancia contralora. No obstante, la letra del ordinal 156 *ejusdem*, en su inciso 3) atribuye la misma competencia a la Contraloría en cuanto a la revocación de actos desfavorables, lo que descarta que se trate de una competencia limitada a análisis económico del acto.

En rigor, la descripción genérica de esa competencia permite inferir que, en la medida en que la ley no establece restricción en la emisión de dicho dictamen, debe entenderse que la competencia de la instancia contralora es amplia en cuanto a la

revisión del cumplimiento de los presupuestos que condicionan la figura bajo examen. Esto incluiría no solamente el tema de la tasación de los daños y perjuicios, sino, además, la verificación de las condiciones de conveniencia, oportunidad o mérito que fija el canon 153 *ejusdem*. Sin embargo, ese control no podría incidir en el mérito de la decisión en sí misma, pues se trata de una cuestión atinente a la Administración que ha dictado el acto a revocar. De otro modo, se trataría de un riesgo de sustitución de competencias, lo que no se desprende de la figura bajo examen. En rigor, esa competencia autorizatoria, ha de decantarse por la ponderación del cumplimiento de los requisitos que se imponen al ejercicio de esa potestad, pero no abarca en modo alguno la consideración de la decisión de fondo de la Administración, cuando sí a verificar que cuenta con el debido procedimiento y las motivaciones y justificaciones debidas. De aplicarse postura diversa, sea, en orden a permitir que ese control previo pueda referirse además al contenido de la decisión, llevaría a asignar a la Contraloría General de la República, la competencia de revisar cuestiones que son propias de una potestad de contenido discrecional, incidiendo de manera directa en la decisión del jerarca respectivo. Pese al papel notorio de verificación de legitimidad que realiza la Contraloría en ese trámite, se estima que tal habilitación por la vía de la interpretación no se corresponde con el marco de competencias constitucionales y legales de ese órgano.

De ahí que el análisis que realiza la Contraloría General de la República en este trámite, se refiere a la atención de las exigencias básicas y sustanciales para aplicar la figura, como sería el caso de verificar los siguientes aspectos:

- que se trate de un acto de contenido favorable,
- que sea de contenido discrecional y no reglado, pues en este último caso, la revocación no es un medio legítimo,
- que la gestión sea formulada por la autoridad administrativa competente,
- que se haya satisfecho el debido procedimiento administrativo, en lo que se refiere a la tutela de los derechos del titular de la situación jurídica a afectar,

- que la causa en que se sustenta la revocación se encuentre debidamente acreditada o motivada, según corresponda, así como acreditada la divergencia grave de los efectos del acto con el interés público,
- que el motivo de la decisión de revocación sea congruente con los supuestos de hecho regulados en el ordinal 153 de la LGAP para esos efectos, de suerte que no resulte aplicable a casos de nulidad de la conducta o incumplimiento de condiciones de parte del destinatario del acto, y
- verificación del alcance y contenido de los daños y perjuicios potenciales, así como previsiones presupuestarias para su cobertura.

Así las cosas, para citar un ejemplo, cuando la petición de la Administración activa se refiera a un acto respecto del cual, no se dan las causas de conveniencia, oportunidad o mérito, sino que la razón de su supresión es el incumplimiento de condiciones, esa forma no sería la debida para suprimir el acto favorable, con la posibilidad de denegación de la autorización. Luego, a partir de ese criterio negativo, tal forma sería improcedente.

En esa línea, en el oficio CGR/DJ-1266-2017 del 25 de octubre del 2017, ante una consulta formulada por el Concejo Municipal de San Carlos en torno a la revocación de una patente comercial, esa instancia contralora dispuso sobre ese aspecto:

*“... Con apoyo en lo indicado y en vista de que en este caso la intención de esa corporación municipal, es revocar una patente de licores por un presunto incumplimiento a los términos y condiciones bajo los cuales fue otorgada, interesa destacar que esta Contraloría General en el oficio n° 1744 (DAGJ-336-2004) del 19 de febrero de 2004, abordó justamente el tema de la cancelación de una patente de licores, indicando -en lo que interesa- que **el numeral 155 de la LGAP no resulta aplicable cuando de infracciones a las normas reguladoras de esas licencias se trata, en cuyo caso la Municipalidad se encuentra plenamente facultada para cancelar la misma**, esto sin requerir el dictamen favorable de esta Contraloría General por actuar en ejercicio del derecho sancionador administrativo. Véase, que el caso analizado en ese momento y el que ahora nos ocupa, no refieren al otorgamiento irregular de una patente por incumplimiento de requisitos o un supuesto en el que el*

*otorgamiento de aquella fue válido, pero existen razones de interés público para revocar lo que previamente fue concedido acorde con el bloque de legalidad. En realidad, se trata de una acción motivada por el presunto incumplimiento de la normativa aplicable por parte de la patentada, supuesto que –reiteramos- no es el que regula el artículo 155 de la LGAP.”* -El destacado es propio-

De ese dictamen se puede observar que el cotejo que realiza esa sede se refiere a los presupuestos legitimantes para el uso de la figura, que le posibilita el contraste de si ese medio es el adecuado y procedente en cada caso concreto, acorde al contenido del acto y razones por las cuales se produce la disonancia de sus efectos con el interés público. No se trata por ende de un simple contraste de previsión de fondos, como fuese anticipado.

Una vez otorgada la autorización de marras, la Administración activa se encuentra facultada para la emisión de la decisión final de revocación. En tal voluntad, el ordinal 155.2 de la LGAP exige que esa conducta contenga el reconocimiento a favor del administrado, de los correspondientes daños y perjuicios derivados de la cesación de los efectos de una conducta que le era favorable. Dicho reconocimiento puede realizarse en abstracto cuando en el expediente no se hayan incorporado las pruebas o análisis internos que permitan su debida cuantificación. Empero, cuando existan dentro de la carpeta pública respectiva, los elementos de juicio debidos, ese acto deberá reconocer el cálculo de la respectiva indemnización. Esto último sería impostergable cuando dentro del trámite de la revocación, el administrado haya aportado su liquidación, la cual, desde luego, debe ser verificada por la unidad administrativa de previo al dictado del acto final, a efectos de no reconocer erogaciones indebidas, o bien, negar las que correspondan.

Aunado a lo expuesto, el mismo cano 155.3 *ejusdem*, aclara que los daños y perjuicios deben ser liquidados por la Administración dentro del plazo del mes posterior a la solicitud o recurso formulado por el administrado, en el que se contenga la liquidación aportada por aquel. La norma no precisa la consecuencia jurídica de no atender en tiempo esa liquidación, producto de lo cual se evidencia que se trata de un plazo de mera orientación o pauta para atender prontamente

esas diligencias (ordenatorio), sin embargo, la desatención de ese lapso faculta al administrado al requerimiento de perjuicio financiero por esa desidia o dilación, de conformidad con lo previsto en el artículo 706 del Código Civil.<sup>154</sup>

Finalmente, la tasación de daños y perjuicios es un tema que de manera expresa se ha limitado e incluso negado en la revocación de los permisos de usos de bienes demaniales y demás actos que otorguen derechos a título precario. Respecto de esa categoría, el ordinal 154 de la LGAP señala en su rigor gramatical:

*“Artículo 154.- Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.”*

La norma no debe llevar al equívoco de sostener que todo permiso o título sujeto a temporalidad, que confiera un derecho a la explotación o uso de un bien demanial, puede ser revocado sin implicación reparatoria alguna para la Administración otorgante. Lo anterior ya que la misma norma crea la condición de que esa potestad recaerá sobre los permisos y demás actos que reconozcan un derecho a título precario. *Ergo*, aquellas modalidades legalmente establecidas, que concedan un derecho de utilización que no sea precario, sino que se otorgue sujeto a un régimen de temporalidad, no encaja dentro de ese supuesto normativo y, por ende, pueden dar paso a la indemnización derivada de su revocación.

---

<sup>154</sup> El precepto aludido del Código Civil, estipula la obligación de reconocer el interés legal al administrado, en el siguiente sentido: “*Si la obligación es de pagar una suma de dinero, los daños y perjuicios consisten siempre y únicamente en el pago de intereses sobre la suma debida, contados desde el vencimiento del plazo.*” Dicha reparación debe entonces aplicar la tasa de interés legal prevista por el mandato 1163 del mismo Código Civil, sea, la que aplique el Banco Nacional de Costa Rica para los certificados de depósito a seis meses plazo, según la moneda que se trate.



Esta postura ha sido precisada por la Procuraduría General de la República, instancia que en el dictamen C-003-2013 del 03 de enero del 2013, en el cual, analizando la validez de la modalidad de permisos de uso regulados en el ordinal 26 de la Ley General de Telecomunicaciones, sobre ese punto precisó:

*“... En efecto, la Ley General de la Administración Pública se refiere al permiso de uso para establecer que es revocable en los términos del artículo 154, pero no señala cuáles son las condiciones y especificaciones para su otorgamiento. Por lo que no es una norma suficiente para permitir un permiso de uso precario del espectro radioeléctrico. / Ciertamente, por regla general, los bienes de dominio público pueden recibir un uso privativo mediante un permiso de uso de carácter precario. Pero cuando una norma dispone que el uso privativo requiere de un título habilitante, este será indispensable. Máxime si esa norma es de rango constitucional. El artículo 121, inciso 14 de la Constitución dispone que el espectro radioeléctrico solo puede ser explotado por los particulares de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada conforme las condiciones y requisitos que establezca la Asamblea Legislativa. Por lo que ese título habilitante no puede derivar de una norma de rango inferior a la ley. / Al igual que sucede con la Ley de Radio, la Ley General de Administración Pública no regula el otorgamiento de permisos de uso del espectro radioeléctrico. Por ende, no contiene disposición alguna que regule las condiciones y especificaciones, reiteramos, por medio de las cuales podrá otorgarse el permiso de uso de las frecuencias y que, por ende, determinarán el uso del espectro. Es por ello que considera la Procuraduría que de otorgarse un permiso de uso precario no existiría una norma de rango legal que establezca las condiciones y estipulaciones mediante las cuales el uso privativo podría darse. Y, por ende, no se cumpliría con lo dispuesto por la norma constitucional. / De lo anterior se sigue que la única regulación legal que establece las condiciones y términos bajo los cuales el Poder Ejecutivo puede otorgar un permiso de uso de una frecuencia radioeléctrica es la Ley General de Telecomunicaciones, que, como se ha indicado, en el artículo 26 prevé el otorgamiento de permisos de uso para los fines que indica. Importa recalcar que el permiso de*

*uso que allí se regula es un título habilitante que da derecho al uso del espectro y no un acto precario. (...).”<sup>155</sup>*

De esa manera, la negación de cobertura reparatoria en estos casos debe sustentarse en la naturaleza misma del título habilitante, siendo resorte de la Administración acreditar que el derecho de uso o aprovechamiento del bien demanial, deriva de un título precario. De otro modo, se reitera, pervive el deber de tasación de daños y perjuicios derivados de la revocación de ese título.

Adicionalmente, aún y tratándose de títulos precarios, la misma norma impone que la revocación no puede ser intempestiva ni arbitraria, por lo cual, es menester dar al administrado titular un plazo prudencial y razonable para el cumplimiento del acto de revocación. Esto último constituye un criterio de modulación que permite a la misma Administración establecer parámetros de ejecución de esa conducta, de cara a evitar situaciones de desventaja irracional al administrado. De nuevo, son cuestiones que deben ser verificadas en el curso del procedimiento debido para emitir ese tipo de decisiones y cuya desatención posibilita no solamente el ejercicio de las medidas recursivas ordinarias en sede administrativa, sino, además, la discusión de las consecuencias legales y patrimoniales derivadas de ese tipo de actos, en sede judicial.

Resta por último destacar, tal poder público solo puede recaer sobre actos de contenido discrecional, siendo inviable en los casos de actos de contenido reglado,

---

<sup>155</sup> Como derivación de esa diferencia conceptual sustantiva entre el permiso que otorgue un uso precario y el que concede derechos sujetos a tiempo, concluyó en los ítems 8, 9 y 10 de ese dictamen: “8. *Entre los títulos habilitantes que la Ley de Telecomunicaciones establece está el permiso, artículo 26. Como título habilitante, el permiso es un acto generador de derechos en relación con el uso que permite.* 9. *Puesto que es un acto generador de derecho, el permiso del artículo 26 de la Ley 8642 difiere sustancialmente del permiso de uso de carácter precario, acto de mera tolerancia. Se trata, entonces, de actos de distinta naturaleza jurídica y sujetos a regímenes jurídicos distintos.* 10. *El permiso como título habilitante puede ser otorgado hasta por cinco años para usos experimentales.*”

lo que pone en evidencia el carácter discrecional y facultativo de la figura de la revocación. Así lo establece el ordinal 156.1 de ese mismo cuerpo legal. Ahora bien, la revocación puede recaer sobre actos de contenido favorable o desfavorable. En este último caso (excepcional), el canon 156 *ejusdem* señala que el acto desfavorable al administrado podrá ser revocado aún si ya ha adquirido firmeza. Esta distinción resulta necesaria como cierre de este aparte, en la medida en que el artículo 156.4 de la LGAP fija un término de caducidad de 4 años para la revocación, empero, es evidente que tal restricción solamente resulta atinente a los actos de contenido desfavorable, siendo que para los de contenido favorable, la lógica misma de la figura estriba en la divergencia grave de efectos del acto respecto del interés público. Por ende, en tanto el acto mantenga su ciclo de vigencia, la revocación se constituye en un medio legítimo para su supresión. Así en efecto se desprende del ordinal 152.2 de la LGAP en cuanto señala de manera diáfana y contundente que la revocación deberá tener lugar únicamente, frente a dicha divergencia grave, pese al tiempo transcurrido. Se trata por tal de un instrumento no sujeto a límites temporales, más allá de la supeditación lógica a la pervivencia de efectos del acto a revocar.

#### **4. La anulación oficiosa en sede administrativa.**

##### **4.1. Preámbulo. Principio de intangibilidad. Finalidad. Regulación legal.**

En el anterior aparte se ha establecido los parámetros básicos de la revocación como instrumento o herramienta que permite a la Administración Pública que ha emitido un acto de contenido favorable, en ejercicio de potestades de contenido discrecional, disponer su supresión por aspectos de conveniencia, oportunidad o mérito, cuando los efectos de esa conducta, suponga una distorsión o divergencia grave con el interés público. Según se examinó, pese a posturas alternativas, la revocación no se constituye en una forma de supresión por causales de patología originaria del acto, sino en una modalidad que permite engarzar o armonizar los

efectos de un acto con un marco genérico de interés público. Dada la carencia de ilegitimidad en su base justificante, da paso a la reparación de los daños y perjuicios derivados de su ejercicio, con las salvedades previstas en el canon 154 de la LGAP, en lo atinente a los permisos o títulos que otorguen un derecho o situación en precario, de disposición sobre bienes demaniales, en los cuales, en apariencia, se niega esa reparación.

Ahora bien, frente a un acto en el cual, no son los factores de conveniencia, oportunidad o mérito los que determinan su divergencia grave con el interés público, sino que se trata de una conducta que presenta deficiencias graves en su misma estructura, es claro que en tanto concurren en esa manifestación formal incorrecciones de orden sustancial, existe una disconformidad con el Ordenamiento Jurídico, y en esa medida, la revocación no constituye el mecanismo debido para disponer la supresión de tal tipo de actos.

En ese orden, y desde el plano general, el numeral 128 de la LGAP define la invalidez como la disconformidad sustancial con el Ordenamiento Jurídico que habilita, legitima, orienta, precisa y delimita el ejercicio de la potestad y competencia administrativa. La patología a que hace referencia la norma dice de la nulidad de grado absoluto, sea, aquella en la que se presenta la ausencia de uno de los elementos constitutivos del acto, o bien, la imperfección de uno de esos elementos componentes, que impida la satisfacción del fin público. Así lo catalogan los ordinales 166 y 167 de la citada LGAP, tema que será precisado adelante. Por lo pronto, frente a las invalideces de grado absoluto, el mismo plexo normativo establece que ese tipo de conductas no puede ser ejecutadas, como tampoco pueden desplegar sus efectos (art. 146.3 LGAP). De esa manera, la nulidad absoluta resulta ser una divergencia grave con el Ordenamiento Jurídico (que no necesariamente con el fin público), en la medida en que el acto carece de alguno de los elementos básicos que configuran su legitimidad (o varios de ellos). De ese modo, ese tipo patológico lleva al deber de la Administración que adoptar las acciones de rigor para disponer la supresión de esa conducta, como deber genérico que impone el canon 182 de la LGAP.

Ahora bien, acorde con la doctrina de intangibilidad de actos propios, y como derivación del esquema garantista que impone en estas lides el ordinal 34 de la Carta Magna, es preciso que, frente a conductas de contenido favorable, dentro de estas, las que concedan un derecho subjetivo a un administrado, aún y cuando posean o presenten una nulidad de grado absoluto, la Administración otorgante concorra a las formas procedimentales que le impone el Ordenamiento Jurídico para poder suprimir ese acto. Consiste por ende en una rigurosidad formal que viene impuesta por el mismo constituyente y el legislador (según se verá luego), para que con respeto a los derechos de defensa y contradictorio del administrado, pueda ordenar la eliminación por ilegitimidad jurídica, de un acto que ensancha la situación jurídica de la persona.

Es en ese ámbito que la misma postura de la Sala Constitucional ha puesto de manifiesto que como derivación de la doctrina *non venire contra factum proprium*, cuando la supresión se sustente en una nulidad absoluta, pero que, además, sea evidente y manifiesta, la Administración Pública ha de acudir a los mecanismos debidamente positivizados que le habilitan para anular ese comportamiento favorable a un tercero. Tal supresión puede darse en sede judicial mediante el denominado proceso de lesividad, o bien, en la misma vía administrativa mediante la senda procedimental que estatuye el canon 173 de la LGAP. La primera modalidad será objeto de análisis y desarrollo en el capítulo siguiente. La segunda, es la que de seguido se ingresa a tratar, para lo cual, en orden a la estructuración lógica que se pretende presentar, se ingresará a sus diversos elementos, sea, subjetivo, objetivo, procedimental, temporal, así como en la ponderación de los efectos de esa anulación y potencial dimensionamiento en casos de situaciones consolidadas o derechos adquiridos de buena fe.

Lo indicado no sin antes reiterar que esta modalidad si bien busca la eliminación de un acto que presenta un nivel de deficiencia constitutiva sustancial, en la medida en que ha producido como parte de su contenido, un engrosamiento de la situación de poder, o al menos mixta, e incluso, de ventaja, de una persona, lo hace sobre la base de la protección del principio del debido proceso, a efectos de que la supresión

en sí misma no se constituya en un medio desbordado o de potencial arbitrariedad administrativa. Como toda conducta pública, la legalidad administrativa impone límites a ese ejercicio, que, en tanto vulnerados, puede producir la nulidad del acto que declara la nulidad de este tipo.

Esto supone que, si bien se trata de una potestad de supresión *ex officio* en la misma sede administrativa, el mismo Ordenamiento Jurídico fija presupuestos y garantías procedimentales que condicionan la pertinencia y procedencia de esta modalidad.

Sobre la utilización de esa herramienta, en el voto 2009-018188 de las 11 horas 59 minutos del 27 de noviembre del 2009, el Tribunal Constitucional precisó:

**“IV.- LA ANULACIÓN O REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES O DECLARATORIOS DE DERECHOS PARA EL ADMINISTRADO.** Esta posibilidad que tienen las administraciones públicas y sus órganos constituye una excepción calificada a la doctrina de la inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado o del principio de intangibilidad de los actos propios, al que esta Sala especializada le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política (Ver sentencias Nos. 2186-94 de las 17:03 hrs. del 4 de mayo de 1994 y 899-95 de las 17:18 hrs. del 15 de febrero de 1995)-. La regla general es que la administración pública respectiva no puede anular un acto declaratorio de derechos para el administrado, siendo las excepciones la anulación o revisión de oficio. Para ese efecto, la administración pública, como principio general, debe acudir, en calidad de parte actora y previa declaratoria de lesividad del acto a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza, al proceso de lesividad (artículos 10, párrafo 5°, y 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo), el cual se ha entendido, tradicionalmente, como una garantía para los administrados. (...)”<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> En sentido similar, desde la sentencia número 2006-15828 de las 17 horas 02 minutos del 31 de octubre de 2006, ese alto Tribunal Constitucional estableció:

*“IV.- Sobre la violación del principio de intangibilidad de los actos propios. No obstante lo dicho hasta aquí, aprecia la Sala que el problema que expone el actor se vincula*

---

*estrechamente con el principio constitucional de intangibilidad de los actos propios, en el tanto se dictó actos declarativos de su derecho a percibir un 55% sobre el salario base como dedicación exclusiva (concretamente la resolución administrativa #002-2006-DAP-UP del 17 de enero de 2006 y la firma del addendum al contrato de dedicación exclusiva), que son los que pidió la Autoridad Presupuestaria revertir, a través de su oficio STAP-918-2006. V.- La anulación o revisión de oficio de los actos administrativos favorables o declaratorios de derechos para el administrado, como posibilidad de las administraciones públicas y sus órganos, constituye una excepción calificada a la doctrina de la inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado o del principio de intangibilidad de los actos propios, al que esta Sala especializada le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal 34 de la Constitución Política (ver sentencias #2186-94 de las 17:03 hrs. del 4 de mayo de 1994 y #899-95 de las 17:18 hrs. del 15 de febrero de 1995). La regla general es que la administración pública respectiva no puede anular un acto declaratorio de derechos para el administrado, siendo las excepciones la anulación o revisión de oficio y la revocación. Para ese efecto, la administración pública, como principio general, debe acudir, en calidad de parte actora y previa declaratoria de lesividad del acto a los intereses públicos, económicos o de otra índole, al proceso de lesividad (artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa), el cual se ha entendido, tradicionalmente, como una garantía para los administrados. Sobre este particular, este Tribunal Constitucional en el voto #897-98 del 11 de febrero de 1998 señaló que "... a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido confirmando derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos, con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración, al emitir un acto y con posterioridad al emanar otro contrario al primero, en menoscabo de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido, sea por error o por cualquier otro motivo. Ello implica que la única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso de jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado, o bien, en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República (como una garantía más a favor del administrado) y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, si la Administración ha inobservado las reglas de estos procedimientos, o bien, las ha omitido del todo o en parte... el principio de los actos propios determina como efecto de dicha irregularidad la invalidez del acto."*

En ese sentido, ese Tribunal Constitucional en el Voto No. 897-98 del 11 de febrero de 1998 expuso que, dada la proyección de dicha máxima, a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido confiriendo derechos subjetivos a los particulares, dado que, esa tipología de derechos, constituyen un límite infranqueable a las potestades de revocación o, en general, de alteración de las conductas administrativas. Esto supone una garantía a favor de la persona destinataria de esos actos de contenido favorable. Para ese Tribunal, la adopción posterior de otro acto en detrimento de aquel primero, implica desconocer el contenido mismo del derecho subjetivo previamente otorgado, al margen de que se haya adoptado por error o cualquier otra patología. Ergo, la Sala Constitucional reconoce de manera expresa que, la única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso de jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado, o bien, en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República (como una garantía más a favor del administrado) y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública.

De esa manera, al tenor del numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública, un ente u órgano público bien puede anular en vía administrativa un acto declaratorio de derechos para el administrado, pero lesivo para los intereses públicos o patrimoniales de la primera, sin necesidad de recurrir al proceso contencioso administrativo de lesividad normado en los artículos 10, párrafo 5°, y 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo (proceso en el cual la parte actora es una administración pública que impugna un acto propio favorable para el administrado pero lesivo para ella) cuando el mismo este viciado de una nulidad absoluta evidente y manifiesta. Con todo, rescata esa instancia de control

---



constitucional, dicha supresión precisa de que la nulidad absoluta evidente y manifiesta debe ser dictaminada, previa y favorablemente, por la Procuraduría o la Contraloría Generales de la República, mediante un dictamen que es indispensable, pero, además, vinculante. A través de ese dictamen se ejerce una suerte de control previo o preventivo de legalidad, en cuanto antecede el acto final del procedimiento ordinario incoado para decretar la anulación oficiosa, que no riñe con ninguno de los grados de autonomía administrativa, por ser manifestación específica de la potestad de control inherente a la dirección intersubjetiva o tutela administrativa. Es claro entonces, que dicho dictamen debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la administración consultante, y sobre todo que constate, positivamente, la gravedad y entidad de los vicios que justifican el ejercicio de la potestad de revisión o anulación oficiosa. A partir de ello, señaló el Tribunal Constitucional que la propia Administración Pública está inhibida por el ordenamiento infra constitucional de determinar cuándo hay una nulidad evidente y manifiesta, puesto que, ese extremo le está reservado al órgano técnico- jurídico y consultivo denominado Procuraduría General de la República, como órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia, o bien, según la materia, mediante el análisis precedente de la Contraloría General de la República.

#### **4.2. Elemento subjetivo activo.**

El canon 169 de la LGAP establece la improcedencia de la presunción de legitimidad de los actos absolutamente nulos y a partir de esa condición, reitera la regla impuesta por el canon 149.3 de ese mismo marco legal en cuanto a que el acto que padezca de invalidez de tipo absoluto no puede ser ejecutado, so pena de la responsabilidad derivada de esa puesta en marcha. En rigor, la presunción de validez y, por ende, de legitimidad de las conductas administrativas, es una regla de presunción simple, *iuris tantum*, que aplica única y exclusivamente para las conductas que presenten patología de orden relativo, según la tipología que estatuye el canon 167 de la LGAP. Así en efecto lo estipula el precepto 176 de la LGAP, norma que fija y reconoce la total ejecutabilidad, oponibilidad e incluso la

obediencia de los actos con ese nivel de incorrección.<sup>157</sup> Este postulado encuentra congruencia lógica en que la nulidad absoluta es totalmente saneable y convalidable, dada la insustancialidad de las imperfecciones que le dan cabida, tema a abordar en el elemento objetivo.

Ahora bien, el ordinal 174 inciso 1) de la LGAP impone a la Administración Pública el deber de suprimir de oficio el acto que sea absolutamente nulo, acorde a las reglas y trámites que la misma legislación le impone.<sup>158</sup> Precisamente, dentro de las condiciones que impone la ley para el ejercicio de esta potestad, el canon 182 de la LGAP estatuye reglas sobre las unidades administrativas que, desde una óptica genérica, se encuentran, *ab initio*, legitimadas para imponer ese deber de supresión de oficio. Señala ese mandato:

**“Artículo 180.-**

*Será competente, en la vía administrativa, para anular o declarar la nulidad de un acto el órgano que lo dictó, el superior jerárquico del mismo, actuando de oficio o en virtud de recurso administrativo, o el contralor no jerárquico, en la forma y con los alcances que señale esta ley.”*

La norma fija criterios de competencia que delimitan y precisan, en sede administrativa, las instancias competentes para declarar dicha nulidad, señalando como tales: -el órgano que dictó el acto, - el superior jerarca, o –el contralor no

---

<sup>157</sup> En ese sentido, manda la norma 176 de la LGAP:

**“Artículo 176.-** *1. El acto relativamente nulo se presumirá legítimo mientras no sea declarado lo contrario en firme en la vía jurisdiccional, y al mismo y a su ejecución deberá obediencia todo administrado. 2. La desobediencia o el incumplimiento del acto relativamente nulo producirá responsabilidad civil y, en su caso penal, del administrado.”*

<sup>158</sup> El inciso primero del citado precepto 172 de la ley de referencia impone de manera contundente: *“1. La Administración estará obligada a anular de oficio el acto absolutamente nulo, dentro de las limitaciones de esta Ley.”*

jerárquico (jerarca impropio). Es claro que dicha habilitación debe entenderse e interpretarse de conformidad con el marco competencial que es propio a cada una de esas instancias. Dado que el tema bajo examen se refiere a la supresión de oficio, no merece ingresar al análisis de las competencias derivadas de la formulación de recursos administrativos que permiten disponer la supresión de actos de contenido favorable. Basta limitarse a señalar que cuando la potestad de revisión derive de gestión de parte interesada (vía recursiva), se imponen los siguientes límites, síntesis de aspectos ya tratados:

- La revisión del jerarca natural en órgano no desconcentrados, cuando dicha competencia no se haya asignado expresamente a otra instancia administrativa (jerarca impropio), es plenaria en cuanto a cualquier motivo de disconformidad con el Ordenamiento Jurídico, incluyendo razones de conveniencia y oportunidad, a la vez que esa revisión no se encuentra limitada por el ruego del recurrente;
- Frente a la desconcentración, el jerarca natural se encuentra vedado de disponer la nulidad por vía recursiva, en la medida en que el ordinal 83 de la LGAP le ha suprimido la potestad de revisión de los actos de sus inferiores desconcentrados, de grado mínimo o máximo;
- Salvo creación por ley de medida recursiva externa, las decisiones de los órganos desconcentrados, o del órgano superior de los mismos, darán por agotada la vía administrativa, siempre que se trate del ejercicio de sus competencias exclusivas y excluyentes, de conformidad con los supuestos regulados en el artículo 126 inciso c) de la LGAP. 159

---

159 Señala el citado inciso c): “*c) Los de los órganos desconcentrados de la Administración, o en su caso los del órgano superior de los mismos, cuando correspondan a su competencia exclusiva y siempre que no se otorgue, por ley o reglamento, algún recurso administrativo contra ellos;*”

- Cuando se haya creado legalmente un recurso de apelación externo, lo que implica la asignación de la competencia revisora por virtud de recurso administrativo, las potestades del jerarca impropio se encuentran condicionadas al ruego expreso de parte, por los agravios o motivos expresamente rogados, y solamente a aspectos de mera legalidad, aún y cuando puede utilizar y aplicar normas no invocadas en el recurso. 160

Tratándose de la revisión de oficio, resulta evidente que se trata de una potestad que no se encuentra conferida a los contralores no jerárquicos, en la medida en que su competencia es limitada a los motivos y alcances ya señalados. De suerte que en ningún caso puede sostenerse la competencia de una figura de esa naturaleza, para ejercer revisiones oficiosas en sede administrativa, aun tratándose de actos que presenten vicios propios de la nulidad absoluta.

De esa manera, la competencia de supresión oficiosa en sede administrativa queda reservada a la misma Administración que ha adoptado la conducta. Con todo, frente al procedimiento específico de la supresión oficiosa por invalidez de grado absoluto, evidente y manifiesta, el canon 173 inciso 2) de la LGAP, fija las bases para establecer la instancia que, dentro del ámbito interno, debe disponer la supresión de la conducta. Dicha norma señala:

*“2) Cuando se trate de la Administración central del Estado, el ministro del ramo que dictó el respectivo acto deberá declarar la nulidad. Cuando se trate de otros entes públicos o Poderes del Estado, deberá declararla el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa. Contra lo resuelto cabrá recurso de reposición o de reconsideración, en los términos del Código Procesal Contencioso-Administrativo.”*

La norma realiza una distinción entre los actos dictados por órganos de la Administración Central, de aquellas que sean dictada por entes públicos menores o bien, los Poderes del Estado.

---

En el caso de la Administración Central, la norma asigna la competencia de declaración oficiosa al titular de la respectiva cartera ministerial. Lo anterior hace suponer que la competencia se concede a la jerarquía máxima de la respectiva rama de gobierno. Ergo, con independencia de la posición orgánica del órgano que dictó el acto, la competencia para instruir el procedimiento y declarar la respectiva supresión, recae sobre esa figura jerárquica.

Desde ese plano, es evidente que, tratándose de los actos dictados por los diversos órganos de la Administración Central, la declaratoria de nulidad en sede interna corresponde de manera exclusiva al jerarca máximo del respectivo órgano ministerial. Esta potestad engarza con el conferimiento de las potestades jerárquicas que asigna el ordinal 27 de la misma LGAP a esa instancia superior, a la vez que se proyecta como el ejercicio concreto de las potestades conferidas por el ordinal 102 incisos b) y d) de la citada Ley No. 6227, que permiten a ese jerarca revisar la conducta del inferior, en este caso, de oficio, a efectos de sujetarla a legalidad.

Con todo, cuando el acto de contenido favorable derive del ejercicio competencial de dos ministerios o varios de ellos, en orden a lo preceptuado por el canon 173 inciso 6) de la LGAP, la declaratoria de nulidad deberá ser realizada de conformidad con lo estatuido en el inciso d) del numeral 26 *ejusdem*. En ese sentido, el precitado precepto 173 señala en su tenor gramatical:

*“6) Para los casos en que el dictado del acto administrativo viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta corresponda a dos o más ministerios, o cuando se trate de la declaratoria de nulidad de actos administrativos relacionados entre sí, pero dictados por órganos distintos, regirá lo dispuesto en el inciso d) del artículo 26 de esta Ley.”*

No obstante, si se analiza el contenido del mencionado artículo 26 en su inciso d) de la LGAP, se trata de una norma que concede a la Presidencia de la República la potestad de dirimir los conflictos de competencia que se presenten entre varios

ministerios, aspecto regulatorio que no es congruente con la definición de una competencia para los efectos tratados. Señala esa normativa:

**“Artículo 26.- El Presidente de la República ejercerá en forma exclusiva las siguientes atribuciones: (...) d) Resolver los conflictos de competencias que se presenten entre los Ministerios (...).”**

Tal cuestión podría llevar a interpretar que la norma 173 inciso 6) de la LGAP establece, por remisión, la competencia de la Presidencia de la República para realizar semejante declaratoria de invalidez, lo que supone, desde luego, que es en esa sede que debe satisfacerse el requisito procedimental de trámite ordinario que se verá luego. Por otra parte, en la medida en que la norma remitida alude a la solución de conflictos de competencia, podría conjeturarse que, ante este tipo de situaciones, la Presidencia debe definir cuál de ambas unidades administrativas debe realizar el trámite y posterior declaratoria de invalidez. Sin embargo, tal lectura no encuentra respaldo en la lógica de la figura en tanto desconocería que el acto fue adoptado mediante la concurrencia de voluntad de dos o más instancias ministeriales, por lo que la causa de nulidad y el nivel de afectación ha de ser ponderado por las partes participantes en la adopción de la conducta que ha generado efectos favorables a un tercero, de manera ilegítima, y no solamente por una de estas, dado que en la adopción del acto, ambas voluntades han sido determinantes en su configuración.

Sin embargo, si se toma como marco de referencia lo regulado en el canon 34 inciso 3) del CPCA, en cuanto a la declaratoria administrativa de afectación a los intereses públicos, como requisito previo para la demanda de lesividad, cuando el acto de contenido favorable derive de dos o más ministerios, se nota un tratamiento diverso. En efecto, a diferencia del artículo 173 inciso 6) comentado, el citado ordinal 34 fija que la competencia para realizar dicha estimación interna de lesión de los intereses públicos tutelados, recae en el Consejo de Gobierno. Impone esa disposición:

*“3) Corresponderá al Consejo de Gobierno la declaratoria de lesividad de los actos administrativos dictados por dos o más ministerios, o por estos con algún ente descentralizado. En tales supuestos, no podrán ser declarados lesivos por un ministro de distinto ramo.”*

Al tenor del precepto 22.1 de la citada LGAP, el Consejo de Gobierno se encuentra constituido por la Presidencia de la República y los ministerios, o en su caso, los viceministros en ejercicio. Esa integración hace que, desde el plano de idoneidad, sea ese órgano a quien deba corresponder la declaratoria de nulidad que se examina, sea, cuando en la adopción del acto concurra la voluntad de dos o más carteras ministeriales. La concurrencia de las autoridades administrativas involucradas en la conducta formal garantiza la ponderación de las posturas que cada una de ellas dentro de la comprensión de las causas de patología que darían base a la supresión del acto. Por demás, siendo tanto la lesividad como la anulación por la senda del numeral 173 LGAP, medios de supresión oficiosa, existiendo regla clara en la doctrina del canon 34 del CPCA, se considera que es esta disposición la que debe orientar la interpretación en este sentido.

Cabe destacar que lo anterior es igualmente aplicable a los supuestos en los que la conducta administrativa compuesta haya implicado la concurrencia de un órgano de la Administración Central y un ente del ámbito descentralizado. Sobre este particular, el precepto 173.6 de la LGAP no regula de manera expresa tal supuesto, lo que, por el contrario, sí se encuentra proyectado en el canon 34 del CPCA.

Frente a ese dilema, en orden a la interpretación que impone el numeral 10 de la LGAP, y al principio de auto integración del ordenamiento jurídico administrativo (arts. 7 y 9 LGAP), lo debido es la aplicación analógica de lo regulado en aquel Código Procesal Contencioso Administrativo, y, por ende, reconocer la competencia del Consejo de Gobierno para realizar esas declaraciones de nulidad absoluta.

#### 4.2.1. Entes menores y Poderes del Estado.

En cuanto a los entes públicos menores, según lo señalado por el mismo numeral 173 en su inciso 2) de la LGAP, la declaratoria de nulidad deberá ser decretada por el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa. Ello lleva a que, frente a las conductas de estas entidades descentralizadas, sea menester acudir a su propia ley de creación o régimen aplicable para definir la unidad que ostenta esta competencia.

Caso particular se presenta en el régimen municipal, en el cual, el Código Municipal impone una jerarquía bifronte, en la medida en que existen, según el ámbito competencial, dos instancias de jerarquía máxima. Desde ese plano, el Concejo Municipal es el máximo jerarca en cuanto a la potestad normativa, programática, de planificación y política, de conformidad con lo señalado en el numeral 13 de esa normativa. Por su parte, la Alcaldía Local ostenta la condición de máximo jerarca en el ámbito administrativo, a la vez que fiscaliza la ejecución de los acuerdos del Concejo, en los términos que precisa el canon 17 *ejusdem*. Desde esa arista de análisis, la declaratoria de nulidad ha de ser realizada por el jerarca máximo según dependa de la sujeción jerárquica que se produzca a lo interno del ente local. Así, si se trata de un acto adoptado por una unidad interna dependiente de la Alcaldía, luego la nulidad ha de ser decretada por esa figura jerárquica, en tanto que, si el acto que produce el efecto favorable dimana de un órgano dependiente del Concejo Municipal, atañe a este último, dicha declaratoria.

Ahora bien, cabe destacar que frente a los actos de la Alcaldía como del Concejo, es a cada una de esas instancias instruir el procedimiento y disponer la nulidad bajo examen, sin que sea viable postular una suerte de control mutuo, en la medida en que la relación que se impone entre ambos órganos es de colaboración y coordinación, no se subordinación, siendo inviable por consecuencia sostener un control cruzado en estos ámbitos.

En el caso de los Poderes del Estado, el mismo numeral 173 en su inciso 2) de la LGAP, establece de manera diáfana que la competencia de dicha declaratoria



recae sobre el órgano supremo de la jerarquía administrativa. Desde ese plano, en lo que se refiere al Poder Judicial, el Consejo Superior es un órgano dependiente de la Corte Suprema de Justicia<sup>161</sup>, que ejerce una competencia de jerarquía interna en las cuestiones administrativas, al punto que le corresponde agotar la vía administrativa, cuando se trate de cuestiones de carácter administrativo. Así en efecto lo estatuye el ordinal 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 7333.<sup>162</sup> Esta potestad en menesteres administrativos justificaría que la declaratoria de invalidez a la que se hace referencia en este aparte, emane directamente del citado Consejo Superior, en la medida en que la utilización de este mecanismo del ordinal 173 de la LGAP, es viable, únicamente, para efectos de conductas derivadas del ejercicio administrativo del Poder Judicial. Desde luego que en casos en que la decisión administrativa a anular, haya sido emitida por la Corte Suprema de Justicia, como órgano, esa declaratoria de invalidez debe ser emitida directamente por esa misma instancia. Tal postura posibilitaría que la Corte Plena se dedique a menesteres de orden más jurídico y menos administrativo.

No obstante, en el contexto de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es claro e indudable la dependencia jerárquica que ostenta el Consejo Superior respecto de

---

161 Sobre la naturaleza orgánica del Consejo Superior, el numeral 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala:

*“Artículo 67.- El Consejo Superior del Poder Judicial es un órgano subordinado de la Corte Suprema de Justicia y le corresponde ejercer la administración y disciplina de ese Poder, de conformidad con la Constitución Política y de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, con el propósito de asegurar la independencia, eficiencia, corrección y decoro de los tribunales y de garantizar los beneficios de la carrera judicial.”*

162 Señala dicho precepto:

*“Artículo 83.- Sin perjuicio del derecho de avocamiento de la Corte Suprema de Justicia, cuando el Consejo resuelva aspectos de carácter administrativo, su pronunciamiento agota la vía administrativa y solo tendrá recurso de reconsideración, que deberá ser interpuesto por el interesado dentro del plazo de tres días, a partir del día siguiente al de su notificación. En este último caso, el Consejo podrá disponer la suspensión del acto que pueda causar daño o perjuicio de imposible o difícil reparación.”*

la Corte Plena. De ahí que en el ámbito eminentemente gramatical de lo que dispone el precepto bajo examen, la declaratoria de invalidez debe ser emitida por el jerarca máximo supremo, papel que ostenta la Corte Plena. *Ergo*, aún si la decisión que busca ser suprimida por la senda procedimental objeto de análisis en este parte, emana del ejercicio administrativo de instancias diversas a la Corte Suprema de Justicia, la declaratoria de nulidad ha de ser emitida por la máxima instancia jerárquica, sea, la Corte Plena.

En lo que corresponde a la Asamblea Legislativa, el artículo 25 del Reglamento de ese Poder<sup>163</sup> señala que corresponde al Directorio Legislativo “1. *Cuidar del orden interior, económico y administrativo de la Asamblea Legislativa*”. Así, siendo el tema tratado uno que se aviene al ejercicio meramente administrativo, no existe motivo de eficiencia ni de lógica que justifique someter al Plenario Legislativo los asuntos de nulidad absoluta, evidente y manifiesta de las decisiones eminentemente administrativas de esa instancia.

Por su parte, en lo atinente al Tribunal Supremo de Elecciones, órgano constitucional cuyo marco competencial, a nivel legal, se encuentra regulado por el Código Electoral, No. 8765, publicada en La Gaceta No. 171 del 02 de septiembre de 2009, cabe destacar que la posible aplicación del procedimiento previsto en el mandato 173 de la LGAP, lo es únicamente para el ejercicio de la función administrativa de esa unidad, siendo evidente que los menesteres electorales escapan de dicha regulación. En ese espacio específico de función administrativa, según el artículo 12 inciso ñ) de esa ley, el Tribunal Supremo de Elecciones es el jerarca administrativo del Registro Civil y demás organismos electorales. Por paridad de razón, siendo el jerarca máximo de sus propias competencias, pese a que sus miembros son designados por la Corte Plena del Poder Judicial<sup>164</sup>, resulta notorio que, en cuanto a sus decisiones de orden administrativo, ostenta la máxima

---

163 Acuerdo Legislativo N.º 399 de 29 de noviembre de 1961.

164 Competencia fijada por el artículo 59 inciso 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 7333, tanto a nivel de personas que ocupen puestos de magistratura propietaria o suplente.

jerarquía, con la consecuente potestad para los efectos de lo señalado en el precepto 173 inciso 2) de la LGAP.

#### **4.2.2. Nulidad de actos de órganos desconcentrados. Dilema operativo.**

Las reglas de competencia asignada a la instancia de máxima jerarquía del respectivo ministerio, caso de la Administración Central, o del ente público menor, según corresponda, parece contundente, sin embargo, cuando el acto de contenido favorable que pretenda anularse por este medio procedimental, haya sido adoptado por un órgano desconcentrado, surgen las mismas dudas que fueron expuestas en el análisis de la revocación de acto favorable. En efecto, en la desconcentración de competencias, el numeral 83 inciso 2) ítem b) de la LGAP fija la regla expresa de que el jerarca natural se encuentra impedido para revisar, de oficio o a gestión de parte, los actos del órgano inferior. Ya se ha señalado que la desconcentración no supone una total desvinculación con los ligámenes jerárquicos, empero, los relativiza de gran manera al punto que, en la desconcentración máxima, las relaciones entre el superior y el inferior se limitan a la relación de dirección y sustitución del titular. En la de grado mínimo, pervive la potestad de ordenación, instrucción y orientación programática. Sin embargo, en ambos grados, es claro que el jerarca no puede, por existir restricción legalmente impuesta, ejercer esa revisión de las conductas del inferior. Esto supone una privación de las potestades genéricas de control de los actos del inferior que le atribuye el ordinal 102 incisos b) y d) de la citada LGAP.

Desde ese plano, ante los actos de los órganos desconcentrados, puede asumirse dos posibles interpretaciones sobre la competencia bajo examen:

La primera, que la competencia para tal declaración recaiga sobre el órgano superior de esa unidad desconcentrada. Esa postura parte de la imposibilidad de que el jerarca máximo del ente público, sea el Estado o una Administración Descentralizada, revise de oficio, en cualquier supuesto, la conducta del inferior

desconcentrado. Así, la competencia regulada en el artículo 173.2 de la LGAP no supone un supuesto de excepción a la restricción que impone el canon 83 de la LGAP, por lo que no queda más remedio que reconocer a la jerarquía del órgano desconcentrado, la competencia para disponer esa nulidad.

La segunda interpretación se direcciona en sentido totalmente inverso, sea, en establecer la competencia del jerarca máximo del ente público, como especie cualificada para este tipo de procedimiento en particular. En ese ámbito, la imposibilidad de revisión no limitaría la aplicación del ordinal 173 de la LGAP.

Desde la arista pragmática, la norma señalada (art. 173.2 LGAP) presenta el dilema de habilitar al jerarca del ente público, una potestad de revisión de conductas de un inferior, respecto del cual, por haber concurrido una creación de competencias desconcentradas, por principio orgánico, se encuentra impedido, de oficio o a gestión de parte, de revisar. Como se ha señalado, en la desconcentración, el mismo Orden normativo dispone que el jerarca natural no puede ejercer ese cotejo de legalidad por ningún medio oficioso ni de parte interesada. De ahí que bien pueda formularse que al ser el mecanismo regulado en el ordinal 173 de la LGAP una modalidad especial de revisión oficiosa, esa competencia debe asignarse a favor de las competencias del órgano desconcentrado, siempre que la conducta a suprimir se refiera al giro de sus competencias exclusivas.

La razón misma de esa restricción del jerarca de revisar las conductas del inferior desconcentrado se sustenta en que la desconcentración no constituye un mecanismo de transferencia de competencias, sino uno de asignación, por tanto, definitivo. En efecto, los mecanismos de transferencia de competencias suponen modalidades de orden temporal o provisional en virtud de las cuales, un determinado órgano administrativo, al que se ha asignado una competencia concreta, cede o traslada esa competencia (de manera no definitiva), como poder jurídico de actuar frente al caso concreto, o tipos de casos relativos a ese marco de acción, a otro órgano, para que sea este último quien adopte el acto o conductas debidas. En esas modalidades, la competencia corresponde al órgano transferente, siendo que una vez que el órgano a quien se transfiere la competencia de manera

efímera la ejerce, en cada uno de los supuestos que dan cabida a este instrumento de cambios competenciales, ese elemento material subjetivo vuelve al órgano que originalmente la ostentaba. Así, son mecanismos de desplazamiento de competencias que, en todos los casos, supone la devolución de la competencia al órgano al que se atribuyó legalmente. De ahí que el ordinal 84 de la LGAP que inicia la Sección Segunda del Capítulo Tercero del Título III del Libro I de la LGAP, denominada “De los cambios de competencia en general”, señala con toda precisión semántica:

**“Artículo 84.-**

*Las competencias administrativas o su ejercicio podrán ser transferidas mediante:*

- a) Delegación;*
- b) Avocación;*
- c) Sustitución de un titular o de un acto;*
- d) Subrogación; y*
- e) Suplencia.”*

Como se observa, ese mandato no incluye dentro de la lista de mecanismos de transferencia de competencias, a la delegación, por la elemental razón de que, en la desconcentración, como se ha expuesto arriba, no concurre ese cambio temporal o provisional de competencia que se presenta en cada una de las modalidades que señala esa norma.

A diferencia de esas figuras, la delegación constituye un mecanismo de asignación de competencias. La asignación, por contraste a la transferencia (cambio o desplazamiento), supone una atribución definitiva y absoluta del conjunto de competencias que nutren el perímetro de acción de ese tipo de órganos. Tal condición implica que esas competencias que le han sido asignadas, no pueden, en modo alguno, ser conocidas por el jerarca administrativo del ente al que pertenece el órgano desconcentrado. De ahí que, respecto de aquellas, no existe ese sometimiento y sujeción plena que es propia de las relaciones jerárquicas ordinarias, y en virtud de las cuales, por virtud de los incisos b) y d) del canon 102

de la LGAP, el jerarca puede cotejar la conducta del inferior, de oficio o a gestión de parte, para ajustarla a legalidad.

Desde ese plano, la privación de la potestad de revisión de esas conductas del inferior desconcentrado, es consecuencia lógica de la decisión normativa de asignar de manera exclusiva y excluyente esas competencias. Siendo así, es claro que el cauce procedimental que regula el precepto 173 de la LGAP dice de un mecanismo de revisión oficiosa de conductas que se estiman, padecen de invalidez de grado absoluto, por patologías que se estiman evidentes y manifiestas. De ahí que de otorgar la competencia al jerarca del ente al que pertenece ese órgano, impone una distorsión en la lógica misma de la figura de la desconcentración, atribuyendo al jerarca, que en principio no puede ejercer una revisión oficiosa, esa potestad cuando se trate del caso concreto del citado procedimiento, aún a sabiendas que constituye una forma de revisión oficiosa.

En esa línea bien puede darse el caso de que el órgano desconcentrado peticione al jerarca del ente respectivo la tramitación de esta modalidad de supresión oficiosa y este último no opte por acceder a ese ruego, obligando a ese órgano a mantener los efectos de una conducta que, en el marco de sus competencias especiales, desconcentradas, exclusivas, excluyente respecto del jerarca, estima que es inválida. Esto adquiere relevancia de cara a la pervivencia de efectos de una conducta que se estima nula, pero que, por la desidia del jerarca del ente, no es factible suprimir por esa senda. De igual manera, el dilema planteado puede darse de manera inversa, sea, que el jerarca disponga la nulidad (por ese medio) de un acto dictado por el órgano desconcentrado, siendo que este último no ha gestionado su supresión o bien, por estimar que no concurren los presupuestos del procedimiento bajo referencia. Las implicaciones de este tratamiento pueden extender incluso a compromisos de orden presupuestario, obligando al órgano desconcentrado al que se ha asignado personalidad jurídica instrumental (órgano persona) a asumir el costo financiero del mantenimiento de un acto que considera nulo, o bien, por la eventual responsabilidad civil derivada de un acto que el jerarca considera nulo de manera evidente y palmaria.

La Procuraduría General de la República se ha decantado por la tesis de reconocer al jerarca del ente la potestad de supresión por la vía del ordinal 173 de la LGAP, limitándose a sustentar su postura en un ámbito eminentemente gramatical. Así, entre otros, en el dictamen C-070-2013 del 29 de abril del 2013, ante la gestión formulada por la entonces Directora Ejecutiva del Teatro Popular Melico Salazar<sup>165</sup>

---

165 De conformidad con el artículo 1 de la Ley No. 7023, el citado Teatro se encuentra adscrito al Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, por lo que se ha estimado que constituye un órgano desconcentrado con personalidad jurídica instrumental. Así fue establecido en la resolución No. 110-2018 de las 11 horas del 18 de septiembre del 2018 de la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo, en la cual, sobre ese particular se expuso: “... A diferencia de lo postulado por el Juzgador de Trámite en el detalle de las 10 horas de la audiencia preliminar celebrada el 07 de agosto del 2017, la naturaleza jurídica del Teatro Popular Melico Salazar, en orden a lo preceptuado por el ordinal 1 de la Ley No. 7023, es propia de un órgano de desconcentración máxima, con personalidad jurídica instrumental, sea, un denominado “órgano persona”, y no de un ente descentralizado como parece asumir esa decisión. En efecto, ese mandato en particular señala en su rigor literal: “Artículo 1º.- Créase, como institución cultural especializada del Estado, el Teatro Popular Melico Salazar, adscrito al Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, para fomentar y desarrollar las artes del espectáculo y la popularización de la cultura. Tendrá personería jurídica de derecho público e independencia en el ejercicio de sus funciones, dentro de los planes nacionales de desarrollo y las disposiciones de la presente ley.” De la lectura de esa norma puede generarse la confusión sobre la naturaleza jurídica del Teatro, a partir del uso inadecuado del término “institución cultural”, mismo que atiende, a no dudarlo, de una evidente mala praxis legislativa. En el contexto integral de la norma, esa referencia lingüística no puede tenerse como un conferimiento de descentralización administrativa al Teatro, sino como el establecimiento de una unidad administrativa (visión orgánica) encargada del ejercicio de competencias culturales. Más ello no permite suponer de la creación de un ente público, con personalidad jurídica propia. En estos ámbitos, es la misma ley de creación la que asigna la naturaleza jurídica de la persona de derecho público. En ese sentido, el mismo numeral 1 referido señala que el Teatro se encuentra adscrito al Ministerio de Cultura y Juventud (denominación actual). La referencia a un mecanismo de adscripción, implica que forma parte de la estructura orgánica de esa cartera ministerial, siendo que si se tratara de una descentralización, no podría el legislador crear dicha pertenencia al citado Ministerio, puesto que los entes

para declarar la nulidad, por esta vía, de un acto (acuerdo No. 13 de la sesión extraordinaria No. 709 del 07 de diciembre del 2011 de la Junta Directiva, que declaró beneficiario del Programa Pro-Artes a la Asociación de Grupos Independientes de Teatro Profesional, esa instancia asesora señaló la improcedencia de esa declaratoria, al haber sido expresada por una instancia diversa a la superior jerárquica suprema. Estimó esa instancia asesora administrativa que, el artículo 173.2 de la LGAP fija con claridad que el órgano competente para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de los actos declarativos de derechos que dicte la Administración Central del Estado es el ministro del ramo o el Poder Ejecutivo, según sea el caso, incluso respecto de actos emitidos por órgano desconcentrados. Para esa PGR, de la relación del precepto

---

*descentralizados no forman parte del Estado en sentido estricto, tal y como se desprende del ordinal 1 de la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP) que establece que la Administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos menores, cada uno con capacidad de derecho público y privado, norma que complementa el canon 1 del Código Procesal Contencioso Administrativo (en adelante CPCA). Ergo, en la medida en que el citado precepto legal estipula dicha adscripción, es claro para este cuerpo colegiado que la figura allí regulada es una desconcentración administrativa de grado máximo, a la cual, se le ha dotado de una personificación presupuestaria. Para ello, basta ver las atribuciones de la Junta Directiva del Teatro, reguladas por el mandato 6, dentro de las cuales, por ejemplo, en el inciso g) se impone el deber de rendir anualmente informes de labores a aquel Ministerio. Tal imposición sería inviable en relaciones inter subjetivas en las que la única manera de vinculación es el poder de dirección (art. 99 LGAP), propia de la tutela administrativa. Luego, el otorgamiento de personería jurídica, a diferencia del criterio del Juez de Trámite, no es de carácter propio, sino instrumental, como parte de la estructura del Ministerio de Cultura y Juventud, es decir, se insiste, la norma impone la creación de un órgano persona y no de un ente público. Por ende, conforme a la previsión del numeral 12 inciso 2) del CPCA, tratándose de la impugnación de conductas dictadas por un órgano con personalidad jurídica instrumental, éste necesariamente debe ser llamado a este proceso, junto con el ente al que pertenece, en este caso, el Estado, parte que no ha sido integrada a la causa, pese a la advertencia que en ese sentido formuló el apoderado del Teatro demandado en la fase de conclusiones orales.”*



173.2, en relación con el numeral 21 de la LGAP, cuando dichas normas se refieren al ejercicio de la potestad anulatoria administrativa de actos declaratorios de la Administración central del Estado, los órganos competentes para declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta son: los Ministros, el Presidente de la República, el Poder Ejecutivo –Ministro del ramo y Presidente de la República- y el Consejo de Gobierno; cada uno, obviamente, dentro sus propios ámbitos de competencia. De ahí que en el caso aludido, al haber dictado la nulidad una instancia diversa a la señalada, negó el criterio favorable que exige el citado ordinal 173.2 de la LGAP.<sup>166</sup>

---

166 Indicó ese criterio:

**“II.- IMPROCEDENCIA DE RENDIR EL DICTAMEN PRECEPTIVO Y FAVORABLE REQUERIDO.** *Examinados los antecedentes es necesario indicar que no es posible rendir el dictamen preceptivo y favorable. / En este sentido debe advertirse que el artículo 173.2 de la Ley General de la Administración Pública expresamente prescribe que el órgano competente para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de los actos declarativos de derechos que dicte la Administración Central del Estado es el ministro del ramo o el Poder Ejecutivo, según sea el caso. Esto es aplicable aún en el caso de actos dictados por órganos desconcentrados del Poder Ejecutivo. Al respecto, conviene citar, por cuanto el tema fue el objeto principal de la consulta, el dictamen C-207-2010 de 11 de octubre de 2010: “En esa misma orientación la Procuraduría General en el dictamen C-233-2009 de 26 de agosto del 2009, interpretó conforme a la Constitución el artículo 173.2 de la LGAP, en el sentido de que no cabe duda de que la disposición del art. 173.2, en relación con el numeral 21 de la LGAP, leída en armonía con las disposiciones constitucionales que se incorporan a su preceptiva (arts. 139, 140, 146 y 147 de la Constitución), permite entender al intérprete que cuando ésta se refiere al ejercicio de la potestad anulatoria administrativa de actos declaratorios de la Administración central del Estado, los órganos competentes para declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta son: los Ministros, el Presidente de la República, el Poder Ejecutivo –Ministro del ramo y Presidente de la República- y el Consejo de Gobierno; cada uno, obviamente, dentro sus propios ámbitos de competencia. Así, por ejemplo, del texto normativo se desprende que en aquellos supuestos en que el acto cuya nulidad se pretende haya sido emitido por el Ministro, o bien un órgano que integra la estructura de ese Ministerio, será el Ministro el que puede decidir sobre el inicio del procedimiento y será a este a quien le corresponda el dictado de la resolución final. Pero si se tratase de un acto dictado por el Poder Ejecutivo*

Desde ese plano, la redacción del citado inciso 2) del artículo 173 de la LGAP, en la medida en que parte de una generalidad que parece desconocer las implicaciones de desconcentración, en la *praxis*, introduce una excepción a la regla de privación de competencias revisoras del jerarca respecto de conductas de órgano desconcentrados, lo que constituye un riesgo en la dinámica operativa de esos órganos, con la posible invasión, por esa vía, de las competencias propias de esas unidades administrativas. Esa potestad lejos se encuentra de ser una manifestación de la potestad de dirección o programación, que aplica frente a ese tipo de órganos, sino más bien, en una derivación de un poder jerárquico de revisión de oficio. De nuevo, trata de una excepción a las mismas restricciones legales que buscan la eficiencia en el ejercicio desconcentrado, siendo, a no dudarlo, una forma de eludir la restricción legal que impone el canon 83 de la LGAP, sin razón sustancial que legitime esa alternativa.

#### **4.3. Parte pasiva del procedimiento.**

El mecanismo previsto por el ordinal 173 de la LGAP se constituye como un procedimiento que busca la supresión de actos de contenido favorable, la más de las veces, que otorgan un derecho subjetivo. Desde esa arista de comprensión, el

---

*(entendido como Presidente y respectivo Ministro), debe interpretarse conforme al derecho de la Constitución que el órgano competente para iniciar el procedimiento administrativo tendente a la declaratoria de nulidad de un acto y dictar el acto final será el propio Poder Ejecutivo y no el Ministro (En ese mismo sentido el dictamen C-31-2010 de 1 de marzo de 2010). Así que, en el caso de órganos desconcentrados, aún con personalidad jurídica instrumental, como es el caso de PROMECE (Ley N° 8321 de 16 de octubre de 2002), corresponderá al órgano superior constitucional del cual forma parte el órgano desconcentrado, declarar la nulidad; o sea, al Ministro del ramo respectivo.” / Luego, es claro que, en el presente asunto, tanto el acto que ordenó la apertura del procedimiento – y que asimismo designó el órgano director - como el que requirió el presente dictamen, fueron dictados por un órgano diferente al Ministro, sea la Junta Directiva del Teatro Melico Salazar - órgano desconcentrado con personería jurídica instrumental del Ministerio de Cultura según Ley N.º 7023 de 13 de marzo de 1986-.”*

objeto de este trámite es determinar la invalidez de grado absoluto, que sea palmaria, sea, de fácil deducción *ab initio*, de un acto que haya producido un beneficio particular a un destinatario específico. En ese sentido, busca la supresión de actos de contenido individual, en la medida en que su razón es precisamente la eliminación de ese beneficio concreto que se ha otorgado sobre la base de una conducta que, de manera notoria, atenta contra el Ordenamiento Jurídico. Esto descarta que los actos de alcance general puedan o requieran ser anulados sobre la base de esta modalidad.

Como se ha señalado, la máxima constitucional de inderogabilidad de actos propios, impone una restricción a los entes públicos de desconocer los actos previamente emitidos que concedan un derecho subjetivo al administrado o le concedan un beneficio particular. Esto supone que se trata de actos de alcance individual, que se emiten en el contexto de una relación jurídico administrativa de contenido específico, en tanto se identifica de manera individual la persona destinataria del ejercicio de las potestades y competencias pública. Por su parte, los de alcance general no son llamados a generar esa incidencia concreta, sino a regular de manera abstracta, un determinado aspecto que regula relaciones abstractas. Esta distinción encuentra respaldo en la doctrina del ordinal 120 de la LGAP que establecen la tipología del acto administrativo desde la arista de los destinatarios del acto (concretos o generales, internos o externos).<sup>167</sup>

Atendiendo a esa incidencia particular o general, y considerando que la doctrina de la irrevocabilidad de los actos propios (*non venire contra factum proprium*) busca

---

167 Dispone el ordinal 120 aludido: “Artículo 120.- 1. Para los efectos de clasificación y valor, los actos de la Administración se clasifican en externos e internos, según que vayan destinados o no al administrado; y en concretos y generales, según que vayan destinados o no a un sujeto identificado. 2. El acto concreto estará sometido en todo caso al general y el interno al externo, con la salvedad contemplada en los artículos 126 y 127.”

constituirse en una garantía a favor del administrado titular de una esfera jurídica concreta que se ha visto engrosada, ampliada o extendida por el otorgamiento de una situación de contenido favorable, como derivación de los efectos del acto administrativo, que exige a que la Administración deba acreditar en sede judicial o en administrativa (para el caso de los actos con nulidad palmaria) la patología y antijuridicidad de ese acto, es que la figura resulta solamente atinente a los actos de contenido concreto e individual.

*Ergo*, los actos de alcance general si bien pueden constituir base habilitante para la emisión de acto de contenido concreto que concedan derechos, no lo hacen de manera directa, por lo que su supresión por invalidez no estaría afecta o condicionada a esta modalidad. No se justifica respecto de aquellos el esquema finalista de garantía que motiva y sustenta la doctrina de intangibilidad comentada. Por ende, en estos actos de alcance general, basta a la Administración disponer su derogatoria, bajo el ritualismo que proceda en cada caso atendiendo a la máxima de paralelismo de las formas, lo que supone, ese acto debe ser suprimido por otro de igual naturaleza, adoptado por autoridad competente y con los requisitos de validez y de eficacia que correspondan. Así, por ejemplo, la supresión de un reglamento, cuya vigencia se sujeta a publicación, los efectos de esa derogatoria están supeditados a esa misma forma de comunicación, que delimita su régimen de eficacia.<sup>168</sup>

En ese ámbito, cabe destacar que las razones de supresión de un acto de alcance general bien pueden sustentarse en cuestiones de conveniencia u oportunidad, o bien por estimar el ente público competente que presenta una patología que exige su anulación. En ambos casos, esa supresión no se encuentra condicionada a un

---

<sup>168</sup> En esa línea el ordinal 140 de la LGAP estatuye que la eficacia se desprende a partir de su comunicación, a partir de la cual, es oponible al administrador, puede desplegar efectos, ejecutarse y, además, ser impugnado, según se desprende de los cánones 141 y 142 ejusdem. Por su parte el canon 240 inciso 1) de ese mismo cuerpo legal impone la publicación de los actos generales.

procedimiento en particular, dado que no imponen en un efecto concreto que exija la tutela de situaciones concretas. Desde luego que si se han adoptado actos de aplicación individual de ese acto de alcance general a partir de los cuales se haya generado derechos o situaciones de contenido favorable, respecto de esos actos de alcance individual, por derivación de la garantía prevista en el ordinal 34 de la Carta Magna, sería necesario acudir a alguna de las formas de eliminación de esos actos individuales, ora por la revocación o por la anulación, atendiendo a la causa que introduce la necesidad o exigencia de su supresión.

En ese sentido, la doctrina nacional ha señalado:

*“La Administración Pública no puede revocar los actos declaratorios de derechos o favorables, por aplicación del principio indebidamente denominado de la "cosa juzgada administrativa", siendo más riguroso y adecuado llamarlo de "irrevocabilidad de los actos administrativos" o "teoría de los actos propios". Esta limitación, obviamente, no le es aplicable a los reglamentos que pueden ser derogados en cualquier momento y de forma discrecional. Ese es, precisamente, el motivo por el cual nuestra Ley General de la Administración Pública en su artículo 173, admite la revisión de oficio de un acto administrativo declaratorio de derechos o favorable para el administrado cuando media una nulidad evidente y manifiesta previamente dictaminada en un procedimiento ordinario abierto para tal efecto y por órganos consultivos como la Procuraduría General de la República o la Contraloría General de la República. Igualmente, esa es la razón por la cual la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa admite el proceso de lesividad (artículos 10, párrafo 4", y 35, párrafo 1o, LRJCA) -cuando la Administración asume el rol de parte actora-, únicamente, contra los actos administrativos concretos propios, declaratorios de derechos o favorables para el administrado y lesivos para los intereses públicos o económicos de la Administración -cuando en vía administrativa la Procuraduría o la Contraloría General de la República estimaron que el acto no padecía de una nulidad absoluta evidente y manifiesta-.” 169*

---

169 Jinesta Lobo, Ernesto. Op. Cit. Pp. 306.

Así visto, es el destinatario del acto a anular, sea, el titular del derecho subjetivo o efecto favorable otorgado, la parte pasiva del procedimiento, lo que supone que de conformidad con el ordinal 275 de la LGAP, al tener un interés directo en el procedimiento, debe constituirse como parte pasiva de esa causa, a efectos de tutelar su derecho de defensa y de contradictorio, pues el procedimiento tiene por objeto la supresión de un acto habilitante de su derecho o ventaja.

Cabe señalar que la regulación aplicable a este tipo de procedimiento, no excluye la eventual participación de terceros, como sería el caso de los coadyuvantes, bien de la misma Administración como a favor del administrado titular de la situación jurídica que se busca impactar. Puede pensarse en el caso de anulación por estos medios de un contrato administrativo otorgado de manera ilegítima, que no fue impugnado mediante las medidas recursivas pertinentes, o habiéndolo sido, se hubiere declarado la firmeza de la adjudicación, a partir de lo cual, se formalizó la relación administrativa mediante el respectivo contrato. Sin embargo, la dimensión misma de este tipo de mecanismo de supresión y atendiendo a que la incidencia que potencia es de índole particular y específica, lleva a que la ponderación de admisión o no de terceros en estas causas, deba aplicarse de manera restrictiva. En todo caso, si por aspectos de conveniencia la Administración determina la negación de este tipo de intervenciones, no se produciría ningún tipo de nulidad por no tratarse de una parte principal del procedimiento, por ende, no se lesionaría el debido proceso de la parte destinataria de la causa, como tampoco se privaría de la inclusión de elementos que pudieren generar decisión o efecto diverso.

Empero, cuando esta participación se admita, es evidente que el coadyuvante podría formular las diversas gestiones que le habilita el ordinal 276 de la LGAP.

Así, la parte pasiva del procedimiento se configura con el administrado a cuyo favor, de manera concreta, se ha otorgado una situación jurídica favorable. Tal especificidad de efectos que condiciona ese elemento subjetivo es congruente con el tipo de actos que pueden ser suprimidos por esta vía, siendo que, el acto ha de

ser de contenido concreto, por lo cual, la identificación del destinatario es consustancial a esa naturaleza del acto.

#### **4.4. Elemento Objetivo. El acto nulo. Condiciones.**

Como se ha venido indicando, la supresión prevista en este mandato 173 de la LGAP, recae respecto de actos administrativos de contenido concreto, que, habiendo concedido derechos subjetivos, padezcan de nulidad absoluta, evidente y manifiesta. De esa manera, la misma norma permite desprende componentes fundamentales desde el plano del elemento objetivo, según se analiza infra, a saber: a. Acto administrativo; b. De alcance concreto; c. Generador de derechos o situaciones favorables; d. Absolutamente nulo, evidente y manifiesta.

##### *A. Acto administrativo:*

Resulta notorio e indudable que este mecanismo es atinente a la supresión de oficio que procura la misma Administración respecto de una conducta suya, propia. El componente de unilateralidad que supone el concepto mismo de acto administrativo podría llevar a cuestionarse si por esta vía podría disponerse la nulidad de un contrato administrativo, partiendo de que el concepto mismo de un ligamen contractual supone concurrencia bilateral de voluntades.

Sobre este aspecto la Ley de la Contratación Administrativa, No. 7494, en su artículo 4, párrafo cuarto, remite al régimen de nulidades de la LGAP para esa materia contractual.<sup>170</sup> Ello supone que remisión legal expresa, no solamente de las regulaciones propias de la patología de la conducta y voluntad administrativa,

---

<sup>170</sup> Indica el artículo 4 párrafo cuarto de la Ley de la Contratación Administrativa:

*“El régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa.”*

sino, además, de los esquemas procedimentales que se impongan para la supresión por invalidez de los actos de contenido favorable.

Si bien se comprende, ciertamente un contrato impone la convergencia de dos voluntades, una propia de la Administración Licitante, y la otra del oferente seleccionado, adjudicatario, a partir de ello, contratista. Ambas voluntades convergen a la configuración de un ligamen jurídico intenso en virtud del cual las partes asumen, de manera recíproca, derechos y obligaciones. Empero, la contratación administrativa se regula por procedimientos y normas concretas que imponen a las Administraciones un proceder determinado, como proyección del principio de legalidad o juridicidad. 171 Tal sujeción lleva a que en caso de configurarse contrataciones o modificaciones contratos en ejecución, a contrapelo de la legalidad aplicable, en lo que a procedimientos se refiere, al tenor del ordinal 21 de la Ley de la Contratación Administrativa y 218 del Decreto Ejecutivo 33411-H, que constituye el Reglamento a esa ley, se disponga la figura denominada “Contratación Irregular”, que supone la supresión de la rentabilidad del contrato en detrimento del contratista, siempre que la Administración haya recibido los bienes o servicios y mediara buena fe, así como la correlativa responsabilidad de los funcionarios involucrados.

Al margen de esa aplicación, es claro que la voluntad de la Administración ha de configurarse al socaire de las normas que rigen su proceder en cada caso concreto, de suerte que atendiendo a sus potestades exorbitantes (de imperio), dada la remisión apuntada, en caso de que requiera de hacer cesar los efectos del contrato por causas de invalidez originaria, bien puede utilizar este mecanismo previsto en el mandato 173 de la LGAP. Cabe precisar no obstante que esa figura no se aviene a las modalidades de terminación contractual anticipada por resolución o rescisión, siendo que la *ratio* de esas herramientas se asocia a cuestiones ajenas a la

---

171 El mismo canon 4 de la Ley No. 7494 precisa en el párrafo primero que “*La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo.*”



patología en la emisión de la conducta administrativa, refiriéndose a incumplimientos graves imputables al contratista (en la resolución), o a la mutación sustancial de condiciones originarias del contrato que hacen imposible, inconveniente, inoportuno o inequitativo su cumplimiento como medio de satisfacción del interés público, o por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente acreditados (caso de la rescisión).<sup>172</sup>

Así las cosas, frente a un contrato administrativo suscrito en contradicción con la legalidad aplicable, una de las vías con las que cuenta el ente público licitante es precisamente la supresión prevista en el canon 173 LGAP, al entender que se trata de un derecho subjetivo derivado del ejercicio de una competencia pública propia de la contratación administrativa.

En todo caso, la misma literalidad del artículo 173 inciso 1) de la LGAP, pone de manifiesto que este trámite es atinente a la contratación administrativa, materia en la cual, el dictamen preceptivo que adelante se tratará, ha de ser emitido por la Contraloría General de la República como instancia técnica especializada en estas lides, al tenor de los preceptos 182, 183 y 184 de la Carta Magna.

---

<sup>172</sup> El artículo 11 de la Ley No. 7494 precisa las razones que dan cabida a esas figuras en el siguiente sentido: “*Derecho de rescisión y resolución unilateral. Unilateralmente, la Administración podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales, por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso. Cuando se ponga término al contrato, por causas que no se le imputen al contratista, la Administración deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados. En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato. La Administración podrá reconocer, en sede administrativa, los extremos indicados en los incisos anteriores. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación de la Contraloría General de la República.*”. Dichas figuras se precisan y desarrollan en los cardinales 212 (la resolución) y 214 (la rescisión) del respectivo Reglamento de la Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No.33411-H

Por otro lado, el objeto de este mecanismo es la supresión de una conducta formal emitida por la propia Administración, lo que lleva a considerar que puede constituirse en un mecanismo válido no solamente para las conductas expresas<sup>173</sup>, sino además para las situaciones favorables que sean otorgadas mediante actos tácitos<sup>174</sup>, actos implícitos<sup>175</sup>, e incluso por beneficios otorgados al amparo de actos presuntos, sea, situaciones producidas sobre la base del silencio positivo.

En cuanto a los derechos o situaciones favorables generadas por la vía del silencio positivo, es menester tener claro que dicho acto presunto se condiciona a la concurrencia de los presupuestos que le dan cabida, en concreto: a. gestión

---

173 De conformidad con el precepto 134 de la LGAP, el acto debe adoptarse de manera escrita, salvo que las circunstancias, de manera excepcional, justifiquen modo diverso. La configuración de las situaciones favorables, la más de las veces, se produce por la emisión de un acto expreso en el que, de manera precisa, se concede esa proyección, con lo cual, se identifica la conducta concreta que ha de ser suprimida por el antagonismo que refleja respecto del Ordenamiento Jurídico.

174 El mandato 137 de la LGAP define los ACTOS TÁCITOS, de una manera confusa al señalar que: *“Los comportamientos y actividades materiales de la Administración que tengan un sentido unívoco y que sean incompatibles con una voluntad diversa, servirán para expresar el acto...”*. Esta redacción puede llevar a la confusión de conceptualizar el acto tácito como aquellas actuaciones o comportamientos materiales. Si bien se mira, el acto tácito es el que se entiende habilitante de actuaciones materiales que sirven para expresar su contenido. De ahí que, si mediante este tipo de vía se concede una situación favorable de manera ilegítima, debe acudir al mecanismo que regula el mandato 173 de la LGAP para invalidar dicha situación.

175 Al socaire del precepto 138 de la LGAP, el acto puede expresarse mediante otro que lo implique necesariamente, en cuyo caso tendrá existencia jurídica propia. Tal mandato regula el denominado ACTO IMPLÍCITO, entendido como aquel que se encuentra contenido dentro de otro ulterior que lo comprende en términos lógicos. Puede darse como ejemplo la petición de pago de un determinado plus salarial el cual, sin recaer acto expreso, se incluye dentro de la respectiva acción de personal el reconocimiento de ese extremo. La acción de personal, en términos lógicos, en la medida que contiene ese reconocimiento, supone de manera implícita la resolución favorable a la petición del agente público. Caso de que ese reconocimiento sea ilegítimo, bien puede suprimirse por la senda de la nulidad del artículo 173 de la LGAP.

administrativa en la cual se peticione una autorización o una licencia; b. Cumplimiento de los requisitos debidos para el trámite formulado; c. Inercia en el ejercicio de la competencia administrativa; d. Decurso del plazo mensual para resolver o plazo especialmente regulado en cada caso.

Si bien el numeral 139 de la LGAP señala que el silencio de la Administración no es una figura que permita desprender alguna manifestación de voluntad del Ente Público, luego los ordinales 330 y 331 de la LGAP señalan:

***“Artículo 330.-***

*1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela.*

*2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.*

***Artículo 331.-***

*1. El plazo para que surja el silencio positivo será de un mes, a partir de que el órgano reciba la solicitud de aprobación, autorización o licencia con los requisitos legales.*

*2. Acaecido el silencio positivo no podrá la Administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto sino en aquellos casos y en la forma previstos en esta ley.”*

Dicha normativa permite distinguir entre la figura del silencio positivo en orden a las relaciones de fiscalización y tutela, propias de los vínculos inter administrativos, de las relaciones que se derivan de peticiones administrativas externas.

En las primeras, el concepto de autorización viene definido por el ordinal 45.3 de la LGAP, en cuanto señala que cuando se requiera una autorización, la misma deberá ser previa. Por su parte, el canon 145.4 de la misma fuente legal precisa que cuando el acto requieras de una aprobación de otro órgano, mientras esta no se haya dado,

el acto no será eficaz, y no puede desplegar efectos. Así, en ese ámbito, la autorización constituye un requisito para la emisión del acto, que, por tal, incide en su régimen de validez, en la medida en que el acto no puede adoptarse ante la ausencia de ese presupuesto constitutivo. Por contraste, la aprobación constituye un requisito de eficacia del acto, sea, no guarda relación alguna con la legitimidad de la conducta, sino con la posibilidad del despliegue de efectos.

Bajo esa comprensión, salvo regla en contrario, las relaciones de autorización se rigen por la regla de la inaplicabilidad del silencio positivo, es decir, opera por regla de principio, el silencio negativo, por cuanto la ausencia de pronunciamiento de parte de la autoridad con competencia de fiscalización y tutela administrativa, no puede llegar a constituirse como indicativo de cumplimiento de un requisito compositivo del acto, impuesto por el Ordenamiento Jurídico. Por su parte, siendo que la aprobación, en ese ámbito, no se asocia con la emisión del acto, salvo norma en contrario, y como derivación del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos (art. 146 LGAP), la indolencia ha de llevar al silencio positivo.

En el marco de las relaciones externas, el canon 330 inciso 2) precitado, alude a los términos, autorización, licencia y permiso. Desde esa arista de examen, la **autorización** supone un contenido sustancial diverso. En efecto, para esos efectos, esa figura dice de la remoción de un obstáculo que impone el Ordenamiento Jurídico para el ejercicio de una conducta del administrado que, en principio, no se encuentra restringida o vedada por norma legal, pero que, por cuestiones de control social y de policía administrativa, debe ser sometida a conocimiento de la Administración Pública, para verificar el cumplimiento de las exigencias mínimas para el ejercicio de esa actividad. El concepto de autorización sienta las bases del término **licencia**, la que se define como la autorización de contenido reglado.

Por su parte, el **permiso** consiste en la habilitación administrativa para el ejercicio de una conducta que, en tesis de principio, se encuentra restringida o vedada al particular, de manera que su despliegue se encuentra condicionada a la adopción de un acto expreso de anuencia adoptado por el ente público competente.

De lo expuesto se desprende que, salvo norma en contrario, en el régimen de las autorizaciones y licencias, en tanto la actividad no restringida se condiciona al control previo de la Administración, que impone el Ordenamiento Jurídico, la indolencia pública da paso a la figura del acto presunto o silencio positivo. *Ergo*, en el régimen de los permisos, la regla es la inaplicación de esa figura.

Desde luego que es necesario establecer de previo, si existe norma expresa que fije la procedencia o no en una determinada materia o supuesto, del silencio positivo. Para citar algunos ejemplos, el artículo 4 de la Ley Forestal, No. 7575, fija la máxima de improcedencia del silencio positivo en materia de Patrimonio Natural del Estado y por extensión, en materia ambiental. El régimen jurídico de los bienes demaniales, cuya base se encuentra en los ordinales 261 y 262 del Código Civil, fijan la imprescriptibilidad de las potestades públicas respecto de esos bienes, luego, ello supone la improcedencia del silencio positivo en esas lides. Por contraste, el numeral 89 del Código Municipal, Ley No. 7794, establece la ocurrencia del silencio positivo en solicitudes de otorgamiento de licencias para ejercicio de actividades lucrativas, denominadas usualmente, patentes comerciales, reguladas en el canon 88 ejusdem. Igual procedencia fija el mandato 119 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios en cuanto a la figura de la consulta fiscal, empero, las condiciones y particularidades de esta aplicación serán abordadas en el capítulo de la lesividad contra conductas tributarias (capítulo IV). De igual manera, el deber de tramitación en materia de contratación administrativa -art. 16 de la Ley No. 7494-, y en ese mismo campo, la omisión de respuesta del recurso de objeción -art. 83 ibidem, son campos en los que, expresamente, se establece la ocurrencia del silencio positivo.

Sobre estas precisiones conceptuales, y la justificación misma de la aplicación de la figura del acto presunto, en la sentencia No. 163-2012-VI del Tribunal Contencioso Administrativo se indicó que la inercia pública en la emisión de la conducta formal lleva, como efecto jurídico, al denominado silencio positivo. En estos casos, el silencio de la Administración debe tenerse por favorable al petente, siendo que su gestión se entiende por resuelta en términos positivos a como ha

sido planteada. Luego de la cita del numeral 330 de la LGAP, ese Tribunal estimó que la ocurrencia del silencio positivo o acto presunto, requiere de la concurrencia de varios elementos, pues no en toda solicitud que suponga un permiso, licencia o autorización podría hablarse de la procedencia de un silencio positivo. Como desarrollo de esa postura señaló que: *“... la lectura superficial del inciso segundo del ordinal 330 LGAP podría llevar al equívoco de entender que, en cualquier petición de autorización, licencia o permiso, aplica u opera la figura del silencio positivo. Esta postura no es compartida por este Tribunal. La comprensión en los términos dichos supone, como efecto práctico, que, al margen de lo pedido, la omisión pública llevaría a una suerte de anuencia administrativa para el ejercicio de los actos que sustentan la petición del interesado. Ello al margen que lo pedido tenga una gran incidencia en el orden público, la salud y la seguridad pública (...)”*.

En su juicio de valor, el órgano sentenciador hizo una precisión conceptual de los institutos de la autorización, la licencia y el permiso, desde el plano de las gestiones administrativas.<sup>176</sup> *Precisó que es menester analizar en cada caso, cuando la petición privada (o pública) se regula por la figura del silencio positivo o bien, cuando está afecta al silencio negativo. De otro modo, no tendría lógica la existencia del silencio negativo, salvo para la fase recursiva, pues a excepción de los reclamos administrativos, en múltiples gestiones que se someten a conocimiento de la administración, a fin de cuentas, se busca el otorgamiento de un permiso, de una licencia o de una autorización. La sentencia alude a un ejemplo para establecer las implicaciones prácticas de su postura, exponiendo: “Puede pensarse en el caso de una solicitud de permiso para explotación de la actividad del transporte público remunerado de personas (art. 25 de la Ley No. 3503), que reúna los requisitos de esa legislación y vencido el plazo para resolver, no exista*

---

<sup>176</sup> Congruente con la propuesta conceptual dada en este trabajo, ese Tribunal los definió de la siguiente manera: *“... La autorización puede definirse como la remoción de un obstáculo legal para el ejercicio de una conducta debida. Por su lado, el permiso consiste en la habilitación administrativa para el desarrollo de una conducta, en principio vedada. En tanto que la licencia consiste en una autorización de contenido reglado (...)”*.

*acto público. En tal caso, sería inviable a todas luces pensar en un silencio positivo. Por el contrario, el silencio de la Administración en ese caso no sería el previsto en el ordinal 330 LGAP, sino el efecto señalado en el artículo 261 incisos 1 y 3 de ese mismo cuerpo legal.”*

Detalló la improcedencia de la figura por la regulación expresa, en la Ley Forestal, No. 7575, canon 4, así como en los bienes demaniales, por derivación del régimen jurídico aplicable al dominio público (art. 262 Código Civil), tratamiento que en términos procesales puede verse, entre otros, en los preceptos 34.2 de la Ley No. 8508 (CPCA). Como puede verse, el mismo numeral 330 LGAP establece que procede el silencio positivo cuando se establezca de manera expresa por ley. Es el caso, a modo de simple referencia, del deber de tramitación en materia de contratación administrativa -art. 16 de la Ley No. 7494-, y en ese mismo campo, la omisión de respuesta del recurso de objeción -art. 83 ibidem-. Para esa Cámara, en tales casos, expresamente regulados, el ordenamiento jurídico establece un plazo diverso al fijado por el canon 261 LGAP, que usualmente empata con el lapso de un mes regulado por el mandato 330 de la Ley No. 6227/78.

Con todo, en la normalidad de las situaciones, el plazo para resolver las peticiones es de 2 meses regulado en el mencionado precepto 261 LGAP y los efectos del silencio son negativos o denegatorios. En consecuencia, sentenció esa autoridad; *“... no comparte este Tribunal la posición que toda autorización, permiso o licencia supone, en todos los casos, la aplicación de la figura del silencio positivo. Para ello es necesario analizar en cada caso la convergencia de una serie de factores. De un lado, si existe regulación expresa que fije la pertinencia del silencio positivo. Por otro, de no haber ese desarrollo explícito, si la petición del administrado, trata de una materia en la que es de pasible aplicación esa figura. En tales casos -y solo en esos-, el silencio aplicará cuando se acredite: a) que la gestión fue presentada cumpliendo la totalidad de requisitos fijados por el ordenamiento jurídico para ese caso en particular; y b) que vencido el plazo fijado por el ordenamiento jurídico para que la Administración resuelva el trámite, no haya recaído acto expreso.”*

Ese mismo precedente judicial pone de manifiesto que el efecto que produce el silencio positivo, obliga al ente público a acudir a las formas de supresión oficiosa a las que se viene haciendo referencia. En ese sentido señala de manera clara:

*“... Cuando ocurra el silencio positivo, como se ha dicho, surge el denominado acto administrativo presunto, por lo que, la supresión de ese acto exige y requiere acudir a las formas de extinción de las conductas públicas, sea, nulidad del artículo 173 LGAP, proceso de lesividad o bien la revocación de conductas, so pena de lesionar el principio de intangibilidad de los actos propios, consagrado en el precepto 34 de la Carta Magna. De igual modo, esa declaración de ocurrencia del silencio positivo puede plantearse en esta sede contencioso administrativa, al amparo del numeral 42 y 122 del CPCA.”*

De ahí que, para los efectos de la interpretación y comprensión de esa norma, por acto administrativo debe entenderse cualquier tipología de esta denominación, sea expreso, tácito, implícito o bien, el presunto, aún y cuando es claro que, en la mayoría de ocasiones, el mecanismo bajo examen se emprende para la supresión de actos expresos que han otorgado situaciones favorables.

#### B. Contenido concreto e individual:

Si bien la norma no alude de manera directa a que el acto anulable por este medio deba ser de contenido concreto, es evidente que, en la medida en que busca la supresión de derechos subjetivos otorgados de manera ilegítima y siendo que se impone la obligación de instruir un procedimiento con las partes involucradas, es claro que se refiere a destinatarios específicos de esa conducta. *Ergo*, no se trata de un acto de alcance general, pues en ese caso, no se configuran derechos de orden subjetivo, sino regulaciones a partir de las cuales pueden desprenderse aplicaciones individuales que produzcan derechos subjetivos. Pero en tal caso, la causa productora del derecho es ese acto de aplicación individual, no así el genérico. Más simple: el derecho subjetivo ha de derivar de un acto concreto que asigne ese efecto particular al administrado, pues los actos de alcance general no



tienen la virtud de configurar derechos de orden subjetivo. A lo sumo, podría considerarse la existencia de situaciones jurídicas consolidadas a partir de esas conductas generales, más no de una categoría intensa de derechos subjetivos.

En ese sentido, el mismo ordinal 173 en su inciso 3) de la LGAP postula:

*“3) Previo al acto final de anulación de los actos a que se refiere este artículo, la Administración deberá dar audiencia a las partes involucradas y cumplir con el debido procedimiento administrativo ordinario dispuesto en esta Ley.”*

De nuevo, no puede pensarse en el concepto de partes involucradas si ese procedimiento fuese aplicable a un acto de alcance general, cuando la figura busca garantizar los derechos otorgados mediante la utilización de mecanismos que se correspondan con la máxima de irrevocabilidad de actos propios.

La necesidad de incorporar dentro del procedimiento administrativo a la parte beneficiaria del acto a suprimir refleja que la *ratio* misma de esta figura es la declaratoria de invalidez de un acto concreto e individual que ha generado un derecho subjetivo o interés de manera contraria al Ordenamiento Jurídico, pues de otro modo, no podría disponerse la apertura del procedimiento sino existe una identificación particular del administrado destinatario de esa conducta. En este punto cabe resaltar que, si la modalidad bajo examen constituye un rigor formal como derivación de la máxima constitucional de intangibilidad de actos propios, lo que se busca es tutelar la esfera jurídica de la persona a quien se ha otorgado una situación favorable, contenido que desea ser suprimido por las consideraciones de ilegalidad en el acto otorgante. La lógica de incluir al administrado en ese procedimiento es justamente el ejercicio de su derecho de defensa en cuanto a esa esfera jurídica, de modo que cuando se está frente a un acto de alcance general, tal integración es imposible.

Con todo, bien puede darse el caso de que un acto de alcance general haya producido un acto de aplicación individual en el cual, se conceda un derecho o interés y que bajo la consideración de que aquella conducta genérica, base del acto individual, muestra una patología que exige su supresión, deba ser anulada, y con

ella, como efecto derivado, los actos concretos de aplicación. Empero, en tal contexto, el objeto de la supresión prevista en el canon 173 de la LGAP no sería propiamente la conducta de alcance general, sino el acto específico que concede el beneficio. Claro está que parte del debate que se puede producir en esa causa estribaría en la legitimidad o no del acto a partir del cual se otorga el beneficio concreto, pero tal discusión sería instrumental para determinar la invalidez o no de ese acto concreto e individual.

Desde esa arista, el contenido mismo de la regulación prevista en el ordinal 173 de la LGAP, no permite colegir que se trate de un mecanismo de supresión dirigido a conductas de alcance general, sino de uno que se enfoca, con claridad, a conductas de efecto individual. En este punto cabe hacer referencia a los denominados ACTOS ADMINISTRATIVOS DIFERENCIADOS, regulados en el ordinal 135 de la LGAP, y que consisten en actos de la misma naturaleza que por ser de la misma naturaleza y contenido, son refundidos en un solo documento o acto, en el cual, se especifica a las personas destinatarias, así como se expresan circunstancias que permitan la individualización de cada una de las conductas.<sup>177</sup>

Respecto de esas conductas diferenciadas, si bien en acto o documento emitido por la Administración refiere a una cantidad determinada de sujetos, la supresión de ese tipo de conducta bien podría ser general a la totalidad de sujetos insertos en el documento, o bien, referirse a algún sujeto o fracción de estos. En el primer caso, sería necesario llamar al procedimiento a la totalidad de sujetos enlistados en el acto, en tanto que, en el segundo tipo, por tutela del debido proceso y

---

177 Indica el ordinal 135 citado:

*“Artículo 135.- 1. Cuando deba dictarse una serie de actos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, permisos, licencias, etc., podrán refundirse en un sólo documento que especificará las personas y otras circunstancias que individualicen cada uno de los actos, y sólo dicho documento llevará la firma de rigor. 2. Los actos a que se refiere el artículo anterior serán considerados a todos los efectos, tales como notificaciones e impugnaciones, etc., como actos administrativos diferenciados.”*

contradictorio, es menester instruir la causa administrativa en contra de las personas en cuyo detrimento se pretende la supresión por invalidez.

C. Generador de efectos favorables:

La literalidad del precepto 173 de la LGAP, en su inciso primero, señala que el mecanismo bajo examen estriba en actos que presenten vicios de nulidad absoluta, que hayan declarado un derecho subjetivo. La norma no refiere a la modalidad de acto favorable, sino a solamente una de las manifestaciones de esta tipología. Si el acto de contenido favorable es todo aquel que haya otorgado una situación jurídica que produce un beneficio o efecto positivo al administrado, es claro que ese ensanchamiento de la esfera jurídica puede producirse por la vía de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. No obstante, la citada norma se limita a referirse al derecho subjetivo como parámetro objetivo que define el mecanismo procedimental referido.

Al margen de ese tratamiento, cabe precisar que el mandato 49 de la Carta Magna, en su párrafo tercero, establece que la ley deberá tutelar, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de las personas. Este desiderátum de tutela se desarrolla además en el precepto 1 del Código Procesal Contencioso Administrativo, en cuyo inciso primero se fija como objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, tutelar las situaciones jurídicas de toda persona<sup>178</sup>. Tal tratamiento pone en evidencia la necesaria consideración y respectiva tutela de las situaciones jurídicas de las personas que hayan sido impactadas a partir de la configuración de una relación jurídica administrativa, sea, aquellos supuestos en

---

<sup>178</sup> En citado ordinal 1 inciso 1) del CPCA, fija la proyección preeminentemente subjetiva de la jurisdicción contencioso administrativa, como proyección de lo establecido en el artículo 49 párrafo tercero de la Constitución Política, al establecer: “*Artículo 1.- 1) La Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa.*”

los que la acción u omisión de una Administración Pública, en ejercicio de función administrativa, haya generado un efecto, actual o potencial en la esfera del administrado. Dentro de esa relación, surgen relaciones jurídicas de naturaleza positiva, entendidas como aquellas en virtud de las cuales se concede al administrado un derecho, facultad, expectativa o potestad. Ahora, en la medida en que ese conjunto normativo impone la tutela de las situaciones jurídicas de contenido positivo, resulta congruente que toda supresión de un acto administrativo que haya otorgado un efecto favorable al administrado, deba ser suprimido por esta misma senda, ya que, a la postre, constituye una alteración y afectación en ese marco subjetivo. Lo anterior hace que, desde el plano objetivo, no solamente los actos que concedan derechos subjetivos son los pasibles de ser analizados por ese mecanismo, sino en general, como derivación de esa tutela subjetiva, igualmente deben serlo todos aquellos que otorguen una situación de beneficio, indistintamente de si se trata de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.

De otro modo, si se limitara la aplicación de ese rigor solamente a los actos que concedan derechos subjetivos, con exclusión de cualquier otra categoría de manifestación favorable al administrado, se habilitaría a que la Administración desconozca, sin más ni más, en contradicción con la doctrina de irrevocabilidad de actos propios, actos en los cuales ha otorgado expectativas fundadas en base objetiva de ocurrencia. Veamos.

Bien puede pensarse en el caso de un concurso público en el cual una de las personas oferentes (Sujeto A) es calificada con una nota de 95, en aplicación de las condiciones cartelarias de valoración de plicas. Los sujetos B y C, participantes de ese concurso, no pasaron la fase de admisibilidad de plicas. En tal escenario, es evidente que el sujeto A no cuenta con un derecho subjetivo a la adjudicación en el procedimiento, cuando sí con una expectativa fundada en una base objetiva,

o bien, en el denominado interés legítimo reforzado.<sup>179</sup> En definitiva, la Administración, de previo al acto adjudicatorio aduce que esa evaluación del sujeto A es incorrecta y que su propuesta es inadmisibles, producto de lo cual, declara el concurso como infructuoso y opta por una nueva contratación.

Frente a ese caso, es notorio que la Administración licitante desconoció sin procedimiento alguno, un acto suyo, previo, que generó un interés legítimo en el sujeto A, y cuya supresión, de manera oficiosa, produjo una alteración severa en esa esfera jurídica.

De ahí que para los efectos de ponderar el contenido de los actos que han de ser suprimidos por esta vía, es menester considerar que se refiere a los actos de contenido favorable en general, no solamente limitados al otorgamiento de un derecho subjetivo, lo que ha de ser determinado a partir del contenido oponible de la situación jurídica, así como de la exigibilidad de comportamiento del tercero frente a quien se pretende imponer el acto. De ostentar ambas condiciones, se estará frente a un derecho subjetivo; en cambio, cuando se trate de una mera expectativa de conducta de tercero de contenido potencialmente favorable, se estará frente a un interés legítimo. La definición de contenido favorable bien puede ser ponderada por la respectiva autoridad judicial frente a la pretensión anulatoria.

#### D. Nulidad absoluta, evidente y manifiesta.

El mecanismo de anulación que se desarrolla en el precepto bajo examen no se encuentra previsto para cualquier defecto de la conducta administrativa, siendo que se encuentra limitado a un grado intenso de patología. No basta que el acto sea

---

<sup>179</sup> La categoría de interés legítimo reforzado ha sido ya tratada en la doctrina nacional por el profesor Eduardo Ortiz Ortiz y traída a colación por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 1332-2010, como base de reconocimiento de derechos indemnizatorios por afectación a ese tipo de interés. Por ser un tema de especial tratamiento en el capítulo relativo a la lesividad, será abordado en ese aparte.

disconforme con el Ordenamiento Jurídico, pues esa disonancia puede darse en un grado relativo o absoluto. Tampoco es suficiente que la invalidez sea de grado absoluto, modos de invalidez que serán desarrolladas adelante con mayor precisión en el abordaje de la lesividad. La nulidad que da cabida a este mecanismo ha de ser además de absoluta, evidente y manifiesta.

Sobre la diferencia entre la nulidad de grado absoluto y relativo, los ordinales 166 y 167 de la LGAP fijan esa tipología sobre la base de dos aspectos medulares. Un primer criterio se sienta sobre la base de la concurrencia o no de los elementos constitutivos del acto. Así, señala el mandato 166 *ejusdem*, que la nulidad absoluta se produce frente a la ausencia total o definitiva de uno de los elementos constitutivos del acto, sean estos de orden formal, o bien material objetivos o subjetivos. Por su parte, se considera la invalidez de orden relativo la imperfección de uno de los elementos constitutivos del acto. En ese ámbito, es la concurrencia o no de los elementos del acto, estructuralmente considerado, el criterio a partir del cual se fija el tipo de nulidad. Si la legalidad impone la atención de los elementos que las normas imponen al ejercicio de la conducta administrativa, la inexistencia de algún elemento tipifica la nulidad absoluta, y la imperfección de aquellos, la nulidad absoluta.

Empero, como segundo criterio, el ordinal 167 señalado plasma la tutela del elementos finalista o teleológico de la conducta administrativa como pauta delimitadora de la nulidad. Lo anterior ya que precisa que, si bien la imperfección estructural lleva a la patología relativa, cuando esa deficiencia impida la realización del fin público, la nulidad será de orden absoluto.

Así visto, y en orden a lo señalado en el canon 158 de la LGAP, la invalidez se produce por la disconformidad sustancial con el Ordenamiento Jurídico, norma a partir de la cual se desprende que incluso en la ausencia de uno de los elementos del acto, es la proyección de esa sustancialidad patológica la que produce la intensidad del vicio, en orden a su necesidad de supresión. Tal sustancialidad dice del quebranto relevante a la legalidad administrativa, de suerte que no cabría la

nulidad como fin en sí mismo, sino solamente es anulable la conducta que produzca afectaciones severas en las esferas jurídicas destinatarias o bien, cuando conceda derechos subjetivos o intereses legítimos, en detrimento del interés público. Sobre tal tema se volverá adelante.

Al tenor de esa precisión, el mecanismo de marras se compone como una herramienta que le permite a la Administración Pública la eliminación de una conducta suya, propia, en la que concurre una ilegitimidad estructural o de finalidad. Sin embargo, esa falencia ha de ser, además, de grado evidente y manifiesta, lo que implica, se desprenda con alguna facilidad deductiva de la verificación superficial del contenido del acto.

En cuanto a esta condición, en el dictamen C-146-2014 de 12 de mayo de 2014, la PGR expuso:

*“Así las cosas, la posibilidad de que la Administración anule sus propios actos declarativos de derechos, ha quedado circunscrita a supuestos excepcionales, sea aquellos donde la ausencia de uno o varios de los elementos del acto administrativo sea perceptible aún para una persona sin conocimiento en Derecho Esto por supuesto excluye todas aquellas situaciones donde, a pesar de la concurrencia de un vicio de nulidad absoluta, este no resulta perceptible en forma patente, y se requiere por tanto alguna labor de interpretación jurídica para determinarlo. Este criterio fue expuesto con contundencia en el Manual de Procedimiento Administrativo, elaborado por este Órgano Superior Consultivo, en el cual se indicó:*

*“Y en tal sentido, con el fin de no caer en repeticiones innecesarias, debemos indicar que hemos hecho nuestro el criterio expresado por el Tribunal Supremo español, en sentencia de 26 de enero de 1961, en el sentido de que la ilegalidad manifiesta es aquella “--- declarada y patente, de suerte que se descubra por la mera confrontación del acto administrativo con la norma legal, sin necesidad de acudir a interpretación o exégesis”. (Arguedas Chen Apuy y otros. Manual de Procedimiento Administrativo. Procuraduría General. 2007. P. 197)*

*Asimismo, cabe citar lo señalado en el dictamen C-140-2010 de 15 de julio de 2010 – reiterado por los dictámenes C-170-2012 de 5 de julio de 2012 y C-116-2014 de 4 de abril de 2014- :*

*“Conviene indicar que el artículo 173 LGAP ha adoptado, entonces, la denominada Teoría de la Evidencia. De acuerdo con esta teoría, los supuestos de nulidad de pleno derecho, declarables por la propia Administración, deben limitarse a aquellos supuestos en los que un ciudadano medio, con conocimiento de todas las circunstancias del caso concreto, puede apreciar la gravedad de la infracción de que adolece el acto. (Al respecto, GARCIA LUENGO, JAVIER. Los supuestos de nulidad de pleno derecho al margen de la Ley de Procedimiento Común. En Revista de Derecho Administrativo. N.º 159. 2002.)*

*A modo de referencia, cabe advertir que la teoría de la evidencia ha sido receptada también por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya jurisprudencia la ha formulado en los siguientes términos: la nulidad de pleno derecho es aquella cuyo vicio es especialmente grave y evidente. (Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de junio de 2000 y 22 de marzo de 2001)*

*No está demás señalar que el carácter manifiesto del vicio es precisamente el fundamento para que se permita a la Administración ostentar la potestad extraordinaria de anular un acto declaratorio de derechos. ORTIZ ORTIZ lo explica al indicar que en el supuesto de una nulidad evidente y manifiesta, el administrado no tiene derecho a que se proteja la seguridad y confianza de su situación jurídica. Al respecto, conviene transcribir las explicaciones que el mismo ORTIZ ORTIZ expuso ante la Comisión Legislativa que dictaminó la actual Ley General de la Administración Pública:*

*“El juicio de lesividad es una protección a la seguridad jurídica del administrado en el sentido de que, si él tiene un derecho derivado de un acto administrativo, puede tener la confianza de que no le será suprimido sin un juicio con todas las garantías de un proceso judicial. Pero se dice y la Comisión creyó que con razón, y esto empezó a decirse en España, no en Costa Rica, que cuando la nulidad del acto es absoluta, evidente, clara, el administrado no tiene derecho a esa seguridad, pues está refiriendo un derecho en condiciones que obviamente no pueden garantizarse, porque él mismo sabe que el acto que se está realizando es absolutamente nulo y en*



*consecuencia, no tiene una expectativa bien fundada en poder mantener el derecho.”(Expediente Legislativo N.º A23e5452 Acta de la Comisión de Gobierno y Administración N.º 103 de 2 de abril de 1970)*

*La Doctrina Alemana lo explica también al señalar que un acto administrativo en el que faltan perceptiblemente todos los supuestos legales para su conformación, debe ser anulado de oficio por la propia Administración. Esto porque un acto así dictado no goza de la protección jurídica que dispensa el principio de confianza legítima. (Ver FORSTHOFF, ERNST. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958, P. 516)”*

Sobre la condición de nulidad evidente y manifiesta, como exigencia *sine qua non* para la supresión por la vía del artículo 173 de la LGAP, en el voto 2008-006555 de las 16 horas 07 minutos del 22 de abril del 2008, la Sala Constitucional ha señalado que al tenor de ese mandato, *un ente u órgano público bien puede anular en vía administrativa un acto declaratorio de derechos para el administrado pero lesivo para los intereses públicos o patrimoniales de la primera, sin necesidad de recurrir al proceso contencioso administrativo de lesividad, cuando el mismo esté viciado de una nulidad absoluta evidente y manifiesta. Esa Sala destacó que la Ley General de la Administración Pública califica las nulidades absolutas, siendo algunas de ellas no aparentes y otras evidentes y manifiestas, en las que es necesario o prescindible el análisis profundo y experto del juez contencioso-administrativo, como garantía del principio de intangibilidad expuesto.*<sup>180</sup>

---

180 La Sala precisó sobre los requisitos de esa declaratoria en el siguiente sentido:

*“ V.- La Administración Pública respectiva -autora del acto que se pretende anular o revisar-, de previo a la declaratoria de nulidad, debe abrir un procedimiento administrativo ordinario en el que se deben observar los principios y las garantías del debido proceso y de la defensa (artículo 173, párrafo 3º, de la Ley General de la Administración Pública), la justificación de observar ese procedimiento está en que el acto final puede suprimir un derecho subjetivo del administrado (artículo 308 ibidem). Durante la sustanciación del procedimiento ordinario, resulta indispensable recabar el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría siendo un acto de trámite sustancial del mismo. Tal y como se indicó supra, el dictamen debe*

En esa misma línea, en el voto 2007-000693 confirmó:

**“V.- LA NULIDAD EVIDENTE Y MANIFIESTA COMO PRESUPUESTO QUE HABILITA A LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS PARA EJERCER SU POTESTAD DE ANULACIÓN OFICIOSA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES PARA EL ADMINISTRADO.** No cualquier grado de invalidez o nulidad autoriza a un ente u órgano público para decretar la anulación oficiosa de un acto administrativo declaratorio de derechos para un administrado, dado que, el ordenamiento jurídico administrativo exige que concurren ciertas características o connotaciones específicas y agravadas que la califiquen. La nulidad que justifica la revisión de oficio debe tener tal trascendencia y magnitud que debe ser, a tenor de lo establecido en el numeral 173, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, “evidente y manifiesta”. Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o lógico de verificación para descubrirlo, precisamente, por su índole grosera y grave. En tal sentido, basta confrontar el acto administrativo con la norma legal o reglamentaria que le dan cobertura para arribar a tal conclusión, sin necesidad de hermenéutica o exégesis ninguna. Es menester agregar que el numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública no crea una suerte de bipartición de las nulidades absolutas, siendo algunas de ellas simples y otras evidentes y manifiestas, sino lo que trata de propiciar es que en el supuesto de las segundas sea innecesario o prescindible el análisis profundo y experto del juez contencioso-administrativo para facilitar su revisión en vía administrativa.”

---

*pronunciarse, expresamente, sobre el carácter absoluto, manifiesto y evidente de la nulidad (artículo 173, párrafo 4°, de la Ley General de la Administración Pública). Si el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría Generales de la República es desfavorable, en el sentido que la nulidad absoluta del acto administrativo no es evidente y manifiesta, la respectiva Administración Pública se verá impedida, legalmente, para anular el acto en vía administrativa y tendrá que acudir, irremisiblemente, al proceso ordinario contencioso administrativo de lesividad. El dictamen de los dos órganos consultivos citados es vinculante para la Administración respectiva en cuanto al carácter evidente y manifiesto de la nulidad.”*

Tal y como lo ha señalado la Procuraduría General de la República, entre muchos, en el dictamen C-233-2019 del 19 de agosto del 2019, el mismo legislador impuso la exigencia de requerir y obtener de parte de ese órgano asesor técnico jurídico, un dictamen que habilite la supresión por la vía del ordinal 173 de la LGAP. En dicho dictamen señaló que la razón primordial para limitar la posibilidad de que la Administración anule por sí misma los actos suyos declarativos de derechos se fundamenta en motivos de seguridad jurídica, por cuanto el administrado debe tener certeza de que los actos administrativos que le confieren derechos subjetivos no van a ser modificados ni dejados sin efecto arbitrariamente por la Administración. Por tal motivo, y siendo una excepcionalidad al principio de intangibilidad de los actos propios de contenido favorable, la Administración puede anular en vía administrativa un acto suyo declarativo de derechos, siempre que aquél presente una nulidad que además de absoluta, sea evidente y manifiesta. Ergo, no es toda nulidad la que da paso a este medio de supresión, sino solamente aquella que sea clara, palmaria, notoria, ostensible e indubitable. En ese sentido pueden verse los dictámenes C-200-83 del 21 de junio de 1983; C-062-88 del 4 de abril de 1988; C-165-93 del 10 de diciembre de 1993; C-012-1999 del 12 de enero de 1999; C-183-2004 del 8 de junio de 2004; C-346-2009 del 17 de diciembre de 2009; C-025-2011 del 7 de febrero de 2011; C-013-2013 del 30 de enero de 2013; C-010-2015 del 3 de febrero de 2015, el C-033-2017 del 16 de febrero de 2017, el C-056-2018 del 02 de abril de 2018 y el C-187-2019 del 05 de julio de 2019, entre muchos.

Como derivación de lo expuesto, resulta notorio que la definición de si concurre o no la patología absoluta, evidente y manifiesta, corresponde a la citada instancia asesora. Si bien es la Administración que ha emitido la conducta que desea suprimir la que debe instruir el debido procedimiento administrativo para esos efectos (tema a abordar infra), como paso previo a adoptar el acto final de ese trámite, es imperativo que remita los autos a la Procuraduría de referencia, instancia competente para disponer, mediante dictamen obligatorio y vinculante, la existencia de esas condiciones de patología en el acto. Es decir que, sin tal anuencia previa o autorización, no podría decretarse esa nulidad por este mecanismo analizado.

Precisamente, como garantía para evitar eventuales arbitrariedades o abusos en el ejercicio de la potestad bajo examen, es que el legislador impuso dicho filtro de ponderación en la sede aludida. De ahí que sobre esa condición aquella instancia ha señalado:

*“Así las cosas, la intervención en estos casos de la Procuraduría (o de la Contraloría según corresponda) cumple una doble función, que consiste, por una parte, en corroborar que el procedimiento administrativo previo haya respetado el debido proceso y el derecho de defensa del administrado; y, por otra, en acreditar que la nulidad que se pretende declarar posea, efectivamente, las características de absoluta, evidente y manifiesta. Se trata de un criterio externo a la Administración activa, que tiende a dar certeza a ésta última y al administrado, sobre el ajuste a derecho del ejercicio de la potestad de autotutela administrativa.”*<sup>181</sup>

De lo expuesto se desprende entonces que la nulidad ha de ser fácilmente constatable, identificable y desprendible del mismo acto, de modo que si pese a ostentar una nulidad de grado absoluto, tal conclusión solamente es posible a partir de un examen a fondo de la legitimidad del acto, su anulación no puede decretarse por este medio instrumental, siendo de rigor acudir al proceso de lesividad previsto en el canon 34 del CPCA.

Caso *sui generis* se produce en cuanto a los actos denominados “certificados de uso de suelo”, los que constituyen un acto emitido por las autoridades municipales dentro del ámbito del derecho urbanísticos, en los cuales, se expresa el conjunto de usos posibles que son atinentes a un espacio geográfico específico, en orden a la delimitación que ha realizado, a priori, el Plan Regulador. Se trata de un instrumento regulado en el ordinal 28 y siguientes de la Ley de Planificación Urbana, No. 4020 del 15 de noviembre de 1968 y que, se insiste, permite el cotejo

---

<sup>181</sup> Así expresado en el dictamen C-233-2019 del 19 de agosto del 2019 de la Procuraduría General de la República.

de los usos permitidos en un inmueble, acorde a los diversos instrumentos de programación edilicia en el campo urbanístico.

La postura dominante se decante hacia el reconocimiento de efectos favorables de este tipo de instrumentos, por lo que, la Sala Constitucional ha establecido que su supresión debe reconducirse por los medios de los esquemas procedimentales que permitan tutelar la garantía constitucional de intangibilidad de actos propios. Esta postura ha sido plasmada, entre muchos, en los votos 2016-015501, 2006-005832, 2010-12815, y 2010-4161. Empero, en una decisión relativamente reciente, en la que se debatía la primacía de un certificado de uso de suelo frente a elementos que introdujeron determinación de existencia de recurso hídrico, la Sala Constitucional si bien reconoció el deber de las Administraciones Públicas de suprimir actos de contenido favorable bajo ese esquema de garantías procedimentales, reconoció una dispensa en esta vicisitud. Sobre ese particular, en la sentencia No. 9665-2017 del 23 de junio del 2017 señaló:

*“...los certificados de uso de suelo son un acto administrativo que nace del ejercicio de la potestad normativa del ente corporativo, que afecta directamente la esfera jurídica del administrado –favorable y desfavorablemente a la vez-; y que genera efectos jurídicos independientes. Ello por cuanto su contenido beneficia al administrado y a la vez le establece limitaciones, es decir, le otorga el derecho a destinar el bien conforme al uso de suelo establecido en la reglamentación una vez obtenidos los respectivos permisos y a la vez limita el ejercicio de los atributos del derecho propiedad, en aplicación de las regulaciones urbanísticas y el régimen ambiental vigente. Al ser actos favorables, se encuentran cubiertos por el principio de intangibilidad de los actos propios, por lo que su anulación o revisión implica la observación de los requisitos formales y sustanciales establecidos al efecto en el ordinal 173 de la Ley General de la Administración Pública (véanse, entre otros los Votos 2016-015501, 2006-005832, 2010-12815, y 2010-4161).\_No obstante, lo anterior, cuando hay un hecho sobreviniente donde técnicamente se demuestre que pueda existir una afectación al recurso hídrico, en este supuesto deberá dársele primacía a la protección a este recurso y, por consiguiente, la autorización de uso de suelo deberá ajustarse a ese hecho, sin necesidad de que la Administración deba recurrir a lo*

*dispuesto en el numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública”.*

#### **4.5. Elemento procedimental**

##### *a. Apertura del procedimiento. Tipología.*

Como derivación del contenido del principio de intangibilidad de actos propios, la misma normativa aplicable señala la necesidad de que la nulidad bajo examen se ventile dentro de un procedimiento administrativo ordinario, dentro del cual, el administrado destinatario del acto de contenido favorable, que pretenda ser anulado, puede ejercer su derecho de defensa, bien para establecer la validez de esa conducta y por ende mantener su vigencia, o para requerir la tutela de sus derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas.

La misma ley impone la necesidad de satisfacer el debido proceso y el derecho de audiencia como presupuestos de legitimidad de la declaratoria de invalidez. Este procedimiento se constituye en una exigencia legalmente impuesta para la legitimidad de esta declaratoria de nulidad, al punto que el mismo precepto 173 en su inciso 5) establece la respectiva nulidad absoluta de la anulación administrativa que prescinda de esas formalidades, a la vez que impone el pago de los daños y perjuicios eventualmente ocasionados por ese proceder ilegítimo, pago de costas y potenciales responsabilidades personales del agente público que desatienda tal rigor.

Sobre la relevancia de ese elemento procedimental de garantía, la Sala Constitucional ha señalado:

**“V.- LA NECESIDAD DE INCOAR UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORDINARIO PARA LA REVISIÓN O ANULACIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES PARA EL ADMINISTRADO.** *La administración pública respectiva — autora del acto que se pretende anular o revisar—, de previo a la declaratoria de nulidad, debe abrir un procedimiento administrativo ordinario en el que se deben observar los principios y las garantías del*

*debido proceso y de la defensa (artículo 173, párrafo 3°, de la Ley General de la Administración Pública), la justificación de observar ese procedimiento está en que el acto final puede suprimir un derecho subjetivo del administrado (artículo 308 ibidem). Durante la sustanciación del procedimiento ordinario, resulta indispensable recabar el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría siendo un acto de trámite del mismo. Tal y como se indicó supra, el dictamen debe pronunciarse, expresamente, sobre el carácter absoluto, manifiesto y evidente de la nulidad (artículo 173, párrafo 4°, de la Ley General de la Administración Pública). Si el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría Generales de la República es desfavorable, en el sentido que la nulidad absoluta del acto administrativo no es evidente y manifiesta, la respectiva administración pública se verá impedida, legalmente, para anular el acto en vía administrativa y tendrá que acudir, irremisiblemente, al proceso ordinario contencioso administrativo de lesividad. El dictamen de los dos órganos consultivos citados es vinculante para la administración respectiva en cuanto al carácter evidente y manifiesto de la nulidad. Sobre este punto, el artículo 183, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública preceptúa que “Fuera de los casos previstos en el artículo 173, la administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos a favor del administrado y para obtener su eliminación deberá recurrir al contencioso de lesividad previsto en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”.*

En dicho fallo, la Sala puso de manifiesto que la inobservancia de esos requisitos procedimentales lleva a la nulidad absoluta de esa declaratoria.<sup>182</sup>

---

182 Sobre esa consecuencia expresó: **“VI.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INOBSERVANCIA DE LOS RECAUDOS FORMALES Y SUSTANCIALES DEL ORDINAL 173 DE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** *La revisión oficiosa o anulación con quebranto de los requisitos legales referidos en los considerandos precedentes “sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser la nulidad absoluta evidente y manifiesta” (v. gr. que el dictamen sea desfavorable, que no se recabó el dictamen o que no se abrió un procedimiento administrativo ordinario) es absolutamente nula y hace responsable por los daños y perjuicios provocados tanto a la administración pública como al funcionario (artículo 173, párrafo 6°, ibidem)”*

Así lo dispuso en el voto No. 2007-000693, citado por la sentencia No. 2011-003308 de las 08 horas 35 minutos del 18 de marzo del 2011.<sup>183</sup>

Por ende, el elemento procedimental no es uno que pueda ser subsanado *a posteriori*, o al que pueda catalogarse como un defecto que no produce nulidad sustancial. Se reitera su trascendencia en términos de tutela del debido proceso ya que, a fin de cuentas, se trata de un mecanismo que tiene por objeto la supresión de un derecho subjetivo o condición favorable que se ha incorporado en la esfera jurídica de la persona como consecuencia de un acto administrativo que le ha producido ese beneficio. De ahí que la máxima de debido proceso es elemental para justificar que la propia Administración disponga la supresión de un acto suyo que presenta esas peculiaridades.

Este elemento, por ende, es fundamental para tutelar la situación jurídica del administrado que ha sido destinatario de una conducta de contenido favorable y que la misma Administración que lo ha dictado, busca su declaratoria de invalidez. Desde esa arista de análisis, busca concretar una doble finalidad: por un lado, constituirse como medio para que la Administración ajuste su comportamiento a legalidad buscando la supresión de un acto que estima ilegítimo; por otro, el resguardo de los derechos e intereses del administrado. Por ende, se impone esta modalidad ordinaria dado el efecto que pretende generar en la esfera jurídica del

---

183 En este último fallo ese alto Tribunal no solamente puso el énfasis apuntado en la relevancia del procedimiento administrativo como medio de garantía para establecer la concurrencia de los presupuestos sustanciales que dan cabida a este tipo de nulidad, sino que, ante la falencia de ese procedimiento en particular, dispuso la nulidad de la invalidez decretada. Concluyó de manera contundente: “...es ilegítimo el acto que ordenó suspender el referido concepto salarial a la tutelada, sin observar el debido proceso y el derecho de defensa, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala.”



destinatario, de conformidad con lo previsto en los mandatos 215.1 y 308.1 inciso a), ambos de la LGAP<sup>184</sup>.

Incluso, es pertinente resaltar y reiterar que el análisis que realiza la Procuraduría General de la República sobre esta modalidad, no se limita a las condiciones sustantivas de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, sino, además, a la conformidad del procedimiento administrativo utilizado, a fin de establecer si en esa dinámica ha ocurrido alguna deficiencia que impida acceder al dictamen favorable<sup>185</sup>.

---

184 En esa línea, el ordinal 214 inciso primero de la LGAP estatuye: “Artículo 214.- 1. El procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración; con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. (...)”. En armonía con esa finalidad, el precepto 308 de ese mismo cuerpo legal indica: “Artículo 308.- 1. El procedimiento que se establece en este Título será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos: a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y b) Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente.” Es innegable que las condiciones que esas normas imponen son atinentes a esta dinámica tratada y justifican la instrucción de un trámite ordinario, en el cual se tutele de manera plenaria los derechos de contradictorio y derecho de defensa del administrado.

185 Ver sobre ese aspecto el dictamen C-187-2019 en el cual, analizando una solicitud de la Corte Plena del Poder Judicial analizó la aplicación del principio de sustancialidad de nulidades. Señaló en lo conducente: “...En el asunto que nos ocupa, revisado que ha sido el procedimiento administrativo que sirvió de base a la solicitud que se nos plantea, no se advierte vicio sustancial alguno que pueda haber causado indefensión, o nulidad de lo actuado. / En ese sentido, debe advertirse que no todo vicio justifica declarar la nulidad de un procedimiento administrativo, sino solo aquellos que impidan o cambien la decisión final en aspectos importantes, o que generen indefensión, según lo dispuesto en el artículo 223 de la LGAP. (...)”.

El mismo numeral 173 inciso 3) de la LGAP fija las etapas mínimas de este procedimiento en cuanto señala:

*“3) Previo al acto final de anulación de los actos a que se refiere este artículo, la Administración deberá dar audiencia a las partes involucradas y cumplir con el debido procedimiento administrativo ordinario dispuesto en esta Ley.”*

La versión actual de esa norma si bien desde el plano gramatical es menos extensa que su predecesora<sup>186</sup>, son coincidentes en la necesidad de satisfacer el debido proceso administrativo, en cuanto impone la tramitación de un proceso ordinario, por las razones ya apuntadas.

La rigurosidad formal de este procedimiento supone, como contenido mínimo, el siguiente:

*a. Designación de un órgano director o instructor del procedimiento.*

Considerando que la declaratoria de este tipo de nulidad, según lo impone el mismo precepto 173.2 de la LGAP, compete y corresponde al órgano superior supremo de la jerarquía administrativa, es comprensible que por aplicación de criterios de eficiencia administrativa, la tramitación de las fases previas a la adopción de la decisión final, que permitan preparar el expediente para su correspondiente remisión a la Procuraduría General de la República o la Contraloría General de la República según corresponda. Cabe destacar que, en este punto, cuando la jerarquía suprema corresponda a un órgano colegiado, la designación de un órgano instructor del expediente no se encuentra restringida a la figura de la secretaria del órgano. En ese sentido, si bien el numeral 90 inciso e) de la LGAP expone como límite de la delegación que: “e) *El órgano colegiado no podrá delegar sus funciones,*

---

<sup>186</sup> La versión previa a la reforma introducida por el artículo 200 del CPCA, en cuanto al inciso 3) señalaba: “*Antes de anular los actos referidos en este artículo, el acto final debe estar precedido por un procedimiento administrativo ordinario, en el que se hayan observado los principios y las garantías del debido proceso y se haya brindado audiencia a todas las partes involucradas.*”

*sino únicamente la instrucción de las mismas, en el Secretario.”*, no se estaría frente a la delegación de una función que corresponda a ese órgano supremo. En rigor, la instrucción a la que hace referencia ese numeral debe entenderse en la preparación formal para que el órgano colegiado pueda ejercer su competencia. Empero, esa preparación no puede extenderse a las labores de instrucción de procedimientos administrativos, que constituyen trámites que generan insumos sustantivos para que ese tipo de colegios jerárquicos, adopten los actos finales. Desde ese plano, bien podría el órgano colegiado delegar en el secretario el requerimiento de informes a instancias asesoras jurídicas o técnicas, pero tal competencia no debe confundirse con las funciones de los órganos directores, de orden sustantivo. De otro modo, ninguna lógica de eficiencia tendría la existencia de instancias especializadas a lo interno de la Administración para esas lides, ante la evidente e innegable imposibilidad material de una secretaría ejecutiva, cuyas competencias son definidas en el artículo 50 de la LGAP<sup>187</sup>, todas, de orden formal de apoyo administrativo, que no de cuestiones sustantivas propias de un procedimiento administrativo.

Así, ese órgano será designado por el órgano máximo supremo de jerarquía y será el encargado de instruir la causa y de celebrar la audiencia oral y privada. El mandato 227 de la LGAP le confiere la potestad de resolver todas las cuestiones previas surgidas durante el curso del procedimiento, en tanto que la dirección de la

---

187 Indica ese precepto: *“Los órganos colegiados nombrarán un Secretario, quien tendrá las siguientes facultades y atribuciones: a) Levantar las actas de las sesiones del órgano; b) Comunicar las resoluciones del órgano, cuando ello no corresponda al Presidente; y c) Las demás que le asignen la ley o los reglamentos.”* Como se observa, sus competencias son de mero apoyo formal, más no de orden sustantivo de tramitación de procedimientos que exijan evacuación de pruebas y demás cuestiones propias de ese tipo de causas. Ergo, la interpretación de esa limitación en la delegación no debe entenderse comprensiva de las tareas de los órganos directores, cuya función debe ajustarse a la máxima de eficiencia administrativa como pautas impuestas por los cánones 4 y 10 de la LGAP.

comparecencia oral encuentra sustento en la letra del canon 314.1 de esa misma ley.

*b. Traslado de razones que dan cabida a la eventual nulidad del acto.*

Corresponde al órgano director conferir formal traslado al administrado titular de la situación jurídica beneficiada y cuyo contenido pretende alterarse mediante la supresión del derecho o interés que la misma Administración le ha conferido. La efectividad del ejercicio del derecho de defensa requiere de la debida puesta en conocimiento al administrado de las razones concretas, puntuales y detalladas sobre las cuales la Administración estima que se ha producido la nulidad absoluta, evidente y manifiesta.

La mención de estas razones o vicios, permiten que el administrado pueda realizar sus alegaciones de descargo y de ser el caso, preparar las probanzas que pretendan rebatir o refutar las consideraciones que a priori, sustentan la decisión de disponer la apertura de este tipo de trámite. De igual manera, le permite aportar al expediente las alegaciones y consideraciones probatorias en orden a requerir eventuales reparaciones amparadas en el régimen de responsabilidad administrativa regulada en los ordinales 190 al 213 de la LGAP.

En este punto, como se verá, el ejercicio de la potestad de supresión bajo examen se encuentra limitada por factores de temporalidad, pero abierta en los casos de nulidad absoluta de efecto continuado, por lo que, siendo que en estas cuestiones la nulidad se dispone con efecto prospectivo, ese puede ser un tema de obligatorio análisis en esas causas.

De igual manera, es menester que dicho traslado cumpla con las demás exigencias de tutela del debido proceso, como es el caso de la puesta a disposición del expediente administrativo, citación a la comparecencia oral y privada, debidamente

notificada dentro de los 15 días hábiles previos a su celebración<sup>188</sup>, indicación de los derechos y facultades dentro de la causa, recursos procedentes, requerimiento de medio o lugar para notificaciones y demás advertencias legales.

c. Audiencia oral.

El artículo 218 de la LGAP establece el derecho de los administrados que sean parte de un procedimiento, a tener una audiencia oral y privada con la Administración. Esto viene reafirmado dentro de la estructura fundamental del procedimiento ordinario, el que, según lo plasma el mandato 309 ejusdem, se tramitará mediante una comparecencia oral y privada, en la cual, debe recibirse toda la prueba y alegatos de las partes. Como se ha dicho, dicha fase debe ser llevada a cabo por el órgano director, según se desprende del canon 314.1 ibidem.

Cabe destacar que dentro de esa audiencia el administrado cuenta con los derechos que plasma el ordinal 317 de esa fuente legal que estatuye:

*“Artículo 317.- 1. La parte tendrá el derecho y la carga en la comparecencia de:*

- a) Ofrecer su prueba;*
- b) Obtener su admisión y trámite cuando sea pertinente y relevante;*
- c) Pedir confesión a la contraparte o testimonio a la Administración, preguntar y repreguntar a testigos y peritos, suyos o de la contraparte;*
- d) Aclarar, ampliar o reformar su petición o defensa inicial; e) Proponer alternativas y sus pruebas; y*
- f) Formular conclusiones de hecho y de derecho en cuanto a la prueba y resultados de la comparecencia.*

*2. Lo anterior deberá hacerse verbalmente y bajo la sanción de caducidad del derecho para hacerlo si se omite en la comparecencia.*

---

<sup>188</sup> En ese sentido el canon 311 de la LGAP señala: *“La citación a la comparecencia oral deberá hacerse con quince días de anticipación.”*

*3. Los alegatos podrán presentarse por escrito después de la comparecencia únicamente cuando no hubiere sido posible hacerlo en la misma.”*

Aspecto relevante es que de conformidad con el precepto 315 de la LGAP, la ausencia injustificada del administrado no impedirá la celebración de la audiencia, aún y cuando es claro que tal indolencia no supone, en modo alguno, la aceptación, si quiera ficta de la existencia de la nulidad intimada.

Cabe señalar que el objeto fundamental de esa audiencia es la tutela del derecho de contradictorio del administrado en cuanto a la legitimidad de su situación jurídica, así como el análisis de las cuestiones relacionadas a las razones por las cuales la Administración Pública estima que se ha producido la nulidad en cuestión. No podrían ser objeto de este trámite aspectos ajenos al tema central y único de esa patología, aún y cuando se refirieren a derivaciones de esa invalidez, como podría ser el caso de eventuales responsabilidades disciplinarias de los funcionarios suscribientes del acto ilegítimo. Ese tipo de extremos ha de ser analizado en causa separada, una vez culminado el trámite previsto en el canon 173 de la LGAP.

*d. Criterio jurídico y remisión del expediente a la PGR.*

Una vez culminada la fase de comparecencia oral, la instancia interna competente debe rendir un dictamen jurídico y técnico, en el cual, se expongan las razones de orden jurídico sobre las cuales se sustenta la postura de la Administración Pública. Este análisis hace las veces de elemento motivacional de la remisión del expediente de parte del jerarca supremo a las instancias de control de este tipo de trámites, sea, la PGR o la CGR, según corresponda.

Por ende, emitido ese dictamen, el jerarca supremo debe emitir acto en el cual requiera a esas instancias el dictamen obligatorio y vinculante, de previo a la adopción del acto final. Otro aspecto a considerar en esta etapa del procedimiento, es que la Administración requirente, debe remitir a la Procuraduría General de la

República el expediente administrativo del respectivo procedimiento ordinario. Esta pieza resulta fundamental para la emisión de ese dictamen obligatorio y vinculante, por cuanto el papel de esa instancia asesora no se limita únicamente a determinar la concurrencia de una patología de grado absoluto, evidente y manifiesta, sino que, además, verifica la satisfacción de los elementos formales que impone el artículo 173 de la LGAP para impregnar de validez esa eventual declaratoria.

Sin dicho legajo, ese contraste y cotejo no puede realizarse de manera adecuada, con lo cual, la remisión del caso sin ese ritualismo, dice de una patología en la tramitación de la causa, luego, causal inequívoca de inadmisibilidad de esa solicitud interna.<sup>189</sup>

En ese sentido, el mismo canon 173 aludido precisa los casos en que, de manera excepcional, la remisión del expediente debe realizarse a la CGR, siendo que, en la generalidad de los supuestos, la competencia para la emisión del dictamen autorizador en este mecanismo, corresponde a la PGR. Así, cuando el acto a anular se relacione con materia presupuestaria o propias del régimen de la contratación administrativa, se impone la competencia específica de la CGR.

e. Dictamen de órganos externos.

De previo a la adopción de la decisión final, sea la PGR o bien la CGR, en los casos recién mencionados, debe analizar la concurrencia, en cada caso concreto, de los diversos presupuestos que dan cabida a la procedencia del mecanismo previsto en el ordinal 173 de la LGAP. Como se ha señalado, el análisis que rinde cada una de estas instancias en orden a las competencias que le son propias, supone no

---

<sup>189</sup> Así lo expuso en el dictamen C-233 del 19 de agosto del 2019, en el cual expresó en cuanto a ese aspecto: “*Ahora bien, en este caso se omite por parte de esa Administración remitir el respectivo expediente del procedimiento administrativo para determinar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta que se pretende, lo cual hace que su gestión deba ser rechazada de plano, por no cumplirse con este requisito fundamental.*”

solamente la revisión de los aspectos formales de este tipo de trámite, sino, además, las cuestiones de orden sustancial. Desde ese plano, verifica que el trámite ha sido adoptado por la instancia competente, el seguimiento del trámite y garantías impuestas por el Ordenamiento Jurídico, la remisión del expediente administrativo completo y debido para ese contraste, el elemento temporal, así como los presupuestos de fondo relacionados al tipo de acto a suprimir y las consideraciones en torno a la existencia de la patología del grado y condiciones que exige este mecanismo.

La Sala Constitucional ha tenido la oportunidad de analizar la garantía que supone la remisión del expediente, de previo a la decisión final, a un órgano externo, para la verificación de existencia de nulidad de grado absoluto, con características de ser evidente y manifiesta. En el voto 2006-15828 del 31 de octubre del 2006, esa instancia puso de manifiesto la razón lógica y sustancial de la participación de la Procuraduría General de la República o de la Contraloría General de la República como instancias técnicas de control de legalidad, para definir la concurrencia o no de las condiciones que impone la LGAP para acudir al mecanismo de supresión oficiosa establecido por el canon 173 de la LGAP. Se insiste en la invalidez de grado absoluto de cualquier declaratoria por esa vía, frente a deficiencias en el trámite, dentro de estas, la falta de pronunciamiento afirmativo de la PGR o de la CGR según sea el caso.

Postura similar fue expresada en el voto No. 2010-001337 de las 15 horas 37 minutos del 26 de enero del 2010, de ese mismo alto Tribunal, en el cual, puso de manifiesto que la competencia de valorar la concurrencia o no de esos presupuestos sustanciales de evidencia y notoriedad del vicio, era ajena a la propia Administración, siendo que el legislador confirió esa valorar a instancias asesoras especializadas.<sup>190</sup>

---

<sup>190</sup> Sobre ese aspecto dispuso:



De lo anterior se desprende no solamente la competencia sustantiva de la Procuraduría General de la República o de la Contraloría General de la República, según sea el caso, para emitir dicho dictamen, sino, además, la naturaleza jurídica de esa valoración.

El numeral 303 de la LGAP establece como regla de principio que los dictámenes serán facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley. De igual manera, el ordinal 203 *ibidem* impone que esos análisis han de ser encargados normalmente

---

*“... La nulidad absoluta evidente y manifiesta debe ser dictaminada, previa y favorablemente, por la Procuraduría o la Contraloría Generales de la República —acto preparatorio del acto anulatorio final—. Le corresponderá a la Contraloría cuando la nulidad verse sobre actos administrativos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa (Hacienda Pública). Ese dictamen es indispensable, a tal punto que esta Sala en la sentencia #1563-91 de las 15 hrs. del 14 de agosto de 1991 estimó que “... Es evidente, entonces, que, a partir de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, la competencia de anular en sede administrativa solamente puede ser admitida si se cumple con el deber de allegar un criterio experto y externo al órgano que va a dictar el acto final.”. Se trata de un dictamen de carácter vinculante —del que no puede apartarse el órgano o ente consultante—, puesto que, el ordinal 2° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que es de acatamiento obligatorio, a través del cual se ejerce una suerte de control previo o preventivo de legalidad, en cuanto debe anteceder el acto final del procedimiento ordinario incoado para decretar la anulación oficiosa, que no riñe con ninguno de los grados de autonomía administrativa, por ser manifestación específica de la potestad de control inherente a la dirección intersubjetiva o tutela administrativa. Resulta lógico que tal dictamen debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la administración consultante, y sobre todo que constate, positivamente, la gravedad y entidad de los vicios que justifican el ejercicio de la potestad de revisión o anulación oficiosa. La Administración pública respectiva está inhibida por el ordenamiento infra constitucional de determinar cuándo hay una nulidad evidente y manifiesta, puesto que, ese extremo le está reservado al órgano técnico-jurídico y consultivo denominado Procuraduría General de la República, como órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia. En los supuestos en que el dictamen debe ser vertido por la Contraloría General de la República, también, tiene naturaleza vinculante en virtud de lo dispuesto en artículo 4°, párrafo in fine, de su Ley Orgánica #7428 del 7 de septiembre de 1994.”*

a los órganos expertos en el ramo que se trate.<sup>191</sup> Empero, en este caso bajo examen, es la misma ley la que en su ordinal 173 fija el carácter no solamente preceptivo, sino además vinculante de esas valoraciones expertas, que solamente podrán ser realizadas por aquellas instancias aludidas.

De esa manera, dicho dictamen favorable a la nulidad absoluta evidente y manifiesta, condiciona de manera directa la decisión final del trámite ordinario, de modo que la Administración no puede dictar decisión opuesta a la externada por esas instancias técnicas. Lo anterior aún y cuando contara con dictámenes internos de sus instancias especializadas, o bien, de otras instancias externas, que señalen criterio diverso. En la medida en que esos dictámenes son vinculantes, no hay forma legítima de resolver cosa diversa, so pena de nulidad de esa decisión final y la consiguiente responsabilidad de los servidores públicos que desatiendan dicha exigencia. Sobre este aspecto, el ordinal 136 inciso c) de la LGAP permite al órgano decisor apartarse de las recomendaciones vertidas por instancias de asesoramiento, a efectos de lo cual, es impostergable que motive de manera debida

---

<sup>191</sup> A partir de esa regulación, los dictámenes que constituyen actos internos o preparatorios de la decisión final, pueden encajar en la siguiente tipología: a. Facultativos, no vinculantes, los que constituyen la regla, salvo excepción expresa; b. Facultativos, vinculantes: de esta categoría participan las consultas de orden jurídico que las Administraciones Públicas pueden realizar a la Procuraduría General de la República, instancia que al emitir el dictamen, se constituye en un criterio de obligatorio acatamiento por parte de la Administración consultante; c. Obligatorios, no vinculantes: como es el caso de la consulta previa a la Asesoría Jurídica, para el agotamiento de la vía administrativa, requerimiento que impone el ordinal 356.1 de la LGAP, criterio que si bien es necesario, en modo alguno limita la decisión final, a reserva de que la decisión que se separe de esa propuesta sea debidamente motivada y d. Obligatorios, vinculantes: que son aquellos que no solamente han de ser requeridos como soporte precedente del acto final, sino que el contenido de este último supedita, orienta y vincula la decisión del titular de la competencia de decisión.

las razones por las cuales se aparte de esas sugerencias.<sup>192</sup> Sin embargo, dada la dinámica misma que establece el ordinal 173 de la LGAP, y atendiendo a lo señalado en cuanto a la especialidad y especificidad de la competencia de control de verificación de concurrencia o no del grado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta que descansa en la PGR o en la CGR, según sea el caso, parece innegable que el criterio de estas instancias no podría desconocerse. En ese plano, el párrafo in fine del inciso 1) del artículo bajo examen señala con toda claridad que, en cuanto a esos dictámenes aludidos: *“En ambos casos (se refiere a la competencia de la PGR o de la CGR), los dictámenes respectivos deberán pronunciarse expresamente sobre el carácter absoluto, evidente y manifiesto de la nulidad invocada.”*.

Esto permite reafirmar que la competencia para analizar y establecer ese grado patológico, descansa con exclusividad en dichas instancias.

Por ende, se reitera, la existencia de un criterio diverso, emitido por una instancia interna o incluso, de un análisis jurídico realizado por profesional externo contratado para esos efectos, no es criterio que legitime acudir a la referencia del artículo 136 inciso c) de la LGAP, y a partir de eso, apartarse del criterio de esas instancias de análisis. La vinculatoriedad de ese dictamen impide separarse de su criterio, siendo que la facultad que concede el citado inciso c) del precepto 136, opera únicamente cuando el contenido del dictamen sea no vinculante. De lo dicho deriva que la declaratoria de nulidad al socaire del mecanismo bajo examen, solamente es posible si la PGR ha emitido su criterio favorable. De otro modo, el artículo 173 inciso 5) de la LGAP sanciona con nulidad absoluta lo resuelto en ese trámite, con

---

<sup>192</sup> Señala el inciso c) del precepto 136 de la LGAP, como uno de los supuestos en que la motivación constituye un requisito necesario del acto: *“c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos”*.

la correspondiente responsabilidad por los daños y perjuicios que esa tramitación ilegítima hubiera ocasionado.

Cabe destacar que ese tratamiento no lesiona la autonomía de los entes públicos, en la medida en que la Procuraduría General de la República es el órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública y no solamente del Estado. Dado ese carácter, sus dictámenes y pronunciamientos son de acatamiento obligatorio. En términos generales, esa vinculatoriedad viene impuesta por los ordinales 1, 2, 3 inciso b) de su Ley Orgánica, No. 6815 del 27 de septiembre de 1982. De igual manera, la vinculatoriedad de ese dictamen en el trámite de los procedimientos del artículo 173 de la LGAP, viene impuesta por la misma literalidad de ese precepto, como garantía de neutralidad y objetividad, así como de rigor técnico en el análisis de la concurrencia o no de los presupuestos que dan cabida a esta modalidad. Lo mismo cabe destacar para los casos en que ese dictamen precedente deba ser emitido por la Contraloría General de la República.

Como dato adicional cabe señalar que esa preceptividad del contenido del dictamen es incluso aplicable al mismo Consejo de Gobierno, sin que en ese trámite en concreto se estime aplicable la dispensa de acatamiento de dictámenes que regula el numeral 6 de la Ley No. 6815.193 Lo anterior en virtud de que esa dispensa sería

---

193 Señala ese mandato en particular:

***“ARTÍCULO 6º.-DISPENSA EN EL ACATAMIENTO DE DICTÁMENES:***

*En asuntos excepcionales, en los que esté empeñado el interés público, el Consejo de Gobierno podrá dispensar de la obligatoriedad de los dictámenes emitidos por la Procuraduría, mediante resolución razonada que deberá publicarse en el diario oficial "La Gaceta". Cuando se trate de situaciones referentes a la seguridad pública y a las relaciones exteriores, la publicación previa no será requisito para ejecutar la resolución.*

*Como requisito previo, el órgano consultante deberá solicitar reconsideración a la Procuraduría dentro de los ocho días siguientes al recibo del dictamen, la cual habrá de ser resuelta por la mayoría de la Asamblea de Procuradores. Si la Procuraduría denegare la reconsideración, el órgano, dentro de los ocho días hábiles siguientes, podrá acudir ante el Consejo de Gobierno para efectos de la dispensa a que se refiere el párrafo anterior.”*

solamente aplicable a las consultas normales, más no al procedimiento especialmente regulado para la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta, evidente y manifiesta.

Vale reiterar que este dictamen ha de ser, sin excepción, previo a la emisión del acto final, es decir, una vez que se ha tramitado todo el procedimiento ordinario por parte del órgano de instrucción, es menester remitir el expediente completo y atinente al caso a la Procuraduría General de la República o a la CGR, según corresponda, para que, una vez emitido el dictamen afirmativo, se proceda al dictado del acto final.<sup>194</sup> Es claro que dada la excepcionalidad de este trámite desde el prisma de la certeza jurídica, no es un requisito eminentemente formal que pueda sanearse o convalidarse por la vía de lo regulado en los ordinales 187 y 188 de la LGAP.

Su ausencia de previo al dictado del acto final del procedimiento, producirá, a no dudarlo y sin más, la nulidad absoluta de esa eventual declaratoria de nulidad, con el deber de la Administración de tramitar nuevamente la totalidad del procedimiento. Incluso, la remisión del expediente a la Procuraduría una vez dictado el acto final, llevaría, sin duda alguna, a la denegatoria del trámite, por la desatención de las reglas de procedimiento que impone la misma ley y la definición de la naturaleza previa y autorizatoria de ese pronunciamiento, sin el cual, no puede emitirse el acto final según se desprende del canon 145 inciso 3) de la LGAP. Resta señalar la inoponibilidad jurídica de los efectos de ese trámite cuando se decrete la nulidad de su tramitación, lo que puede generar impactos y consecuencias relevantes en cuanto al elemento temporal.

Cuando el trámite sometido a conocimiento de la PGR o de la CGR no reúna los requisitos formales, v.gr., remisión del expediente administrativo, o quien dispone

---

194 Así lo ha fijado la Procuraduría General en el mencionado dictamen C-233 del 19 de agosto del 2019, en cuanto indicó que “**Ese dictamen debe solicitarse luego de tramitado todo el procedimiento administrativo por parte del órgano director y antes del dictado del acto final por parte del órgano decisor.**” El resaltado es del original

la apertura de la causa no es el titular de la competencia para esos efectos, o bien, el acto no es de los que dan cabida a esta herramienta, esas instancias pueden omitir el juicio valorativo en cuanto a los presupuestos sustanciales y devolver el expediente o consulta a la Administración requirente. En tal supuesto, si el motivo de devolución es eminentemente formal y es superable, corregidas esas falencias, bien puede disponerse, de nuevo, la remisión del caso para su valoración.

Empero, cuando el análisis de esos órganos se exprese en cuanto a la inexistencia de los presupuestos de fondo para declarar ese tipo de invalidez, la Administración Pública requirente cuenta con la opción de someter el debate sobre la validez del acto favorable, en sede jurisdiccional, mediante el proceso de lesividad, tal y como lo anticipa el inciso 1) del mencionado ordinal 173 de la LGAP.

Por otro lado, es necesario puntualizar que el dictamen que adopta la PGR y por paridad de razón, el que emite la CGR, no pueden ser sujetos de reconsideración por parte de la Administración requirente.

Si bien el ordinal 6 de la Ley Orgánica de la PGR estatuye la posibilidad de que las Administraciones consultantes soliciten reconsideración de los criterios de ese órgano asesor, parece claro que el dictamen a que refiere el ordinal 173 de la LGAP, configura una excepción a ese tratamiento. El mismo criterio de especialidad técnica que ha sustentado la inclusión de su participación en este tipo de trámites, justifica por demás que el contenido de su dictamen no solamente sea obligatorio y vinculante, sino, además, irrecurrible. En ese sentido, en el dictamen C-145-2014 del 12 de mayo del 2014, esa instancia asesora hizo referencia al dictamen C-103-2005 de 7 de marzo de 2005, en el que enfatizó que esos actos adoptados en el curso del trámite previsto por el mandato bajo estudio, no admiten la posibilidad de que la Administración consultante pueda solicitar, recibido el mismo, su reconsideración. En dicho dictamen precisó:

*“... La potestad de la Administración Pública de declarar administrativamente la nulidad de sus propios actos es de carácter excepcional. Ello significa que sólo procede en los supuestos que en*

*forma expresa señala el ordenamiento jurídico, para lo cual la Administración debe sujetarse a un procedimiento excepcional.*

*El artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública impone como requisito para la declaratoria de nulidad de un acto declaratorio de derechos el “dictamen favorable de la Procuraduría General de la República”. En ese sentido, se sujeta la potestad de la Administración al criterio de la Procuraduría General. Es decir, la Administración está obligada a contar con el criterio de un órgano externo, criterio que debe ser favorable y cuyo objeto es determinar si el acto cuya nulidad se pretende es efectivamente nulo. Pero, también determinar si la Administración ha cumplido con el procedimiento establecido para la declaratoria de nulidad. Un procedimiento que tiende no sólo a determinar la verdad real sino también a proteger los derechos del administrado a quien se dirige el acto.*

*La función consultiva de la Procuraduría en relación con el artículo 173 de mérito difiere de la ejercida normalmente con base en lo dispuesto en su Ley Orgánica. Ciertamente, en ambos supuestos normativos la Procuraduría debe emitir un criterio fundado en el ordenamiento jurídico. Empero, la Ley Orgánica de la Procuraduría parte del principio normal en materia de función consultiva: el dictamen es facultativo. Por consiguiente, la regla en nuestra Ley Orgánica es que la Administración es libre para determinar si consulta o no a la Procuraduría. Bajo ningún supuesto el dictamen de la Procuraduría es elemento del acto administrativo. Cabe recordar que la Procuraduría no emite dictámenes en relación con casos concretos, sino que su objeto es dictaminar interpretando la ley o situaciones jurídicas por vía general. Por el contrario, en tratándose del dictamen prescrito en el artículo 173 de mérito, la Administración está obligada a consultar: el dictamen es un elemento del procedimiento del acto administrativo.*

Por otro lado, dicho criterio definió que, en relación con la eficacia del dictamen, el principio es que este es vinculante en los términos dispuestos por el artículo 2 de la Ley Orgánica, naturaleza que igualmente asigna la LGAP para el trámite en cuestión. Aspecto importante es que la PGR precisó que, al requerir que el dictamen sea favorable en orden a la existencia de una nulidad absoluta, su dictamen determina el contenido del acto administrativo: la Administración no puede separarse del dictamen, por lo que sólo puede declarar la nulidad absoluta

evidente y manifiesta cuando el dictamen de la Procuraduría establezca que el acto declaratorio de derechos presenta vicios propios de esa nulidad. Lo que viene a reafirmar que se está en presencia de un dictamen de naturaleza diferente a la de los dictámenes emitidos con base en la Ley Orgánica.

Justamente a partir de esa diferencia de naturaleza procedimental, la PGR definió que, en el caso de la función consultiva facultativa, no atinente al trámite del ordinal 173 de la LGAP: *“...Precisamente por el carácter vinculante de los dictámenes, el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría establece un procedimiento especial a efecto de dispensar el acatamiento obligatorio. Dispensa que puede ser acordada por el Consejo de Gobierno fundándose en la valoración del interés público. Requisito previo para ello es que el órgano consultante solicite reconsideración a la Procuraduría dentro de los ocho días siguientes al recibo del dictamen, a efecto de que el punto jurídico sea resuelto por la Asamblea de Procuradores. En caso de que dicho órgano colegiado deniegue la reconsideración, la Administración consultante queda habilitada para pedir la dispensa por parte del Consejo de Gobierno. La reconsideración ha sido establecida como una formalidad sustancial de la dispensa del carácter vinculante.”*

195

Por contraste, en la especificidad de la declaratoria del artículo 173 de la LGAP, consideró que al ser ese dictamen una formalidad sustancial cuya omisión o irregularidad origina la nulidad absoluta de la anulación administrativa del acto declaratorio (párrafo 6 del artículo 173), ese dictamen no puede ser dispensado por el Consejo de Gobierno ya que lo opuesto sería admitir que un acto declaratorio de derechos puede ser anulado por motivos no de legalidad, sino de interés

---

195 En esa línea acotó que: *“... Al disponer el legislador en los términos indicados, parte de que la función consultiva no es un elemento del procedimiento del acto administrativo. La Administración, como se dijo, no está obligada a consultar para emitir un acto. La función consultiva en esos supuestos no es una formalidad sustancial del acto, cuya ausencia origine su invalidez.”*



público. Dispuso que una declaratoria de nulidad sin dicha exigencia, supondría la permisibilidad de anulación con desconocimiento absoluto de los derechos fundamentales reconocidos constitucional y legalmente. Por consiguiente, el artículo 6 de nuestra Ley Orgánica no resulta aplicable al dictamen del artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública.

Ese dictamen expone con claridad las razones mencionadas en cuanto a la preceptividad del dictamen, siendo entonces, un presupuesto de validez de la conducta final que se concreta en la declaratoria de nulidad. A su vez, pone realce en la vinculatoriedad de su contenido, con lo cual, su revisión por los medios de la petición de reconsideración, se encuentra vedada para los efectos de este tipo de mecanismos.

*f. Acto final e impugnación.*

Ahora bien, rendido el dictamen en el que se determine la concurrencia de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta, corresponde al órgano jerarca superior suprema de la Administración, realizar la declaratoria respectiva, mediante la adopción del acto final en el cual exprese, de manera motivada, las razones por las cuales se ha dispuesto la supresión del acto. Ello exige que esa conducta final indique los motivos de hecho y/o de derecho, según corresponda, que han dado base a esa decisión, las que necesariamente deberán armonizar con las sometidas a conocimiento de la parte y que fueron objeto de debate en el procedimiento, mismas que han de coincidir con las puestas a consideración de la PGR o de la CGR. De igual manera, las razones en que se sustenta el acto final han de ser las mismas que fueron señaladas en el respectivo dictamen de calificación realizado por aquellos órganos especializados. De otro modo, de aceptarse razones distintas, no solamente se adoptaría la nulidad sobre cuestiones no debatidas, sino en contradicción o exceso de la habilitación otorgada por esas instancias, provocando, a no dudarlo, la nulidad de ese acto final.

Dada la naturaleza de esa voluntad formal y considerando que ha de ser adoptado por el órgano de jerarquía máxima suprema, el mismo ordinal 173 en su inciso 2) postula que: “...*Contra lo resuelto, cabrá recurso de reposición o de reconsideración, en los términos del Código Procesal Contencioso-Administrativo.*” Sin embargo, pese a esa remisión, llama la atención que el CPCA no regula, dentro de su articulado la figura del recurso de reposición. Este yerro se magnifica si se considera que fue el mismo CPCA, Ley No. 8508, la fuente que, en su numeral 200, inciso 6), reformó el canon 173 de la LGAP, para dar su redacción actual. Es decir, la fuente que impone la procedencia del recurso de reposición contra esas decisiones del órgano supremo, y que crea la remisión a la regulación que contiene sobre esa figura, es omisa en cuanto al detalle de esa medida recursiva.

Ante ello, es menester precisar que, el recurso de reposición procede frente a los actos finales emitidos directamente por el jerarca administrativo. Este recurso, se encontraba tratado y previsto dentro del anterior régimen contencioso administrativo, concretamente en los artículos 31, 32, 33 y 87 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Tales preceptos señalaban que debía formularse en el plazo de 2 meses contados a partir de la comunicación del acto. Esa norma era la aplicable por remisión del ordinal 345.2 LGAP. Sin embargo, el artículo 200 inciso 12) del CPCA, señaló que en ese numeral 345 (y otros) de la LGAP, donde señalaba “Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, se sustituía por “Código Procesal Contencioso Administrativo”. Tal circunstancia de indebida lógica y armonía en la reforma, lleva a que desde la emisión del CPCA, no exista norma especial sobre regulación del recurso de reconsideración.

Ante la derogatoria de esta fuente legal por parte del CPCA, surge la duda en cuanto al plazo de su formulación, al haberse suprimido la norma especial y carecer la actual regla expresa para ese supuesto. En este sentido, al no contar con un plazo especial, esto implica que la referencia que hace el numeral 344.3 LGAP, en la práctica, no tenga ningún efecto útil. Con todo, pese a la ausencia de mandato especial que fije un lapso de impugnación concreto para esta medida, por tratarse de un recurso ordinario, en realidad, una revocatoria contra un acto final del jerarca, como lo define

el precepto 344.2 *ibidem*, debe entenderse que el plazo para su formulación es el normal previsto por el ordinal 346.1 de la LGAP para plantear el recurso horizontal de revocatoria, sea, el plazo de tres días hábiles.<sup>196</sup> Si bien la anterior regulación fijaba un plazo especial de dos meses, en realidad no se observa diferencia alguna, fuera de la jerarquía que adopta el acto final, que justificara semejante diferencia de plazos, sea, tres días para el acto final del inferior y dos meses para el final del jerarca. Dada esa reforma, la revocatoria contra el acto final se rige por el plazo común de tres días, sea que se emita por el inferior o por el jerarca supremo.

La posibilidad de recurrir esa decisión, si bien reconocida legalmente, lo cierto del caso es que los supuestos de estimación de ese recurso quedarían reservados a patologías en el procedimiento de emisión de ese acto, que ya han sido expuestas, como sería el caso de declarar la nulidad por razones no sentadas en los dictámenes de los órganos especializados, la ausencia de esos dictámenes, o en general, la transgresión de alguno de los presupuestos para su emisión. Empero, si el acto se ajusta a ese trámite ya explicado, no parece llevar a un efecto práctico, siendo que, como se ha expuesto, esa decisión final debe ajustarse al dictamen vinculante de la PGR o de la CGR, según la materia, por lo que, si esas instancias han dado su anuencia previa a la emisión de esa voluntad final, respaldando la cobertura y satisfacción de elementos compositivos de forma y de fondo, no se observa causa racional y justificada para que se revierta ese acto final de parte del jerarca máximo supremo. Incluso, puede decirse que la estimación de un eventual recurso de esta índole en cuanto a la inexistencia del grado de invalidez que fue respaldado por las instancias asesoras especializadas (PGR o CGR), supondría, a fin de cuentas,

---

<sup>196</sup> Tal postura ya fue propuesta en la tesis para optar al grado de Magister en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica, titulada “AUTONOMÍA Y FUNCIONAMIENTO MUNICIPAL. UN REPLANTEAMIENTO DE SU EJERCICIO Y RÉGIMEN RECURSIVO”, Garita Navarro, José Roberto, Giusti Soto, Juan Luis, Monge Bolaños, Ricardo y González Mora, Lidia. 2008, pp. 352-353, 509-510.

separarse de ese criterio vinculante. Ergo, la nulidad quedaría limitada a imperfecciones de orden procedimental. De ahí que la medida recursiva es un medio útil para los casos de desatención del procedimiento.

Aunado a lo dicho, bien puede el administrado titular de la situación jurídica afectada, prescindir de esa medida recursiva ordinaria o bien, habiéndola formulado, pero con resultado confirmatorio del acto final, someter la discusión de la validez de ese acto a la sede jurisdiccional contencioso administrativa, dentro de los plazos previstos en los ordinales 39 y 40 del CPCA. Sería en esa sede en la que se ingrese a debatir sobre la concurrencia de los presupuestos materiales de esta modalidad.

Con todo, cabe reiterar que al tenor del ordinal 173 inciso 5) de la LGAP, la eventual supresión de la declaratoria de nulidad por este medio, sea por la desatención de esas ritualidades o por la carencia de los presupuestos sustantivos que le dan cabida, conlleva la obligación de la Administración de afrontar los daños y perjuicios derivados de la supresión del acto y del curso del procedimiento. De igual manera, posibilita el ejercicio de las acciones disciplinarias y civiles en contra de los agentes públicos cuya indolencia o proceder ilegítimo, llevaron a la imperfección base de la eventual nulidad del procedimiento. La misma norma aludida remite al régimen de responsabilidad que para el funcionario público regula el canon 199 de la LGAP, siendo posible, por ende, el ejercicio de las acciones internas en orden a obtener la imputación de aquellos tipos de responsabilidad señalados.

Dato interesante es que la misma normativa de referencia reconoce que en esta hipótesis de nulidad del procedimiento bajo examen, debe reconocerse al administrado no solamente los daños y perjuicios, sino además las costas del procedimiento. Esto constituye una excepcionalidad a la regla prevista en el ordinal 328 de la LGAP, que señala que, dentro del procedimiento administrativo no habrá lugar a la imposición de costas a favor o en contra de la Administración, ni del interesado. Esta norma ha llevado a que, pese a la instrucción de un procedimiento que termina en una conducta que luego es anulada en sede administrativa o judicial, y respecto del cual, para obtener esa anulación, el administrado ha tenido que afrontar

los gastos de representación letrada dentro del procedimiento, no se otorgue reconocimiento alguno por esas erogaciones. En ese sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado, entre otros, en el voto No. 1586-F-S1-2017 de las 08 horas 50 minutos del 21 de diciembre del 2017:

*“... Dicho canon –se refiere al art. 329 LGAP- es claro al estipular que en lo que respecta al procedimiento administrativo no cabe la imposición de costas, ni a favor ni en contra de ninguna de las partes. De ahí, no procede el reconocimiento de gastos erogados por concepto de emolumentos en vía administrativa. Así, es indudable el Tribunal falló contra lo establecido en el ordenamiento jurídico, -precepto 328 de la LGAP-, al otorgar por concepto de daños y perjuicios, parte de la erogación realizada por la accionante por tal concepto. Esta Cámara aludiendo al principio de gratuidad, sobre lo de interés, ha expresado: “En vía administrativa su aplicación es muy común dentro de los procedimientos administrativos; allí supone la inexistencia del pago de costas a favor o en contra de la Administración Pública o del administrado, según se deriva de lo dispuesto en el numeral 328 de la Ley General de la Administración Pública”. Resolución 0001269-A-S1-2010 de 11 horas 14 minutos del 21 de octubre de 2010. Además, según lo indica el recurrente, esta Cámara en su sentencia no. 527 de 14 horas 10 minutos del primero de agosto de 2008, había afirmado, con base en el precepto 328 de cita: “...resulta improcedente el pretendido cobro de los honorarios de abogado por el procedimiento administrativo”. De ahí, lleva razón la recurrente en lo tocante al quebranto del ordenamiento jurídico al reconocer el Tribunal daños, perjuicios e intereses por tal aspecto, con fundamento en una parte de los emolumentos cancelados por la accionante en el procedimiento administrativo. Consecuentemente, habrá de declararse con lugar el recurso en lo que a dichos extremos concierne.”*

Frente a esa postura es claro que el canon 328 de la LGAP establece la máxima de no condena en costas dentro del procedimiento, empero, parece que la instancia casacional confunde la restricción de ese reconocimiento en sede administrativa, con una supuesta negación legal, *lege lata*, de reconocer las implicaciones económicas para tutelar la situación jurídica y defenderse frente a un ejercicio arbitrario administrativo, que se plasma en la declaración de un acto absolutamente nulo. Desde la perspectiva de este trabajo, se trata de cuestiones diversas. Bien

señala el ordinal 190 de la LGAP que la Administración debe responder por los daños y perjuicios que se produzca con su conducta legítima o ilegítima, o bien, con su funcionamiento normal o anormal. Si en un procedimiento administrativo o en sede judicial se establece la nulidad de un acto final, que es de contenido ablativo para el administrado y este último, debe acudir a una defensa profesional para obtener ese resultado, es evidente que esas erogaciones son gastos necesarios para obtener la declaración de una conducta ilícita. Luego, si el esquema de responsabilidad administrativa se sustenta en la antijuridicidad de base, no existe razón lógica para negar el reconocimiento de esos honorarios y gastos, objetivamente afrontados para obtener la declaratoria de patología del acto o conducta. Así visto, ha sido el proceder ilegítimo el que ha llevado al administrado a esos gastos, por lo que en orden a lo preceptuado por los ordinales 9, 41, 45 de la Carta Magna y la doctrina inmersa en los preceptos 190 al 213 de la LGAP, constituyen afectaciones patrimoniales causadas a la persona que debe afrontar la Administración. Una cosa es que, por principio, dentro del procedimiento no se exija patrocinio letrado, y otra muy diversa es que el administrado, como proyección del derecho de defensa, opte por esta facultad de hacerse defender por un profesional en derecho. Esto que es cada vez más usual en materias de complejidad técnica, como es el caso de las causas tributarias, materia sancionatoria o disciplinaria, telecomunicaciones, regulación de precios y tarifas, régimen de competencia, entre muchos ejemplos, parece ser desconocido o pasado por alto por esa postura reduccionista. Se parte de la base (simple y llana) de que la norma no permite la condena en costas en contra de la Administración, por lo que, en el fondo, existe una suerte de principio de deber de tolerancia al sometimiento a procedimientos administrativos, aún si se trata de ejercicios officiosos que desembocan en actos nulos.

Por contraste, el Tribunal Contencioso Administrativo en el fallo No. 147-2015-VI de las 9 horas 30 minutos del 3 de setiembre de 2015, de la Sección VI, ha reconocido estos gastos como daños y perjuicios en sede judicial. Sin embargo, es notorio que no todo giro por honorarios dentro de un procedimiento puede

reconocerse en sede judicial, sino solamente aquellos que se derivan de las acciones profesionales necesarias para combatir una conducta ilegítima que afecta la situación jurídica de la persona. Es una cuestión que debe analizarse en cada caso concreto, pero que en modo alguno puede (ni debe) solucionarse por una simple interpretación gramaticalista que extiende la norma a ámbitos de aplicación que no se encuentran contemplados en esa fuente. Se impone en estas cuestiones un ejercicio exegético con mayor rigor técnico, pues frente al alegato de que no cabe distinguir donde la ley no distingue, el primer paso racional es el análisis de si la norma, en realidad, regula el supuesto a resolver. Con claridad, no lo hace y por ello, esa instancia aborda un dilema real, práctico y complejo, con un prisma de análisis superficial que lleva a una negación del régimen de responsabilidad administrativa.

Con todo, este dilema no se presenta en las infracciones procedimentales al numeral 173 de la LGAP, siendo que la misma norma señala, de manera expresa, que, en tal caso, es menester el reconocimiento de las costas a favor del administrado. 197

#### **4.6. Elemento temporal**

Según reza el ordinal 173 inciso 4) de la LGAP, la potestad de revisión oficiosa a la que se ha venido haciendo referencia, está sujeta a un término de caducidad de un año. Este término corre desde el momento en que la conducta que concede un derecho subjetivo (o interés legítimo), haya sido adoptada, salvedad que se trate

---

197 La otra excepción en el tema de no reconocimiento de costas dentro del procedimiento se encuentra prevista en el ordinal 149 inciso 1) numeral b) de la LGAP, norma que regula las costas por la ejecución sustitutiva, a favor de tercero en lugar del obligado. Pero en tal caso se trata de una condena en contra del administrado en contra de quien se ha impuesto una determinada obligación, que no satisfaga y que, por ende, se encomienda a un tercero por no ser personalísima.

de un acto de efectos continuados, sea, de alguna conducta que, pese al decurso de este tiempo, sus efectos perduren.

A ese particular, resulta relevante diferenciar las implicaciones de la caducidad y la prescripción de un derecho. Recientemente, en el fallo No. 119-2019-VI de las 09 horas 10 minutos del 30 de septiembre del 2019, la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo señaló en cuanto al contenido de estas figuras:

*“... Así, la **caducidad** puede ser entendida de manera sencilla, como el plazo establecido en la norma legal y de orden procesal, para interponer legítimamente -en tiempo- el proceso. Así, “... para que pueda hablarse de caducidad, es preciso que con anterioridad se haya producido un determinado efecto jurídico, es preciso que haya surgido una determinada situación jurídica de posibilidad axiológica, cuya falta de ejercicio en una forma determinada produzca su extinción.” (PÉREZ VARGAS, Víctor. Derecho Privado, San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A, 3° edición, 1994, p. 203); y agrega este autor “... cuando nos encontramos frente a una hipótesis de caducidad tenemos como supuesto una carga de perentoria observancia de un término rígido (la rigidez del término,..., es otra diferencia frente a la prescripción) para el cumplimiento específico de un acto (normalmente se trata de un derecho potestativo) con la consecuencia de que el derecho se pierde (efecto extintivo) si el acto de ejercicio no es cumplido dentro del término prefijado o (lo que es lo mismo) si es cumplido extemporáneamente.” (Op. cit., p.p. 203-204). De igual manera, Santoro Passarelli enuncia algunos elementos diferenciadores al indicar: “A nuestro entender, la razón y el fundamento de la caducidad difieren de los de la prescripción en que la caducidad no depende, como la prescripción, del hecho subjetivo de la inercia del titular del derecho durante cierto tiempo, sino exclusivamente del hecho objetivo de la falta de ejercicio del derecho en el tiempo establecido, y en que se inspira no ya en la existencia de conformar la situación de derecho a la situación de hecho que dura un cierto tiempo considerado suficiente, a este propósito, por la ley, sino más bien en la de limitar en el tiempo el ejercicio de un derecho (...) cuando el diligente ejercicio del mismo se estima conveniente para un interés individual o superior.” (SANTORO PASARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964, p. 135.)”*



Fijadas las pautas básicas de la caducidad, en cuanto a la prescripción, en este caso y de interés para esta investigación, relativo a la negativa o liberatoria expresó en lo medular:

*“Por su parte, la **prescripción**, también denominada “**extintiva**”, “**negativa**” o “**liberatoria**”, en razón de sus efectos, es creada precisamente para tutelar el orden social y la seguridad en las relaciones jurídicas, por cuanto, aún cuando, en principio, el ideal de justicia se cierne como materia prima en todas las normas jurídicas, en algunas oportunidades cede a favor de otras aspiraciones, tales como el de la seguridad jurídica. Así, es bajo el influjo de este principio, que el instituto de la prescripción encuentra sentido, porque permite rehusar brindar tutela a aquél, que, ostentando un derecho subjetivo, ha dejado transcurrir un determinado lapso sin gestionar, en modo alguno, su resguardo. Es, en suma, **una consecuencia a la inacción del titular**, pues la jurisdicción, ante protesta del obligado, del no ejercicio del derecho en el plazo establecido en la ley, una vez constatado, debe declarar prescrito el reclamo. (...) Como se observa a simple vista, estas distinciones tienen importantes consecuencias jurídico-procesales, no siendo una mera distinción semántica o conceptual su definición, como se verá en el análisis que se procede a realizar.”<sup>198</sup>*

---

198 Ese fallo remite a lo fijado por la Sala Constitucional en el voto 43-97, de las catorce horas cuarenta minutos del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete, que hizo el siguiente cuadro comparativo, respecto de estos dos institutos:

***V.-** La prescripción extintiva y la caducidad son instituciones jurídicas afines, que tienen de común que el tiempo actúa de causa extintiva de derechos, sin embargo, ambos se distinguen profundamente tanto por su fundamento como por sus efectos. La prescripción afecta a derechos que han nacido con vida, en principio ilimitada, y sólo por su inactividad durante un plazo, generalmente prolongado, pueden quedar extinguidos. La caducidad por su parte, afecta a derechos que la ley o la voluntad de particulares concede con vida ya limitada de antemano para su ejercicio, por lo que se extinguirán fatalmente cuando haya transcurrido el plazo. Opera pues, por el mero transcurso del tiempo que le ha sido fijado, pudiendo ser tenida en cuenta de oficio por el juez, a diferencia de la prescripción en que debe ser alegada en forma de excepción por el que pretende beneficiarse de sus efectos, ya que mientras no se invoque, el derecho ejercitado, aún después de la prescripción, despliega su eficacia. La caducidad hace referencia a la duración del mismo derecho, de manera que*

Dicho esto, como primer aspecto sobre este elemento, resulta innegable que la norma impone un término de caducidad, que no un plazo de prescripción. Este tratamiento engarza con la naturaleza excepcional de esta figura, dada la prevalencia, como tesis de principio, de la máxima de intangibilidad de actos propios, tema ya tratado previamente. De ahí que, si el mecanismo bajo examen es un medio de garantía a favor del administrado, que impone formas jurídicas específicas a la Administración para dejar sin efectos un acto suyo, propio, de contenido favorable, por estimar que padece de patología originaria, las reglas aplicables al elemento temporal deben regirse por una preclusión no afecta a causales de suspensión o interrupción, sino de un mecanismo en el cual, aplica un término rígido, fenecido el que, la situación jurídica se torna intangible e inmodificable.

Desde luego que este tratamiento genera un contraste ideológico con la temática de la patología de los actos administrativos, ya que, si bien se mira, en tesis de inicio, la nulidad absoluta constituye un defecto del acto que no puede ser superado con saneamiento o convalidación, y que no se encuentra amparado por la presunción de legitimidad de las conductas, la que aplica exclusivamente para la

---

*su transcurso provoca la decadencia o extinción y con ello la de la acción que del mismo dimana; por el contrario, la prescripción hace referencia a la acción y se funda en la necesidad de seguridad jurídica, como sanción a la inactividad por parte del titular de un derecho que no ejercita la acción que le es inherente. Se puede afirmar que en la prescripción el derecho se pierde porque se ha extinguido la acción, y en la caducidad, por el contrario, desaparece la acción por haberse extinguido el derecho, por el transcurso del plazo de duración que tenía fijado. La prescripción extintiva tiene su fundamento en la necesidad de poner término a las situaciones de incertidumbre en el ejercicio de los derechos y en la presunción de abandono por parte de su titular, por ello cabe hacer prueba de que este abandono o inactividad no ha existido, es decir ser interrumpida, y por lo mismo sólo puede estimarse a instancia de parte. Por su parte, la caducidad se funda exclusivamente en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico, y por lo tanto no admite en ningún caso la interrupción del tiempo cuyo simple transcurso la origina."*

nulidad relativa. Así se desprende de los ordinales 146.3, 169, 170, 171, 172, 187 y 188 de la LGAP, normas que fijan la aplicabilidad de esas figuras (saneamiento, convalidación y presunción de validez), únicamente para la invalidez de tipo relativo 199. Esto supondría que la invalidez de tipo absoluto, no puede convalidarse, siquiera por el decurso del tiempo, por lo que, en tanto, la acción para disponer la supresión de un acto que adolezca de nulidad absoluta, no estaría sujeta a término.

Sin embargo, por un lado, el sistema normativo nacional ha optado por someter el ejercicio de cuestionar los actos administrativos, al margen de la tipología de su imperfección, a un término de un año, sea que la acción la emprenda la misma Administración, o bien que se trate de una impugnación formulada por el administrado. Así en efecto se desprende de los ordinales 173, 174 en relación al 175, todos de la citada LGAP, en relación a los mandatos 34 y 39 del CPCA. La regulación de espacios de temporalidad específicos para decretar una nulidad de grado absoluto desdice el principio señalado que presupone que ese tipo de invalidez no puede convalidarse, ya que, en la medida en que la acción anulatoria se encuentra sujeta a términos, como efecto material último, si no es atacado oportunamente, se convalida y es totalmente oponible frente a terceros, incluida la Administración.

Por otra parte, el establecimiento de un término para poder suprimir un acto que concede una situación favorable, aún de manera ilegítima o completamente contraria a derecho, parece engarzar con la primacía o prevalencia del principio de inderogabilidad de los actos propios, tal y como ha sido mencionado. Se trata por ende de una normativa que, con claridad, busca la tutela de la certidumbre jurídica

---

199 En ese orden, el artículo 172 de la LGAP es contundente al señalar en su rigor gramatical: “*El acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación.*” Tal grado de defectos estructurales del acto solamente es superable mediante la figura de la conversión, que supone el dictado de otro acto que reúna la totalidad de requisitos formales y materiales, según lo preceptúa el numeral 188 ejusdem.

como plataforma de garantía al administrado, a cuyo favor, se ha ensanchado una situación jurídica. Desde luego que tal postura parte de la base de la concurrencia de buena fe en la adquisición del derecho o ventaja, pero que merece visión diversa si se trata de un beneficio impropio en cuya configuración concurre o media mala o ventajas indebidas, a priori sabidas o bien, objetivamente verificables por el administrado.

La discusión de marras, por interesante que sea, se encuentra cerrada ante la redacción de la norma objeto de comentario, que impone, se insiste, un término de caducidad de un año.

Como segundo aspecto, es menester considerar que ese lapso fijado, constituye un límite máximo para declarar la nulidad acorde a las pautas procedimentales sentadas por la norma analizada, sea, para emitir el acto final dentro de ese mecanismo. De otro modo, de entenderse que el término lo es para instruir o iniciar el procedimiento, se estaría frente a una interpretación indebida de la norma y ante un vaciamiento de su ratio mismo, ya que se señala que lo que fenece es la potestad de anulación oficiosa, que no de apertura del procedimiento para esos efectos.

Sobre el plazo con que cuenta la Administración para disponer la supresión por la vía de este mecanismo, la misma Procuraduría General de la República en el citado dictamen C-233 del 19 de agosto del 2019 precisó:

*“Por último, la posibilidad de la Administración de volver sobre sus propios actos es una potestad que ha sido modulada en atención al tiempo transcurrido desde que se dictó el acto. Por ello, tal potestad anulatoria debe ejercerse dentro de los plazos de caducidad que prevé el ordenamiento jurídico.”*

Esta postura había sido formulada en el dictamen C-187 del 05 de julio del 2019, en el cual, se señaló:

*“Así, en virtud de la modificación de los artículos 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública como consecuencia de la emisión del Código Procesal Contencioso Administrativo, para*

*determinar si operó la caducidad es necesario tomar en cuenta la fecha de la emisión del acto que se estima nulo. Lo anterior por cuanto, de verificarse que la adopción del acto se produjo antes del 1° de enero del 2008 (fecha en que entró en vigencia el Código Procesal Contencioso Administrativo), regiría el plazo de cuatro años dentro del cual se debe emitir el acto declaratorio de la nulidad absoluta evidente y manifiesta. Por el contrario, si el acto se emitió con posterioridad al 1° de enero del 2008, debe entenderse que la potestad anulatoria se mantiene abierta mientras los efectos del acto perduren en el tiempo (ver, entre otros, nuestros dictámenes C-233-2009, C-059-2009, C-105-2009, C-113-2009, C-158-2010, C-159-2010 y C-181-2010), o como bien lo ha indicado la Sala Constitucional, mientras el acto tenga una eficacia continua (ver sentencias 2817-2009 de las 17:07 horas del 20 de febrero de 2009, 5502-2009 de las 8:38 horas del 3 de abril de 2009 y 18188-2009 de las 11:59 horas del 27 de noviembre de 2009)."*

La PGR ha sido enfática que el acto de declaración de nulidad evidente y manifiesta debe emitirse dentro de los cánones de temporalidad aplicables al caso concreto.

Empero, como se ha señalado, el mismo legislador ha establecido la posibilidad de esta supresión, incluso fuera del término anual comentado, pero exclusiva y únicamente en los supuestos en que el acto a suprimir mantenga sus efectos. En tal hipótesis, la potestad anulatoria se mantiene abierta mientras que los efectos del acto perduren en el tiempo. 200 Igual tratamiento ha mantenido la Sala Constitucional, instancia que ha señalado que, mientras el acto tenga una eficacia continuada, su supresión por este medio es posible. Entre muchos, en ese sentido pueden verse los votos números 2009-002817 de las 17:07 horas del 20 de febrero de 2009, 2009-005502 de las 08:38 horas del 3 de abril de 2009 y 2009-018188 de las 11:59 horas del 27 de noviembre de 2009.

---

200 Así lo ha estimado la PGR, v.gr., entre otros, en los dictámenes C-233-2009, C-059-2009, C-105-2009, C-113-2009, C-158-2010, C-159-2010 y C-181-2010.

La temática en torno a las implicaciones de la teoría de los actos con efectos continuados será abordada en el análisis de la lesividad, tema central de esta investigación.

Con todo, aún de instruirse el procedimiento de previo al fenecimiento del año aludido, si la declaratoria de nulidad absoluta, evidente y manifiesta no se adopta dentro del citado término, dicha potestad se entiende caduca. Ello llevaría a que la supresión pese a esa limitación, y no obstante a concurrir con los demás elementos, estaría viciada de nulidad absoluta, por la pérdida de la competencia para declarar la invalidez. Queda a salvo el supuesto de efectos continuados, como se ha mencionado.

Por otro lado, cabe cuestionarse si la figura objeto de análisis es aplicable frente a los casos de nulidad sobrevenida, sea, cuando la imperfección de grado absoluto, no sea originaria, sino que se desprenda de una circunstancia ocurrida en el ciclo de vigencia del acto, o que bien, se configure con posterioridad a su emisión. En ese sentido el ordinal 159 de la LGAP fija:

***“Artículo 159.-***

*1. La nulidad del acto podrá sobrevenir por la desaparición de una de las condiciones exigidas por el ordenamiento para su adopción, cuando la permanencia de dicha condición sea necesaria para la existencia de la relación jurídica creada, en razón de la naturaleza de la misma o por disposición de ley.*

*2. En este caso la declaración de nulidad surtirá efecto a partir del hecho que la motive.”*

En estos casos, la conducta se adopta o emite con la configuración y concurrencia de sus elementos constitutivos básicos, empero, con ulterioridad, una de esas condiciones medulares desaparece, siendo que dicho elemento es fundamental para mantener la vigencia del acto adoptado. La misma norma precisa que en estos casos, la supresión de la conducta se dispone a partir de la concurrencia del hecho que inserte la causal de patología. La anulación desde la concurrencia de esa causa novedosa de invalidez deriva de la lógica misma de esta figura de excepción. En efecto, tal y como menciona el ordinal 166 de la LGAP, la nulidad de grado absoluto

viene determinada por la ausencia de uno de los elementos del acto, o por la imperfección de uno de ellos que impida la consecución del fin público. Desde esa arista de análisis, si bien la norma puede interpretarse como condiciones que deben ser satisfechos al momento de adoptar la conducta administrativa, la integración de ese numeral junto con el precitado canon 159 *ejusdem* permite afirmar que la invalidez puede ser originaria o sobrevenida, esta última cuando en el curso de la vigencia del acto, uno de sus componentes o elementos constitutivos, pese haber estado presente al momento de emitir el acto, desaparezca de manera sobrevenida, o se altere de modo tal que no pueda permanecer ese acto sin afectar sustantivamente el interés público.

Dado que el vicio no es de orden originario o primigenio, no podría decirse que el acto fue adoptado con un defecto, de suerte que se determine su invalidez desde el instante de su adopción. Si la nulidad absoluta dice de la disconformidad sustancial con el Ordenamiento Jurídico, es precisamente cuando se produzca tal contraste y antagonismo que ha de computarse el plazo para disponer de las acciones propias para obtener su supresión y cuando tales acciones se ejerciten en tiempo, dictan el momento a partir del cual, han de ser desconocidos e irreprochables los efectos materiales desplegados por el acto. Más simple, el efecto *ex tunc* previsto en el canon 171 de la LGAP, presupone la existencia de una ilegitimidad de base del acto, lo que hace que deba suprimirse desde su adopción, a fin de que los efectos materiales producidos no puedan ser convalidados. Siendo así, esa declaración ha de considerarse desde la ocurrencia de la imperfección, de suerte que, por paridad de razón, si la causa de imperfección sustancial es sobrevenida, dicha retroacción ha de declararse desde el momento de la ocurrencia del hecho sobrevenido que dicta la patología. Lo opuesto supondría desconocer los efectos válidos de un acto, que al momento en que se produjeron, no contaba con la incorrección que, como elemento novedoso, lleva a la anulación.

Ahora, cuando el defecto emergente impregne al acto de una patología tal que además de ser absoluta, pueda considerarse notoria y palmaria, no se observa impedimento alguno para acudir a este mecanismo bajo estudio. Como ejemplo,

puede citarse el caso de un acto que reconoce el pago de plus salarial de prohibición a una persona profesional en derecho, por cumplir con las condiciones subjetivas que determinan ese régimen. Luego, en el curso de su relación funcional, el Colegio Profesional dicta una sanción en contra de esa persona, en la que impone una inhabilitación para el ejercicio profesional por un plazo de 5 años. En ese escenario, es evidente que aquel acto declaratorio de derechos subjetivos, sea, el que concede el pago de prohibición, de manera sobrevenida pierde un elemento fundamental del motivo, cual es, el grado profesional del agente público. Ello conlleva a la nulidad sobrevenida de esa conducta y la consecuente cesación de los efectos de ese acto, concretados en la supresión del reconocimiento salarial otorgado.

Puede pensarse en el mismo relato fáctico, pero con la diferencia de que el ente corporativo no impone una sanción, sino que anula la inscripción y correspondiente título de abogacía, por estimar que los requisitos y presupuestos para su afiliación, eran irregulares, sea porque se dispone que el título de licenciatura en derecho era falso, o bien por haberse obtenido mediante la concurrencia de alguna actividad delictiva o ilegítima, luego declarada en sede judicial. En tal caso, al desaparecer de manera sobrevenida uno de los elementos medulares para la colegiatura profesional, es claro que tal falencia inserta una deficiencia no originaria en el acto de pago de reconocimiento salarial de prohibición. En tanto supone un derecho subjetivo sustentado en una condición que ha desaparecido, debe disponerse su anulación, siendo uno de los medios para esos fines, el esquema procedimental bajo examen.

De nuevo, en este supuesto, el *dies a quo* para el ejercicio de la potestad analizada, debe considerarse desde la ocurrencia de la causa patológica emergente, siendo inviable considerar ese término desde la adopción de ese acto, por la elemental razón de que, a ese momento, no concurría el vicio que daría cabida a la anulación por el medio previsto en el canon 159 de la LGAP.



#### **4.7. Inaplicabilidad del término a los bienes demaniales.**

Cabe destacar que, si bien la norma de marras no hace salvedad alguna en cuanto a la caducidad anual que regula, en lo relativo a los bienes demaniales, resulta notorio que, dado el régimen jurídico de ese tipo de bienes, que se encuentran amparados a un régimen especial de Derecho Público, aplica igualmente el principio de que las acciones de tutela de este tipo de propiedad, no se encuentra sujeta o condicionada a plazos o términos. En efecto, al margen de que el canon bajo referencia no realice ninguna excepción en cuanto a esta modalidad de cosas, lo cierto del caso es que ese régimen jurídico intenso implica que la defensa de la demanialidad no puede encontrarse limitada a factores de temporalidad. Lo anterior ya que ante la afectación que, como fuente formal legal, ha llevado a que un determinado bien, o categoría de ellos, haya sido incluida dentro de la categoría de propiedad dominical, solamente un acto de igual o superior jerarquía normativa, podría generar la desafectación. De ahí que todo acto que conceda de manera ilegítima un derecho sobre bienes demaniales, puede ser sometido, en cualquier tiempo, a los procedimientos administrativos o acciones judiciales de tutela, para reivindicar la titularidad del bien, destinado por ley a satisfacer un interés público o finalidad pública.

La imprescriptibilidad de la defensa de las cosas públicas viene reconocida por la doctrina del ordinal 262 del Código Civil, e impide que se produzca su desafectación por el decurso del tiempo, máxima que lleva a negar la usucapión de este tipo de bienes. La libre disposición de esta propiedad pública solamente es posible a partir de su desafectación, ergo, el decurso del tiempo no puede constituirse en causa válida o legítima para la configuración o constitución de derechos sobre este tipo de bienes. Esto incluye no solamente transferencias de dominio, sino en general, toda constitución de cualquier tipo de derecho real, incluso, de uso, ocupación o similares, sobre esta modalidad de bienes. Desde esa arista, en la medida en que concurren los presupuestos de nulidad absoluta, de grado evidente y manifiesto, respecto de un acto que otorgue un beneficio sobre la demanialidad, es factible

acudir al mecanismo previsto en el ordinal 173 de la LGAP, para establecer la supresión de ese derecho o interés otorgado. 201

En este sentido, como adelante se verá, cuando la acción anulatoria se emprenda luego del año posterior de emitido el acto que otorga indebidamente un beneficio sobre el bien dominical, la supresión tendrá efecto prospectivo, sea, la anulación será para inaplicar a futuro ese acto, sea, para cesar sus efectos. Empero, si la acción de restitución o reivindicación se formula dentro del año aludido, los efectos serán retroactivos, lo que adquiere relevancia para el reconocimiento de determinadas situaciones jurídicas de orden patrimonial que pudieron haberse establecido en virtud del ciclo de vigencia de la conducta habilitante. Luego, es un tema que será abordado en los efectos de la nulidad bajo análisis.

El mismo numeral 34.1 del CPCA fija que, en el proceso de lesividad, no existe condicionamiento por factores de temporalidad respecto de esta clase de bienes. Se trata de una norma que, por analogía, ha de sustentar el principio bajo examen y que permite a la Administración, en cualquier tiempo, ejercer las acciones de rigor para recuperar el pleno dominio y uso de los bienes demaniales. En suma, la

---

201 Cabe destacar que la utilización de este mecanismo de supresión exige, como presupuesto de la notoriedad de la patología, que exista plena y total certidumbre en cuanto a la naturaleza jurídica demanial del bien sobre el cual se han otorgado, indebidamente, derechos a favor de un tercero. En la medida en que exista alguna duda razonable en cuanto a esa tipología de propiedad pública, la ponderación de validez o no del acto que otorga la disposición sobre aquella cosa, debe ventilarse en un proceso de lesividad. Sería el caso, para citar un ejemplo, de otorgamiento de título traslativo de dominio o permiso edilicio sobre terrenos que forman parte de las áreas comunes de proyectos residenciales, como derivación de la cesión forzosa y gratuita de esos espacios, que regula el ordinal 40 de la Ley de Planificación Urbana, No. 4240. En tal caso, el trámite de marras se condiciona a que exista acreditación indubitable en torno a que el terreno sobre el cual se ha otorgado el título habilitante, forme parte de ese espacio, v.gr., por su inclusión en un mapa oficial, aún y cuando no existiera escritura de titularización a favor del ente local. No obstante, si existe alguna incógnita en cuanto a esa identidad, ha de apelarse al proceso ordinario para dirimir la naturaleza del bien, su respectiva titularidad y a partir de esos elementos, la ilegitimidad del acto que configura el régimen de dominio u ocupación indebido.

restricción señalada en el inciso 4 del ordinal 173 de la LGAP resulta inaplicable al régimen de las cosas públicas. No obstante, el ejercicio dentro de ese plazo o fuera del mismo, genera condiciones a ponderar en cuanto a los efectos retroactivos o prospectivos de esa supresión por invalidez.

#### **4.8. Efectos de la declaración. Dimensionamiento.**

Como esquema general, la anulación de la conducta de contenido favorable, dispondrá la supresión del acto objeto del procedimiento. Empero, el efecto de esa declaratoria de invalidez será diverso en la medida en que se trate de una acción ejercitada dentro del plazo de caducidad de un año que estipula el ordinal 173.4 de la LGAP, o bien, que esa patología sea dispuesta con ulterioridad a ese año, posibilidad prevista únicamente para los actos de efectos continuados.

En un primer escenario, cabe recordar que la citada norma fija un plazo de caducidad de un año, contado a partir de la adopción de la conducta respectiva, para su anulación. La misma norma establece como salvedad aquellos casos en que sus efectos perduren, caso en el cual, en tanto pervivan los efectos, el acto podrá ser sometido a este mecanismo de revisión.

En la generalidad, cuando la instrucción del procedimiento previsto en el citado precepto se disponga dentro del cauce temporal aludido, al tratarse de una nulidad de grado absoluto, los efectos de esa supresión se rigen por lo estatuido en el ordinal 171 *ejusdem*, en cuanto señala que esa declaración de nulidad tendrá efectos puramente declarativos y retroactivos a la fecha de adopción del acto. Desde ese plano, es claro que el ciclo de ejecución de esa conducta pudo haber generado efectos de orden material y eventualmente jurídicos en la esfera jurídica del destinatario; empero, a la luz de esa supresión *ex tunc* y como proyección de la ilegitimidad de efectos que plasma el ordinal 146.3 en relación al 169 de la LGAP, tales efectos no serían jurídicamente amparables, por lo cual, no serían oponibles frente a la Administración, siquiera dentro de una posible pretensión de orden

indemnizatorio. En ese ámbito, en la medida en que ese cuadro efectual deriva de la ejecución de un acto que padece de nulidad absoluta, pero además de orden evidente y manifiesto, en tesis de principio, toda ampliación de la esfera jurídica patrimonial del administrado favorecido con el acto irregular, no sería conforme con legalidad, por ende, consistiría en una situación ilegítima que, en inicio, no podría ser objeto de reparación por la vía de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración.<sup>202</sup> Se trata por ende de un detrimento patrimonial que se ampara en un interés ilegítimo al sustentarse en un acto absolutamente nulo, ergo, no dice de una lesión antijurídica que sea dable reparar.

Sin embargo, el mismo ordinal 171 de la LGAP resalta la posibilidad de tutelar los derechos adquiridos de buena fe, pese a la supresión retroactiva. Ello exige a que en cada caso deba ponderarse si el administrado ha incluido dentro de su esfera jurídica aspectos patrimoniales, al tenor del acto administrativo otorgado, al amparo de una presunta buena fe. En tal caso, bien puede considerarse que emplear los mecanismos del ordinal 173 de la LGAP constituye una manifestación de conducta lícita, sea, de ejercicio legítimo, al considerar que disponer la supresión de conductas nulas constituyen una potestad conferida por el Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, no debe perderse de vista que el acto nulo fue emitido por la misma Administración Pública que luego busca invalidarlo, razón por la cual, cuando el contenido de ese acto haya generado derechos obtenidos de buena fe, es factible el reconocimiento de eventuales daños y perjuicios derivados de esa relación jurídica administrativa. En tal hipótesis, un análisis simplista de la situación podría

---

<sup>202</sup> El ordinal 190 y siguientes de la LGAP postula que la Administración deberá responder por los daños derivados de su conducta lícita o ilícita, así como por su funcionamiento normal o anormal. Con todo, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en que dicha responsabilidad tiene como eje central la antijuridicidad de base de la lesión, sea, aquella que, confrontada con el Ordenamiento Jurídico, no tiene el deber legal de soportar. Así se ha establecido con especial énfasis a partir del voto 584-2005 del 11 de agosto del 2005, desarrollo en el que se pone de manifiesto la exigencia de una ilegitimidad de la lesión como presupuesto sine qua non de la reparabilidad de orden civil. Sobre esta temática se volverá luego en el componente indemnizatorio de la lesividad.

llevar a considerar que siendo la causa de la lesión el ejercicio de una potestad legítima, no hay antijuridicidad de base. No obstante, tal visión pierde de vista los antecedentes en virtud de los cuales se colocó al administrado en esa situación de riesgo. Por ende, si bien la potestad bajo examen cuenta con base legítima suficiente, lo cierto del caso es que la lesión tiene como causa antecedente la adopción de un acto completamente nulo por parte de la Administración, siendo que es la voluntad unilateral del ente u órgano público la que llevó a su adopción. Desde esa arista, al emitir esa conducta, en los casos en que haya mediado buena fe del administrado, sería igualmente ilegítimo pretender desvincularse de las lesiones que se hayan producido por inducir al destinatario a realizar erogaciones u obtener ventajas derivadas de la ejecución del acto, cuando las haya adquirido de buena fe. Es decir, la razón del daño no sería la anulación del acto favorable, sino la emisión de un acto favorable que es ilegítimo y que luego precisa ser invalidado. Desde luego que puede aducirse que el yerro no configura base de un derecho, empero, tal dogma se impone como justificante para no mantener la vigencia del acto, pero resulta inaplicable cuando sin establecer la ausencia de buena fe por parte del administrado, simplemente se pretenda desconocer los efectos del acto inicialmente emitido.

Se debe insistir en que el dimensionamiento bajo referencia no lleva a mantener la vigencia del acto, sino a ponderar el ámbito y alcances de la retroactividad de la declaración de la patología. Por ejemplo, las sumas giradas por el reconocimiento de un componente o plus salarial a un agente público, en virtud de la ejecución de un acto que luego es sometido al escrutinio del procedimiento del ordinal 173 de la LGAP, cuando ese funcionario no se encontrare en posibilidad o deber objetivo de conocer la improcedencia de esas sumas, es decir, cuando las haya obtenido de buena fe, en orden a dicho dimensionamiento, no deberían ser reintegradas. Distinto es el caso de que esas sumas se obtuvieran bajo la noción o posibilidad objetiva de conocer su improcedencia, pues sin mediar buena fe en ese supuesto, la nulidad declarada implicará la orden de devolución de esas partidas.

Merece destacar que cuando el vicio que da pie a la nulidad sea sobrevenido, y no originario, el plazo de un año correrá desde la divulgación de esa imperfección o inexistencia estructural, según lo impone el canon 159 de la LGAP. Ello supone que el efecto retroactivo se produce hasta el momento o instante en que se configure el hecho o circunstancia que motive la nulidad. Es decir, siendo que la patología no es primigenia sino emergente, los efectos jurídicos y materiales previos a la constitución del vicio que sustenta la nulidad, no pueden ser suprimidos por aquella declaratoria, al ser propios de una conducta que, en ese instante, no presentaba la deficiencia que luego fue declarada. De esa manera, son los efectos que se producen a partir del nuevo vicio los que se encuentran incluidos dentro de la supresión retroactiva, sin perjuicio del dimensionamiento ya precisado. Así se desprende del precepto 159.2 de la LGAP, norma que con rigor técnico precisa: “...*la declaración de nulidad surtirá efecto a partir del hecho que la motive.*” De lo dicho se impone que es la constitución del vicio el punto límite de oponibilidad de la retroacción que impone la nulidad absoluta.

Ahora bien, frente a los actos de efecto continuado, como se ha señalado, el acto puede ser suprimido en tanto ese marco efectual perviva. Con todo, debe precisarse que el efecto retroactivo que es propio de la acción declarativa de la nulidad absoluta, solamente es aplicable cuando el ejercicio de la potestad prevista en el mandato 173 de la LGAP, se concrete dentro del año posterior a la adopción de la respectiva conducta administrativa.

Por el contrario, cuando esa supresión se instruya luego de ese término, aún y cuando el acto siga surtiendo efectos, la declaratoria de nulidad lo será para efectos de su inaplicabilidad a futuro, sea, el acto final de ese procedimiento deberá disponer la supresión de la conducta, pero a diferencia del supuesto anterior, los efectos generados de previo a la instrucción del procedimiento respectivo, ya no podrán ser objeto de cobertura de esa declaración. Lo anterior supone que, a diferencia del supuesto precedente, en el que, la declaratoria de nulidad lleva, por tesis de principio, la ilegitimidad de los efectos materiales o jurídico producidos en el curso de vigencia del acto suprimido, en este caso, aquella incidencia externa de

la conducta de contenido favorable generada de previo a la apertura de la causa que busca invalidarla, debe mantenerse inalterable.

La ausencia de regulación concreta en el contenido del ordinal 173 de la LGAP sobre este particular, impone y exige acudir a los mecanismos de integración normativa que ordena los numerales 7, 8 y 9 de la LGAP.<sup>203</sup> Este tratamiento lleva a emplear en esta dinámica la doctrina que nutre el ordinal 34.1 en relación al 40 del CPCA, normas que detallan que en los casos de nulidad con efectos continuados, la acción para suprimir esa conducta tendrá efecto prospectivo, únicamente para su inaplicabilidad a futuro.<sup>204</sup> Si bien se aprecia, la referencia del artículo 40 del CPCA introduce la posibilidad de cuestionar los actos absolutamente nulos, pero para efectos de su anulación e inaplicabilidad futura. Esta norma resulta de plena aplicación para dimensionar el tratamiento de la supresión a la que se hace referencia en este aparte y que implica una excepcionalidad al efecto retroactivo de la declaratoria de nulidad absoluta.

En rigor, esa norma impone una suerte de protección por aspectos de seguridad jurídica, de las situaciones jurídicas que se hayan configurado en ese término de un año, reconociendo que al margen de la posibilidad de disponer la nulidad de la conducta que otorga un beneficio indebido, más allá de ese lapso, cuando sus

---

203 Estas normas precisan el principio de auto integración del Derecho Administrativo que exige llenar las eventuales lagunas del Ordenamiento con las fuentes escritas y no escritas de esa rama del Derecho, de previo a utilizar normas del régimen privatista.

204 En ese sentido el canon 34.1 del CPCA establece en estos supuestos, pero atinente al proceso de lesividad: “...*En este último supuesto, el plazo de un año correrá a partir de que cesen sus efectos y la sentencia que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad*

*futura.*”

Por su parte el numeral 40 ejusdem estatuye en lo relevante: “**1) Serán impugnables los actos administrativos absolutamente nulos, para efectos de su anulación e inaplicabilidad futura, así como las conductas omisivas, mientras subsistan sus efectos continuados, pero ello únicamente para su anulación e inaplicabilidad futura.**”

efectos se mantengan en el tiempo, esa supresión lo será para que el acto sea inaplicable a futuro. Es decir, establece un efecto supresor *ex nunc* en virtud del cual, la invalidez, pese a ser de grado absoluto, rige a partir de esa declaratoria de patología, que no de la adopción de la conducta. De otro modo, sea, de postular que, pese al decurso de ese margen de temporalidad, la acción anulatoria respecto de actos de efecto continuado, produce un efecto retroactivo, llevaría a una antinomia entre la modalidad prevista por el ordinal 173 de la LGAP, respecto de las normas de la lesividad, e incluso, respecto de la facultad que concede el ordinal 175 de esa misma ley al administrado para combatir actos nulos con efecto continuado, ya que en virtud del ordinal 40 del CPCA, esa acción anulatoria tendría un efecto prospectivo. *Ergo*, impondría una inequidad respecto de supuestos similares.

En todo caso, de interpretar que, en el ámbito eminentemente administrativo, la supresión de actos absolutamente nulos con efecto continuado, es siempre retroactiva, con independencia del momento de su eliminación por patología, exigiría que ese mismo tratamiento se aplique a las supresiones que se deban establecer por la vía recursiva del administrado, en ejercicio de la facultad que confiere el canon 175 de la LGAP. La máxima de igualdad llevaría, sin condicionamiento alguno, a dicha aplicación; empero, se insiste en que la actual regulación permite la aplicación de regímenes diversos según se trate de una nulidad declarada dentro del año posterior a la adopción e inicio de efectos, o luego del año de ese diez a quo. Con todo, aun aplicando tal derivación en procedimientos administrativos, tal postura sería inaplicable a la sede judicial, en la cual, se insiste, existe norma especial que precisa los efectos de la pretensión anulatoria respecto de esa tipología de conductas.

En suma, parece que en esta dinámica se impone lo propuesto arriba: si el procedimiento para anular el acto absolutamente nulo de efectos continuados, se emprende dentro del año posterior a su adopción, la supresión tendrá efecto retroactivo. En tanto que, si se emprende este mecanismo luego de ese término, la eventual anulación será para su inaplicabilidad a futuro.



De nuevo, esto es relevante para la consideración de situaciones indemnizables o requerimientos de devolución de beneficios obtenidos por la ejecución del acto, ya que, de aplicarse la tesis de prospectividad de la declaración de nulidad, no podría la Administración requerir la devolución de efectos y con ello, la reparación civil de situaciones derivadas de ese ciclo de vigencia previo al ejercicio de esa potestad comentada. Igualmente, las situaciones configuradas en ese ínterin, en principio, podrían dar base a un reclamo reparatorio por parte del administrado.

Finalmente, esas propuestas de dimensionamiento serían igualmente extensibles a los actos que supongan disposición sobre bienes demaniales, siendo en consecuencia la fecha de instrucción del procedimiento anulatorio el elemento que determine el efecto *ex tunc* o *ex nunc* de la nulidad que pueda llegar a disponerse. Se insiste en la permisibilidad de dimensionamiento que expresa el mandato 171 de la LGAP, en cuestiones de derechos adquiridos de buena fe.

La regla general en nuestro Derecho es que la administración pública no puede volver sobre sus propios pasos y anular aquellos dictados por ella cuando éstos sean declarativos de derechos subjetivos. De ahí que, en este tipo de situaciones, en las que el acto presenta un contenido favorable al administrado y el ejercicio concreto de esos derechos o intereses concretos supone acrecentamiento de situaciones de orden patrimonial en la esfera jurídica del destinatario, la supresión de la conducta habilitante, en tanto se adopta para efectos de su inaplicabilidad futuro, no habilita el ejercicio de acciones administrativas para la recuperación de las sumas giradas o en general, de los beneficios patrimoniales generados. Es claro que, por razón de accesoriedad, tampoco podría pretenderse reconocimiento alguno de réditos financieros o actualización monetaria (indexación) de ese principal.

Aun ello, si se aplicara la tesis de retroactividad *in extremis, sine qua non*, aún en los casos de nulidad absoluta de efecto continuado declarada más allá del límite temporal aludido (un año), sería menester la valoración de si la situación jurídica constituida o el derecho adquirido, se ha constituido de buena fe, como parámetro

de dimensionamiento de esa supresión. La sola concurrencia de una patología grosera, evidente y notoria en el acto habilitante, no limita, *per se*, la buena fe que da sustento a la potencialidad de dimensionamiento. Si bien, como se ha expuesto, el régimen nacional ha tomado la Teoría de la Evidencia del Vicio, que supone, se insiste, la posibilidad de observar su existencia, incluso para una persona que no posea conocimientos en Derecho, tal aspecto debe ser valorado en cada caso concreto.

En todo caso, debe tenerse en cuenta la doctrina del canon 190 de la LGAP, norma que en relación con el precepto 9 de la Constitución Política, reconoce el derecho de reconocimiento de daños y perjuicios a favor del Administrado por cualquier actuación administrativa que lesione situaciones jurídicas. De ahí que aún de pretender desconocer efectos intangibles de este tipo de actos tratados, dando carácter retroactivo a la declaratoria de invalidez, y con ello, incidir en esos efectos ya precluidos, cabría la posibilidad de reclamos de orden indemnizatorio por esas afectaciones.<sup>205</sup>

En resumen, se puede sintetizar el efecto de la declaratoria de nulidad que plasma en ordinal 173 de la LGAP en el siguiente sentido, en el entendido que es un mecanismo previsto, únicamente, para la invalidez de tipo absoluto, evidente y notorio:

- a. Nulidad de actos de efecto instantáneo: debe declararse dentro del año posterior a la adopción del acto, o en caso excepcional, de la concurrencia de la causal patológica, caso de ser sobrevenida. Esa supresión tendrá efecto retroactivo, con la posibilidad de la Administración de valorar

---

<sup>205</sup> En ese orden el canon 190 de la LGAP regula la responsabilidad por la conducta legítima o ilegítima de la Administración. De ahí que frente a la eventual necesidad (motivada y legítima) de revertir efectos ya intangibles de esos actos de contenido favorable, surge el derecho del afectado de obtener la reparación civil debida.

(motivadamente) el dimensionamiento de efectos, a fin de tutelar o considerar situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos de buena fe. La supresión de este tipo de actos fuera de ese término (que no plazo, pues se trata de una caducidad de una potestad y no de una prescripción) es legalmente inviable. Lo anterior sin perjuicio del ejercicio de acciones internas de disciplina y/o responsabilidad civil de los agentes públicos que con sus acciones u omisiones han permitido la adopción del acto ilegítimo y la indolencia de su anulación. En esta hipótesis, la responsabilidad disciplinaria o civil de los agentes involucrados no estaría condicionada a la anulación del acto, aún y cuando es claro que, como criterio de imputación, sería necesario e impostergable el análisis de invalidez de esa conducta. 206

- b. Nulidad de actos de efecto continuado (dentro del año de su adopción): Si la nulidad es declarada dentro del año posterior a la adopción del acto, o del surgimiento sobrevenido del defecto respectivo, la supresión se rige por lo señalado en el punto previo, sea, produce efecto retroactivo, con la potestad de la Administración otorgante, bien de ejercer las acciones de recuperación de sumas giradas o devolución de beneficios patrimoniales desplegados

---

206 Para ello es necesario distinguir entre la potestad de declarar la nulidad del acto favorable, sustentada en el ordinal 173 de la LGAP, y la de ejercer el poder disciplinario y de responsabilidad civil del servidor público, prevista en los cánones 102 y 207 de la LGAP, respectivamente. Para ese segundo tipo de potestad, se hace impostergable el análisis de invalidez de la conducta, pues de otro modo, no existía el nexo causal que es indispensable en este tipo de imputaciones. La causa de la responsabilidad se condiciona a esa estimación de invalidez. Empero, esa ponderación no puede generar consecuencia en la situación jurídica ya consumada e inmutable. Precisamente, parte de la estimación de las consecuencias disciplinarias y/o civiles, serían los efectos desplegados por el acto, que han generado un detrimento a la Administración. Así, una cosa es la intangibilidad de condiciones en el administrado y otra muy diversa que esa circunstancia produce en las relaciones Administración-funcionario público.

(otorgados), o de establecer las acciones de dimensionamiento que estime adecuadas y de mérito en cada caso concreto.

- c. Nulidad de actos de efecto continuado (fuera del año de su adopción): Si la nulidad es declarada con posterioridad al año posterior a la adopción del acto, o de que sobrevenga el vicio que sustenta la nulidad, la supresión se dispondrá, únicamente, para efectos de la inaplicabilidad a futuro del acto. Es decir, esa supresión tiene un efecto constitutivo, siendo entonces una excepcionalidad a la naturaleza constitutiva de la acción anulatoria bajo estudio. Ello implica la imposibilidad legal de que la Administración pretenda ejercer acciones de recuperación de los beneficios patrimoniales derivados, pero, en definitiva, no es óbice para la cesación de efectos de la conducta habilitante, sin pueda alegarse de parte del administrado una suerte de inmutabilidad de su situación jurídica. Con todo, el fenecimiento de la posibilidad de ejercer esa potestad, no limita en modo alguno la posibilidad de que la Administración ejerza acciones internas de disciplina y/o responsabilidad civil de los agentes públicos que con sus acciones u omisiones han permitido la adopción del acto ilegítimo y la indolencia de su anulación. En este tema, la responsabilidad disciplinaria o civil de los servidores públicos indolentes no estaría supeditada a la posibilidad o no de recuperación de esos beneficios patrimoniales (a favor del administrado), cuando sí a la declaratoria de nulidad. De nuevo, los beneficios indebidos pueden constituir parámetros a dirimir en la responsabilidad a imputar al agente público, en orden a lo estatuido en los ordinales 203.2 y 207 de la LGAP.

En síntesis, sobre este mecanismo cabe destacar, esa potestad de supresión oficiosa, por invalidez absoluta evidente y manifiesta, constituye una de orden excepcional, que busca conciliar la máxima de intangibilidad de actos propios (art. 34 de la Constitución Política), como mecanismo de tutela y resguardo de la seguridad jurídica asociada a las situaciones jurídicas constituidas de buena fe,

pero además de la seguridad jurídica que supone la supresión de las manifestaciones ilegítimas de la potestad administrativa.

La nulidad absoluta constituye una patología insubsanable e inconvaleciente, *ergo*, la permanencia y pervivencia de conductas con este grado de imperfecciones sustanciales, atenta contra el Ordenamiento Jurídico e introduce una ilegitimidad de base en beneficios de terceros, en detrimento de la igualdad jurídica, lo que exige su supresión, como medio de normalizar las relaciones regidas por el Derecho Administrativo. Sin embargo, ese contraste exige que dicho mecanismo se condicione al cumplimiento de garantías procedimentales y elementos que determinan su validez, requisitos que incluyen un procedimiento específico, participación de instancia de alta especialización técnica jurídica (PGR o CGR), potestad sujeta a término, entre otros. No en vano, la misma LGAP sanciona con nulidad absoluta la lesión a esas garantías. La potestad para remover un acto de contenido favorable emitido por la misma Administración, que padece de invalidez de grado absoluto, evidente y palmaria, no ha de sustentarse en un ejercicio arbitrario.

La legalidad misma exige e impone que la potestad de supresión de acto nulos, no sea en sí misma, una manifestación de ilegalidad; aún en ese esquema, el ente público debe adoptar sus conductas con estricto apego a las normas que habilitan, precisa, rigen, orientan y condicionan su proceder y con el pleno respeto de la situación jurídica de la persona, según lo impone el ordinal 49, párrafo *in fine* de la Carta Magna, así como los cánones 8, 10, 17 y 214 de la LGAP.

Ahora, sentadas las bases de esas modalidades oficiosas de supresión de actos favorables en la propia sede administrativa, la Administración puede acudir a la fase judicial, dada la habilitación legitimante que le reconoce el numeral 10.5 del CPCA. En efecto, cuando no concurren los presupuestos de la nulidad oficiosa del 173 de la LGAP, cuando por cuestiones de patología la misma Administración estime necesario la declaratoria de invalidez del acto suyo que ha generado un efecto favorable, como proyección indebida de un proceder que estima ilegítimo, es

necesario que acuda a la modalidad especial del proceso de lesividad. Se trata de un mecanismo específico que cuenta con sus propias regulaciones y especificidades.

Dado el impacto que presenta en la esfera jurídica de las personas, engrosada en principio por un acto administrativo y luego, que se pretende suprimir por consideraciones de la propia Administración, es necesario el análisis concreto de ese instituto procesal.

Esto además es determinante para sentar las bases que permitan en el Capítulo 4, el abordaje de este mecanismo en las relaciones de orden fiscal, mismas que si bien se nutren del marco general de la lesividad, presenta cuestiones específicas, comprensibles, solamente, luego del detalle del marco general de esta modalidad.

Se procede ahora con las regulaciones de la lesividad en el régimen actual interno.

## CONCLUSIONES GENERALES CAPÍTULO 2.

- El artículo 34 de la Constitución Política regula el principio de intangibilidad de los actos propios. Esta máxima impide a la Administración Pública el desconocimiento de sus propios actos favorables a la persona administrada.
- La doctrina *non venire contra factum proprium* es una derivación (y garantía) de la tutela de la situación jurídica de las personas y de la seguridad jurídica en su proyección de aplicación retroactiva (en perjuicio) del Derecho.
- Las situaciones jurídicas positivas derivadas de actos administrativos firmes de contenido favorable, solamente pueden suprimirse y alterarse, por parte de la Administración Pública, mediante la satisfacción de los mecanismos procedimentales que impone la ley, a saber: la revocación y la nulidad oficiosa prevista en el canon 173 de la LGAP.
- Las figuras de la revocación y la nulidad prevista en el numeral 173 LGAP constituyen parámetros legalmente impuestos, que condicionan la validez de la potestad administrativa de supresión oficiosa, en sede interna, de actos de contenido favorable. Cada mecanismo contiene reglas específicas, condiciones *sine qua non*, que buscan tanto la legalidad administrativa (perfil objetivo), como la tutela de la situación jurídica impactada (perfil subjetivo)

### **SOBRE LA REVOCACIÓN:**

- Constituye un mecanismo de supresión *ex officio*, por razones de conveniencia u oportunidad, atinente a actos de contenido discrecional, ergo, vedado en los de contenido reglado.
- Procede frente a la aparición de nuevas circunstancias de hecho o distinta valoración de las mismas circunstancias. No procede por desconocimiento anormal (deber o posibilidad de conocer) de tales circunstancias.
- No configura un mecanismo de supresión por razones patológicas, sino de ponderación de pertinencia del acto frente a condiciones diversas.

- La postura de revocación como forma de anulación, parte de una mutación sobrevenida en el motivo o contenido del acto (art. 159 LGAP), que le afecta desde la configuración de ese vicio (*ex nunc*).
- Los defectos constitutivos del acto administrativo no legitiman el uso de la potestad de revocación, sino que exigen la supresión por nulidad.
- Al no sustentarse en la patología constitutiva (o sobrevenida), la revocación exige de las indemnizaciones correspondientes, previo dictamen de la CGR. La excepción prevista en el numeral 154 LGAP, debe examinarse de manera casuística.
- La modificación normativa del régimen habilitante, no introduce causal de nulidad, so pena de aplicación retroactiva de la ley. Empero, posibilita el uso de la revocación, con las reparaciones civiles pertinentes.

#### **SOBRE EL ART. 173 LGAP.**

- Es un mecanismo procedimental con presupuestos condicionantes fijos: nulidad absoluta, evidente y manifiesta, de acto declarativo de derechos subjetivos.
- Requiere de la instrucción de un procedimiento ordinario, como vía de tutela y resguardo del debido proceso administrativo.
- La PGR y la CGR (en materia de Hacienda Pública) constituyen instancias de control previo (autorizatorio) y vinculante en esta dinámica.
- Los defectos en el cumplimiento de las exigencias legales del trámite, produce la nulidad de este.
- La potestad que se concede al jerarca supremo respecto de la anulación de los actos de los órganos desconcentrados, constituye una regla antagónica con la asignación competencial que supone la figura y la supresión de potestades que implica para el jerarca administrativo. (art. 83 LGAP)



- En el caso de los órganos persona, atendiendo a la legitimación procesal que ostentan (12.2 CPCA), ese tratamiento resulta atentatorio al ejercicio competencial exclusivo y excluyente de esas unidades administrativas.
- Este mecanismo es procedente respecto de actos de alcance individual, con destinatario (s) determinado (s). El caso de los actos diferenciados.
- Solamente la nulidad absoluta, palmaria, posibilita la supresión por este medio.
- Los efectos de la supresión por esta vía deben ponderar si la nulidad se decreta dentro del año posterior a la adopción del acto, o si por ser de efectos continuados, su anulación es prospectiva.
- En la supresión para la inaplicabilidad a futuro, los efectos jurídicos del acto, producidos antes de esa declaratoria, son jurídicamente oponibles.
- El uso de esta figura en materia demanial, no se encuentra sujeta a factores temporales. Sin embargo, las acciones emprendidas luego del año de adopción del acto, tienen efecto *ex nunc*.
- La Administración Pública posee potestades de dimensionamiento frente a este tipo de nulidad, debiendo valorar la protección al interés público y la legalidad.

## **CAPÍTULO III.**

### **EL PROCESO DE LESIVIDAD.**

**CONTENIDO TEMÁTICO.** 1. Introducción. Breve referencia sobre la problemática. 2. Generalidades sobre la lesividad. Concepto. Regulación. 3. Análisis de los elementos esenciales de la lesividad. 4. Elemento Subjetivo. 4.1. La Legitimación Activa en la lesividad. A. El caso de la jerarquía impropia. B. Legitimación frente a jerarquías impropias. C. Legitimación de lesividad en actos complejos y compuestos. D. Los procesos anulatorios interadministrativos. E. Acción de lesividad de actos municipales. F. Lesividad de actos de órganos persona. 4.2. La Legitimación Pasiva en el proceso de lesividad. 4.3. La competencia decisonal. 5. Elemento objetivo. El acto impugnabile. 5.1. Conductas no revisables por la vía de la lesividad. A. Actuaciones materiales de ejecución de actos previos. B. El caso de las vías de hecho por ausencia de acto habilitante. C. Vías de hecho por indebida ejecución. D. Normas administrativas. 5.2. Lesividad en contratos administrativos. 5.3. Lesividad de actos con condiciones de vigencia. 5.4. Lesividad de actos presuntos. 5.5. Lesividad contra actos firmes. Continuación. Abordaje de la condición de otorgamiento de derechos subjetivos. 5.6. Implicaciones del fallo No. 1332-2010 Sala Primera. Lesividad en procesos disciplinarios. 5.7. Tipos de invalidez que sustentan la lesividad. 6. Elemento procedimental. Las acciones previas para la acción de lesividad. Criterio de admisibilidad formal. 6.1. Procedimiento de declaratoria interna de lesividad. 7. Elemento temporal. 7.1. Límite temporal para la declaratoria de lesividad. 7.2. Caducidad de la acción. 7.3. Elemento temporal en nulidad absoluta de efectos continuados y dominio público. 8. Admisibilidad de la demanda de lesividad. 8.1. Plano formal. 8.2. Plano sustancial. 9. Pronunciamientos judiciales sobre la pretensión de lesividad. La sentencia. 9.1. Objeto principal de pronunciamiento: nulidad absoluta. 9.2. Tipos de nulidad a analizar en la lesividad. 9.3. Nulidad por vicios sobrevenidos o variaciones en el Ordenamiento Jurídico. 9.4. Análisis de pretensiones patrimoniales de y en contra de la Administración requirente. 10. ¿Lesividad vía contrademanda? 11. El dimensionamiento como potestad judicial. 12. Modelos procesales para ejercer la acción lesiva. 13. Efectos de la sentencia estimatoria dictada dentro del proceso de lesividad.

#### **1. Introducción. Breve referencia sobre la problemática.**

En los apartes precedentes se ha puesto en evidencia los diversos componentes de la relación jurídico administrativa como objeto de tutela de la jurisdicción contencioso administrativa. Dentro de esa dinámica, en el capítulo II se abordó las formas de supresión oficiosa de conductas de contenido favorable por parte de la misma Administración Pública que los ha emitido. En tal abordaje, se trató la

revocación, asociada, usualmente, a la pérdida o ausencia de conveniencia en el mantenimiento de efectos del acto administrativo. De igual manera, frente a deficiencias de orden sustantivo que sean evidentes y notorias, la LGAP fija un mecanismo de orden excepcional regulado en el ordinal 173, que le permite declarar en su propia sede y acorde con la auto tutela administrativa, la invalidez de tipo absoluto.

Sin embargo, en el corolario del capítulo antecedente, se precisó que frente a la nulidad absoluta que no presente las condiciones de evidente y manifiesta, ha de acudir al proceso de lesividad.

La reforma legal introducida al régimen de revisión de las conductas públicas merced de la emisión del Código Procesal Contencioso Administrativo, abarca un tratamiento diverso en algunos aspectos del instituto de la lesividad, que resulta atinente analizar, debido a la reforma de aspectos relativos al eje temporal, así como reformas practicadas a normas sectoriales, como es el caso de la materia Tributaria. La relevancia de esta figura se extiende a diversas aristas. Por un lado, se constituye en un mecanismo que permite a la Administración buscar la supresión en sede jurisdiccional de sus propios actos previos, en los que estime, concurre alguna patología constitutiva de efecto disonante con el interés público. Por otro, como derivación de la certeza jurídica, permite al destinatario de ese acto favorable, ejercitar su defensa y contradictorio en las instancias judiciales que conocerán de esa pretensión anulatoria. De ese modo, la claridad del tratamiento normativo y la mención de precedentes jurisdiccionales emanados del Tribunal Contencioso Administrativo, así como la línea jurisprudencial de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resultan determinantes para lo que se considera, a juicio de quien propone, es un tratamiento debido de ese instituto en el régimen local.

Desde ese plano de exposición, se pretende un abordaje crítico de la aplicación que ha tenido en la nueva justicia contenciosa la figura de la lesividad, considerando aspectos pragmáticos que han generado alguna discusión y marco de opinabilidad. Si bien puede pensarse en la falta de relevancia o utilidad práctica de este análisis,

ante el intenso desarrollo de la figura por parte de las autoridades jurisdiccionales del país y los profundos aportes doctrinarios, tanto internacionales como locales, lo cierto del caso es que las reformas legales y la necesaria adaptabilidad del derecho a las necesidades actuales, justifican este desarrollo. Como punto de reflexión primario, la importancia de esta crítica se concreta que, a la luz de recientes pronunciamientos de los altos tribunales del país, que parecen negar la posibilidad de utilización de esta forma de supresión en cierto tipo de conductas administrativas (a modo de breve referencia inicial, las que dispongan la terminación de un procedimiento administrativo sancionatorio interno), incorporando supuestos de exclusión que otrora no aplicaban. Aunado a ello, la reforma al régimen de nulidad por lesividad en materia tributaria, con una técnica legislativa que se estima confusa, hace necesario, esclarecer el tratamiento de la figura. Ello sin dejar de lado los efectos del fallo estimatorio en este tipo de procesos, desde el plano de la retroactividad o no de la invalidez, análisis que ha de distinguir el contenido de la conducta reprochada.

A su vez, merece deslindarse el instituto objeto de este trabajo con los procesos interadministrativos anulatorios, a fin de tratar de descifrar la existencia o no de lo que informalmente se ha dado en denominar "Lesividad objetiva". Para ello, se ha de aclarar, el presente aporte no pretende ofrecer un detalle del tratamiento doctrinario del tema, sino, se destaca, una referencia de la base normativa de la figura, con el correlativo análisis crítico de su contenido, extendiendo tal ejercicio a la mención de los precedentes judiciales que se consideran relevantes para los efectos, los cuales, desde luego, serán base de discusión y examen, culminando con sugerencias de interpretación y tratamiento de la figura, que se insiste, se consideran ajustadas a la correcta aplicación del instituto que nos ocupa.

## **2. Generalidades sobre la lesividad. Concepto. Regulación.**

La lesividad se constituye como un proceso en virtud del cual una Administración Pública, autora de un acto de contenido favorable para un tercero, que considere inválido por resultar, en definitiva, atentatorio a los intereses públicos, económicos, fiscales o de cualquier índole, busca su anulación en sede jurisdiccional. Desde ese plano, la lesividad se erige como un instrumento que busca una doble finalidad. De primera mano, fija un cauce procesal que posibilita a la Administración que ha emitido un acto con las características dichas, y cuyas precisiones serán abordadas *infra*, buscar su supresión judicial, a fin de eliminar los efectos jurídico-materiales de ese funcionamiento público. Por otra parte, garantiza que la supresión de los efectos favorables, que como consecuencia de esa conducta se han incorporado en la esfera jurídica del destinatario, se lleve a cabo luego de un contradictorio y debido proceso, de suerte que el beneficiado, potencialmente perjudicado con la declaratoria de nulidad, pueda ejercitar su descargo, para pretender bien la declaratoria de licitud del acto, o bien, el mantenimiento y protección de situaciones consolidadas o derechos adquiridos de buena fe.

El profesor José Roberto Dromi define este instituto como una modalidad de supresión de conductas propias que no pueden ser eliminadas mediante la técnica de la revocación, y que se ventilan mediante las reglas del proceso ordinario. Ha señalado el citado autor:

*“El proceso de lesividad es aquel proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de la misma que no puede revocar «per se». La interposición de la acción de lesividad da lugar a un proceso jurisdiccional en el que se examina la pretensión deducida por un sujeto de derecho frente a otro. La aparición de la Administración demandante supone la derogación de algunas reglas procesales comunes del proceso administrativo ordinario, cuyas disposiciones se le*

*aplicarán en tanto no fueren incompatibles con la naturaleza específica de la acción referida.*"<sup>207</sup>

La exigencia de este mecanismo de supresión de conductas formales encuentra respaldo en el principio de intangibilidad o irrevocabilidad de los actos propios (*non venire contra factum proprium*), consagrado en el canon 34 de la Carta Magna, máxima que supone, la eliminación en perjuicio de una persona de conductas de contenido favorable, solo puede decretarse siguiendo los mecanismos que fija el ordenamiento jurídico para tales fines. En este punto debe destacarse, de manera breve, los actos administrativos se encuentran impregnados y amparados a una presunción de validez y legitimidad, que se plasma en el principio de conservación del acto, según alude el mandato 168 LGAP y manda, a *contrario sensu* la letra del ordinal 169 *ibidem*. Empero, tal presunción (*iuris tantum*) solo resulta aplicable para los actos relativamente nulos, no así para los que presenten invalidez de grado absoluto, sea por la ausencia de uno de sus elementos constitutivos o bien, por la imperfección de uno de estos que imposibilite el cumplimiento del fin público (arts. 166-167 LGAP), en cuyo caso, no podrá ordenarse su ejecución (ver preceptos 146.3 y 170 LGAP).

Pues bien, la supresión de esos actos que producen, de manera ilegítima, efectos favorables a terceros por parte de la Administración que los ha emitido, solo es viable por dos vías. En sede administrativa, el numeral 173 LGAP faculta a la Administración a la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta, evidente y manifiesta de acto favorable. Se trata de un procedimiento que se desarrolla en su totalidad en sede administrativa, que ha de cumplir con todas las rigurosidades de esa norma, so pena de nulidad absoluta. En esa misma sede interna, como mecanismo adicional de supresión, se establece la revocación (tratada a partir del precepto 152 *ibidem*) limitada a actos de contenido discrecional, por motivos de conveniencia y oportunidad, condicionada, en tesis de principio, a una indemnización por el cese

---

207 José Roberto Dromi Casas, Acción de Lesividad, en Revista Administración Pública, España. Número 88, Págs. 209-225.

de efectos del acto -salvo el discutible supuesto del canon 154 LGAP-. Con todo, se ha establecido en el capítulo II, que, por tesis de inicio, esta figura no guarda relación con patología del acto, sino con su inconveniencia, lo que justifica su improcedencia en actos de contenido reglado, tal y como lo preceptúa el ordinal 156.1 LGAP. Ambas modalidades fueron desarrolladas en el capítulo 2 anterior, a los que se remite para esos efectos.

Desde ese plano, la lesividad, junto con los citados mecanismos, constituyen excepciones a la máxima constitucional de irrevocabilidad de actos propios en detrimento del destinatario. Frente a conductas respecto de las cuales no concurren los presupuestos de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, que permitan la concreción de los mecanismos de autotutela administrativa, para la supresión interna de esos actos, la lesividad impone a la Administración acudir a la jurisdicción ordinaria (la contencioso-administrativa, por supuesto) a conseguir la desaparición o supresión por patología y antagonismo con los intereses públicos de esas manifestaciones de voluntad pública.

Sobre tal configuración, el autor Joaquín Meseguer Yebra indica:

*“La declaración de lesividad constituye una excepción —junto con la revisión de oficio y la revocación de actos de gravamen— al principio general del Derecho de que nadie puede ir lícitamente en contra de sus propios actos, y como tal excepción, debe interpretarse restrictivamente y cumplir los requisitos legales necesarios para su validez que, al margen de los de carácter procesal —fundamentalmente el plazo de cuatro años para la declaración de lesividad y el de dos meses desde ésta para la interposición del recurso contencioso-administrativo—, vienen constituidos por una doble exigencia:*

- a) de un lado, que el acuerdo declarado lesivo implique una violación normativa que no determine la nulidad de pleno derecho, es decir, una infracción del ordenamiento jurídico,*
- b) y, en segundo lugar, un quebranto para los intereses públicos.*

*La declaración de lesividad constituye, entonces, la decisión administrativa por la que la Administración autora del acto anulable*

*manifiesta que es lesivo para el interés público, a fin de impugnar su propio acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa para su eliminación.*<sup>208</sup>

Por contraste a las otras figuras mencionadas, que se ejercen en la sede administrativa, en sede judicial, esa anulación es factible mediante el proceso de lesividad, de lo cual, de seguido se ahonda. Debe reiterarse, la anterior agrupación atiende a los supuestos exclusivos en que la misma Administración autora de un acto de contenido favorable pretenda su anulación. No se incluye desde luego las hipótesis de pretensiones anulatorias ejercitadas por otras administraciones contra esas conductas o bien, por destinatarios reflejos del acto, quienes claro está, puede reaccionar frente a ese funcionamiento público y petitionar la declaratoria de invalidez, ora por recurso administrativo, cuando así proceda, o bien por proceso contencioso administrativo. No interesa para los efectos este segundo grupo de posibilidades. Se limitará el marco de análisis a la lesividad, formulando, como se ha anticipado, generalidades de la figura a fin de fijar un punto inicial que posibilite, en la segunda etapa de este ensayo, el examen del tratamiento que el CPCA otorga en materia tributaria.

### **3. Análisis de los elementos esenciales de la lesividad.**

La lesividad se encuentra regulada, en lo medular, en los numerales 10.5 en relación al 34, 39.1.e, todos del CPCA. Además, se encuentra referenciada en el numeral 173.7 en relación al 183.3 de la Ley General de la Administración Pública. En materia tributaria, debe hacerse referencia además al precepto 41.1.b de esa misma codificación. Sobre esta última se tratará luego.

La figura permite, para facilidad de comprensión, establecer elementos básicos desde el plano subjetivo, objetivo, temporal y procedimental que condicionan la validez de

---

208 Joaquín Meseguer Yebra, Declaración de lesividad. Análisis de su régimen jurídico. Revista Vasca de Administración Pública, Número 85-2009. Págs. 107-133.



esta modalidad procesal, en la medida que, de no satisfacer algunos de estos aspectos, se produce una incidencia directa en la utilización de este instituto. La relevancia de cada uno de esos elementos es innegable en orden al análisis de la acción judicial en la que se formule este tipo de pretensión.

Cabe señalar de previo a ingresar al examen de estos elementos, el análisis de dichos presupuestos resulta un proceder oficioso para el juzgador contencioso administrativo, en la medida en que se constituyen en elementos mínimos, infranqueables, que impone el ordenamiento jurídico para la procedencia de la figura. Ello implica, la desatención de estos elementos lleva, sin duda a la improcedencia de la acción, con un rechazo que ha de ser, a nuestro juicio, sin necesidad del análisis de fondo sobre la validez del acto reprochado. Ello por lo siguiente.

En términos generales, pues será tratado en cada uno de esos aspectos, la indiferencia del elemento subjetivo, llevaría a supuestos de ausencia de legitimación activa o pasiva según sea el caso, incorporando una deficiencia insuperable en los presupuestos de fondo del proceso. En cuanto al elemento objetivo, como se verá luego, si la pretensión recae sobre un acto que no es de pasible impugnación por esta vía, pues se tratará de una conducta no susceptible de impugnación, obligando a la inadmisibilidad de la demanda. Si la deficiencia se encuentra en el elemento procedimental, se daría la ausencia de un marco de acción previo que el juez no puede pasar por alto, llevando a la inadmisión formal de la causa. Finalmente, si lo es en el plano temporal, sin duda, se produciría la caducidad de la acción, con el correspondiente rechazo del proceso.

A no dudarlo, estas implicaciones hacen necesario ingresar a la valoración de dichos componentes, más allá del plano eminentemente teórico, análisis direccionado a las proyecciones prácticas de aquellos y los dilemas que en su aplicación se han producido y se visualiza, pueden llegar a constituir situaciones relevantes en esa dinámica.

En suma, resulta indispensable que el juzgador examine, de oficio, sin petición de parte claro está, la concurrencia de estas rigurosidades legalmente impuestas, de

previo a posibilitar el cotejo de legalidad de la conducta objeto del proceso. No se considera que este proceder propuesto pueda llevar a un vicio de incongruencia (numerales 2.4 y 61.2 del CPC en relación al 119 CPCA), pues se insiste, configura una situación de presupuestos de la acción, asimilable al análisis oficioso de los presupuestos procesales (legitimación, derecho e interés). No se observa la manera en que válidamente se pueda acoger una pretensión de lesividad sin la concurrencia de esos presupuestos, aun cuando la parte accionada no hubiere alegado tales circunstancias. Ello llevaría a que, incluso en el caso de la rebeldía, tal examen propuesto resulte impostergable.

Así en efecto lo ha entendido el Tribunal Contencioso Administrativo. En la sentencia No. 4537-2010 de las nueve horas diez minutos del tres de diciembre del dos mil diez, la Sección VI de ese Tribunal, en esta línea señaló: "*Cabe indicar, el análisis de estos presupuestos deviene en una práctica oficiosa para el juzgador, por constituir elementos esenciales de la acción.*"

Lo dicho hace suponer la posibilidad de establecer la inadmisibilidad de la demanda de lesividad cuando no concurren los presupuestos referidos, consecuencia que bien puede darse en fase de sentencia, sin perjuicio de la posibilidad que de tal inadmisión se declare en las fase de trámite del proceso, instancia en la cual, se encuentra plenamente facultado el juzgador de trámite para declararla, como derivación de la exigencia de esos requisitos y en aplicación de la celeridad procesal, en este caso ejercitada por los amplios poderes que el CPCA concede al juzgador de trámite. La máxima de eficiencia procesal exige y sustenta que el juzgador de trámite filtre este tipo de falencia y ejerza el cotejo del cumplimiento de los presupuestos elementales para analizar la validez de la conducta en sentencia. A nada llevaría, en esa lógica, que, pese a detectar que la lesividad se presenta sin cumplir con el procedimiento de declaratoria interna de lesividad, o bien fue declarada fuera de los umbrales temporales para hacerlo en cada caso, se continué con la causa para que luego de un proceso común, se determine esa inadmisibilidad.

Así lo ha considerado el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, que sobre el tema en concreto ha señalado en el fallo 4275-2010 de las nueve horas con cincuenta minutos del quince de noviembre del dos mil diez señaló:

*“... Debido a estos alegatos de la Procuraduría General de la República, es necesario establecer el cumplimiento de los diversos presupuestos que impone el ordenamiento jurídico para la interposición de un proceso de lesividad, siendo que la ausencia de uno de estos elementos haría innecesario el examen de fondo. (...)”*

Se resalta en esa postura la necesidad de contar con la verificación precedente que permitan realizar el análisis de fondo en cuanto a la legitimidad o no de la conducta sometida a escrutinio judicial en ese tipo de proceso. Se trata de aspectos que por ende pueden llegar a generar la inadmisibilidad de orden sustantivo de la acción de lesividad, contenido que será analizado en el aparte del trámite procesal. En este sentido, ha de entenderse, los requisitos de la demanda de lesividad no se limitan a los mencionados en el numeral 58 del CPCA, sino que incluyen, la acreditación del cumplimiento de los requisitos procedimentales que impone la ley para ese instituto. Sobre este tema, ahondaremos en el aparte del elemento procedimental. Más adelante se ingresará al detalle del análisis de admisibilidad aludido. Se pasa, por ende, a la referencia de los diversos presupuestos que componen la lesividad.

#### **4. Elemento subjetivo.**

La pretensión anulatoria que supone un proceso de lesividad permite establecer una vinculación subjetiva tanto desde el plano activo como pasivo, lo que trata de la persona que válidamente puede promover esta acción contenciosa, así como la definición de la parte accionada en este tipo de causas.

La legitimación dice de un vínculo de un determinado sujeto, con el objeto del proceso, sea, con la pretensión. El numeral 21.1 del CPC define la legitimación en orden a ese marco relacional con el objeto de la causa. Señala ese precepto:

**“21.1 Parte legítima.** *Será parte legítima aquella que alegue tener o a quien se le atribuya una determinada relación jurídica con la pretensión.”*

Desde el plano conceptual, *tanto la doctrina procesal como la jurisprudencia contenciosa, reconoce como presupuestos sustanciales para el dictado de toda sentencia jurisdiccional, los relativos a la legitimación de las partes intervinientes, el interés actual en la resolución del conflicto y el derecho de la acción; los cuales son revisables aún de oficio por el Juez y en ese orden riguroso.*

Los alcances de la legitimación han sido recientemente tratados, en su generalidad, por el Tribunal Contencioso Administrativo, en la sentencia No. 002-2020-VI del 17 de enero del 2020, y previamente, puede verse su atención en las sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, números 34-1961, de las diez horas veinte minutos del veintidós de marzo de mil novecientos sesenta y uno y número 317-F-S1-2008, de las nueve horas diez minutos del dos de mayo del dos mil ocho y la número 1548-F-SI-2011, de las nueve horas veinte minutos del veintidós de diciembre del dos mil once.

En cuanto al presupuesto de la legitimación, es uno de orden material de la acción y la sentencia, que no sólo puede ser apreciado a instancia de parte, mediante la oposición de la excepción correspondiente, sino que además el Juzgador, de oficio, se encuentra en el deber de revisar el cumplimiento o no de este presupuesto sustancial. Tal y como lo desarrolló el Tribunal Contencioso Administrativo en la sentencia aludido (002-2020-VI), en términos generales y procesales, el concepto jurídico de **legitimación** es la vinculación entre las partes de un proceso, en tanto atiende a la *“... específica situación jurídica material en la que se encuentra un sujeto, o pluralidad de sujetos, en relación con lo que se constituye el objeto litigioso de un determinado proceso; la legitimación, en definitiva, nos va a indicar en cada caso quiénes son los verdaderos titulares de la relación material que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso; quiénes los sujetos cuya participación procesal*

es necesaria para que la Sentencia resulte <eficaz>."209 Se trata de la aptitud de los sujetos intervinientes para ser parte en un proceso de esta naturaleza; la que deriva o se origina de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de los mismos en relación directa con la conducta administrativa impugnada.

Tal y como lo ha expuesto el profesor Jiménez Meza, "... un sujeto queda legitimado en un procedimiento o en un determinado proceso por virtud de la afectación previa sufrida en sus intereses o derechos cualificados".210 Si las partes intervinientes carecen de legitimación, se puede concluir que el desarrollo de todo el proceso no servirá para solucionar el conflicto intersubjetivo en concreto planteado en estrados judiciales, porque esa falta determinará la inexistencia de la relación jurídica entre éstas.211

El Tribunal aludido precisó que en la Jurisdicción –Contencioso Administrativa– son tutelables las "situaciones jurídicas de toda persona", clarifica el inciso 1) del

---

209 Gimeno Sendra, Vicente; Saborío Valverde, Rodolfo; Garberí Llobregat, José y González-Cuellar Serrano, Nicolás. Derecho Procesal Administrativo Costarricense. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. p.162.

210 Jiménez Meza, Manrique et al. El nuevo proceso contencioso administrativo. Obra Colectiva. Poder Judicial. Escuela Judicial. San José. Costa Rica. p. 79.

211 La Sala Primera la ha definido de la siguiente manera:

*"... Se hace necesario en consecuencia reiterar el concepto de legitimación que descansa, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, en la **necesaria correspondencia que ha de existir entre el actor demandante y el titular del derecho o interés legítimo pretendido**. Constituye como se sabe, un presupuesto esencial de la relación jurídico procesal, imprescindible para una sentencia estimatoria. La ostenta, por lo general, aquella persona (física, jurídica, pública o privada), que sufre una lesión a consecuencia de una conducta administrativa (activa u omisiva), contra la que protesta ante el Juez, en requerimiento de la protección de su situación jurídica o de aquella que pertenece al colectivo que integra. Deriva, como se puede ver, del vínculo o relación que se mantiene con la pretensión procesal formulada." (Sentencia número 11-F-S1-2012, de las nueve horas veinticinco minutos del doce de enero del dos mil doce.)*

numeral primero del Código Procesal Contencioso Administrativo, en relación con las diversas manifestaciones de la conducta administrativa; de manera que para obtener una tutela judicial efectiva y de fondo en un proceso contencioso, se requiere ser titular de un derecho subjetivo o de al menos "un interés legítimo" (artículo 49 de la Constitución Política) del administrado, derivado u originado de una relación jurídico administrativa y respecto de los cuales, se puede pedir la declaratoria de disconformidad con el ordenamiento jurídico, anulación, modificación o adaptación de la conducta administrativa, el restablecimiento, reconocimiento o declaración de una situación jurídica, la fijación de límites y reglas impuestos por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de potestades administrativas, la condena de hacer alguna conducta determinada, la condena de abstención de una conducta y la condena de daños y perjuicios (artículo 42 del citado Código Procesal).

Con todo, dicho presupuesto subjetivo debe ser entendido en una doble dimensión, a saber, la **legitimación activa**, relativa a quien o quienes figuran como actores, y que está referida cabalmente a la supuesta titularidad del derecho subjetivo o interés legítimo alegado infringido, que se concibe como la idoneidad para realizar actos de ejercicio del poder de acción que le faculta exigir la satisfacción de una determinada prestación u objeto; y por su parte, **la legitimación pasiva**, en relación a la parte demandada, que se manifiesta como la aptitud para soportar el ejercicio de dicho poder. Se enfrenta así, un derecho subjetivo o interés legítimo frente a potestades o competencias públicas, la más de las veces.<sup>212</sup>

---

212 La sentencia de comentario aporta un detalle conceptual del derecho subjetivo y del interés legítimo en el siguiente orden:

*“Queda en evidencia la importancia referirse a los conceptos claves para determinar si se cumple o no este presupuesto de fondo, a saber, el de derecho subjetivo y de interés legítimo. El primero, ha sido definido en la doctrina nacional como "... aquel poder de obrar válidamente dentro de ciertos límites, y/o de ser beneficiario de la conducta pública, exigiendo del Poder Público (y en concreto de la Administración), por un medio coactivo, si es preciso, la conducta*

El análisis de la legitimación en un proceso contencioso tiene dos grados. El primero, referido a la **legitimación ad processum**, que alude al análisis formal de la aptitud, tanto de quien acciona como de quién es demandado. Por otro lado, el segundo consiste en la **legitimación ad causam**, que refiere al análisis sustancial de esa aptitud de interviniente en el proceso concreto, que conlleva a la determinación final de si se da o no la situación jurídica aducida, sea si existe un derecho o interés -al menos legítimo- y frente a esta situación jurídica, el deber o potestad para el reconocimiento de lo primero. A su vez, ambos niveles se dividen en activas o pasivas, según se refieran a la parte actora o la demandada en un litigio.<sup>213</sup> Este último tipo, atiende al análisis sustancial del derecho de fondo, es decir, a la titularidad o no de una relación jurídica aducida, cuyo análisis corresponde hacer al Juez de Juicio que conoce el fondo del conflicto planteado,

---

*concreta y específica correspondiente, otorgada por el Ordenamiento Jurídico a ese o esos sujetos para la satisfacción de sus fines e intereses." (González Camacho, Óscar Eduardo. La Justicia Administrativa. Tomo II. El Control Judicial de la Inactividad Administrativa. Editorial Investigaciones Jurídicas Sociedad Anónima. San José. Costa Rica. p.178.) Por su parte, el segundo, es sustancial, no procesal, en tanto forma parte de la esfera jurídica material del administrado, que "... debe llevar aparejado un beneficio como consecuencia de la eliminación de la actuación administrativa, o un perjuicio derivado de su mantenimiento, beneficio o perjuicio que pueden ser, tanto materiales o jurídicos, como de índole moral, religioso, científico o económico (257 LGAP)" (Gimeno Sendra, Vicente; Saborío Valverde, Rodolfo; Garberí Llobregat, José y González-Cuellar Serrano, Nicolás. Op. Cit. p. 185); y como tal, requiere ser legítimo, esto es, resulta imprescindible que esté amparado, aunque sea de manera indirecta, en el ordenamiento jurídico."*

213 Sobre esta categorización puede verse, entre muchas, las sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia números 89-1991, de las catorce horas cincuenta minutos del diecinueve de junio de mil novecientos noventa y uno; número 83-1997, de las quince horas quince minutos del veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y siete; número 976-2006, de las siete horas cuarenta minutos del diecinueve de diciembre del dos mil seis; 604-2007, de las diez horas del diecisiete de agosto del año dos mil siete; 778-2009, de las catorce horas cincuenta minutos del veintiocho de julio del dos mil nueve; 1023-A-S1-2009, de las catorce horas cincuenta minutos del primero de octubre del dos mil nueve y la número 883-2011, de las nueve horas cinco minutos del veintiocho de julio del dos mil once.

ya que es hasta la sustanciación del proceso que corresponde hacerse la valoración de este presupuesto de fondo relacionado con la determinación de si hay o no una relación entre quien acciona y los derechos e intereses legítimos cuya tutela se persigue con la acción, y que como se ha indicado, constituye la base de la legitimación de todo proceso jurisdiccional.

De ahí que el concepto de legitimación debe reservarse a la relación sujeto-objeto, por lo que en consecuencia la única legitimación que se considera es la referida a la titularidad del derecho respecto del objeto. Es una peculiar situación jurídica que tiene el sujeto que actúa en el proceso respecto del objeto que se controvierte, que es lo que lo autoriza al actor pretender en forma eficaz y al demandado, contradecir hábilmente.<sup>214</sup> En razón de lo anterior, no puede haber tutela ni pretensión alguna ante el Juez, sin un derecho a la acción, ejercido a través de un proceso jurisdiccional. Con esto se vincula el derecho y el interés legítimo a la pretensión, otorgándoles el rol de elemento legitimador y de presupuesto material imprescindible para su estimación definitiva en sentencia (*legitimatío ad causam*), donde bastaría como elemento legitimador, la existencia de un interés legítimo, que en este caso se traduce en la vinculación debida entre el sujeto accionante y la pretensión esbozada en su demanda.

En este sentido, respecto de la legitimación sustantiva la Sala Primera ha indicado lo siguiente:

*"... Todo proceso jurisdiccional contencioso, comprende lo que algunos procesalistas han denominado una 'relación jurídico procesal'. Los sujetos que en él intervienen lo hacen ejerciendo el derecho de acción y el de defensa. Actor y demandado se constituyen en partes, por el solo hecho de ejercer aquellos derechos, sin que esto implique, necesariamente, que entre ellos exista la relación jurídico material que se ventila en el proceso. A esto último refiere precisamente la legitimación ad causam. Ésta se conforma en tanto exista una*

---

<sup>214</sup> En ese sentido, VESCOVI, Enrique, Teoría del proceso, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.



*vinculación de las partes con aquella situación jurídico material, de modo que requiere la identidad entre quien demanda y el titular del interés subjetivo reclamado (activa) y entre el demandado y el obligado a la prestación requerida (pasiva).* Así, se dice, hay legitimación activa cuando existe la posibilidad de acoger eficazmente la pretensión con respecto a la parte actora y pasiva cuando ese pronunciamiento pueda ser eficaz en relación con el demandado ..." (Sentencia número 775-F-S1-03, de las catorce horas veinticinco minutos del veinte de noviembre del dos mil tres.)

La sentencia 002-2020-VI del Tribunal Contencioso Administrativo, sintetiza ambos institutos señalando, con total claridad, que, la legitimación activa refiere a esa suficiencia procesal del sujeto demandante, la cual representa su aptitud para deducir una pretensión y la titularidad de una relación jurídica o un interés tutelable por el ordenamiento. Se trata de un vínculo de quien formula la demanda con el objeto del proceso. Su examen supone analizar el contenido de la pretensión deducida para luego establecer a quién atribuye el ordenamiento jurídico derecho subjetivo o al menos, interés legítimo, para hacerla valer. Finalmente, deberá determinarse si es esa persona la que figura como actora en este caso concreto. Por su parte, define la legitimación pasiva como un presupuesto de fondo necesario para la procedencia de la pretensión material, como un vínculo por el cual una persona o demandado queda sometido a ésta en virtud de la situación jurídica pasiva o prestacional que es declarada en la sentencia. Es decir, este tipo de legitimación hace referencia a la idoneidad de la parte accionada para figurar en la litis en ese carácter y deriva del hecho de ser la persona física o jurídica obligada por el ordenamiento a satisfacer la pretensión esgrimida por la demandante. Esto es, se exige que a quien se haya demandado tenga en realidad las obligaciones que el actor pretende que se declare en el litigio; de lo contrario, podrá argumentar que ha sido traído erróneamente a juicio, pues no existe título en virtud del cual deba contestar la demanda y verse eventualmente perjudicado por lo que se declare en sentencia, esto justamente por medio de la excepción de falta de legitimación pasiva. La falta de legitimación pasiva se presenta, pues, cuando el demandado no es el sujeto obligado en la relación jurídica reclamadas o bien, no

es la persona jurídicamente obligada a satisfacer las pretensiones deducidas, con prescindencia de que ésta tenga mérito o no.

Lo anterior pone en evidencia los diversos tipos de legitimación, como criterios de delimitación que permitirán dar claridad en los análisis siguientes, en cuanto al tratamiento de las partes que han de ser integradas dentro de este tipo de procesos de lesividad, así como la definición de las Administraciones que pueden formular este tipo de pretensiones.

#### **4.1. La Legitimación Activa en la lesividad.**

Desde el plano de la **legitimación activa**, el numeral 10 del CPCA, fija los diversos supuestos de sujetos procesales que ostentarían tal condición. Así, en el caso concreto de la lesividad, el inciso 5) de esa normativa señala con toda claridad:

*"5) La Administración podrá impugnar un acto propio, firme y creador de algún derecho subjetivo, cuando el superior jerárquico supremo haya declarado, en resolución fundada, que es lesivo a los intereses públicos."*

Si bien la norma hace referencia genérica a "la Administración", es claro que las particularidades del instituto llevan a concluir que la única administración legitimada para formular el proceso de lesividad es la misma que emitió la conducta objeto de la contienda judicial. Así en efecto se desprende del ordinal 34 CPCA en cuyo inciso primero, que hace referencia diáfana a la propia Administración. No hay duda que esa legitimación activa, por ende, recae con exclusividad sobre la misma unidad pública que ha emitido la conducta que se estima lesiva a los intereses públicos. Esta precisión permite excluir, por tesis de principio, que la demanda de lesividad pueda plantearse por una Administración diversa a la autora del acto, posibilidad que estaría vedada, aún en los supuestos de jerarquía impropia, como adelante se tratará.

Esa legitimación se desprende del mismo precepto 10.5 mencionado, en la medida en que expone que ese tipo de legitimación de lesividad recae respecto de actos propios y firmes, denominación que lleva a concluir que se trata de una pretensión anulatoria formulada por un ente público, respecto de una conducta suya, propia, que estima lesiva a los intereses público.

Para la debida comprensión de este aspecto, es necesario señalar que la pretensión de lesividad debe recaer sobre el acto firme, el que ya ha sido definido en este desarrollo como el que resulta ya incuestionable en sede administrativa mediante los recursos ordinarios, siendo solo revisable por la vía del recurso extraordinario de revisión. El acto firme tiene como antecedente el acto final, mismo que adquiere firmeza por dos vías posibles: a) por el rechazo de los recursos ordinarios planteados contra aquel, que han llevado a su confirmación; b) por la preclusión o vencimiento del plazo para cuestionarlos mediante el régimen recursivo ordinario, sin que tales medidas correctivas hubieren sido planteadas. Pese a ello, cabe precisar que el acto final, que concede el efecto favorable, es ejecutable, salvo la aplicación del supuesto previsto en el canon 148 de la LGAP. Justamente, es parte de esa materialidad la que se busca corregir con este tipo de pretensión de lesividad.

Partiendo de que el estado de firmeza puede producirse por la definición de las medidas recursivas ordinarias, en tesis de inicio, es la misma jerarquía de la unidad administrativa la que ostenta la competencia para revisar, de oficio o a gestión de parte, las conductas finales de sus superiores.<sup>215</sup> Tal competencia se desprende como pauta de principio, de la doctrina del ordinal 102 incisos b) y d) de la LGAP<sup>216</sup>.

---

215 El numeral 101 de la LGAP precisa las cualidades jurídicas de la relación de jerarquía al señalar que se produce entre dos órganos, uno de los cuales es superior del inferior, cuando ambos desempeñen funciones de la misma naturaleza y la competencia del primero abarque la del segundo por razón del territorio y de la materia.

216 Indica el citado precepto en cuanto los incisos aludidos: “**Artículo 102.-** *El superior jerárquico tendrá las siguientes potestades: a) ... b) Vigilar la acción del inferior para*

Precisamente, al tenor de esas regulaciones, una de las potestades del jerarca natural es justamente la revisión de las conductas del inferior, lo que puede realizarse por los mecanismos previsto por el Ordenamiento Jurídico (revocación y declaración de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, o en general, la declaratoria de nulidad en sede administrativa)<sup>217</sup> En tales casos, es notorio que, tratándose de la misma Administración Pública, como unidad organizacional, la acción de lesividad puede (y debe) ser formulada por ese ente público.

### **A. El caso de la jerarquía impropia.**

Sin embargo, en determinados supuestos, el mismo ordenamiento jurídico restringe al jerarca natural la competencia de revisión de las conductas de un órgano inferior, asignando esa función a una instancia diversa. En esos supuestos, ante la imposibilidad del jerarca administrativo de conocer de las medidas recursivas verticales procedentes contra el acto final, el plexo normativo, a efectos de tutelar la denominada “doble instancia administrativa”<sup>218</sup>, se insiste, asigna la competencia

---

*constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos; ... d) Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola, o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo; ...”.*

217 La competencia del jerarca para revisar los actos del inferior como plataforma de la declaratoria de nulidad de esas conductas se reconoce, como competencia general en el precepto 180 de la LGAP. Empero, cuando la misma ley asigne la competencia revisora a una instancia externa y de manera expresa prive de esa potestad al jerarca, no podría, válidamente, realizar tal control.

218 El numeral 350 de la LGAP reconoce de manera diáfana que en los procedimientos cabrá, en todos los casos, una única instancia de alzada. Se trata de una norma que busca imponer un principio de celeridad y eficiencia dentro de los procedimientos administrativos, pero que no necesariamente ampara el principio de la doble instancia administrativa. Lo anterior por cuanto la apelación, como medida de impugnación, solamente es procedente contra los actos finales a los cuales se haya reconocido esa facultad, como derivación de la

decisional del reclamo vertical a otra unidad administrativa, fenómeno que se ha dado en denominar “CONTRALOR NO JERÁRQUICO”. En ese sentido, el precepto 180 de la LGAP fija los supuestos competenciales para anular, en sede administrativa, una conducta, sea de oficio o en virtud de recurso administrativo. Indica ese mandato:

**“Artículo 180.-**

*Será competente, en la vía administrativa, para anular o declarar la nulidad de un acto el órgano que lo dictó, el superior jerárquico del mismo, actuando de oficio o en virtud de recurso administrativo, o el contralor no jerárquico, en la forma y con los alcances que señale esta ley.”*

En lo atinente al contralor no jerárquico, nótese que la norma de marras refiere de manera clara que, la vía para que disponga la nulidad de un acto, ergo, la competencia para su revisión, deriva, únicamente, de la formulación de recurso administrativo, que le habilite para esos efectos, a la vez que reserva su ejercicio revisor a los parámetros que defina esa misma legislación. Ello implica que las potestades del contralor no jerarca se rigen por un principio dispositivo, que exige, sin excepción, del reclamo de parte interesada para legitimar su participación en el control de validez de los actos de un órgano que no es su inferior y que, por ende, respecto del cual, no ejerce control jerárquico alguno. Se trata por ende de una competencia exclusiva de resolver el recurso de apelación formulado respecto de los actos finales de otro órgano que no forma parte de sus relaciones jerárquicas. De esa manera, pese a que el ordenamiento jurídico le confiere el ejercicio de una de las potestades naturales del jerarca, consistente en resolver en alzada los recursos formulados contra los actos de un órgano a quo, desde el plano orgánico

---

máxima de taxatividad impugnaticia que se sustenta en la doctrina del canon 345 de la LGAP. Con todo, ese último precepto reconoce la procedencia de los recursos ordinarios en contra del acto final de la causa, a partir de lo cual, salvo norma especial en contrario, contra la decisión final de un procedimiento, cabe la formulación de los recursos de revocatoria y/o apelación, caso de emanar de un inferior, o bien, de reconsideración, caso de tratarse de un acto final del jerarca administrativo.

no posee las demás cualidades propias de las relaciones de jerarquía, definidas por los cánones 101 y 102 de la LGAP.

Ahora bien, la necesidad de recurso de parte como puerta de acceso a las competencias del contralor no jerarca, se confirman en el precepto 181 de la LGAP, norma que además, impone que en el abordaje de esa revisión, el *Ad quem* se encuentra sujeto al límite de las alegaciones de las partes recurrentes, sea, su desarrollo se ha de supeditar a los motivos de disconformidad expresamente invocados en el recurso, aún y cuando se encuentra habilitado para aplicar normas que no fueron alegadas en esa gestión de alzada. Por ende, además de regirse por un principio rogatorio, en tesis de principio, su competencia es en relación, dado que depende y se condiciona a los ruegos expresamente invocados por las partes. A esos efectos, resulta necesaria la referencia a la norma aludida, que señala en su rigor literal:

**“Artículo 181.-**

*El contralor no jerárquico podrá revisar sólo la legalidad del acto y en virtud de recurso administrativo, y decidirá dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente, pero podrá aplicar una norma no invocada en el recurso.”*

Parece indudable entonces, que ese control externo, de quien no es jerarca del órgano que adoptó el acto final, es factible, solamente, en virtud de recurso administrativo, tema en el que no se observa discusión<sup>219</sup>. Sin embargo, el condicionamiento a los agravios formulados en el recurso como parámetro de

---

219 Incluso el ordinal 184 ejusdem impone con claridad la imposibilidad del contralor no jerarca de entrar a revisar de oficio conductas de otros órganos, al señalar: **“Artículo 184.-** *No podrá anular de oficio el órgano que ejerce contralor jerárquico impropio, ni, en general, el que pierde su competencia con la primera decisión sobre la validez del acto.”* La discusión no se centra en la imposibilidad de revisar de oficio esos actos, sino en la intensidad del control que puede realizar, respecto de vicios no alegados.

congruencia competencial, es un tema que da paso a varias interpretaciones posibles.

- a) Tesis de restricción competencial por rogación. Por un lado, siendo que la norma recién aludida señala que esa figura debe resolver dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho debatidas por el recurrente, puede sostenerse que su análisis ha de enfocarse en los vicios y cuestiones expresadas en el recurso, sin que le sea legítimo ingresar a realizar valoraciones oficiosas ajenas a esas manifestaciones de parte interesada. Tal restricción se impondría incluso a lo estatuido por el numeral 182 de la LGAP, que permite al juez la declaratoria de nulidad de oficio del acto, cuando se trate de vicios sustanciales relativos al sujeto, al procedimiento o a la forma, casos en los cuales deberá hacerlo. En este ámbito, al margen de ese precepto, las limitaciones que se imponen al contralor no jerarca se entienden como regla especial a ese ejercicio en concreto.
- b) Tesis de competencia plena en vicios sustanciales. En esta visión, se partiría de la base de que la limitación competencial del contralor no jerarca es en cuanto a la necesaria existencia de recurso administrativo como condicionamiento habilitante de su ejercicio revisor. Sin embargo, formulado el recurso, si bien está limitado por las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente, esos parámetros no le condicionan para el abordaje oficioso de la tipología y supuestos de incorrecciones sustanciales que refiere el canon 182 de la LGAP, casos en los cuales, esa norma impone un supuesto especial que complementa las competencias inicialmente limitadas por el ordinal 181 de ese cuerpo legal. En esa línea la complementación competencial se nutre, además, de las reglas previstas por el precepto 132 de la LGAP que postulan que el contenido del acto deberá manifestarse sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho, aun y cuando no debatidas por las partes. No obstante, esta última norma nos parece improcedente en el caso, al tratarse de una competencia que la misma ley, de manera expresa, restringe a las pretensiones y hechos

alegados, lo que impide pronunciamientos innovativos sobre cuestiones que no han sido objeto de esos parámetros.

- c) Tesis del abordaje oficioso relativo. Esta postura puede dar paso a una variación matizada, en el sentido de que los vicios relativos al sujeto, procedimiento o forma, podrán ser abordados por el contralor no jerarca, aún y cuando no alegados en el recurso, a reserva de que se desprendan de los hechos sobre los cuales se fundamente la medida de impugnación. Es decir, no habría impedimento de la declaratoria del vicio frente a esas incorrecciones, cuando, pese a que, no hayan sido alegados como defectos objeto del recurso, los hechos relatados en esa gestión, permitan inferir esas deficiencias.

No es el objeto de este desarrollo ingresar a referirse en cuanto a la dinámica de este tipo de relaciones, limitándonos a evidenciar el tema. Lo mismo cabe advertir en cuanto a la posibilidad de ese tipo de control apelativo, de referirse a cuestiones de conveniencia y oportunidad como referentes de control, ya que, al exponer el numeral 181 de la LGAP que su control es solamente de legalidad, podría sostenerse la imposibilidad de referirse a esos otros parámetros. Esto sin dejar de lado las tesis alternas que postulan la posibilidad de análisis de la conveniencia y oportunidad, que constituyen reglas no jurídicas, dentro del análisis de legalidad, tema que igualmente presenta varias posturas posibles.<sup>220</sup>

---

220 En apoyo a esta postura, el ordinal 16 de la LGAP advierte que: “1. *En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.* 2. *El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.*” Esta norma sustenta la posibilidad de que, dentro del examen de legalidad, se incluye la ponderación de cumplimiento o no del acto a las reglas aludidas por la norma, cuando las condiciones y particularidades del caso permitan hacer ese abordaje y siempre que la parte recurrente hubiere aportado los parámetros debidos para resolver sobre ese particular.



Cabe destacar que no existe diferencia alguna entre la figura del contralor no jerárquico y la denominada figura del contralor jerarca impropio, ambas que son referidas por la LGAP, indistintamente en los ordinales 181 y 184 respectivamente. Si bien se observa, al margen de la denominación que realiza esa normativa, ambas referencias son visualizadas y tratadas por la LGAP como sinónimos e indicadores del mismo fenómeno, sea, el control apelativo por parte de un órgano o ente que no es superior jerarca de la instancia que ha emitido el acto sometido a control.

Esta precisión se hace necesaria para evitar la noción de que son figuras distintas o que podrían implicar fenómenos diversos. En el caso concreto del numeral 184 de la LGAP, se hace referencia a la restricción que se impone al órgano que ejerce contralor jerárquico impropio, para anular de oficio los actos de un órgano *a quo*. La misma composición semántica de ambos términos permite disipar la duda que pudiera existir sobre ese particular y que, hasta donde conocemos, no se ha formulado en el plano doctrinario.

Resulta claro que el “CONTRALOR NO JERÁRQUICO”, dice de la competencia que se atribuye a una unidad administrativa para controlar a otra, sin ser su jerarca orgánico. Por su parte, la denominación “CONTRALOR JERARCA IMPROPIO”, permite inferir la asignación de una competencia para controlar una conducta, sin ser el jerarca propio, sea, el superior ordinario y natural orgánico del inferior. A la postre, conllevan a la misma ratio sustantiva, consistente en controlar a quien no está sometido a una relación de jerarquía propia o directa, como lo comprende el numeral 101 de la LGAP.

Podría argumentarse que el jerarca impropio es el titular de una potestad jerárquica, al que se ha privado el poder de controlar los actos de sus inferiores, sin embargo, si se comprende de manera integral el canon 184 de la LGAP que introduce el concepto, sin que exista dentro de esa fuente alguna otra norma que desarrolle la figura o alguna de sus condiciones de ejercicio, esa norma no alude al término jerarca impropio solamente, sino que lo enmarca dentro del control no jerárquico impropio. Es decir, la mención que se hace de ese tipo de órganos es en función de un papel de control, por lo que no tendría sentido normativo ni pragmático la

definición supuesta ya que, si dicha figura supusiera privación del poder de control, en ningún caso podría controlar, ante lo cual, la norma incurriría en una falacia circular.

Si se postula que la figura supone una pérdida de alguna de las potestades de la jerarquía, distinta a la de control a gestión de parte, fuera de la relación de desconcentración prevista en el canon 83 de la LGAP, y que supone que el jerarca no puede revisar de oficio o a gestión de parte, avocar o sustituir el acto de sus inferiores desconcentrados (en el grado mínimo), además de verse impedido legalmente para dictar a esas unidades órdenes, instrucciones o circulares (en el grado máximo), no vemos ninguna regulación que establezca la supresión de alguna de esas potestades (la que fuera).

En ese orden, la comprensión de la figura regulada por el citado precepto 184 de la LGAP permite inferir que la denominación “jerarquía impropia”, deriva de la noción de que la potestad de revisión apelativa de actos administrativos, es una función que corresponde al fenómeno de jerarquía, más esa jerarquía no se visualiza desde el plano orgánico, sino al ámbito de la mera subordinación. En efecto, si bien la jerarquía administrativa viene definida en el ordinal 101 de la LGAP y sus potestades se desarrollan en el canon 102, tema ya abordado, y presupone dependencia organicista, en el ámbito semántico bajo examen, parece que el término jerarquía no alude a ese fenómeno interno. De cara a comprender este fenómeno, parece que esa jerarquía se enmarca dentro de una subordinación en virtud de la cual, un órgano que ha emitido una decisión, se encuentra vinculado, afecto y supeditado al cumplimiento de las disposiciones contenidas en otro acto, cuyo objeto es, precisamente, revisar la validez de aquel primero. Es decir, se trata de una supremacía del *Ad quem* respecto de las conductas del *a quo*, en el contexto de una relación en la que ese sometimiento es únicamente en cuanto a esa potestad de revisión, más no en los demás aspectos propios de la jerarquía plena o propia.

Así, **la jerarquía propia** estaría constituida por una relación de subordinación de un órgano inferior frente a uno de grado superior, no limitada a la potestad de

control, sino, además, a la totalidad de condiciones propias de ese vínculo, que incluyen: a) Designación y remoción, b) Organización, c) Control y Fiscalización - de oficio o a gestión de parte-, d) Disciplina y corrección, e) Ordenación, que permite dictar órdenes, instrucciones y circulares, y f) Planificación o programación. Por contraste, **la jerarquía impropia** estaría limitada a la potestad de control a gestión de parte, mediante la técnica del recurso ordinario de apelación, asignada a un órgano que no posee las demás potestades inherentes a la jerarquía orgánica. Se trata por ende de una (pseudo-) jerarquía de orden funcional material, que no organizacional, limitada, con exclusividad, a los fines aludidos.

Con todo, dado el fenómeno bajo examen, consideramos que el término más adecuado es el de CONTRALOR NO JERÁRQUICO, pues refleja de mejor manera y con menor grado de confusión, la sinergia que se suscita en el instituto analizado, referido a ejercer potestades de control sin ser el jerarca natural o propio del órgano a quo. La denominación CONTRALOR JERÁRQUICO IMPROPIO, fuera de la precisión de contenido conceptual y sustantivo recién expuesta, puede llevar a la noción de que existe algún grado de jerarquía en esas relaciones, lo que ciertamente es incongruente con la proyección conceptual que, de jerarquía, asigna el numeral 101 de la LGAP. Siendo que ese precepto explica en qué consiste la jerarquía, y atendiendo a que el control apelativo externo de marras no encaja a cabalidad, en esa dinámica, sino solamente en la potestad de control a petición de parte, el término no parece el más adecuado, salvo que se comprenda en las dimensiones explicadas.

*Ergo*, para los efectos, y al margen de ese debate de precisión terminológica, buscar una potencial diferencia en fenómenos que en realidad son la misma figura, sería una discusión de orden bizantino, carente de proyección práctica y que solamente podría abordarse con seriedad de formularse alguna propuesta conceptual de ese término y sus potestades e implicaciones.

Ahora, la figura del contralor no jerárquico, en el régimen nacional, puede ser de orden monofásico o bifásico.

**Control monofásico.**

La primera tipología supone que la instancia apelativa es ejercida por un órgano o ente que pertenece al Poder Ejecutivo o bien, a una entidad descentralizada, pero cuya sustancia de potestades se enmarca dentro de la función administrativa activa. Nótese que las relaciones aludidas no en todos los casos suponen la asignación de esa potestad revisora a gestión de parte, a un ente distinto. Como se verá en el capítulo IV, en menesteres fiscales, tanto a nivel tributario como aduanero, el conocimiento del recurso de apelación contra los actos determinativos y sancionatorios de cada régimen, atañe a órganos especializados del Ministerio de Hacienda, a saber, Tribunal Fiscal Administrativo y Tribunal Aduanero Nacional, respectivamente. En ese supuesto, los actos de las Administraciones Tributarias centralizadas y de las Administraciones Aduaneras, son sometidos a escrutinio de órganos que al igual que los a quo, forman parte de la Administración Central. Como se verá, opera diferente en cuanto a las Administraciones Tributarias descentralizadas.

Pero en otros casos, el control no jerárquico es atribuido a un agente externo a esa Administración, como es el caso de las apelaciones en materia de actos finales de los trámites de contratación administrativa, que son atendidos por la Contraloría General de la República. Desde este plano, se trata de un control apelativo conferido a una instancia que no ostenta la posición de jerarca natural del órgano a quo, pero que, en definitiva, ejerce originariamente función administrativa dentro de la Administración Pública.

### **Control bifásico.**

Por su lado, el contralor no jerarca bifásico, dice de un control apelativo por parte de un órgano dependiente del Poder Judicial, instancias que, en ese plano competencial, ejercen función administrativa, que no función jurisdiccional. No obstante, su competencia originaria es jurisdiccional. La pervivencia de esa figura que pretende asignar a órganos del Poder Judicial que existen orgánicamente para ejercer función jurisdiccional, un despliegue funcional al que se atribuye naturaleza de función administrativa, se ha afirmado a partir de la supuesta imposición

constitucional de agotamiento preceptivo de la vía administrativa en materia municipal. Es en ese espacio temático concreto, y solamente en ese, que se mantiene en nuestro país una justificación para sostener la denominada jerarquía impropia bifásica.

Para comprender este rol, cabe mencionar que el agotamiento de la vía administrativa se ha conceptualizado como el ejercicio oportuno de las medidas recursivas de tipo ordinario que el ordenamiento jurídico estatuye en contra de un acto final de una Administración Pública, y se produce cuando habiendo sido formuladas esas medidas, según corresponda, sean resueltas de suerte que ya esa decisión resultare definitiva, en el sentido de que no cabe recurso ordinario adicional en sede administrativa. De igual manera, ese agotamiento se produce cuando la ley así lo haya dispuesto expresamente respecto de una determinada categoría o supuesto de acto administrativo. Así, frente al acto final, para obtener el agotamiento de la vía administrativa, es menester formular en tiempo y forma los recursos ordinarios pertinentes, sea, revocatoria y/o apelación contra las decisiones finales de los órganos inferiores, o bien, el de reposición (reconsideración) contra los actos finales del jerarca.

La resolución de la última medida recursiva genera el denominado “Acto definitivo”, que se tiene como el que agota la vía administrativa. Así, por ejemplo, lo fijaba, a modo de simple referencia, el canon 31 de la ya derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Empero, la figura del agotamiento preceptivo de la vía administrativa, que, en tesis de principio, y con algunas salvedades, fijaba la citada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (No. 3667) fue objeto de análisis por parte de la Sala Constitucional, instancia que en el voto 3669-2006 de las quince horas del quince de marzo del dos mil seis, dispuso en lo medular, que la exigibilidad de esa circunstancia como presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso administrativa, rozaba con el Derecho de la Constitución, en tanto limitaba el acceso a la revisión judicial de las conductas formales de la Administración Pública, con lo cual quebrantaba los principios de justicia pronta y cumplida, así como el de igualdad, a partir de lo cual,

estableció que tal instituto pasaría a ser facultativo para el administrado. En ese sentido señaló:

**“V.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL CARÁCTER PRECEPTIVO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA.** Actualmente, sobre todo a la luz de los principios de la supremacía de la Constitución y de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, así como de su eficacia expansiva y progresiva e interpretación más favorable, se entiende que el carácter obligatorio o preceptivo del agotamiento de la vía administrativa riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida ex artículos 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igualdad, puesto que, sólo en el proceso contencioso-administrativo –y no así en el resto de las jurisdicciones- se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional, agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes...”

Con todo, en ese mismo voto señaló que en dos casos concretos, por así establecerlo el texto expreso de la Carta Magna, ese requisito continuaba siendo preceptivo. En ese orden, señaló que, en materia municipal, así como en la Contratación Administrativa, pervivía tal requerimiento previo de acceso a esta jurisdicción. Sobre ese aspecto indicó:

**“VII.- AGOTAMIENTO PRECEPTIVO IMPUESTO POR EL TEXTO CONSTITUCIONAL.** El constituyente originario estableció varias hipótesis en que el agotamiento de la vía administrativa resulta preceptivo, al entender que el órgano o instancia que revisa o fiscaliza un acto administrativo determinado es una garantía de acierto, celeridad y economía para el administrado. En tales circunstancias, se encuentran los numerales 173 respecto de los acuerdos municipales, en cuanto el párrafo 2º, de ese numeral establece que si no es revocado o reformado el acuerdo objetado o recurrido, los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente y 184 en cuanto le reserva a la Contraloría General de la República la jerarquía impropia de los actos administrativos dictados en materia de contratación administrativa. En estos dos supuestos, al existir norma constitucional que le brinda cobertura al agotamiento preceptivo de la vía administrativa no puede estimarse que sea inconstitucional ese

*presupuesto obligatorio de admisibilidad de un proceso contencioso-administrativo.”*

En la actualidad, el ordinal 31.1 del CPCA expresa lo señalado por la Sala Constitucional en cuanto a que el agotamiento de la vía administrativa será facultativo, salvo para las materias señaladas, en las que, se insiste, dada la vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Sala Constitucional, atendiendo a lo preceptuado por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (No. 7135), el agotamiento de marras sigue siendo obligatorio para acceder a la revisión de las conductas administrativas en esta sede contencioso administrativa.<sup>221</sup>

En materia municipal, en la cual, la justificación dada por la Sala Constitucional fue que, la imposición del canon 173 de la Constitución Política, de que un Tribunal dependiente del Poder Judicial “resuelva definitivamente”, las impugnaciones que se formulen contra las decisiones municipales, tal redacción hacía suponer la existencia de una jerarquía impropia bifásica en esa materia. Ello implica, en la actualidad, en tal materia, el agotamiento de la vía administrativa es obligatorio

---

221 Sobre este particular debe indicarse, atendiendo a la misma razón lógica dada por la Sala Constitucional en el voto mencionado arriba, tal preceptividad opera únicamente en los casos en que, en materia de contratación administrativa, la competencia de revisión recursiva corresponda a la Contraloría General de la República como jerarca impropio. Ergo, cuando dentro del procedimiento de la contratación administrativa las medidas recursivas no sean conocidas por el órgano contralor, en virtud de esa competencia de contralor no jerárquico, al no estar presente el criterio de base dado por el Tribunal Constitucional para mantener vigente esa preceptividad, y atendiendo a un principio de acceso a la jurisdicción como parte de la tutela judicial efectiva y la justicia pronta y cumplida, así como el control universal de la función administrativa, tal agotamiento sería facultativo. Esto incluye los supuestos de recursos de objeción contra el cartel, en procedimientos en los que, por el monto de la contratación, tal competencia no corresponda a la Contraloría General de la República (CGR), así como en el caso del recurso de revocatoria contra el acto final del concurso, siendo que a la Contraloría solamente atañe el de apelación. Igual sucede en la fase de ejecución contractual, en la que, las medidas de impugnación son, salvo norma en contrario, las que regula la LGAP, según las cuales, no hay supuesto de habilitación de competencial apelativa a favor de la CGR.

solamente cuando la apelación contra el acto final (de la Alcaldía o el Concejo Municipal) deba ser resuelta por algún Tribunal del Poder Judicial, fungiendo en esos casos, como contralor administrativo no jerárquico, más no como autoridad jurisdiccional, por lo que las decisiones adoptadas en ese ejercicio, no se encuentran impregnadas de la autoridad de cosa juzgada que asigna el mismo canon 153 de la Carta Magna.

Empero, se considera, esa justificación es contraria el Derecho de la Constitución misma, por contradecir el principio de distribución de funciones que resguarda el numeral 9 de la Constitución Política. Asimismo, se estima, ese marco constitucional no permite sostener que la resolución definitiva de las cuestiones municipales lo sea en ejercicio administrativo, como se ha tendido a proyectar del mandato 173, sino que esa definición lo es en ejercicio jurisdiccional, acorde a las potestades que confiere el artículo 153 *ejusdem*.<sup>222</sup>

Ahora, esto lleva a que, cuando la apelación administrativa no deba o corresponda ser atendida por el Poder Judicial (en esa competencia administrativa), el agotamiento aludido es facultativo.<sup>223</sup>

---

222 Para un abordaje de las razones que sustentan esta postura, puede verse el trabajo final de graduación titulado “Autonomía y funcionamiento municipal. Un replanteamiento de su ejercicio y régimen recursivo.” De Garita Navarro, JOSÉ ROBERTO, Giusti Soto, JUAN LUIS, González Mora, LIDIA Y Monge Bolaños, RICARDO. Maestría en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica, 2008.

223 Cabe destacar que, con todo y el carácter preceptivo del agotamiento de la vía en esos supuestos relatados, si tal presupuesto no es alegado por las partes dentro de un proceso contencioso administrativo (art. 66.1.d) del CPCA), o bien, no es apreciado de oficio por la persona juzgadora (art. 92.1 CPCA) y el expediente se encuentra ya en la fase de juicio oral y público, o bien, listo para el dictado de sentencia, a tono con el mandato 120 inciso 4 del CPCA, tal requisito se tiene por superado, sin que el proceso pueda inadmitirse por ese aspecto. En la sentencia No. 17737-2012 de las dieciséis horas veintiún minutos del doce de diciembre de dos mil doce, en la que concluyó, por criterio de mayoría: “...*Los mismos argumentos son válidos para los procesos judiciales, de tal forma que no tiene sentido que teniendo la administración la posibilidad -con conocimiento de las pretensiones de los*



En ese sentido referido en el considerando precedente, en materia municipal, existen dos órganos que son Tribunales dependientes del Poder Judicial cuyas competencias incluyen la atención y resolución de los recursos de apelación formulados contra decisiones de la Municipalidad. Así, en un primer gran eje, se encuentra, a la fecha, la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo en este caso. Como parte de las jerarquías impropias de grado bifásico que aún perviven, ese órgano funge como contralor no jerárquico en materia municipal. Tal competencia se ha otorgado tomando como base lo preceptuado por el ordinal 173 de la Carta Magna. En esa línea, en el Código Procesal Contencioso Administrativo, en el Título IX Procesos Especiales, en el capítulo II regula el denominado "*Recurso no jerárquico en materia municipal*". El mandato 189 *ibidem* señala con claridad: "*Será de conocimiento del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, la apelación contra los acuerdos municipales, establecida en el artículo 173 de la Constitución Política.*". Por su parte, el artículo 171 del Código Municipal, No. 7794 (que se corresponde al anterior artículo 162 de esa norma, y cuya numeración fue corrida por la Ley No. 9542 del 23 de abril del 2018), asigna igual potestad respecto de los actos que emanen del Alcalde Municipal. Así lo imponen además los ordinales 162, 163 y 165 (antiguos 153, 154 y 156) del Código Municipal, que fija la potestad de revisión de los actos que emanen del Concejo. Desde esa óptica, se constituye en un contralor no jerárquico en materia municipal, cuyas decisiones agotan la vía administrativa, requisito este último que resulta preceptivo para acudir a la tutela

---

*accionantes-, de por un lado haber alegado el vicio de falta de agotamiento de la vía al inicio del proceso, o bien por otro, de revertir el acto si así lo estima, en ejercicio del principio de auto tutela, no hiciera ninguno, y que ante su inercia y la del juez tramitador, se anteponga el interés de la administración a la del administrado, cuando se ha avanzado ya en el proceso para el inicio de la fase de juicio. El administrado no tiene porqué sufrir la inercia de la administración, o de la administración de justicia en perjuicio de su derecho constitucional a una justicia pronta y cumplida y de su derecho a ser efectivamente tutelado, especialmente tomando en cuenta que, en esta materia, la administración goza de una ventaja –por disposición constitucional-, frente al administrado, la que no supo invocar o defender oportunamente.”*

jurisdiccional según lo establecido por el artículo 31.1 del Código Procesal Contencioso Administrativo y el fallo 3669-2006 de la Sala Constitucional. Así se ha interpretado en precedentes de este Tribunal, dentro de los cuales se puede mencionar el fallo No. 305-2005 de las 14 horas 10 minutos del 29 de julio del 2005, que sobre esa particular señala:

*"III.-DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO. - Estima pertinente este Tribunal aclararle al recurrente que la participación que tiene en la gestión municipal deriva directamente de lo dispuesto en el artículo 173 de la Constitución Política, que lo estatuye como jerarca impropio de las corporaciones municipales, al asignarle el conocimiento definitivo de los acuerdos del Concejo –órgano deliberativo de las municipalidades (artículo 12 del Código Municipal)–. Es así como se constituye en un jerarca impropio bifásico de los entes locales, esto es, se constituye en órgano superior de un ente distinto de la esfera organizativa que conoce, en tanto está residenciada en un órgano jurisdiccional, al estar dependiente del Poder Judicial, pero ejerciendo una función administrativa, con lo cual, agota esa vía. En estos supuestos, nunca puede actuar de oficio, de donde la tutela que ejerce sólo es a instancia de parte, y únicamente referido a asuntos de legalidad, no de discrecionalidad (al tenor de lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley General de la Administración Pública); sin embargo, sí puede sustituir, anular y corregir con ocasión del recurso formulado, precisamente al tenor de las facultades que se le reconocen en el artículo 102 de la Ley General de la Administración Pública."*

Empero, de las competencias revisoras que ejerce dicha Sección respecto de las conductas municipales en su papel de jerarca impropio, se excluyen las siguientes materias:

**a) tributaria municipal**, en la que, en tesis de principio, opera el régimen recursivo establecido por el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y en virtud del cual las apelaciones contra las decisiones locales las dirime el Tribunal Fiscal Administrativo, con algunas salvedades, a modo de simple referencia, en materia de patentes, en la que regulaciones específicas permiten este control por autoridad diversa; la apelación sobre valoraciones y avalúos de inmuebles en el contexto del

art- 19 de la Ley No. 7509 -Impuesto sobre Bienes Inmuebles-, competencia otorgada al Concejo Municipal; y en materia de sanciones),

**b) contratación administrativa municipal**, en la que aplican las regulaciones de la Ley de la Contratación Administrativa, con agotamiento de la vía por parte de la Contraloría General de la República o el jerarca interno respectivo, según lo establece el canon 164 (anterior 155) del Código Municipal y;

**c) empleo público municipal**, en los supuestos de régimen especial de impugnación que estatuye el numeral 159 (anterior 150) del Código Municipal. Precisamente, la materia de empleo municipal constituye el segundo caso en el que un Tribunal dependiente del Poder Judicial ejerce funciones de contralor no jerárquico administrativo. En ese sentido, resulta especialmente relevante referirse a la norma que sustenta dicha competencia. Indica el artículo 159 del Código Municipal:

***“Artículo 159.-*** Los servidores o servidoras podrán ser removidos de sus puestos cuando incurran en las causales de despido que determina el artículo 81 del Código de Trabajo y las dispuestas en este Código.

*El despido deberá estar sujeto tanto al procedimiento previsto en el libro segundo de la Ley general de la Administración Pública, como a las siguientes normas:*

***a) En caso de que el acto final disponga la destitución del servidor o servidora, esta persona podrá formular, dentro del plazo de ocho días hábiles, contado a partir de la notificación del acto final, un recurso de apelación para ante el tribunal de trabajo del circuito judicial a que pertenece la municipalidad.***

*b) Dentro del tercer día, el alcalde o alcaldesa remitirá la apelación con el expediente respectivo a la autoridad judicial, que resolverá según los trámites ordinarios dispuestos en el Código de Trabajo y tendrá la apelación como demanda. El tribunal laboral podrá rechazar, de plano, la apelación cuando no se ajuste al inciso anterior.*

*c) La sentencia del tribunal de trabajo resolverá si procede el despido o la restitución del empleado o empleada a su puesto, con pleno goce de sus derechos y el pago de los salarios caídos. En la ejecución de sentencia, el servidor o servidora municipal podrá renunciar a ser*

*reinstalado, a cambio de la percepción del importe del preaviso y el auxilio de cesantía que puedan corresponderle, y el monto de dos meses de salario por concepto de daños y perjuicios.*

***d) El procedimiento anterior será aplicable, en lo conducente, a las suspensiones sin goce de sueldo, determinadas en el artículo 149 de esta Ley.*** –El resaltado es suplido-

Dicho mandato establece que, frente a las sanciones de despido sin responsabilidad patronal o suspensión sin goce de sueldo, adoptadas por el titular de la Alcaldía, procede el recurso de apelación para ante el Tribunal de Trabajo del Circuito Judicial al que pertenece la Municipalidad. En ese orden, el inciso b) de esa norma señala en tenor literal que la apelación será tenida como demanda y que será resuelta según el trámite (procedimiento) ordinario fijado por el Código de Trabajo. Cabe destacar que, dada la fecha de los hechos, ese numeral 159 de la Ley No. 7794 se correspondía al canon 150, siendo que la norma no ha sido reformada, sino que por la emisión de la Ley No. 9542 del 23 de abril del 2018, “Ley de Fortalecimiento de la Policía Municipal, dicha numeración fue corrida a partir del artículo 61 de ese código, que adicionó 9 artículos a esa fuente legal. Como se puede observar, la misma norma 159 del Código Municipal señala que la apelación, en esos casos, ha de ser tenida como demanda, término que hace suponer un proceso de naturaleza jurisdiccional.

Tal postura fue mantenida por la Sala Constitucional en el voto 8016-2004 del 21 de julio del 2004, así como en el No. 11879-2004 del 27 de octubre del 2004. En este último precedente, vinculante erga omnes, se sostuvo lo siguiente:

***“VIII.- DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO E) DEL ARTÍCULO 150 DEL CÓDIGO MUNICIPAL.*** *La otra disposición impugnada en esta acción es el inciso e) del artículo 150 del Código Municipal, en virtud del cual, la apelación de la decisión de despido en sede administrativa se constituye en la demanda ordinaria en sede jurisdiccional; lo cual se estima violatorio del derecho a la doble instancia y revisión de los actos administrativos. De manera que echan de menos aquellos elementos del trámite ordinario en vía administrativa y jurisdiccional que resultan necesariamente suprimidos, en vista de la abreviación de los dos órdenes que efectúa la norma impugnada, que*

*precisamente serían el ejercicio del recurso administrativo ordinario de reposición –por tratarse de un acto emanado por el jerarca, según el artículo 17 inciso k) del Código Municipal- y del recurso extraordinario de revisión; la configuración de un acto inequívoco de agotamiento de la vía administrativa; y la interposición de la demanda en sede jurisdiccional. Otros pasos procesales de los que, según el actor, se estaría prescindiendo son las diversas instancias del proceso ordinario laboral, incluyendo el caso en que sea rechazada de plano la apelación. Efectivamente, a partir del ejercicio del recurso de apelación –que debe entenderse es uno de los medios de impugnación ordinarios dentro del procedimiento administrativo- se produce, en efecto, una simbiosis entre lo administrativo y lo jurisdiccional que puede calificarse, por lo menos, de inusual. Hay que advertir que ya con anterioridad, esta Sala se pronunció acerca de la constitucionalidad del inciso e) del artículo 150 del Código Municipal –en sentencia 2004-08016, de las dieciséis horas veintiséis minutos del veintiuno de julio del dos mil cuatro, y que tiene su antecedente en la sentencia número 3466-93 de las 15:03 horas del 20 de julio de 1993–. En aquella ocasión se consideró que esta situación no es contraria al Derecho de la Constitución por infracción del debido proceso, por estimarse que: **a.-** El procedimiento dispuesto en el artículo 150 del Código Municipal garantiza plenamente el debido proceso; así, se le notifica del carácter y fines del procedimiento (intimación); se le confiere derecho a ser oído y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que estime pertinentes, en el caso concreto, se le confiere un plazo de cinco días para presentar la prueba de descargo; puede hacerse representar y asesor por abogados y otras personas calificadas (peritos); tiene acceso a la información y antecedentes administrativos que consten en el expediente; se le notifica adecuadamente de la decisión que toma la Administración y los motivos en que se funda; y el derecho a recurrir de la decisión dictada. Con lo cual, es evidente que en este procedimiento se da pleno cumplimiento de las garantías del debido proceso y derecho de defensa. **b.-** La apelación que se dispone lo es ante la autoridad jurisdiccional – del Poder Judicial– al que pertenece la municipalidad. En este sentido la intervención de una autoridad jurisdicción –no como jerarca impropio, sino en ejercicio de la función jurisdiccional– se constituye en una garantía del respeto de los derechos de los servidores municipales. De manera que no obstante que se suprimen del trámite regular que sigue cualquier procedimiento administrativo la posibilidad de formular el recurso ordinario de reposición y/o el extraordinario de revisión; implica*

*el acceso directo al control jurisdiccional, esto es sin la necesidad de agotar la vía administrativa, presupuesto de legitimación para acceder al control jurisdiccional en los asuntos que derivan de relaciones jurídico-públicas administrativas. En este sentido, debe recordarse que los propios artículos 402 a) y 469 del Código de Trabajo facultan al Estado oponer la excepción de agotamiento de la vía, en términos similares a los que regula el artículo 50.1 inciso c) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De suerte que la omisión del último tramo del procedimiento administrativo para acceder de pleno derecho a la sede jurisdiccional no deja en estado de indefensión al funcionario municipal; con lo cual no hay una infracción sustancial del debido proceso, tal y como lo entiende el Derecho de la Constitución, toda vez que más bien hace efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva, que deriva del artículo 41 de la Constitución Política. En esa ocasión se indicó: "Nótese que se trata de la supresión de una etapa del procedimiento que no impide acceder al ámbito jurisdiccional, sino de la conjugación de los dos campos. En verdad, la supresión de esta etapa acelera el litigio y permite llevar el caso ante el juez. Tampoco se infringe con la abreviación anotada el principio de igualdad pues, como ya se dijo, la diferencia de trámite que deben soportar los servidores municipales en relación con otros funcionarios del Estado -para quienes queda abierto el ejercicio de los recursos administrativos ordinarios y extraordinarios, así como la obtención de un acto formal de agotamiento de la vía administrativa- no les causa perjuicio alguno ni, mucho menos, resulta contraria a su dignidad, porque, como se dijo, el único efecto causado por la supresión de una o varias etapas del proceso administrativo, es abreviarle al ciudadano el plazo para acudir ante los jueces para la revisión de su caso. Finalmente, tampoco se observa lesión del principio de seguridad jurídica, en la medida en que el procedimiento, pese a su atipicidad, está regulado claramente en las normas que se impugnan y el cumplimiento de sus etapas está claramente estipulado en la Ley." (Sentencia número 2004-08016, supra citada). c.- Es evidente que el procedimiento dispuesto en el artículo 150 del Código Municipal es un proceso absolutamente irregular, pero no por ello contrario al Derecho de la Constitución, toda vez que el proceso jurisdiccional se inicia con la formulación del recurso de apelación de la decisión administrativa. En este sentido, es claro que es el propio legislador quien -a través del Código Municipal- rompe la regla del principio dispositivo para, automáticamente, transformar un reclamo administrativo en el primer acto de un proceso laboral; con lo cual se*

*asimila la apelación a una formal demanda judicial, creando una ficción jurídica que opera exclusivamente a favor del trabajador. Esto aunado al carácter informal y garantista de la jurisdicción laboral –artículo 394 del Código de Trabajo- permite concluir que al tener la ley la apelación de la decisión del Alcalde Municipal como demanda laboral no se causa un perjuicio alguno a los servidores municipales de tal grado que les obstaculice el ejercicio y reconocimiento de sus derechos. De manera que esta circunstancia, en vez de constituir un perjuicio para los funcionarios municipales, es una situación de ventaja, que no gozan el resto de los ciudadanos que impugnan resoluciones administrativas ante los tribunales de justicia, porque para ello, se requiere hacerse una vez agotada la vía administrativa y en un plazo fatal. d.- Por último, es claro que aun cuando las disposiciones del artículo 150 del Código Municipal no disponen expresamente la posibilidad de acudir a las diversas instancias que componen el proceso laboral, es claro que la práctica de los tribunales laborales han equiparado el trámite a aquellos dispuestos en el Código de Trabajo, es decir, al proceso ordinario laboral, con lo que la decisión que dicta el juez que conoce inicialmente del asunto, cuenta con los mismos medios de impugnación que puede ejercer cualquier persona que inicia una demanda laboral contra un órgano o ente público, luego de haber agotado la vía administrativa. De manera que ni con la transformación automática del recurso administrativo de apelación en demanda, ni al omitir hacer referencia expresa al ejercicio de los recursos propios del proceso ordinario laboral, se quebranta el derecho a la jurisdicción, como lo entendió esta Sala en la sentencia número 3625-94, de las catorce horas cuarenta y cinco horas del veinte de julio de mil novecientos noventa y cuatro.”*

Sin embargo, tal postura, aparentemente pacífica en el análisis del Tribunal Constitucional, varió radicalmente con la emisión del voto No. 2011-003605 del 18 de marzo del 2011, decisión a partir de la cual estableció que el supuesto de hecho regulado por el entonces numeral 150 inciso a) del Código Municipal, era un trámite de jerarquía impropia bifásica. Lo anterior ante una consulta de constitucionalidad planteada por una persona juzgadora de este Tribunal Contencioso Administrativo. Sobre ese particular justificó su postura en las siguientes consideraciones:

**“II.- SOBRE LA CONSULTA PLANTEADA.** Considera la Jueza Tramitadora del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, que el artículo 150 incisos a), b), c) y d) del Código Municipal, en tanto otorga la competencia a los juzgados de trabajo para conocer de las apelaciones contra las suspensiones sin goce de salario y los despidos que de sus servidores públicos acuerden las municipalidades, es inconstitucional, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política y lo resuelto por esta Sala en sentencias número 2010-009928 de las 15:00 horas del 9 de junio de 2010 y 2010-017990 de las 15:00 horas del 26 de octubre de 2010 el conocimiento de esos asuntos corresponde, por Constitución, a la jurisdicción contencioso-administrativa. De otro modo no sólo que estaría creando una desigualdad en detrimento de los funcionarios municipales en relación con el resto de los empleados públicos, privándoles, asimismo, de los recursos que el Código Procesal Contencioso Administrativo ofrece, en particular en lo referente a las medidas cautelares y a la conciliación, y de la oralidad, celeridad y eficiencia de esa jurisdicción. Lo anterior se plantea dado que, a juicio de la consultante, al establecer el inciso b) del artículo 150 del Código Municipal que “...el alcalde o alcaldesa remitirá la apelación con el expediente respectivo a la autoridad judicial, que resolverá según los trámites ordinarios dispuestos en el Código de Trabajo y tendrá la apelación como demanda...” se trata de una demanda de carácter jurisdiccional y, por ende, la autoridad judicial resolverá en su función de órgano jurisdiccional. **Sin embargo, de la lectura del numeral en cuestión se concluye que, contrario a lo que se afirma en la consulta, la tramitación y resolución de esa apelación no se hace en ejercicio de la función jurisdiccional que asiste al órgano jurisdiccional de que se trate, sino que el órgano judicial conoce del asunto como superior jerárquico impropio, en los términos de lo dispuesto en el artículo 173 de la Constitución Política. De manera que ejerce y resuelve como órgano administrativo de instancia, no como órgano jurisdiccional, motivo por el cual lo que resuelva tiene carácter administrativo.** En vista de ello, no es aplicable lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política ni los precedentes de esta Sala establecidos en las sentencias número 2010-009928 de las 15:00 horas del 9 de junio de 2010 y 2010-017990 de las 15:00 horas



*del 26 de octubre de 2010, como se alega. En consecuencia, la consulta es inevaluable y así se declara.” –El destacado es propio-*

Posteriormente, en la resolución No. 6396-2011 de las 15 horas 20 minutos del 18 de mayo del 2011, adicionó y aclaró el voto No. 2011-003605 del 18 de marzo del 2011, en el siguiente sentido:

*“... Dado que en la sentencia número 04-08016 de las dieciséis horas con veintiséis minutos del veintiuno de julio de dos mil cuatro la Sala, al examinar la constitucionalidad del artículo 150 del Código Municipal -objeto de la duda de constitucionalidad planteada en esta consulta- consideró que el Tribunal de Trabajo que conoce de la apelación que interponga un servidor municipal contra su despido conoce como órgano jurisdiccional y no como jerarca impropio en los términos de lo dispuesto en el artículo 173 de la Constitución Política –criterio reiterado en la sentencia número 04-011879 de las catorce horas con cuarenta y ocho minutos del veintisiete de octubre de dos mil cuatro-, se aclara y adiciona la sentencia número 2011-003605 de las trece horas y treinta y dos minutos del dieciocho de marzo de dos mil once, en el sentido de que se rectifica y cambia el criterio de este Tribunal consignado en las sentencias dichas y se declara que los tribunales de trabajo que conocen de los despidos de los servidores municipales en aplicación de lo dispuesto en el artículo 150 del Código Municipal lo hacen en ejercicio de la jerarquía impropia establecida en el artículo 173 de la Constitución Política y no en funciones de órgano jurisdiccional.”*

Ese recuento lleva a que, en la actualidad, ante el criterio vinculante sentado por la Sala Constitucional, a partir de la emisión del fallo No. 3605 del 18 de marzo del 2011, las decisiones que adopte esa autoridad en esos supuestos, son ejercicio de una competencia de contralor administrativo no jerárquico, y no como autoridad jurisdiccional.

Cabe resaltar que, en el ejercicio de control no jerárquico, el Juzgado de Trabajo debe aplicar las regulaciones del Código de Trabajo, por así disponerlo el artículo

159 del Código Municipal, lo que configura un tratamiento especial *sui generis*, que prevalece sobre las reglas de competencias apelativas de la LGAP. Igual acontece con el tratamiento de la jerarquía impropia bifásica que opera en los casos competencia de la Sección III de este Tribunal Contencioso Administrativo, trámite que se regula por los cánones 189 al 192 del CPCA, constituyendo reglas especiales a las que fija en sede apelativa la LGAP. Así las cosas, es claro que a partir de los precedentes mencionados, las conductas que dicten los Tribunales de Trabajo, en el conocimiento y decisión de los asuntos regulados en el numeral 159 del Código Municipal, al margen de que se tramiten de conformidad con las reglas procesales laborales ordinarias, tienen naturaleza jurídica de decisiones administrativas definitivas, producto de haber sido emitidas en competencia de contralor no jerárquico, y que tiene por función dar agotamiento a la vía administrativa. Así las cosas, es evidente que esas decisiones no están dotadas de la autoridad de la cosa juzgada material, propia de las sentencias jurisdiccionales - y autos son carácter de sentencia- (art. 153 CP), por lo cual, en orden a lo que fija el canon 49 de la Constitución Política en relación a los preceptos 1, 2, 3, 31.1 y 36 del CPCA, son conductas que bien pueden ser sometidas a la revisión de validez dentro de un proceso jurisdiccional en esta sede contencioso administrativa, lo que incluye, el proceso de lesividad.

### **B. Legitimación frente a jerarquías impropias.**

Lo determinante en cuanto a la legitimación en el proceso de lesividad, en lo que se refiere a las relaciones derivadas del control apelativo externo, radica en establecer la instancia habilitada para entablar la causa de lesividad. De nuevo, el tema no muestra complicación cuando el jerarca impropio forme parte del mismo ente público o de la misma Administración Central, pues en tal hipótesis, en tanto parte de la misma Administración, la acción de lesividad se formula por ese ente público. Es el caso, por ejemplo, del control apelativo que realiza el Tribunal Administrativo de Transportes respecto del Consejo de Transporte Público, ambas

instancias adscritas al Ministerio de Obras Públicas y Transportes en virtud de la Ley No. 7969 que les da creación.<sup>224</sup> Lo mismo acontece con el Tribunal Aduanero Nacional, contralor no jerarca de las Administraciones Aduaneras, como órgano de especialización técnica que pertenece, orgánicamente, al Ministerio de Hacienda.<sup>225</sup> En tal marco, al margen de que la conducta impugnada sea confirmada, modificada o suprimida, a la postre, la circunstancia que la decisión de revisión se adopta por un órgano que pertenece al mismo ente que emite la conducta impugnada, no habría dilema alguno en cuanto a la definición de la instancia que puede formular la demanda de lesividad.

Sin embargo, cuando ese ejercicio apelativo corresponda a otro ente público, dado que el acto que da por agotada la vía administrativa (acto definitivo) y que genera la firmeza de la decisión administrativa, como efecto jurídico, exige el análisis de los supuestos y variables que pueden producirse en esa instancia, de relevancia para la lesividad, en cuanto a la legitimación procesal. Atendiendo a las relaciones de revisión recién referidas, pueden establecerse algunos supuestos, de necesaria consideración:

**a. Confirmación de la conducta impugnada:**

Cuando el contralor no jerárquico haya confirmado la conducta del órgano *a quo*, el acto final adquiere firmeza, a partir de lo cual, la potestad de declarar la patología del acto en sede interna y de formular el proceso de lesividad, recae en el ente al

---

224 De conformidad con la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la Modalidad de Taxi, No. 7969, ambos órganos cuentan con dicha adscripción, al tenor de los ordinales 6 (CTP) y 16 (caso del Tribunal Administrativo de Transportes).

225 La Ley General de Aduanas, No. 7557, en el canon 205 define al Tribunal Aduanero Nacional, como un órgano de decisión autónoma, adscrito al Ministerio de Hacienda, con competencia para conocer y decidir, en última instancia, los recursos contra los actos dictados por el Servicio Nacional de Aduanas, integrado, a la luz del precepto 8 de esa legislación, por la Dirección General de Aduanas, las aduanas, sus dependencias y los demás órganos aduaneros, según lo define el numeral 8.

que pertenece el órgano *a quo* que ha adoptado el acto final. Esto supone que la Administración que ejerce el control externo en sede vertical recursiva, no podría establecer este tipo de acción, en la medida en que la supresión del acto definitivo no supondría, *per se*, la invalidez del acto final que en virtud de su competencia especial, fue sometido a su conocimiento y revisión. Por el contrario, la determinación de invalidez del acto final, supondría, por efecto derivado de accesoriedad y consecuencia, la invalidez de los actos posteriores cuya existencia, dependan de aquel.

En efecto, en esta especie, el CPCA fija dos normas que podrían generar confusión sobre esa hipótesis. Por un lado, el ordinal 12 inciso 7 señala:

**“ARTÍCULO 12.-** *Se considerará parte demandada: (...)*

**7)** *Cuando una entidad dicte algún acto o disposición, que en virtud de un recurso administrativo no jerárquico -facultativo u obligatorio- deba ser conocido por parte de un órgano del Estado o de otra entidad administrativa, se tendrá como parte demandada:*

**a)** *El Estado o la entidad que dictó el acto, cuando este ha sido confirmado.*

**b)** *La entidad que, conociendo el recurso, anula, revoca o reforma la conducta cuestionada.”*

Dicho precepto fija las pautas en términos de legitimación pasiva frente al ejercicio de recursos no jerárquicos, señalando que, cuando la conducta sea confirmada, la demanda debe formularse en contra del ente que ha dictado el acto cuestionado (*a quo*), en tanto que si, en la resolución del recurso se dispone la nulidad, revocatoria o reforma del acto final, la demanda debe recaer en contra del ente que ejerce el control no jerárquico.

Por su parte, el mandato 33 del CPCA establece el tratamiento del acto impugnado cuando se ha optado por el ejercicio recursivo administrativo. Señala esa norma:

**“ARTÍCULO 33.-**

*1) Cuando se opte por el agotamiento de la vía administrativa, la demanda se dirigirá, indistintamente, contra el acto que sea objeto de los recursos ordinarios, contra el que resuelva estos recursos expresamente o por silencio administrativo o contra ambos a la vez.*

*2) No obstante, si el acto que decide el recurso ordinario reforma el impugnado, la demanda se deducirá contra aquel, sin necesidad de recurso alguno.”*

Dicha norma impone las reglas aplicables en cuanto al acto impugnado, cuando se ha optado por formular los recursos ordinarios que llevan como efecto, al agotamiento de la vía administrativa. Nótese que ese numeral fija que, cuando el acto final se ha confirmado, la demanda puede direccionarse contra el acto final, contra el definitivo (y en virtud del cual el final se torna firme), o contra ambos a la vez. Es claro que este tratamiento visualiza una contradicción con lo regulado en el artículo 12.7 *ejusdem*, pues si esta última norma señala que cuando el acto sea confirmado, la demanda debe cursarse en contra del *a quo*, en ese supuesto, el objeto del proceso ha de ser el acto que esa entidad ha emitido. De otra manera, se expondría a esa Administración a defender el contenido de un acto que, si bien ha confirmado una decisión previa suya, formalmente, no le es atribuible ni referible.

Parece entonces que la lógica de la norma atiende al agotamiento de la vía como marco general, pero que en los casos del control no jerárquico ejercido por un ente diverso al que pertenece el órgano que ha emitido la conducta, la demanda ha de cursarse contra el acto final. La otra posibilidad interpretativa lleva a que, en tal hipótesis de agotamiento de la vía, indistintamente del acto que se constituya como objeto del proceso, si se está frente al contralor no jerárquico confirmatorio, la demanda debe recaer sobre la Administración que ha emitido el acto sometido a revisión.

Pues bien, ante esas variaciones, se aprecia que la regla aplicable debe direccionarse a establecer una suerte de tratamiento analógico del ordinal 12.7 del CPCA y fijar que, en los casos de confirmación de conductas apeladas, la lesividad debe ser entablada por el órgano *a quo*, dado que fue su competencia sustantiva

la que llevó a la adopción del acto final, siendo que la participación del contralor no jerárquico se limita a la resolución de los recursos verticales planteados, sin modificación alguna al contenido del acto primigenio. Por virtud del numeral 164 de la LGAP, la nulidad del acto final implica la del definitivo, de ahí que la acción de lesividad contra el acto final llevaría a la supresión por conexidad del segundo, pero no a la inversa. De ahí que, en estos casos, sea el ente revisado quien se encuentra facultado para disponer la lesividad.

**b. Anulación o modificación de la conducta impugnada.**

Tratamiento diverso se produce cuando el acto que se estime lesivo, por haber generado un beneficio impropio, sea, el que, en sede apelativa, ha emitido el contralor no jerarca, a partir de la modificación del acto del *a quo*. En este caso es evidente que la lesividad debe recaer en contra del acto definitivo, que por su propia finalidad adquiere firmeza, en la medida en que dispuso la modificación, supresión o revocatoria del acto final, que, a partir de esa decisión, deja de existir desde el plano formal jurídico.

Dado que el acto que genera el efecto patológico que da base a la lesividad es precisamente el definitivo, emitido por el *Ad quem*, es la Administración que lo ha emitido la única habilitada para emprender las acciones de lesividad.

Lo anterior genera el dilema de que la visión de invalidez y afectación a los intereses públicos que soportarían la pretensión de anulación, sea planteada por el *a quo*, es decir, que la instancia que considere que lo resuelto en apelación es disconforme con legalidad no sea el contralor no jerarca, sino el órgano sobre el cual se ejerce el control. Puede ponerse el siguiente ejemplo:

El Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo abre un procedimiento de licitación pública, el cual, de conformidad con los criterios definidos por el ordinal 27 de la Ley de Contratación Administrativa, No. 7494. En definitiva, se emite acto final de adjudicación aplicando una condición de desempate inserta en el cartel del concurso. La empresa XX, oferente no adjudicataria, presenta recurso de apelación

ante la Contraloría General de la República, acorde a los presupuestos del canon 84 de dicha ley de contratación. Ese recurso es declarado con lugar por la instancia de revisión, señalando que la pauta de desempate no es aplicable por ser contraria a legalidad, por lo que anula la adjudicación y ordena adjudicar a la recurrente (empresa XX). Lo anterior pese a que dicha cláusula cartelaria fue respaldada en un recurso de objeción que previamente había resuelto.

En tal caso, ciertamente se pueden observar una serie de incorrecciones que podrían sustentar la patología de grado absoluto del acto emitido en sede recursiva. Sin embargo, es evidente que el ente descentralizado que promovió el concurso público no se encuentra legitimado para pedir la lesividad del acto adoptado por el órgano contralor. Lo anterior por cuanto, ese acto en concreto, no fue emitido por el INVU, pese a que fue en virtud de una actuación precedente suya, que se dictó esa actuación definitiva. Para esos efectos, la pretensión de anulación que pueda establecer el ente fiscalizado, solamente podrá ser ejercitada mediante un proceso ordinario que formule contra aquella instancia de control y de paso, contra el recurrente, como parte que ha obtenido un beneficio derivado de la conducta objeto de la contienda. Es decir, la vía procesal debida para poder obtener la supresión de ese acto es un proceso ordinario anulatorio interadministrativo, y no un proceso de lesividad.

Lo anterior supone que la demanda que pueda plantear el INVU contra la actuación de la CGR, no precisa, como criterio de admisión, de las rigurosidades que son propias de la lesividad, como la declaratoria interna de patología por parte del jerarca de la Administración que ha emitido el acto. Sobre este tema se desarrollará más adelante. Basta señalar entonces, que en los casos de anulación o modificación de conductas sometidas a relaciones de control no jerárquico (apelativo), la legitimación para plantear la lesividad recae, con exclusividad, en la jerarquía suprema de la Administración que ha emitido el acto definitivo, sin que sea factible que la Administración revisada, pueda emprender esta alternativa procesal, debiendo, si es del caso, presentar una causa ordinaria común, en contra

de aquella conducta, en contra de la Administración que ha ejercitado la competencia de control externo.

### **C. Legitimación de lesividad en actos complejos y compuestos.**

Atendiendo a que la legitimación para formular la causa de lesividad en sede judicial, fenómeno diverso a la competencia para declarar lesivo el acto en sede interna (administrativa), tema que adelante será tratado en el elemento procedimental, recae sobre la unidad administrativa que ha adoptado la conducta que se constituye como objeto de la contienda judicial, se hace necesario realizar precisar esa pauta subjetiva en relación con las conductas administrativas en cuya adopción, concurren varias voluntades administrativas de diversos órgano o entes.

En esa dimensión, no existe duda alguna cuando el acto a suprimir por este mecanismo procesal, haya sido adoptado mediante el ejercicio y voluntad específica y concreta de una sola Administración Pública. El tema adquiere relevancia, se insiste, cuando la emisión del acto de contenido favorable exige, la concurrencia de voluntad de dos o más órganos que pertenecen a diversos entes. Frente a esa particular, se está frente a los denominados ACTOS ADMINISTRATIVOS COMPLEJOS. La doctrina nacional, en concreto, el profesor Ortiz Ortiz los ha definido de la siguiente manera:

*"(...) el formado por la voluntad de dos o más sujetos u órganos actuando para un mismo fin y con igual contenido o efecto jurídico: el decreto conjunto del Presidente y del Ministro, el acuerdo entre dos o más Municipios para prestar u organizar un servicio público entre dos o más cantones, etc. El acto complejo emana de un órgano complejo, que es el formado por los dos o más que lo dictan y la falta de cualquiera de éstos anula el acto por falta de sujeto tanto como por falta de voluntad. Igualmente ocurre cuando se anula la participación de cualquiera de los órganos necesarios.*

*El acto es de complejidad externa cuando emana de varios entes e interna cuando emana de varios órganos: es igual la importancia de participación de cada órgano a la del otro u otros, y desigual, cuando no*



*lo es. Así, hay complejidad igual en el acuerdo de varios municipios porque todos pueden hacer lo mismo en el orden que quieran para lograrlo, en tanto que es desigual la que se da en el acto del Presidente y Ministro porque éste generalmente propone y el Presidente acepta.*<sup>226</sup>

Tal y como lo manifiesta el citado autor nacional, el acto administrativo simple, que se ha definido ya como la manifestación unilateral de voluntad, conocimiento o juicio adoptado por la Administración Pública en ejercicio de función administrativa, generador de efectos, concepto en el cual el componente de voluntad se refiere al proceso intelectual en virtud del cual una determinada unidad administrativa, en ejercicio de sus competencias funcionales, adopta una decisión específica (contenido), sustentada en un antecedente fáctico (motivo), dirigida a tutelar un fin fijado por el Ordenamiento Jurídico (fin). Supone, por ende, un ejercicio unidimensional del órgano administrativo en la exteriorización de su voluntad de decisión para producir una consecuencia jurídica.

---

226 ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Clasificación de los Actos Administrativos, Tesis No.21, Derecho Administrativo, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Tomo 2, 1976, p.10. Esa misma postura conceptual formula el profesor JINESTA LOBO, Ernesto, al señalar los actos complejos en el siguiente sentido: “A diferencia de los actos simples que emanan de un sólo órgano-institución -individual o colegiado-, se forman por la concurrencia de la voluntad de distintos órganos-institución. Así, un decreto ejecutivo (simple decreto o un decreto reglamentario -reglamento ejecutivo-) se forma por el concurso de voluntades del Presidente de la República y del respectivo Ministro del ramo (artículo 140, inciso 3, de la Constitución Política). En este tipo de actos administrativos el vicio de una de las voluntades concurrentes lo afecta.” Op. Cit. Pág. 369. En esa misma línea, se ha indicado: “En el acto complejo la voluntad declarada es única y resulta de la fusión de la voluntad de los órganos que concurren a formarla, o de la integración de la voluntad del órgano a que se refiere el acto. Si las voluntades que concurren a la formación del acto son iguales, el acto se forma por la fusión de las distintas voluntades; si son desiguales por la integración en la principal de las otras. Habrá integración de voluntades cuando un órgano tiene potestad para adoptar una resolución, pero ese poder no podrá ejercerse válidamente, sin el concurso de otro órgano.” DIEZ, Manuel María, El Acto Administrativo, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 2da. ed., 1961, p.123 y 124.

Por contraste, en el acto administrativo complejo, bajo la misma noción conceptual genérica ya indicada, la configuración de la voluntad administrativa requiere de la concurrencia, indispensable, compositiva y estructural, de la participación de dos órganos diversos, cuyas competencias concurren en la adopción del acto, para buscar y potenciar la satisfacción de un mismo fin, que evidentes congruente con las potestades asignadas a cada uno de ellos. *Ergo*, la voluntad compleja de ambas instancias, constituye un requisito de validez del acto, sin las cuales, no se puede emitir válidamente.

Sobre esta tipología, la doctrina lo considera como: "(...) *el que resulta del concurso de varios órganos o de varios entes. La característica es que las voluntades tienen un único contenido y una única finalidad, y se funden para formar un acto único.*"<sup>227</sup>

Cabe destacar que la categoría bajo examen no opera frente a los actos administrativos adoptados por los órganos colegiados, en los cuales, la configuración de la voluntad del órgano deriva de un procedimiento de deliberación y votación que permite a los integrantes del respectivo colegio, emitir la respectiva decisión. Dicha voluntad se adopta a partir de criterios de mayoría que impone la ley que rige el proceder de cada cuerpo colegiado, y en su defecto, por las reglas previstas en los mandatos 49 a 58 de la LGAP.<sup>228</sup> Así, en este supuesto, varios

---

227 GARCIA- TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, Madrid, Editorial Civitas, 1era. ed., 1986, p.229. El profesor referido postula que según los órganos que concurren en la emisión del acto sean parte del mismo ente público o de diversos, la complejidad del acto será, respectivamente, interna o externa. Señala en ese particular: "*Puede ser complejidad interna, cuando son órganos del mismo ente público los que concurren, o externa, cuando son varias personas jurídicas. Desde otro punto de vista, puede ser igual o desigual, según que las voluntades sean paritarias o una prevalezca.*". Op. Cit. *Ibidem*.

228 Tratándose de este tipo de órganos de base colegiada, cada ley ha de regular aspectos fundamentales de su funcionamiento, no solamente a nivel de su integración, sino además en elementos sustantivos como el quorum estructural y el funcional. El primero, referido a la cantidad mínima de integrantes necesarios para sesionar válidamente, es decir, para poder

integrantes de un mismo órgano concurren a adoptar la voluntad de un solo órgano, por lo que es notorio que la complejidad del acto es un fenómeno diverso a la voluntad colegiada.<sup>229</sup>

---

realizar una sesión. El segundo, consistente en la cantidad de miembros necesarios para adoptar una decisión. Ambos parámetros deben venir fijados por la ley constitutiva del órgano. En su defecto, la LGAP establece como quorum estructural la mayoría absoluta de sus componentes (art. 53.1). En cuanto al funcional, la misma ley aludida impone como mayoría mínima para adoptar la decisión, la mayoría absoluta de los miembros asistentes en la sesión (art. 54.3) Lo anterior salvo los acuerdos adoptados en firme, sea, aquellos que no requieren de la aprobación del acta respectiva para consolidar su ciclo de emisión, tipología para la cual, el quorum funcional que fija la LGAP es de mayoría calificada de dos tercios de los miembros integrantes del colegio, que no de los presentes (art. 56.2). De igual manera, salvo la excepcionalidad de los acuerdos en firme, la citada legislación exige de la aprobación del acta de la sesión respectiva para la firmeza de los acuerdos adoptados en simple (con mayoría absoluta de los presentes), ergo, a falta de esa condición, el acto ni es válido, ni muchos menos, puede producir efectos. Ello implica que la eventual comunicación de un acto que carece de dicha firmeza en su emisión, constituye un vicio estructural que produce, a no dudarlo, la nulidad absoluta y palmaria de esa conducta. Cabe señalar que los criterios cuantitativos del quorum funcional deben ser precisados por cada ley especial, pues bien podrían considerarse tomando como base referencia, los integrantes del colegio, o los asistentes a la sesión. Es decir, bien podría regular, una ley concreta, que la firmeza del acuerdo requiera de una determinada mayoría considerada a partir de los presentes en la sesión, y no de los componentes totales de la cámara. De igual manera, los criterios del tipo de mayoría a considerar frente a cada tipo de decisión (simple: cualquier mayoría; absoluta: mitad más uno; o calificada: cualquier mayoría superior a la absoluta, usualmente 2/3 o 3/4 de un referente de miembros), es resorte de cada desarrollo legal. Es predecible y conveniente que frente a supuestos en los cuales el legislador quiera potenciar la mayor participación de integrantes en una determinada decisión, materia o tipo de asuntos, el tipo de mayoría a utilizar sea agravado, y sobre la base de los integrantes del colegio. Así como en otros casos, para potenciar la actividad del colegio y la eficiencia administrativa, podría pensarse en esquemas de voluntad colegiada regidos por mayorías simples o absolutas de los asistentes.

229 Así lo expone el profesor JINESTA LOBO, Op. Cit. Ejusdem. GARCA TREVIJAJO, sobre esa diferencia precisa: “*Los actos emanados de un órgano colegiado son también*

Ahora, frente a este instituto de acto complejo, si la concurrencia de voluntades es interna, sea, de órganos dependientes de la misma Administración, no existe conflicto alguno en cuanto a la legitimación activa, dado que es esa misma Administración la que se encuentra habilitada para la formulación de la acción judicial. Empero, cuando derivan de órganos de diversos entes, el CPCA no contiene norma expresa que regule dicho supuesto. Sin embargo, para los efectos de la declaratoria interna de lesividad, el canon 34.3 de esa regulación precisa que compete al Consejo de Gobierno la declaratoria de lesividad de los actos complejos adoptados por órganos de diversos ministerios, o entre estos y entes descentralizados. En ese supuesto, al ser ambos ministerios parte de la Administración Central, es claro que es el Estado bajo la representación de la PGR la parte activa de la causa.

Igual tendencia podría sostenerse en el segundo caso, sea, frente a actos complejos en que concurra la voluntad de un órgano de la Administración Central y un ente descentralizado, aplicando una suerte de analogía en virtud de la cual, siendo el Consejo de Gobierno la instancia encargada de declarar administrativamente la lesividad, correspondería al Estado el papel legitimante activo, sin perjuicio de la participación del ente público concurrente, bajo la figura de la tercería sin pretensiones propias, dado el interés directo que se produciría frente a esa eventualidad. La participación del ente no podría concretarse mediante la coadyuvancia activa, regulada en el ordinal 13 del CPCA, por cuanto no es un interés indirecto el que vincula a ese ente con el objeto del proceso, al haber concurrido en la emisión del acto.

Sin embargo, el tema adquiere matices diferentes frente a conductas complejas en que ha concurrido la voluntad de dos entes públicos menores. En esa especie, fuera

---

*simples, aunque el titular esté compuesto por varias personas, porque la voluntad de todas se imputa a un sólo órgano y forman jurídicamente una sola." (Ibidem). Op. Cit. Ibid.*

del tratamiento de la exigencia procedimental de la declaratoria de lesividad en sede interna, lo que se analizará en su momento, podría postularse la improcedencia de una modalidad de litisconsorcio activo necesario, al no estar regulado en el régimen nacional y condicionar el ejercicio de acción de la respectiva Administración. Desde esa arista de análisis, nada obstaría para que ambas entidades, bajo la máxima de coordinación, de manera conjunta formulen el proceso de lesividad en una suerte de coparticipación como parte accionante. En tal caso, no habría mayor problema en el tratamiento procesal. De igual manera, podría indicarse que, por un aspecto de economía procesal y eficiencia, ambos entes se encontrarían plenamente habilitados, cada uno de manera individual, para formular la respectiva acción de lesividad, sin perjuicio de la participación del otro ente como tercero

Sin embargo, bien puede darse el caso que ambas entidades no precisen la misma patología en el acto emitido de manera conjunta, lo que, ciertamente, impediría que solo uno de ellos establezca la acción de lesividad. Frente a ese debate, cabe cuestionarse si ante a esa particularidad de la complejidad, sería oponible un alegato de no regulación de litisconsorcio activo necesario.

En ese dilema, como punto de partida, cabe recordar que de conformidad con el artículo 10.5 del CPCA, la legitimación para formular el proceso de lesividad recae en la Administración que ha adoptado el acto. En la hipótesis bajo examen, el acto no puede ser dictado sin la concurrencia de las dos voluntades administrativas, de entes menores diversos. Por ende, es claro que la conducta es imputable a ambas unidades, y no solamente a una de ellas. De esa manera, siendo que se trata de un supuesto en el que dos entes concurren a emitir un solo acto, la demanda de lesividad se encuentra supeditada a que ambos entes manifiesten expresamente, en sede administrativa, la declaratoria de lesividad del acto respectivo, lo que obliga a potenciar la coordinación administrativa para esos efectos. Esto evitaría el potencial problema de que alguno de los entes no concorra con la intención de someter el acto a revisión judicial. En cuanto a ese requisito, a diferencia de lo establecido en el ordinal 34.3 del CPCA, que señala que en los actos complejos en

que intervenga un órgano del Estado, la declaratoria aludida debe ser realizada por el Consejo de Gobierno, tratándose de ese tipo de actos, emitidos por entes menores, la normativa aplicable no establece que una sola de esas instancias pueda realizar esa declaratoria de afectación de intereses públicos.

De ahí que como derivación de la garantía que supone este mecanismo procesal para los efectos de la intangibilidad de los actos propios y la seguridad jurídica, ambas voluntades deben manifestar la lesividad interna. De otro modo, no puede colegirse una verdadera y sustantiva intención de someter el acto favorable a escrutinio judicial. Cumplida esta exigencia, la acción debe ser presentada por ambas unidades administrativas, pues se trata de una sola conducta, cuyo contenido no es posible separar, lo que exige la participación de ambas para obtener la anulación de ese comportamiento. *Ergo*, la “Administración” a la que hace referencia el numeral 10.5 mencionado, se encuentra constituida, para esos casos, por ambos entes, lo que obliga a la participación conjunta como pauta legitimante de esa tipología de pretensión.

Caso no requerir las anteriores exigencias, se insiste, podría darse el caso de que la intención anulatoria derive de una sola de esas Administraciones, pese a que la otra no comparte la visión patológica de la promovente. El paralelismo de las formas impone lo indicado, en el sentido de que la configuración de la voluntad compleja del acto, que ha sido un presupuesto de su emisión, en tanto requiere de la concurrencia inseparable de dos entes, exigiría igual proceder para solicitar la supresión de esa conducta que atañe a ambos y no solamente a uno de ellos.

#### **D. Los procesos anulatorios interadministrativos.**

A la luz de lo tratado en los apartes previos, se ha podido establecer que en orden a lo que estatuye el canon 10.5 del CPCA, la legitimación para petitionar en sede judicial la revisión de validez de un acto de contenido favorable, que se estima lesivo a los intereses públicos, recae en la misma Administración Pública autora de esa

conducta. Empero, se ha puesto de manifiesto que en virtud de las relaciones de fiscalización o control que, en determinados supuestos, impone el Ordenamiento Jurídico, el órgano que ha emitido la conducta sometida a ese control o fiscalización, puede encontrarse en supuestos de disconformidad respecto del acto que concreta esas potestades atribuidas a otro órgano o ente.

Para esos efectos, se ha señalado que en las relaciones de control no jerárquico en las que, el acto definitivo sea emitido por un órgano o ente distinto al que pertenece el a quo, la lesividad solamente puede ser presentada por la instancia administrativa que ejerce la potestad *Ad quem*. Ante ese tipo de situaciones, hemos anticipado que la vía procesal en virtud de la cual ese órgano revisado o controlado, es un proceso anulatorio interadministrativo, que debe ser formulado en contra de la Administración contralora externa y eventualmente, de corresponder según el contenido del acto, de la parte recurrente que se ha beneficiado con el acto que dispuso anular o modificar el emitido por la instancia primaria.

Esa tipología descrita exige la precisión de los supuestos en los que, dadas esas relaciones intersubjetivas, cabe esa modalidad procesal.

La sinergia que se produce entre las potestades de diversos órganos o entes, dada la especialidad de competencias de orden técnico asignadas por ley, justifica relaciones interadministrativas concretadas por esquemas de fiscalización y/o control que ejerce una Administración sobre las conductas de otras instancias administrativas. Lo anterior forma parte de las relaciones de tutela administrativa, en virtud de la cual, a partir de la existencia de un vínculo de dirección intersubjetiva, un ente público ejerce control de las actuaciones de otros entes.<sup>230</sup>

---

230 El profesor JINESTA LOBO, sobre esa dimensión, citando a García Trevijano indica: *“La tutela administrativa o dirección intersubjetiva, se traduce en potestades de control del ente público mayor sobre los menores descentralizados. Algunos sostienen que el núcleo duro de la tutela administrativa lo es el control, razón por la que se debería denominar de esa forma. Así, se ha definido la tutela como la "acción ejercida por un ente superior sobre*

Atendiendo al momento en que esas competencias especiales sean ejercitadas, ese control o fiscalización puede establecerse de previo o posterior a la emisión del acto por parte del órgano sujeto. Desde esa arista, esas potestades de la instancia contralora o fiscalizadora pueden concretarse mediante manifestaciones de orden preventivo, represivo e incluso, sustitutivo.

Siguiendo la postura de Marienhoff<sup>231</sup> esa competencia de control y fiscalización puede ser de orden oficioso, o bien a petición de parte interesada, en virtud del deber de vigilancia o de los recursos administrativos, respectivamente. Lo relevante para el punto bajo examen, es la comprensión de que el acto administrativo puede

---

*actos y personas de otro inferior ... Esta tutela supone examinar algo y su finalidad no es tanto favorecer y ayudar al tutelado (como ocurre en la tutela civil), como defender el interés general que en ese caso concreto está siendo alcanzado -o se pretende al menos- por un ente actuante". De ahí también, que se distinga entre control inter orgánico (relación jerárquica) y control intersubjetivo (relación de tutela administrativa)." Op. Cit. Págs. 45-46 El autor nacional refiere al tratamiento que sobre el tema ha realizado GARCIA-TREVIJANO FOS, J.A., en Tratado de Derecho Administrativo II-I, **Madrid**, Ed. Revista de Derecho Privado, **2a.** edición, 1971, Págs. 455-456.*

231 MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4ta. ed. Tomo I, 1990, p.631. El citado autor postula la siguiente clasificación: "a) En cuanto al "momento o tiempo" en que el mismo se realiza con relación al acto o comportamiento respectivos en ese orden de ideas, el control o fiscalización puede ser anterior o posterior a la emisión del acto o realización del comportamiento, pudiendo revestir, asimismo, carácter preventivo o represivo; este último puede ser, a su vez, sustitutivo. Vinculados a este punto de vista corresponde mencionar la "autorización", la "aprobación", el "visto bueno", la "suspensión" y la "intervención" b) En cuanto a la "iniciativa" para llevar a cabo el control o fiscalización. En tal sentido éstos pueden ser de "oficio" o a "petición o instancia de parte interesada". Aparecen así la llamada "vigilancia" y los "recursos". c) En cuanto al "objeto" que se pretenda lograr con el control o fiscalización, éstos pueden ser de "legitimidad" o de "oportunidad", según que tiendan a impedir o reprimir la violación de normas legales - jurídicas o no jurídicas-, es decir internas o externas- o de conveniencia o mérito."



estar sujeto a condiciones o requisitos de validez o de eficacia. Es claro que las condiciones de validez constituyen elementos o circunstancias que deben adoptarse como parte del procedimiento previo a la adopción del acto administrativo, por lo que en la medida en que se traduce en un componente antecedente que lo integra, es un presupuesto de validez de la conducta, sin el cual, este último no podría adoptarse sin lesionar la legalidad administrativa. Por su lado, las condiciones de eficacia, no inciden en la emisión del acto, sino en el despliegue de efectos de aquel, es decir, constituye un elemento cuya configuración posibilita la generación de efectos, el inicio del ciclo de vigencia de esa conducta administrativa. *Ergo*, la ausencia de un requisito de eficacia no incide en la validez del acto, sino en su eficacia.

Ahora bien, esas exigencias de validez o de eficacia, según se requiera como requisito previo a la adopción del acto, o como parte de los insumos para emitirse, o *a posteriori*, como condición suspensiva de efectos, son asignadas a otros órganos. Atendiendo a la naturaleza orgánica del órgano que ejerce las potestades de control o fiscalización, acorde a esas figuras, esa potestad puede ser:

- a. **Interna:** Cuando son ejercidas por un órgano que forma parte del mismo ente al que pertenece el órgano sujeto a la fiscalización. De esta especie participa la potestad genérica que, el mandato 102 inciso b) de la LGAP, asigna al jerarca.<sup>232</sup> De igual modo, en este tipo se encuentran las relaciones de refrendo interno que en materia de contratación administrativa impone el Reglamento de Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, requisito que condiciona la ejecución de la relación contractual suscrita.<sup>233</sup>

---

232 Este control Inter orgánico deriva, por ende, de las relaciones de jerarquía, que suponen el sometimiento pleno de la unidad inferior a las vías de control y fiscalización del superior. En ese sentido puede verse JINESTA LOBO, Ernesto, Op. Cit. Pág. 45-46.

233 En ese sentido el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, resolución R-CO-44-2007 de las 09 horas del 11 de octubre del

- b. **Externa:** Cuando esas potestades son ejercidas por órgano que forme parte de un ente diverso al que pertenece el órgano fiscalizado o sometido a control. La revisión que realiza la CGR en materia de refrendos en la contratación administrativa, cuando le corresponda otorgarlo, así como la habilitación que exige el ordinal 3 de la Ley de la Contratación Administrativa No. 7494 para instruir un concurso bajo la modalidad de contratación directa.

Ahora bien, atendiendo a la naturaleza previa o posterior a la emisión del acto de la participación del órgano fiscalizador, ese ejercicio puede concretarse mediante la forma de la autorización previa, o de la aprobación posterior. Así lo expresa el ordinal 145 de la LGAP en cuanto señala, con especial énfasis en los incisos 3 y 4:

**“Artículo 145.-**

*1. Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia, fijados por el mismo acto o por el ordenamiento. 2. Los requisitos de eficacia producirán efecto retroactivo a la fecha del acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario del ordenamiento.*

*3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa. 4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.”*

Dicho precepto pone de manifiesto lo indicado en cuanto a que la autorización constituye un requisito de validez, por ende, previo a la adopción de la conducta,

---

2007 de la CGR, reformado por la resolución R-DC-114-2016, Publicada en el alcance No. 1 de La Gaceta No.3 del 4 de enero de 2017, regula la figura del control interno, sea, aquel que se produce a lo interno de la misma Administración licitante, cuando la competencia para ejercer ese control, por el tipo de procedimiento y cuantía, no corresponda a la CGR, figura regulada en los ordinales 17 y 18 de esa regulación. Esa misma norma precisa en el ordinal 2 que el refrendo es una condición de eficacia del contrato y no como medio de control de validez indirecto. Este tipo de control Inter orgánico no tiene como base la jerarquía, a diferencia del otro tipo de control interno al que hemos hecho referencia, sino la especialización técnica de otro órgano interno, como garantía de control de actuaciones.

en tanto que la aprobación es una figura que se expresa una vez emitido el acto y que impacta en su ciclo de eficacia.<sup>234</sup>

Visto de esa manera, la autorización constituye la manifestación de voluntad emitida por un órgano administrativo en ejercicio de potestades de fiscalización y control, en virtud del cual, se habilita a otra Administración, que se encuentra sujeta a esa potestad, para el ejercicio de determinada conducta, como presupuesto de validez de aquella manifestación. Es, por ende, un componente impostergable del acto, que incide en su validez.

Por su parte, la aprobación interadministrativa dice de una conducta administrativa que, a partir de la verificación de las condiciones fijadas por el Ordenamiento Jurídico, habilita el inicio de efectos de un acto previamente emitido. Es un requisito de eficacia, a modo de condición suspensiva.

Esas potestades de control se complementan con lo ya analizado en cuanto a la figura del control no jerárquico apelativo, cuando sea asignada esa competencia a una instancia externa al órgano a quo. Frente a ese tipo de relaciones de control intersubjetivo, debe desecharse, *a priori*, que los órganos o entes sometidos a las potestades de control o fiscalización, puedan emprender acciones de lesividad en contra de las decisiones de las instancias de control o de fiscalización. Se trata de relaciones en las que, la disconformidad que pueda presentar el órgano o ente sometido al control preventivo, represivo o al marco general de fiscalización, debe dirimirse mediante acciones anulatorias que ha de emprender en contra de esas instancias externas.

En esa dinámica, no podría sostenerse la imposibilidad de accionar en contra de los actos de la instancia contralora, revisora o fiscalizadora, sobre la base de la

---

234 Dada esa incidencia, el profesor Marienhoff expone: "*La autorización le confiere "validez" al acto que se emita en mérito a ella, en tanto que la aprobación sólo le confiere "eficacia", al acto aprobado, el cual, de por sí, ya era válido.*" Op. Cit., Pag.647.

doctrina que contiene el ordinal 75 de la LGAP<sup>235</sup>, que impone la imposibilidad del inferior de sostener competencias con el superior. La razón de la improcedencia de esa aplicación extensiva, a este tipo de relaciones es simple, pero contundente: no existe en esas vinculaciones ligamen alguno de jerarquía que habilite al órgano fiscalizador, imponer su visión competencial al fiscalizado. En orden lógico, el citado precepto potencia la potestad del jerarca de orden que en cuanto a la solución de la divergencia de competencias entre órganos inferiores le atribuye el canon 102 inciso f) *ejusdem*, por la notoria razón de que la jerarquía supone que la competencia del superior, abarca la del inferior por razón del territorio y la materia<sup>236</sup>. Tal esquema no se presenta en las relaciones a las que se viene haciendo referencia (las de control y fiscalización), en las que las competencias del fiscalizador se sustentan en la tutela administrativa (que no auto tutela), *ergo*, entre entes, lo que descarta y excluye los sometimientos propios de la jerarquía administrativa.

Así, se puede precisar los siguientes supuestos en los que, el contraste de posturas debe dirimirse por la vía de los procesos interadministrativos, y no mediante la figura de la lesividad.

**a. En relaciones de control jerárquico impropio:**

En los supuestos de control no jerárquico realizado por órganos adscritos a un ente diverso al que pertenece el órgano *a quo*, en los que, la decisión de ese contralor externo no sea compartidas por el órgano revisado, por considerar que son lesivas

---

235 Postula ese precepto: “Artículo 75.-El inferior no podrá sostener competencia con superior. Llegado el caso, se limitará a exponerle las razones que tenga para estimar que le corresponde el conocimiento del asunto y el superior resolverá lo procedente, agregando la exposición a sus antecedentes.”

236 Tal y como lo indica la literalidad del precepto 101 de esa LGAP, ya tratado en apartes previos.

a los intereses públicos que se encuentra llamado a tutelar, en orden a sus competencias sustantivas. Es el caso, para citar algunos ejemplos, de las Municipalidades respecto de las decisiones de la Sección III del Tribunal Contencioso Administrativo o de los Juzgados de Trabajo, en los supuestos ya tratados en los que, la función de esos órganos del Poder Judicial se entienda como de control administrativo. Igualmente, los actos del Tribunal Fiscal Administrativo emitidos en control apelativo de las Administraciones Tributarias Descentralizadas, dentro de estas, los entes locales. De igual manera, las decisiones adoptadas por la Contraloría General de la República como instancia de decisión recursiva en el procedimiento de contratación administrativa.

**b. Relaciones de autorización y aprobación derivadas de potestades de fiscalización y control:**

En los casos en que otro ente público ejerza acciones de control o fiscalización respecto de otro, en virtud de las cuales, haya negado o rechazado actos de autorización para el ejercicio de determinada conducta (que incide en la validez), o bien, de aprobación para el despliegue de eficacia de una conducta previamente emitida.

En ese supuesto, es evidente que, frente a la denegación del presupuesto habilitante de la adopción de la conducta, o bien, de la condición aprobatoria que permita el inicio del ciclo de eficacia del acto previamente emitido, bien podría la Administración fiscalizada emprender las sendas administrativas para el replanteamiento de esa conducta de contenido negativo, dada la incidencia directa en el ejercicio de sus competencias. Tal impacto lleva a que, igualmente pueda establecer las acciones judiciales en contra de esa Administración fiscalizadora o contralora, a efectos de que sea en la jurisdicción Contencioso Administrativa que se defina si ese funcionamiento denegatorio se corresponde con las normas que son aplicables al caso concreto. Cabe precisar, no obstante, que la pretensión no puede direccionarse a que esa jurisdicción sustituya la decisión habilitante, ya que,

como se ha indicado en el capítulo I de este trabajo, su función es de control de legalidad, que no de sustitución. A lo sumo, caso de estimar la patología del acto sometido a revisión judicial, puede fijar los parámetros para el ejercicio de la conducta administrativa debida<sup>237</sup>, sin que sea pretensión admisible, que la autoridad judicial otorgue la autorización o aprobación requeridas.

**c. Relaciones de fiscalización y control que impongan conductas concretas o efectos oponibles:**

Cuando en virtud del ejercicio de las competencias legales otorgadas, la instancia de control o fiscalización, haya emitido un acto que de alguna manera condicione, limite o imponga determinada actuación o criterio a la Administración fiscalizada o controlada. En este supuesto, la Administración Fiscalizadora, en ejercicio de sus potestades, adopta conductas que tiene por contenido, entere o exija al fiscalizado un marco de comportamiento concreto u obligación específica, o bien, a partir de la verificación de un conjunto de circunstancias y condiciones, imponga al sujeto fiscalizado una consecuencia jurídica de orden negativo.

El ejemplo más claro de este supuesto se presenta en el ejercicio competencial de la CGR, órgano especializado en control y tutela de Hacienda Pública, y cuya proyección permite exigir a las Administraciones sometidas a su ámbito de control, comportamientos concretos, así como imponer sanciones de naturaleza presupuestaria. De conformidad con la Ley No. 7428, la CGR ostenta competencias amplias en ese marco de resguardo de la Hacienda Pública, lo que le permite realizar fiscalizaciones a los sujetos regulados para verificar el cumplimiento de normas presupuestarias y de gasto público.

Como contraste práctico de lo indicado, puede hacerse referencia al reciente diferendo que se ha generado en la aplicación de la Ley de Fortalecimiento de las

---

237 Así lo impone el ordinal 122 incisos a) y f) del CPCA.

Finanzas Públicas, No. 9635, para los efectos de dos temas concretos: i) Aplicación de sistema nominal a pluses o componentes salariales del Poder Judicial y ii) Parámetro presupuestario para aplicación de la regla fiscal.

Sobre el primer ejemplo (i) mediante el oficio DFOE-PG-0739 (20404) del 19 de diciembre del 2019, la CGR ordenó a la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial, que debía ajustar su política salarial a lo preceptuado por el título III de la citada Ley No. 9635, en el sentido de aplicar a los salarios, la regla de conversión nominal de los componentes relativos a las anualidades. Señaló en lo relevante:

*“De conformidad con lo anteriormente señalado, y en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, normadas en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y ordinales 4 y 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428, se ordena al señor Fernando Cruz Castro en su calidad de Presidente de la Corte Suprema de Justicia o a quien en su lugar ocupe el cargo: a) ... b) Girar las instrucciones a las instancias internas competentes del Poder Judicial para asegurar la aplicación del Título 111 de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas. N.º 9635, en las condiciones, términos y plazos establecidos en dicha norma, para la totalidad de los funcionarios del Poder Judicial sin distinción de la fecha de incorporación, así como definir los mecanismos de seguimiento para asegurar dicho cumplimiento. (...).”*

A partir de esa orden, la Corte Plena, mediante acuerdo, formuló recurso de revocatoria con apelación en subsidio, medidas que fueron rechazadas mediante oficios DFOE-PG-0032 (910) de las 14 horas del 28 de enero del dos mil veinte, la revocatoria y por oficio DC-0061 (02793) de las 15 horas del 25 de febrero del 2020, la apelación.<sup>238</sup>

---

238 En definitiva, en acuerdo adoptado en la sesión de Corte Plena del lunes 02 de marzo del 2020, esa instancia dispuso aplicar la orden dictada por la instancia contralora y nominalizar el componente salarial de anualidades que se venía aplicando de manera porcentual.

Lo anterior pone de manifiesto lo expuesto en el sentido que como complemento de la posibilidad de rebatir en sede administrativa los actos de ejercicio concreto de las potestades de control y fiscalización, la Administración Pública destinataria de aquellos actos, se encuentra plenamente legitimada para formular acciones judiciales de orden anulatorio o de revisión de conformidad jurídica, en contra de esas conductas que tiene como efecto, imponerle determinado comportamiento o configurar una obligación en el ejercicio de sus funciones.

Con independencia de la discusión que pueda tenerse en cuanto a la validez o no de los ejemplos concretos enunciados, tema que resulta ajeno a este desarrollo y cuyo abordaje requeriría de un amplio espacio, lo cierto del caso es que el punto a destacar en este aspecto, es la posibilidad jurídica de que el ente fiscalizado, pueda plantear las acciones judiciales con el objeto de que la jurisdicción contencioso administrativa (y eventualmente la constitucional), pueda valorar y ponderar la validez de las manifestaciones de voluntad de la instancia de fiscalización. Lo anterior como derivación del control universal de la función administrativa que tiene como objeto esa jurisdicción, desiderátum reconocido y expresado en la doctrina del numeral 49 de la Carta Magna y que no se relativiza en modo alguno por la complejidad técnica de las conductas cuyo control judicial se requiere, o bien, por la naturaleza interadministrativa e intersubjetiva de las relaciones en cuyo contexto se emiten esas decisiones.

Así, es claro que las conductas de esas instancias de fiscalización, incluso las de la CGR, son preleables en sede contencioso administrativa por parte de los entes fiscalizados, al no estar expresamente exentas de ese control. En ese sentido, el mismo numeral 33 de la Ley No. 7428 establece que los actos que emita esa instancia están sujetos al régimen común de impugnación de los actos contenido en la LGAP y en el CPCA. El canon 34 de esa Ley Orgánica exime de ese control administrativo los actos que se dicten en el curso del procedimiento de contratación administrativa, los de aprobación de contratos administrativos y los relacionados a materia presupuestaria, supuestos en los cuales, señala esa norma, quedan firmes con su adopción. En esas excepciones, dada esa firmeza, no podría ser



susceptibles de cuestionamiento administrativo, pero no existe condicionamiento alguno en cuanto a su control jurisdiccional, lo que deriva, se insiste, del control universal de la función administrativa y del sometimiento pleno de la función administrativa a la legalidad, que deriva de los preceptos 49 y 11 de la Carta Magna, respectivamente.<sup>239</sup>

En efecto, la irrecurribilidad administrativa no dice de la imposibilidad de revisión judicial, parámetros de control diversos y que no se supeditan entre sí a nivel plenario, pues bien puede tenerse un acto administrativo impugnabile en sede administrativa, pero no revisable en sede judicial, como es el caso del traslado inicial de cargos (art. 345 LGAP), cuya naturaleza de trámite le hace imposible de cuestionar en proceso contencioso administrativo, pero contra el cual, la ley de referencia habilita la formulación de recursos ordinarios. De igual manera, es factible tener un acto no impugnabile en sede administrativa y completamente revisable en estrados judiciales.

Lo anterior se sustenta en las reglas aplicables a cada instancia de revisión. La administrativa se rige por la máxima de taxatividad impugnaticia, en virtud de la cual, solamente cabe los recursos que de manera expresa habilita la ley, contra los actos a los que expresamente se haya asignado ese remedio. Lo anterior se

---

239 Señalan los citados cánones 33 y 34 de la LOCGR:

*“Artículo 33.- Impugnación de los actos. Los actos definitivos que dicte la Contraloría General de la República estarán sujetos al régimen común de impugnación de los actos administrativos, contenido en la Ley General de la Administración Pública y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuando se considere que lesionan derechos subjetivos o intereses legítimos o que impiden su nacimiento.”*

*“Artículo 34.- Actos no recurribles administrativamente. Se exceptúan de la regla contemplada en el artículo anterior y desde que se dicten, quedarán firmes los siguientes actos de la Contraloría General de la República: a) Los actos que se dicten en procedimientos de contratación administrativa. b) La aprobación de contratos administrativos. c) Los actos relacionados con la materia presupuestaria.”*

sustenta en la doctrina de los ordinales 342 y 345 de la LGAP.<sup>240</sup> Por ende, la restricción legal hace que, frente a esos casos, no operen los medios de autotutela administrativa que se activan a partir de los recursos ordinarios opuestos por parte interesada.

Sin embargo, en la sede contencioso administrativa, la regla aplicable es el control universal de las diversas formas de manifestación de voluntad administrativa (todas ellas, formal, material, activas, omisivas, positivas o negativas), salvo exclusión expresa, como es el caso de los actos consentidos expresos.<sup>241</sup> De esa manera, la

---

240 El numeral 342 referido fija la facultad del administrado de cuestionar los diversos tipos de actos que se emitan dentro del procedimiento, condicionando ese ejercicio a las formas y limitaciones que indique la ley. En ese sentido señala: “**Artículo 342.-**Las partes podrán recurrir contra resoluciones de mero trámite, o incidentales o finales, en los términos de esta ley, por motivos de legalidad o de oportunidad.” Por su parte, el canon 345 inciso primero de ese cuerpo legal restringe los recursos dentro del procedimiento ordinario a cierto tipo de actos, al señalar: “1. En el procedimiento ordinario cabrán los recursos ordinarios únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.” Igual tratamiento se establece para el procedimiento sumario, en el cual, el mandato 344.1 ejusdem habilita los recursos ordinarios únicamente para el rechazo ad portas de la petición, la negación de audiencia para concluir el procedimiento y contra el acto final.

241 El ordinal 38.1 del CPCA establece la inadmisibilidad de demandas que tengan por objeto de reproche actos que hubieren sido consentidos de manera expresa por el destinatario, o bien, sean reproducción o ejecución de aquellos actos frente a los cuales el administrado haya expresado, de manera inequívoca, su anuencia. Así se dispone: “1) No será admisible la pretensión de nulidad en relación con los actos que, estando viciados, hayan sido consentidos expresamente o sean reproducción de otros anteriores, ya sean definitivos y firmes o confirmatorios de los consentidos.” Nótese que esa restricción de revisión judicial opera única y exclusivamente en cuanto a los actos consentidos de manera expresa, no así en cuanto a los denominados “Actos consentidos tácitos”. Estos se definen como los que no fueron impugnados oportunamente por el administrado, mediante las medidas recursivas ordinarias procedentes. Esta modalidad es totalmente revisable dentro de esa jurisdicción contencioso administrativa, pues la exigencia de formulación de los recursos ordinarios, tiene sentido para efectos del agotamiento de la vía administrativa, solamente vigente para los casos desarrollados en el voto 3669-2006 de la Sala Constitucional, tema ya

sola restricción de impugnación ordinaria en sede administrativa de determinado tipo de actos, no dice de una limitación de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, en la que se impone el control plenario de la función administrativa, como pauta de verificación de los principios de tutela judicial efectiva y proyección de la interdicción de la arbitrariedad de la función administrativa, medio de garantía de la legalidad administrativa. La naturaleza técnica de un órgano o ente no justifica la exclusión de la revisión judicial de sus conductas, pues se traduciría en una manifestación exenta del control absoluto que impone el canon 49 constitucional.

En suma, las excepciones de impugnación fijada por el canon 34 de la LOCGR, no son, en modo alguno, óbice para someter a la jurisdicción contencioso administrativa esas conductas.

Ahora bien, por otro lado, nótese que el mismo CPCA fija supuestos de legitimación pasiva de los entes u órganos de fiscalización, como es el caso de los incisos 5) y 6) del numeral 12.

Ahora, en el caso concreto de la CGR, el mismo numeral 12.6) del CPCA fija las reglas de su legitimación pasiva, con lo cual, es innegable que, sobre sus actuaciones u omisiones, puede recaer acción judicial contencioso administrativa. La duda se puede presentar cuando los actos de la CGR, vayan dirigidos a órganos que forman parte del Estado como ente público mayor, en el sentido de si debe acudir al mecanismo de la lesividad o si, por el contrario, el Estado, como sujeto procesal, se encuentra legitimado para establecer una causa judicial en contra de la CGR.

---

tratado en el capítulo II. Precisamente en esa resolución, ese Tribunal Constitucional dispuso la inconstitucionalidad de dicha figura, al considerar que la preceptividad de agotamiento de la vía administrativa como condición de acceso a la jurisdicción, con las salvedades señaladas, lesiona ese derecho y supone un privilegio ilegítimo para la Administración Pública, por desatención de la máxima de igualdad y de control de validez de las conductas administrativas. Ergo, es claro que el no ejercicio de la facultad recursiva ordinaria, no es óbice para el control judicial.

La CGR ostenta una competencia de relevancia constitucional, como en efecto se desprende del ordinal 183 y 184 de la Constitución Política, en cuanto señala que su naturaleza es la de un órgano adscrito a la Asamblea Legislativa, especializado en control de Hacienda Pública, con independencia funcional y de decisión.<sup>242</sup> La norma constitucional 183 asegura la total independencia de criterio del órgano contralor, lo que luego se desarrolla en la Ley Orgánica de la CGR, No. 7428, en los preceptos 1 y 2.<sup>243</sup> Esa independencia de criterio, resulta fundamental para su ejercicio técnico, neutral y objetivo, de suerte que pese a la dependencia orgánica, la CGR cuenta con capacidad procesal no solamente para presentar causas en la jurisdicción contencioso administrativa, sino para asumir la defensa procesal de sus intereses. Así en efecto se desprende del ordinal 36 de la Ley 7428, reformada por el artículo 218 del CPCA, que le concede todas las prerrogativas procesales con que cuenta la PGR.<sup>244</sup>

---

242 Sobre ese particular, señala el ordinal 183 constitucional, en su párrafo primero: *“ARTÍCULO 183.- La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.”*

243 Señalan esos numerales de la Ley No. 7428:

*“Artículo 1.- Naturaleza Jurídica y Atribución General. La Contraloría General de la República es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta Ley.”* Luego el párrafo inicial del canon 2 postula:

*“Artículo 2.- Garantía de Independencia. En el ejercicio de sus potestades, la Contraloría General de la República goza de absoluta independencia funcional y administrativa, respecto de cualquier Poder, ente u órgano público. Sus decisiones solamente se encuentran sometidas a la Constitución Política, a tratados o convenios internacionales y a la ley. (...)”*

244 El ordinal 36 de esa legislación señala de manera clara: *“Artículo 36.- Garantías y facultades procesales de la Contraloría. La Contraloría General de la República contará, en lo conducente, con las mismas garantías y facultades procesales asignadas por ley a la Procuraduría General de la República.”*

Desde esa arista de examen, en tanto ostenta esa garantía de objetividad funcional, no podría sostenerse la potestad del Estado de requerir la lesividad de los actos de ese órgano especializado, sin irrumpir en la independencia que le garantiza la Carta Magna. Con lo cual, esa postura, sería contraria al texto mismo de la Constitución Política. Deriva de lo expuesto, que cuando ese ente regulado sea el Estado, bien puede formular acciones directas en contra de ese órgano contralor, para esos efectos, con legitimación procesal y en esa medida, sujeto procesal distinto al Estado.

A tal postura podría refutarse que el mandato 12 inciso 5) del CPCA, que regula el supuesto de legitimación pasiva de la CGR, no regula dicho supuesto. La norma de comentario señala:

**ARTÍCULO 12.-** *Se considerará parte demandada:*

(...)

**5) La Contraloría General de la República:**

**a)** *Conjuntamente con el Estado, cuando el proceso tenga por objeto la conducta administrativa de aquella, relacionada con el ejercicio de su competencia constitucional y legal.*

**b)** *Conjuntamente con el ente fiscalizado, cuando el proceso tenga por objeto una conducta administrativa sometida a su control, en el ejercicio de sus potestades de fiscalización o tutela superior de la Hacienda Pública.”*

La lectura superficial y ligera de la norma llevaría al equívoco de establecer que, dado que acorde a ese mandato, el Estado debe concurrir junto con la CGR, cuando el objeto del proceso radique en la conducta de aquella, en el ejercicio de su competencia constitucional, como lo es fiscalizar a la misma Administración, el Estado no podría demandar a la CGR, siempre debe acompañarle a modo de litisconsorte pasivo necesario. Empero, a nuestro modo de ver, la norma exige de la interpretación jurídica, pues es evidente que su contenido pretende fijar un tratamiento a los casos en que un administrado pretenda impugnar esas

conductas. Luego, ese administrado, como destinatario del ejercicio de la potestad administrativa, en el contexto de la norma, parece evidenciar más una referencia a sujetos particulares. Con todo, apreciamos que el concepto de administrado al que hemos hecho referencia, incluye a todo destinatario del acto, lo que permitiría que cualquier persona, pública o privada, física o jurídica, pueda accionar en sede judicial en contra de las actuaciones de ese órgano especializado.

Luego, es claro que esa norma no visualiza los conflictos que son base de análisis en este aparte. Frente a ese dilema, la norma no se constituye en un referente aplicable, en la medida en que busca dar solución a otro tipo de controversias, se insiste, fundamentalmente producidas respecto de sujetos privados.

Tratándose de los conflictos para con sujetos de Derecho Público, no hay duda que los entes menores fiscalizados, pueden objetar por la vía del proceso ordinario, esas actuaciones de la CGR. Pero en el caso de las fiscalizaciones en contra de órganos del Estado (Central), apreciamos que la CGR asume un papel de parte legitimada pasiva directa, que, por ende, concurre al proceso a defender sus conductas, frente a una acción planteada por el Estado, como sujeto procesal. La contraposición de intereses que se advierte en una causa de esa índole, hace que no guarde lógica alguna la pretendida aplicación de las proyecciones legitimantes pasivas del ordinal 12 inciso 5) ítem a) del CPCA, como ilógico sería negar el control de esas conductas, en ese solo supuesto. Tal extremismo (negación de control) haría inapelables las decisiones de la CGR respecto del Estado, dando un carácter de subordinación absoluta, que no encuentra respaldo en las normas aplicables.

Para lo dicho no es óbice que, en determinados supuestos, los actos de la CGR, sean impregnados por la ley como vinculantes y obligatorios, pues la oponibilidad del contenido del acto no dice de su irrecurribilidad.

En suma, aún en estos casos, el Estado puede plantear acciones para refutar las conductas de la CGR, lo que, desde luego, debe atender a un juicio de valoración

y conveniencia de parte de aquel, pero en rigor técnico, no vemos razón para negar dicha posibilidad.

Como soporte de lo anterior, puede apelarse a la paridad de razón que se presenta en la circunstancia de que la misma CGR puede formular acciones judiciales en contra del mismo Estado.

Se ha hecho referencia a los supuestos en los que, los órganos o entes fiscalizados, podrían emprender acciones anulatorias en contra de las decisiones de las instancias de control que les sean de contenido negativo. Sin embargo, es de mérito aludir a los casos que la legislación nacional ha habilitado a diversos órganos (que no entes) de control, para plantear acciones judiciales en contra de conductas de otras Administraciones Públicas.

En efecto, sobre este aspecto, merece destacarse la innovación que en materia de legitimación activa concede el CPCA a la Contraloría General de la República y a la Defensoría de los Habitantes (inciso 3 del artículo 10), las que constituyen órganos administrativos a los que, en ese orden, se les concede capacidad procesal y legitimación para formular las acciones que permitan restablecer la legalidad de las conductas sujetas a su fiscalización o tutela. La práctica no ha reflejado un avance importante en el caso de la Defensoría de los Habitantes, instancia que no ha formulado acciones en la jurisdicción contenciosa.

Sin embargo, una realidad diversa se evidencia en cuanto al órgano contralor, quien se ha abocado a formular acciones judiciales para la tutela del patrimonio natural del Estado, procesos en los cuales, parte de las pretensiones se direccionan a petitionar la nulidad de actuaciones, entre otros del Instituto de Desarrollo Rural, anteriormente, Instituto de Desarrollo Agrario, que titularon y transmitieron terrenos que se consideran recurso forestal, por ende, al amparo de la Ley No. 7575, patrimonio natural del Estado. Se trata por ende de acciones que, si bien tienen por objeto el cotejo de legalidad de conductas públicas, no se corresponde a la lesividad en la medida en que no son formuladas por la Administración autora de la conducta, sino por una tercera, por lo cual, en estos casos, la acción se encuentra sujeta a

las reglas procedimentales fijadas por el canon 34 CPCA ni a gestión previa alguna. La demanda permite en esos escenarios, el inicio del proceso sin necesidad de la valoración oficiosa de los presupuestos comentados arriba.

Como dato relevante cabe señalar, la legitimación activa concedida a la Contraloría General de la República fue cuestionada mediante acción de inconstitucionalidad formulada por Hotel Suerre Punta Uva S.A. contra la jurisprudencia surgida por aplicación del artículo 10.3 CPCA, alegando que la legitimación concedida era solo para acciones de tutela de la hacienda pública. Tal acción fue tramitada en el expediente No. 09-17474-0007-CO. Por voto 0059-2010 de las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del seis de enero del dos mil diez, la Sala Constitucional dispuso el rechazó de plano de la acción. *Ergo*, a la fecha, el criterio que impera en la jurisdicción contenciosa, es una interpretación a favor de la legitimación amplia de la Contraloría General de la República, no solo para el control y tutela de la hacienda pública, cuyo concepto se observa en la LOCGR -art. 8-, así como de las que dimanen del ejercicio de sus competencias constitucionales.

De esa habilitación legal es claro que esas instancias pueden formular procesos de revisión de validez de actos de sus controlados o fiscalizados, pese a la restricción inicial de ser órganos y no entes públicos. Luego, es notorio que tal habilitación se sustenta en la especialización competencial de esas instancias, como medio de resguardo de los intereses públicos que sus competencias exigen tutelar.

*Ergo*, no se ve incongruencia en que, si la CGR puede demandar al Estado, incluso por la desatención de sus actos, este último podría demandar a aquella, cuando sus conductas le sean de orden negativo. Nótese que esa postura no descansa en la sola independencia funcional de la CGR, sino en la circunstancia de que el mismo ordenamiento jurídico le ha conferido capacidad y legitimación procesal, dando las herramientas jurídicas para constituirse, válida y autónomamente, como sujeto procesal. Igualmente, debe aclararse que el supuesto bajo examen no es aplicable a los casos en que la CGR emita un acto de trámite que no genere una incidencia directa en la Administración Fiscalizada, como sería el caso de las



recomendaciones vinculantes para la adopción de determinada conducta, como es el caso del requerimiento que, para efectos de la declaratoria de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta de acto favorable en materia de Hacienda Pública impone el ordinal 173 de la LGAP, o bien, para el trámite de revocación de acto favorable en cuanto a la tasación de la indemnización debida, que debe analizar esa instancia contralora, en orden al precepto 155 *ejusdem*.<sup>245 246</sup>

---

245 En tales casos, la conducta de la CGR se tiene como un acto de trámite de contenido vinculante, direccionado a la definición de un trámite atinente a un administrado externo, y que, en orden a los ordinales 163.2 de la LGAP y 36 inciso c) del CPCA, podrían impugnarse junto con el acto final que los contiene, más no de manera autónoma. No obstante, en cuanto a la potestad consultiva de la CGR, la Ley No. 7428 fija supuestos en los que, la misma ley impone un tratamiento particular en cuanto a la posible impugnación de sus dictámenes. Así, el canon 29 de esa ley señala en su párrafo tercero: “*Los dictámenes de la Contraloría General de la República, serán vinculantes e impugnables como tales, como si fueran actos administrativos definitivos, cuando en el ámbito de su competencia sean respuesta a los sujetos pasivos.*” Acorde a esa norma, siendo la concreción de una potestad consultiva, su respuesta supone un efecto de estado, dado que, en el ámbito de ese mandato, la consulta refleja el criterio de esa instancia en cuanto a un tema en concreto, no como parte de un trámite de adopción de un acto, sino como manifestación de decisión en torno al tema consultado, con lo cual, para los efectos, se asemejan a actos finales. La denominación legal de “acto definitivo”, no resulta ser la más conveniente, ya que, si se entiende que el precepto permite su impugnación, se asume que se refiere a la posibilidad de cuestionarlos en sede administrativa, ante lo cual, para los efectos, se equiparan a actos finales, y caso de recurrirse, la decisión adoptada en último sentido, sería la definitiva. Con todo, es común que se asemeje el acto final al definitivo, confusión que potencia la terminología del numeral 261.2 de la LGAP, que regula la posibilidad de recursos ordinarios contra el acto definitivo. Sin embargo, ese carácter definitivo del acto deriva de su confirmación ante la presentación de recursos ordinarios, sea, ante el agotamiento de la vía administrativa. De esa manera, la referencia a acto definitivo debe tenerse como indicativo de decisión final, por ende, preleable de ser cuestionada administrativamente, pero, además, en sede judicial contencioso administrativa.

246 La impugnabilidad de este tipo de decisiones en ejercicio de potestad consultiva de la CGR, fijada por el numeral 29 de su Ley Orgánica -7428-, contrasta con la irrecurribilidad de la potestad consultiva que en materia fiscal ostenta la Dirección de Tributación del Ministerio de Hacienda, acorde al numeral 119 del Código de Normas y Procedimientos

Con todo, es evidente que, en determinados supuestos, otras administraciones diversas a las indicadas, pueden establecer procesos con pretensiones anulatorias sobre conductas de otros centros de poder público, cuando dentro del marco de sus competencias pueda ejercitarse esa acción, o bien, cuando sean destinatarias directas o indirectas de esas conductas. No obstante, ese mecanismo procesal no es propio de la lesividad, sino de los denominados procesos interadministrativos en los que una Administración demanda judicialmente a otra.

Volviendo al aspecto primario que ocupa este trabajo, debe afirmarse entonces que la lesividad, desde el plano legitimante activo, solo ha de ser formulada por la Administración autora de la conducta pública que se estima inválida, fuera de lo cual, la impugnación por parte de otra Administración ha de ser conducida por un proceso ordinario de carácter anulatorio. Lo expuesto deriva de un aspecto claro y por demás lógico: la única administración que puede disponer la declaratoria interna de lesividad en sede administrativa, presupuesto de la acción judicial, es la que ha emitido el acto. No sería viable que una tercera administración declare lesivo un acto que no emitió, lo que supondría una grave invasión a las competencias públicas y a la especialidad de las mismas. Tal cuestión produciría un efecto directo en la legitimación activa dentro del proceso de lesividad, que supondría, la imposibilidad de realizar un análisis de fondo en cuanto a la concurrencia o no de la invalidez reclamada.

Sobre este aspecto, como se abordará *infra*, se considera que, frente a casos de notoria ausencia de legitimación activa, resulta innecesario e ineficiente dilatar la decisión de esa circunstancia hasta sentencia de fondo, una vez superadas todas las etapas del proceso contencioso administrativo, bajo la noción, no compartida, de que al ser la legitimación un presupuesto de fondo, debe abordarse en fallo de

---

Tributarios, restricción que en el marco de esa ley se sustenta (indebidamente) en el carácter –supuestamente- meramente informativo de la figura de la consulta tributaria. Sobre esta cuestión se ingresará en el capítulo IV de este desarrollo, en cuanto a la eventualidad de la lesividad sobre las resoluciones emitidas por el Fisco en el trámite de consultas tributarias.

fondo. A nuestro modo de ver, como se indicará adelante, la carencia de uno de los elementos relevantes para el abordaje de la demanda de lesividad, supondría la inadmisibilidad de ese tipo de acciones, lo que incluye, el análisis y ponderación de los aspectos atinentes al elemento subjetivo activo. De esa manera, bien podría la etapa de trámite de esa jurisdicción contencioso administrativa, disponer la inadmisibilidad de la demanda, en los casos en que la demanda sea presentada por una Administración Pública diversa a la que ha adoptado el acto objeto de ese tipo de pretensiones. Nótese que ese defecto no se asocia a las incorrecciones que cobija la defensa de falta de capacidad o defectuosa representación (art. 66.1.b del CPCA), sino del ejercicio de la acción por parte de quien no ostenta un vínculo directo con la conducta reprochada, lo que es propio de la legitimación. Así, en su modalidad *ad processum*, supondría el rechazo *ad portas*, por criterio formal, de esa demanda, en tal hipótesis. En todo caso, como se señalará adelante, tal decisión se sustentaría, además, en la figura de la demanda improponible que estatuye el canon 35 del CPC, caso de que se partiera de la ausencia de disposiciones propias de la regulación del proceso contencioso administrativo, que dieran base a esa inadmisión. Se considera que las reglas mismas del CPCA permiten esa decisión, sin que sea necesario tal complementación, de suerte que esa referencia sería, solamente, a mayor abundamiento.

### **E. Acción de lesividad de actos municipales.**

Como proyección de lo expuesto en cuanto a la legitimación activa dentro de la lesividad, cabe destacar, de manera breve, que, en los casos de las Municipalidades, al margen del debate que será tratado en un aparte posterior, en cuanto a la competencia para la declaratoria de lesividad en sede interna, parece definitivo e indudable, que la demanda de lesividad en contra de actos emitidos por las corporaciones locales, debe ser formulada por el titular de la Alcaldía. Si bien los entes locales cuentan con un esquema de jerarquía bifronte, en virtud del cual, la máxima jerarquía administrativa recae en la Alcaldía, acorde a las potestades de

los preceptos 14 y 17 de la Ley No. 7794, en tanto que, en cuestiones programáticas y políticas, así como normativas, dicha jerarquía atañe al Concejo Municipal, según numeral 13 *ejusdem*, en orden a lo que fija el precepto 17 inciso n) de ese Código Municipal, la demanda de lesividad debe ser presentada por el titular de la Alcaldía. Lo anterior pese a que la lesividad haya sido requerida por ese mismo jerarca o por el Concejo.

Lo anterior ya que ese mandato atribuye a ese jerarca la representación del ente local, lo que supone que, para efectos de las contiendas judiciales, sea como parte activa o pasiva, es esa figura la única que cuenta con la potestad legal de representación. De esa manera, de darse el caso que sea el Concejo Municipal la instancia que presente la demanda o bien, designe al mandatario para que ejerza la defensa letrada de ese ente en la instancia judicial, se estaría frente a una representación defectuosa que ha de ser subsanada, sea por la vía de la defensa previa que regula el numeral 66.1. inciso b) del CPCA, o de manera oficiosa, en los términos previstos en el ordinal 92 de esa misma legislación. *Ergo*, esa deficiencia no incidiría en la legitimación procesal del ente local, sino en el marco de su representación, aspecto que en modo alguno puede dar paso a la inadmisión de la causa, sino a su subsanación.

Con todo, es menester reiterar que, en los casos de control no jerárquico, así como en general, en relaciones de fiscalización o control, los entes locales no pueden formular acciones de lesividad contra los actos dictados por esas instancias externas de tutela intersubjetiva, debiendo acudir al proceso anulatorio interadministrativo al que ya se ha hecho referencia.<sup>247</sup>

---

247 Sobre esa aplicación, en la sentencia No. 134-2014-VI de las 11 horas del 29 de agosto del 2014, el Tribunal Contencioso Administrativo señaló: “...*Cabe precisar que en este tipo de relaciones de control no jerárquico, en caso de que la Administración a quo no se encuentre conforme con lo resuelto en sede apelativa externa, por considerarlo contrario al ordenamiento jurídico o intereses públicos, deberá acudir, caso de tratarse de la Administración Central, a un proceso de lesividad, o bien, cuando se esté frente a*

## **F. Lesividad de actos de órganos persona.**

Una modalidad que se considera relevante para los efectos de este trabajo, es el relacionado a la legitimación para reclamar la lesividad de actos que hayan sido dictados por órganos desconcentrados con personalidad jurídica instrumental. Ya en el capítulo II fueron planteadas algunas consideraciones en relación a la supresión en sede administrativa, por la vía del cauce procedimental del ordinal 173 de la LGAP, respecto de este tipo de relaciones, en las que, como fue expuesto, los efectos de la desconcentración parecen limitar la potestad del jerarca del ente al que ese órgano pertenece, para disponer de ese mecanismo de revisión. Con todo, según fue expuesto, la regulación actual se orienta hacia la relativización de esa restricción de revisión de oficio, dando como caso de excepción esa modalidad.

Empero, pese a la afinidad que pueda verse entre esa tipología de forma de revisión de actos propios, en la lesividad, es claro que no se está frente a un cotejo de validez en sede administrativa, sino frente al requerimiento de análisis judicial de una conducta que ha sido dictada por un órgano desconcentrado, pero que, además, posee personalidad jurídica instrumental, y cuyos actos, por tesis de principio, atendiendo a lo indicado por el ordinal 83 de la LGAP, no podrían ser revisados por el jerarca supremo, de oficio ni a gestión de parte (recurso ordinario).

En efecto, como reiteración de lo ya tratado en el capítulo II, la desconcentración, como modalidad de asignación –que no de transferencia- de competencias, supone que el ejercicio competencial es exclusivo y excluyente a favor del órgano desconcentrado, a efectos de lo cual, la misma norma legal veda al jerarca la potestad de control de revisión que encuentra su base en el canon 102 inciso d) de

---

*administraciones descentralizadas, a un proceso inter- administrativo, conforme a las regulaciones que establece sobre el particular el Código Procesal Contencioso Administrativo.”*

la LGAP. Ya se ha explicado que precisamente, frente a ese fenómeno de privación de poder de revisión jerárquico, surgen figuras como las del control no jerárquico. Sin embargo, cabe cuestionarse si a final de cuentas, como efecto material, la acción de lesividad, asignada, en principio, al jerarca supremo del ente al que pertenece el órgano desconcentrado, constituye una modalidad indirecta de revisión sobre las conductas de ese tipo de unidades administrativas. Desde el plano de la lesividad, esto adquiere un especial matiz respecto de los órganos con desconcentración a los que se ha asignado una personalidad jurídica instrumental, no propia, para el cumplimiento de sus fines, mediante la habilitación legal de manejo exclusivo de un presupuesto o patrimonio.

Frente a este tipo de fenómeno, atendiendo al conferimiento de esa personalidad jurídica, y siempre que el acto a revisar en sede judicial se refiera a las competencias desconcentradas para las cuales es confirió dicha particularidad de personificación, cabe cuestionarse si el jerarca supremo del ente se encuentra legitimado para plantear la acción de lesividad, o si bien, este tipo de pretensiones pueden formularse de manera directa por el órgano persona.

Sobre ese aspecto, como punto de partida, el ordinal 34.4 del CPCA señala:

*“4) La declaratoria de lesividad de los actos dictados por órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, será emitida por el superior jerárquico supremo.”*

La norma alude a la declaratoria de la lesividad como presupuesto de manifestación de intención de anular un acto favorable, asignando dicha competencia al jerarca máximo supremo. La referencia a la figura de la jerarquía máxima suprema, lleva a concluir que, la competencia en tales aspectos ha sido reservada, por ley expresa, al titular del ente al que pertenece, que no al órgano supremo del órgano desconcentrado. En efecto, sobre las implicaciones de la desconcentración como fenómeno orgánico en la función administrativa, resulta esclarecedor lo señalado

por la PGR en la opinión jurídica OJ-140-2001 del 01 de octubre del 2011<sup>248</sup>, en el siguiente sentido:

*"La competencia de una organización administrativa puede ser transferida internamente mediante el proceso de desconcentración. En ese sentido, la desconcentración de competencias implica una distribución de éstas dentro de una misma persona jurídica, por la cual un órgano inferior recibe una competencia de decisión en forma exclusiva, para que la ejerza como propia, en nombre propio y bajo su propia responsabilidad. Por ese proceso, el órgano inferior se ve dotado de la capacidad jurídica para decidir en nombre propio de la materia desconcentrada, de modo que el reparto administrativo se especializa como un medio para mejor satisfacer los cometidos públicos. Empero, el órgano desconcentrado continúa siendo parte de la organización central originaria.*

*Ese proceso conlleva que el jerarca resulte incompetente para emitir los actos relativos a la materia desconcentrada. Lo que no significa, sin embargo, una pérdida absoluta de competencia sobre el punto. Corresponde a la norma creadora de la desconcentración el definir el ámbito material de ésta y, por ende, cuáles poderes mantiene el jerarca respecto del inferior, debiéndose concluir que, en los demás aspectos de la actividad, el inferior permanece sometido a jerarquía. Importa señalar que el jerarca puede, además, mantener el poder de mando e instrucción sobre el órgano desconcentrado, aspecto que determina el grado de desconcentración". (Dictamen 271-98 del 15 de diciembre de 1998).*

*Como puede verse de lo anterior, con la desconcentración se quiebra el principio de jerarquía; no en vano la doctrina italiana habla de la descentralización jerárquica, ya que los poderes del jerarca (mando, revisión y avocación) desaparecen. Ahora bien, la desconcentración no implica un desconocimiento absoluto de las potestades que se derivan de la relación jerárquica. El jerarca conserva aquellos poderes que son*

---

248 Esta postura se encuentra reflejada además en los dictámenes 017 del 16 de enero del 2002, 021 del 17 de enero del 2002, 026 del 12 de enero de 1997, 271 del 15 de diciembre de 1998, así como en la opinión jurídica 067 del 11 de junio del 2001.

*compatibles con el fenómeno de la desconcentración, es decir, que no incide en la esfera de las atribuciones exclusivas del órgano. Dentro de estas potestades se encuentran la de vigilancia, la disciplinaria y la de dirimir conflictos de competencia.*

*Esta Procuraduría ha señalado:*

*"La norma que desconcentra delimita la materia desconcentrada, así como los poderes conferidos al órgano inferior. Pero en los demás aspectos de su actividad, este órgano permanece sometido a la relación jerárquica. Consecuentemente, el jerarca ejercita sus poderes normales respecto de los ámbitos no desconcentrados". (C-026-97 de 12 de febrero de 1997).*

*La desconcentración constituye una excepción a la relación de jerarquía, técnica jurídico administrativa fundamental de la organización administrativa, sin la cual, difícilmente, podría concebirse una actuación racional, con una unidad de sentido, de parte de la Administración Pública. Esta técnica, junto el principio de asignación de competencias, permiten que una organización tan compleja, diversa y enorme, pueda cumplir, en forma cabal, la función pública, es decir, prestar aquellas actividades necesarias para una adecuada satisfacción del interés público.*

*Por tal razón, todo rompimiento del principio de jerarquía debe estar fundamentado en verdaderas razones de interés general, las cuales deben ser apreciadas por aquellos funcionarios que ostentan la representación popular o tienen la condición del superior jerárquico supremo (artículo 103 de la Ley General de la Administración Pública). No podemos olvidar, que la desconcentración implica una pérdida de importantes potestades del jerarca, que, en una relación normal, le corresponderían a él.*

*Dado el carácter excepcional que tiene la figura de la desconcentración, y al afectar uno de los institutos jurídicos más importantes de la organización y el funcionamiento de la Administración Pública, como es el principio de jerarquía, es lógico y comprensible suponer que el legislador haya establecido que la desconcentración solo puede operar por ley o por reglamento (doctrina del artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública). Es por ello, que a la Administración Pública*



*no le está permitido utilizar otras vías o alternativas para operar este fenómeno. En este sentido la ley es clara, y al operador jurídico no le queda otro remedio que ajustarse a lo que dispone.”*

Lo anterior pone de manifiesto que con todo y la relativización y debilitamiento de las potestades jerárquicas que operan frente a la desconcentración, las relaciones de jerarquía perviven, y se mantienen, además, todas aquellas potestades que el ordenamiento jurídico, de manera expresa, haya conferido al jerarca máximo. Ciertamente, en virtud del ordinal 83 de la LGAP, el jerarca no puede revisar los actos del desconcentrado, al punto que como bien postula el ordinal 126 de la LGAP, caso de no regularse, de manera expresa, recursos ordinarios en contra de los actos finales del órgano desconcentrado, dan por agotada la vía administrativa.<sup>249</sup>

Sin embargo, la lesividad no constituye una forma de revisión ordinaria de las conductas del inferior desconcentrado, por lo que no puede tenerse como una potestad restringida o vedada al jerarca supremo, en orden a lo que dispone el canon 83 precitado. De esa manera, como ha señalado el órgano asesor superior del Estado, el jerarca conserva las potestades que la ley no le ha privado, pero, además, ostenta las que, de manera especial le han sido asignadas, respecto del ejercicio competencial exclusivo del órgano inferior desconcentrado.

Lo anterior justifica que, frente a las conductas de contenido favorable de los órganos desconcentrados, la acción de lesividad corresponde ser declarada por el jerarca máximo supremo, dada la habilitación legal expresa que sienta el canon 34.4 del CPCA. Siendo así, debe hacerse notar que ese tipo de órganos, pese a la

---

249 Señala ese mandato en su inciso c): “*Artículo 126.-Pondrán fin a la vía administrativa los actos emanados de los siguientes órganos y autoridades, cuando resuelvan definitivamente los recursos de reposición o de apelación previstos en el Libro Segundo de esta Ley, interpuestos contra el acto final: (...) c) Los de los órganos desconcentrados de la Administración, o en su caso los del órgano superior de los mismos, cuando correspondan a su competencia exclusiva y siempre que no se otorgue, por ley o reglamento, algún recurso administrativo contra ellos; y ...”.*

asignación de competencia y las restricciones jerárquicas mencionadas, no ostenta capacidad procesal, en la medida que sigue formando parte de un ente que cuenta con personalidad jurídica propia. *Ergo*, desde el plano eminentemente procesal, esas conductas son imputables al ente como organización. De esa manera, a tono con el ordinal 103.1 de la LGAP: “*El jerarca o superior jerárquico supremo tendrá, además, la representación extrajudicial de la Administración Pública en su ramo...*”.

Por tanto, corresponde al jerarca supremo no solamente la declaratoria de lesividad de ese tipo de actos, sino, además, formular las acciones correspondientes, al ostentar la potestad para dicha declaratoria y tener la representación legal del ente al que pertenece ese órgano. Lo anterior ya que, es el ente al que se adscribe el órgano, quien cuenta con personalidad jurídica propia, lo que resulta fundamental para ostentar capacidad procesal que le permita accionar en sede judicial. El órgano desconcentrado no posee esta cualidad jurídica procesal, a la vez que no cuenta con habilitación legal para emprender demandadas en la sede contencioso administrativa<sup>250</sup>, de modo que el proceso de lesividad debe ser entablado por el ente al que pertenece, representado, se insiste, por su jerarca máximo supremo.

No obstante, la representación señalada en el canon 103.1 de la LGAP, resulta cuestionable frente al fenómeno de la personificación presupuestaria de algunos

---

250 Ya se ha indicado que el numeral 10.3 del CPCA confiere legitimación activa, que presupone capacidad procesal, a la CGR y a la Defensoría de los Habitantes de la República, instancias que no son entes públicos y que, por ende, no poseen la cualidad de ostentar personalidad jurídica. Pese a su condición de órganos auxiliares a la Asamblea Legislativa, la misma fuente legal les ha conferido esta habilitación, por lo cual, el aspecto legitimante activo no se asocia, en todos los casos, *sine qua non*, a la tenencia o no de personalidad jurídica, sino a la habilitación expresa por medios legales. Lo anterior se desprende, por ejemplo, de la letra del ordinal 9 del CPCA, que concede capacidad procesal, luego, legitimación, a los patrimonios autónomos y uniones sin personalidad, sin necesidad de agruparse en una persona jurídica, siempre que se afecten sus intereses legítimos. Se trata de un fenómeno de reconocimiento legal más que de estructura de quien reclama.

órganos desconcentrados, cuando el objeto de la lesividad sea precisamente, conductas relacionadas con el ejercicio de esa personificación. Veamos.

Los denominados órganos persona consisten, en esencia, en la atribución de personalidad jurídica instrumental a un órgano desconcentrado, para el manejo autónomo de un presupuesto, asignado para el cumplimiento eficiente de las metas inherentes a las competencias que le han sido asignadas de manera exclusiva y excluyente. Es decir, el conferimiento de esa personificación se sustenta en la atribución legal de presupuesto propio, sobre el que posee autonomía financiera y patrimonial. Lo anterior indica que puede gestionar su presupuesto y recursos de manera independiente respecto del presupuesto del órgano o ente al que se encuentra adscrito, aún y cuando en tanto parte orgánica de ese ente, su presupuesto se encuentra inserto dentro de la proyección de ingresos y gastos del ente, con la particularidad que este último no puede disponer ni administrar, bajo ninguna circunstancia, los recursos asignados al órgano persona.

Sobre las implicaciones de esa figura, en el voto No. 11657-2001 de 14:43 horas del 14 de noviembre de 2001, la Sala Constitucional señaló:

*“(...) La posición correcta es la sostenida en el segundo de los fallos citados, en el entendido de que resulta válido a la luz del Derecho de la Constitución conferir a un órgano desconcentrado, personalidad jurídica instrumental para efectos de manejar su propio presupuesto y así llevar a cabo en forma más eficiente la función pública que está llamado a desempeñar. Precisamente esa personificación presupuestaria le permite administrar sus recursos con independencia del Presupuesto del ente público al que pertenece, si bien continúa subordinado a éste en todos los aspectos no propios de la función que le fue dada por desconcentración y de los derivados de su personalidad jurídica instrumental. Posición análoga a la anterior ha sostenido la Procuraduría General de la República en diversos pronunciamientos, tales como los siguientes: C-176-95, C-178-95, C-189-96, Y C-075-98, entre otros. En este caso, no resulta inconstitucional el hecho de que los recursos provenientes del funcionamiento del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría vayan a ser administrados en un fideicomiso en el Banco Internacional de Costa Rica, toda vez que el Consejo Técnico de*

*Aviación Civil es un órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, dotado de personalidad jurídica instrumental, (...)*”

Es decir, la figura bajo examen consiste en la atribución de una competencia exclusiva a una persona jurídica nueva que se crea y que estará adscrita a un órgano superior. En el voto No. 2004-08474 de las 15:11 horas del 4 de agosto de 2004, ese Tribunal Constitucional expresó:

*“(...) Debe indicarse que, sobre el tema, ha aceptado como constitucionalmente correcta la figura de la personería jurídica instrumental -órgano persona-, entendiéndose que no se trata de atribuir una competencia en forma exclusiva a un órgano inferior con perjuicio de la competencia del órgano superior jerárquico, sino más bien de atribuir esa competencia a una persona jurídica nueva que se crea y que estará, según se desprende de sus funciones y conformación jurídica, adscrita a un órgano superior que, en el caso concreto es el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.*

La doctrina nacional ha considerado que la figura supone una contradicción, dado que, un centro de imputación jurídica puede asumir la forma de ente público o de órgano público, pero una misma unidad no puede ser ambas cosas a la vez. Lo anterior bajo la consideración de que el otorgamiento de personalidad jurídica, aun la instrumental, supone la creación de una persona administrativa. Desde ese plano, el profesor Jinesta Lobo ha postulado que resulta contrario a la dogmática jurídica afirmar que un órgano tiene personalidad jurídica, por cuanto desde ese mismo momento, dejaría de ser órgano, para transformarse en un ente. Con todo, el jurista nacional reconoce que la doctrina, esencialmente la italiana y española, ha señalado la necesidad de reconocerle cierta subjetividad a los órganos administrativos, para los efectos de calificar de jurídicas las relaciones Inter orgánicas que se verifican entre los mismos, llamándola personalidad instrumental, Inter orgánica o incompleta o bien legitimación separada. Según dicho autor, esa subjetividad relativa debe circunscribirse al ámbito de las relaciones orgánicas, siendo que dos reglas fundamentales son las siguientes: a) el acto se imputa al órgano, pero los efectos al ente del cual forma parte y b) la subjetividad no puede

abarcando la titularidad de relaciones u obligaciones, ni legitima para el ejercicio de acciones de ninguna naturaleza tanto al ente de pertenencia, como a otros órganos o tercero<sup>251</sup>

Empero, parece claro que la dimensión funcional de este tipo de personas administrativas, no se limita a relaciones internas, sino todo lo contrario, ya que sus competencias permiten ejercicios frente a terceros. La personalidad jurídica instrumental o incompleta, como se ha señalado, constituye una atribución de capacidad de gestión respecto de un patrimonio que es determinante para el ejercicio eficiente de las competencias asignadas y la satisfacción del interés público ínsito en esas competencias. Así visto, dicho conferimiento habilita al órgano persona para contraer obligaciones jurídicas o suscribir contratos relacionados con las competencias asignadas, y, por ende, procurar el cumplimiento debido del objeto de las relaciones que suscriban para esos efectos. Los efectos de esas conductas le son imputables al órgano en sí mismo, pero, además, los efectos de esos vínculos le son igualmente referibles, pues es su patrimonio el que responde por esos compromisos, así como por el ejercicio o indolencia de sus conductas. Esto es fundamental para poder concretar sus objetivos, pues de otro modo, no podrían adoptar las acciones de rigor para el desarrollo de los planes de acción que son propios de sus competencias, en la medida en que tendría que supeditarse a la capacidad de adquisición de bienes y servicios del ente al que pertenece, lo que, a no dudarlo, impacta de manera directa el ejercicio exclusivo de sus competencias.

De esa manera, esa personalidad instrumental supone una habilitación jurídica para suscribir obligaciones, por tanto, a tono con el numeral 36 y 627.1 del Código Civil, comprende la atribución legal de una capacidad jurídica para obligarse y suscribir

---

251 JINESTA LOBO, Ernesto. Op. Cit. Págs. 104-105. El autor apoya su postura en V. SANTAMARÍA PASTOR (Alfonso), Fundamentos de Derecho Administrativo - tomo 1-, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, p. 856 y ALESSI (Renato), Instituciones de Derecho Administrativo -tomo 1-, Barcelona, Ed. Bosch, 1970, pp. 83- 84.

contratos (administrativos). Tal personificación instrumental se basa, por tanto, en una implicación presupuestaria, al punto que suele ser denominada "personificación presupuestaria", pues, se reitera, lo que pretende es atribuir capacidad jurídica a un órgano administrativo, para comprometer fondos propios de un presupuesto que le ha sido asignado, a fin de cumplir con sus competencias jurídicas. Lo dicho supone que, aunque este tipo de órganos forman parte de un ente, y que, por tanto, no son unidades públicas autónomas, por carecer de personalidad jurídica propia, sea, plenaria, ostentan, para ese campo de acción en particular (y solamente para ese ámbito, sin posibilidad de interpretación extensiva), una personalidad jurídica de carácter instrumental que les otorga capacidad jurídica de acción.

Es decir, bajo ese carácter, la figura bajo examen atribuye a ese tipo de unidades administrativas una personalidad jurídica y una capacidad jurídica de orden relativo, en la medida en que se entiende como una habilitación normativa para suscribir obligaciones, pero limitada al contexto competencial para el cual ha sido conferida, necesariamente congruente, en todo o en parte, con el haz de competencias desconcentradas que le han sido asignadas. Cabe precisar en este punto que el fenómeno de la desconcentración, ya tratado, no implica en sí mismo el conferimiento de esta personalidad, la que debe ser asignada de manera expresa por fuente legal. Por ende, aun y la exclusividad de las competencias asignadas al órgano desconcentrado, la capacidad jurídica mencionada se encuentra reservada para aquellos órganos a los que se ha otorgado, además, personalidad jurídica de orden instrumental.

En esa línea, cabe recordar que al tenor del ordinal 1 de la LGAP, el Estado y los entes públicos menores, ostentan cada uno, personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado, lo que les permite suscribir obligaciones y comprometer sus fondos para el ejercicio de sus competencias. Así, en el caso de este tipo de órganos personificados, denominados en el régimen jurídico nacional como "ÓRGANOS PERSONA", en tanto no son entes públicos, si bien no presentan una capacidad jurídica amplia y genérica como la reconocida por la LGAP a los entes

que componen el concepto macro de Administración Pública, les es asignada una capacidad jurídica relativa, que les permite contraer obligaciones derivadas de competencias propias de las materias de su ámbito funcional material, y exclusivamente para la gestión presupuestaria de los fondos que le son asignados para ese ejercicio. Tal aspecto no aplicaría en consecuencia a conductas ajenas a ese parámetro justificante, sea por tratarse de competencias que aun desconcentradas, no se relacionan con el objeto propio de la personificación asignada.

Es importante destacar lo *sui generis* de esta figura aludida, en la medida en que la denominación misma implica un concepto por demás confuso, pues se atribuye la condición (denominación) de "persona" a un órgano, por tanto, a una unidad administrativa que forma parte de una organización más amplia. De ese modo, para la ejecución de los fondos asignados, ostenta potestades y capacidad similar a la de los entes públicos, sin serlo. De ahí que el legislador mismo precise en este tipo de esquemas, que su personalidad jurídica es instrumental, lo que supone, aprovecha la personalidad jurídica propia del ente al que pertenece, asignándosele ese presupuesto de la capacidad jurídica, pero exclusivamente para el ejercicio de sus competencias, según se ha explicitado.

Así expuesto, la competencia para disponer de los fondos públicos que le han sido fijados como mecanismo de financiamiento para el desarrollo de sus actividades y metas, atañe con exclusividad al órgano persona, con exclusión del ente mismo al que pertenece. Si bien el plan de ingresos probables y egresos autorizados del órgano personificado se inserta dentro del presupuesto del ente, -pues no pueden ser tramitados en cuanto a su aprobación por separado (sea el caso del Estado o de otros entes acorde a la Ley No. 8131)-, ciertamente una vez que se ha aprobado ese presupuesto, a quien corresponde su ejecución es al mismo órgano, en virtud de ese mandato legal que le confiere la personalidad jurídica para administrarlo.

La normativa procesal contencioso administrativa no pasa por alto este fenómeno, sino que ante esa condición de contar con presupuesto (recursos) propios, les

asigna legitimación pasiva. En efecto, a tono con el ordinal 12.2 del CPCA, cuando el objeto del proceso sea una conducta dictada por uno de estos órganos persona, debe tenerse como parte demandada al órgano que dictó el acto y al ente al que pertenece. Postula ese mandato:

***“ARTÍCULO 12.- Se considerará parte demandada:***

***1) La Administración Pública autora de la conducta administrativa objeto del proceso, salvo cuando se trate de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y del Tribunal Supremo de Elecciones; en este caso, se demandará al Estado.***

***2) Los órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, en tanto sean autores de la conducta administrativa objeto del proceso, conjuntamente con el Estado o el ente al que se encuentren adscritos.”***

Como se observa, la norma impone, en tales casos, un litisconsorcio pasivo necesario. Empero, al analizar las implicaciones de la figura, no vemos la necesidad de integración del ente al que se encuentra adscrito el órgano, ya que, el precepto en cuestión alude a un supuesto muy concreto y específico, dirigido a los casos en que la conducta cuestionada sea imputable al órgano persona. En esa hipótesis, es claro que la adopción de la conducta se produce en el ejercicio de una competencia desconcentrada, respecto de la cual, se reitera, el ente al que se adscribe, no tiene potestad de revisión oficiosa, ni a instancia de parte. Con todo, ya se ha indicado que cuando la desconcentración no cuente con esa personificación, la demanda debe cursarse en contra del ente, por la ausencia de capacidad jurídica otorgada al órgano, de suerte que la conducta le es imputable al ente como persona jurídica, responsable frente a terceros por ese proceder. No obstante, cuando ese órgano cuenta con la capacidad jurídica que deriva de la personalidad jurídica relativa otorgada, ese órgano persona es responsable frente a terceros por las conductas que emita en ese ejercicio específico, lo que hace innecesario la integración del ente al que pertenece, instancia a quien no le corresponde responder por esas conductas, atendiendo a la responsabilidad y referibilidad directa que ostenta, como persona pública, aún con esa naturaleza *sui generis*.



A manera de ejemplo reflexivo sobre esa pertinencia aludida, se puede pensar en un caso en el que se atribuye a un órgano persona la adopción de una conducta ilegítima a la que se le asocian o vinculan daños y perjuicios, relación en la cual, se presenta demanda en sede contencioso administrativa reclamando no solamente la nulidad de esas actuaciones sino, además, la indemnización de rigor. Como caso hipotético se puede establecer un supuesto en el que la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL), órgano persona adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, de conformidad con el artículo 59 de la Ley No. 7593<sup>252</sup>, de conformidad con las competencias previstas en el artículo 60 de esa ley, concretamente en el inciso k), emite un acto administrativo que impone una sanción por infracción administrativa a algún operador de redes o proveedor de servicios de telecomunicaciones, a las que hace referencia el ordinal 68 de la Ley No. 8642, o bien, la medida de cierre de establecimiento regulada en el precepto 69 *ejusdem*. Frente a esa conducta, la imposición de la multa respectiva y las medidas complementarias, el operador sancionado formula demanda ordinaria, en la que reclama la invalidez del acto adoptado por infringir las reglas y garantías del debido proceso, a la vez que solicita las indemnizaciones por daños y perjuicios respectivos.

En tal caso, cabe cuestionarse la pertinencia, necesidad y lógica de integrar al proceso como parte pasiva a la Aresep. Por un lado, en lo que se refiere al debate

---

252 La creación de la SUTEL se realiza mediante la modificación realizada por la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, No. 8660, a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593. En concreto, en el ordinal 59 de esa ley No. 7593, a partir de esa reforma, se establece la naturaleza jurídica de esa instancia en el siguiente sentido: “... *La Sutel es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; tendrá personalidad jurídica instrumental propia, para administrar el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, realizar la actividad contractual, administrar sus recursos y su presupuesto, así como para suscribir los contratos y convenios que requiera para el cumplimiento de sus funciones. (...)*”. Sus competencias se complementan con las detalladas en la Ley General de Telecomunicaciones, No. 8642.

sobre la validez de esas conductas, poco es el aporte que podría realizar el ente coaccionado, tratándose de una competencia que fue asignada a un órgano desconcentrado, de alta complejidad y especialización técnica, y sobre la cual, no tiene potestades de revisión en sede administrativa. Con todo, dado el fenómeno que se presenta en el marco de las relaciones desconcentradas sin personificación, tal aspecto no sería óbice para la integración del ente, sin embargo, en la hipótesis analizada, a ese órgano se ha conferido capacidad jurídica que supone la procesal, por lo que no se observa justificación de dicha integración. Por otro, si se llegara a determinar la nulidad del acto y a partir de esa invalidez, la responsabilidad por daños y perjuicios reclamados, es claro que la causa de la lesión sería imputable al órgano persona, quien ha de responder con su propio patrimonio (presupuesto), por tratarse de una conducta y un efecto derivado del ejercicio competencial que le es exclusivo y a efectos de cuyo cumplimiento, se le ha conferido personalidad instrumental. De otro modo, endilgar la responsabilidad al ente, al margen de la existencia de tal personificación presupuestaria, llevaría a una suerte de irresponsabilidad de ese órgano, debiendo ser asumida por el ente, sin criterio de imputación que le sea atribuible y sin causa que le sea referible, más allá que la relación orgánica que le vincula con esa personificación instrumental. A la postre, tal derivación llevaría a negar las implicaciones de la responsabilidad derivada de esa figura.

Es así que, en las demandas por daños derivados de las acciones u omisiones imputables a ese tipo de órganos persona, cuando se acredite y disponga que la causa adecuada del daño es imputable a ese órgano, por el ejercicio o desidia de competencias que le son propias y en virtud de las cuales (o para efectos de las cuales) le fue asignada esa personificación, el patrimonio que responde civilmente es el del órgano, no así el del ente al que pertenece, pues respecto de este último, no habría conducta o disfunción alguna a la que se pueda endilgar la consecuencia lesiva, razón por la cual, no debe responder con sus propios fondos, cuando el agente del daño (órgano persona), cuenta con el componente financiero que le obliga a responder por ese detrimento.

Sobre ese aspecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la inclusión del ente al que se adscribe el órgano persona, como litisconsorte pasivo necesario, de conformidad con el canon 12.2 del CPCA, se justifica en un “garantismo” a favor de la parte accionante, ante la eventualidad que la causa del daño no fuese imputable al órgano, sino al ente, o bien, que siendo imputable al órgano, la causa no fuese atinente al ejercicio de las competencias que han sustentado la personificación. En ambos casos, es claro que quien debe responder sería el ente, siendo que el órgano persona responde con su patrimonio únicamente en los casos en que el móvil de la lesión le fuese atribuible por las conductas que sustentaron el otorgamiento de la personalidad jurídica instrumental. Sin embargo, se considera, tal integración no debe asumirse como *conditio sine qua non*, siendo que, es con la definición del objeto del proceso y tendiendo al reclamo formulado, que se debe ponderar, en cada caso concreto, si la conducta objeto del proceso es propia del órgano persona, en el contexto señalado, sea, en las competencias para las cuales se confiere tal personalidad, en cuyo caso, poca utilidad tendría la participación del ente, pues ningún efecto jurídico podría imponerle la sentencia condenatoria. Si, por el contrario, la conducta del órgano no guarda tal particularidad o bien, la conducta impugnada o dañosa es imputable al ente, la integración del ente parece debida.

Sin embargo, no es esta la postura que ha establecido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, instancia que, en el ejercicio de sus competencias casacionales, y como unidad de mayor jerarquía en la jurisdicción contencioso administrativa, en la dimensión nomofiláctica<sup>253</sup>, ha tomado el camino de interpretar

---

253 El régimen del recurso extraordinario de casación asigna, como una de las funciones sustantivas de ese control, además de la integradora y la dikelógica, la función de nomofilaxis, misma que ese Tribunal Casacional ha definido en el siguiente sentido: “Consiste en un recurso que cumple una función de nomofilaquia, la cual se manifiesta en el control realizado por el juez de casación sobre el de instancia, fiscalizando la correcta aplicación del derecho. Se trata de un recurso inspirado en el control de la legalidad del fallo, lo que justifica la existencia de causales en atención a los motivos de naturaleza

que la integración obligatoria del ente público al que se adscribe el órgano persona, se hace indispensable e impostergable a partir de la responsabilidad subsidiaria que le es propia. Esto fue señalado en la resolución del voto 000293-F-S1-2016 de las 9 horas 40 minutos del 7 de abril de 2016, en el que modificó sus criterios anteriores.<sup>254</sup>

---

*procesal o de fondo, objeto del control casacional...*” Así fue expresado, entre muchos, en el voto 790-S1-F-2007.

254 En ese sentido, la Sala Primera ha pasado de considerar, en una primera visión del tema, que existía una responsabilidad directa del órgano persona, por lo que, la integración del ente, si bien atendía a una orden legal propia de una legitimación ad processum, en el fondo, no podía llevar a una condena en contra del ente, por ausencia de legitimación ad causam pasiva. Así, por ejemplo, se plasmó en el fallo No. 000515-F-S1-2014 de las 8 horas 55 minutos del 10 de abril de 2014. Coincidimos con esa postura por cuanto, ciertamente, atañe al órgano juzgador analizar la conducta objeto del proceso, y a partir de ello, determinar si la actuación cuestionada, por un lado, tiene un único contenido, y si además, implica el ejercicio de la competencia para la cual se le otorgó personalidad jurídica instrumental al órgano persona; pues en esos casos, se podría afirmar que por la conducta del órgano con personalidad jurídica instrumental, no existe responsabilidad solidaria ni subsidiaria del Estado o del ente del cual forma parte. Esa visión fue reiterada en las resoluciones números 001202-A-S1-09 de las 11 horas 10 minutos del 19 de noviembre de 2009; 001360-F-S1-2010 de las 10 horas 25 minutos del 11 de noviembre de 2010; y, 001170-F-S1-2012 de las 9 horas 15 minutos del 17 de setiembre de 2012. Es a partir del voto 000293-F-S1-2016 de las 9 horas 40 minutos del 7 de abril de 2016, citado en la resolución Voto 840-2016, que se migra a un criterio de responsabilidad subsidiaria, como presupuesto de exigencia de integración del ente, bajo la consideración de que los órganos persona siguen formando parte de un ente (mayor o menor), lo que evidencia una visión meramente organicista del asunto. Sobre esas razones señaló: “...en aspectos de responsabilidad, no es apropiado ni jurídicamente viable, exonerar por completo al Estado o al ente descentralizado, porque como se dijo, fue quien dio vida a tales órganos con el fin de facilitar su funcionamiento, pero no por ello dejan de ser parte de ese todo más amplio que constituye la Administración Central o ente descentralizado. Asimismo, no es factible dejar de lado el derecho de los ciudadanos a recibir un resarcimiento pleno (artículo 41 de la Constitución Política), al punto que tenga que verse afectado por el hecho que el órgano no cuente con contenido presupuestario, o porque dejó de existir. De dicha manera, es evidente, el administrado tendrá un mayor ámbito de protección y garantía, frente a sus reclamos por

Ahora bien, dicha norma resulta de necesaria referencia en la medida en que pone en evidencia que la personalidad instrumental otorgada, produce el otorgamiento de capacidad procesal, pues de otro modo, no podría ser parte accionada. *Ergo*, al ostentar personalidad jurídica para ejercer competencias concretas y, suponiendo esa circunstancia la tenencia de una capacidad jurídica relativa, que le permite comprometer fondos públicos y suscribir contratos y obligaciones, pero solamente -y exclusivamente- para esos ámbitos expresamente conferidos por el ordenamiento jurídico, así como la titularidad directa e inmediata de las competencias y potestades que le son propias, tales condiciones permiten a dichos órganos ejercer las acciones legales necesarias para tutelar los intereses públicos y fondos públicos que le han sido confiados y que constituyen el marco lógico del

---

*los detrimentos soportados. Lo anterior va de la mano con lo estipulado en los cardinales 9 de la Carta Magna, el cual establece que el Gobierno de la República es responsable, y 161 inciso 1) apartado b) del CPCA, fuente de la responsabilidad subsidiaria comentada.*". Se observa la ratio organicista que sustenta el criterio, desconociendo las implicaciones pragmáticas de esa integración, llevando a una parte a participar dentro de un proceso, sobre la base de una posible insuficiencia de fondos del órgano persona para hacer frente a una eventual condena dineraria, que, por subsidiariedad, debe asumir el ente. La justificación dada no considera que la misma normativa del CPCA regula los medios para asegurar la previsión de fondos frente a condenas dictadas en momentos en que dada la ejecución presupuestaria, ya el órgano no cuente con fondos en la partida de condenas judiciales. En tales casos, la responsabilidad no se traslada al ente, sino que los numerales 166, 167 y 168 del CPCA, obligan a insertar dentro del presupuesto del ciclo próximo inmediato, la reserva de fondos para afrontar la condena, junto con sus intereses. La conjetura del órgano casacional solamente sería posible frente a la desaparición del órgano persona, pues en los demás casos, mientras exista, tendrá su propio presupuesto, en el que debe incluir los montos para asegurar la indemnización, so pena de las consecuencias previstas en esos preceptos. Es decir, se parte de una falsa premisa, llevando a la obligación de participar en el proceso a una parte que, difícilmente, tenga relación directa con la conducta cuestionada, y a quien le resulte oponible de manera inmediata, la sentencia y su contenido.

otorgamiento de esa particular personalidad jurídica instrumental. Lo indicado supone, por ende, que esos órganos persona, aún y cuando no son entes públicos y por tanto, no poseen personalidad plena ni capacidad jurídica plena, en la medida en que cuentan con capacidad para las cuestiones señaladas, pueden emprender acciones jurídicas para exigir la responsabilidad contractual y extracontractual que derive de las relaciones obligacionales que ha suscrito en el ejercicio de esa personalidad jurídica instrumental confiada o asignada, al buscar o pretender la defensa del ejercicio de las competencias otorgadas y se asocian a las cuestiones derivadas del ejercicio de su capacidad derivada de la personalidad jurídica otorgada.

En ese contexto, de cara a formular procesos judiciales que tengan por objeto análisis de cuestiones en las que la ley les ha otorgado capacidad jurídica, bien podrían hacerlo sin la necesidad de hacerse acompañar con el ente al que se encuentran adscritos. Al tratarse de cuestiones vinculadas al ejercicio de esa personalidad, no guardaría sentido postular que poseen capacidad para contraer obligaciones, otorgar contratos, comprometer fondos, pero que no pueden plantear contiendas judiciales relacionadas con esos ejes funcionales, como sería el caso de incumplimientos de obligaciones de parte de terceros, o actos de terceros que les produzcan daños o perjuicios, o generen afectaciones al patrimonio que administran para cumplir con sus cometidos.<sup>255</sup>

---

255 En ese sentido de habilitación legitimante activa de los órganos persona, el Tribunal Contencioso Administrativo, en la resolución No. 129-2017-VI de las 10 horas 10 minutos del 31 de octubre del 2017, justificó esa postura señalando: “...*El criterio de eficiencia que ampara esa modalidad organizacional (órgano persona) se vería debilitado o suprimido si tal camino fuese el aplicable. De esa manera, frente a esos casos de exigencia de responsabilidad contractual o extracontractual derivada de relaciones jurídicas cuyo sustento es el ejercicio del campo de acción para el cual se ha conferido la personificación, así como en las relaciones externas cuyo objeto incidan en la gestión o disposición del presupuesto que les ha sido asignado para cumplir sus competencias, base lógica misma de la personificación presupuestaria asignada, estima esta Cámara, el órgano persona cuenta*

Así, tratándose de esos casos, el órgano cuenta con legitimación activa para reclamar esas cuestiones. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trate de aspectos que no se relacionan con ese ámbito de acción en concreto, sino que se deriven de relaciones afectas al poder de dirección, a relaciones de subordinación, o a aspectos de incidencia genérica del ente al que pertenecen. En el primer caso, es claro para este cuerpo colegiado que el órgano persona no estaría legitimado para formular acciones judiciales contra decisiones de otras instancias administrativas que ostenten poder de dirección sobre el órgano, sea, relaciones

---

*con capacidad jurídica para adoptar las acciones legales que permitan el cumplimiento efectivo de esas obligaciones, la reparación civil derivada de su incumplimiento, así como para refutar las conductas de terceros que busquen comprometer su patrimonio. Esto encuentra pleno respaldo en el ordinal 10 inciso 1) letra e) del CPCA, en cuanto señala que está legitimada para demandar: "e) La Administración (...), cuando se haya causado un daño o perjuicio a los intereses públicos, a la Hacienda Pública, y para exigir responsabilidad contractual y extracontractual." Si bien el numeral primero de esa codificación señala que para los fines de esa legislación, la Administración Pública se entiende integrada por la Administración Central, Poder Legislativo, Judicial y Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen función administrativa, así como la administración centralizada, es notorio que ante el conferimiento de la capacidad jurídica limitada derivada de la personalidad jurídica instrumental, tales circunstancias suponen la habilitación jurídica para establecer las acciones legales, dentro de estas, las contiendas judiciales que supongan el resguardo de los intereses públicos propios del marco competencial exclusivo otorgado, su patrimonio, siempre que el objeto del reclamo sea parte de las funciones sobre las cuales se le ha asignado esa personificación jurídica o bien, se trate de aspectos que incidan de manera directa en su presupuesto o patrimonio, elemento financiero fundamental para el ejercicio de sus cometidos. Puede pensarse en el incumplimiento de un contrato suscrito entre un administrado y el órgano persona. Siendo la parte incumpliente el contratista, es claro que la eventual acción judicial va a ser formulada por la Administración contratante. Pues bien, en este ejemplo, el contrato fue suscrito por el órgano persona, al amparo de su personalidad jurídica instrumental, y el presupuesto comprometido fue el del órgano persona, por lo que, la posibilidad de reclamar ese incumplimiento y eventual responsabilidad, es de la unidad que lo ha suscrito, sea, el mismo órgano persona, pues a fin de cuentas, la lesión se ha generado a una relación que ha suscrito en el marco de sus competencias y en ejercicio de su capacidad jurídica particular."*

propias de la tutela administrativa, dada la habilitación legal que supone esa relación que permite ordenación de actividad, mediante imposición de metas y medios de realización, propios de potestades programáticas o de política directiva. Como tampoco relaciones que se produzcan entre el ente al que pertenece y el mismo órgano, propias de relaciones de jerarquía, siendo que el canon 75 de la LGAP, veda ese tipo de conflictos.<sup>256</sup>

Lo mismo ocurre cuando lo cuestionado no dimane del ejercicio concreto de la personificación presupuestaria, aún y cuando sean cuestiones reflejamente puedan incidir en su presupuesto, sino que atañen al ente en su generalidad. De esa manera, la legitimación activa de ese tipo de órganos persona, no es plena (ni puede serlo), sino solamente referida y limitada a los supuestos anteriormente citados.

---

256 Cabe señalar que tal norma no parece aplicable a los casos en que el jerarca del órgano, irrumpa en las competencias desconcentradas, siendo que se trata de un mecanismo definitivo de asignación de competencias, a diferencia de los medios de transferencia que regula el canon 84 de la LGAP, todos de orden temporal o provisional. Desde ese plano, de conformidad con el numeral 83 de esa ley, el jerarca no puede avocar dichas competencias ni sustituir el acto. De ahí que cuando el jerarca asuma las competencias que no le son propias, no podría alegarse que no cabe el conflicto aludido, en la medida en que la norma 75 de la LGAP, regula la imposibilidad de ese tipo de controversias, en relaciones jerárquicas plenas, lo que no es extensible, en su totalidad, a las relaciones desconcentradas. Nótese que el mismo canon 83 citado, indica que, en la desconcentración de grado máximo, la interpretación será a favor de las competencias del órgano, señal inequívoca de la protección de esas asignaciones. Así, frente a invasiones del jerarca en el ámbito de competencia del órgano persona, surge el dilema del remedio que pueda tener ese órgano para requerir el cumplimiento de los parámetros legales de actuación, tanto del jerarca, como de ese órgano, como derivación de la proyección positiva (oponible) y negativa (excluyente) de su fuero competencial. Es claro que, desde el plano externo, el destinatario del acto podría alegar la nulidad por defectos en el elemento subjetivo de competencia (art. 129 LGAP), pero ello no agota las posibilidades del órgano persona de ejercer acciones para el resguardo de su presupuesto, así como de las competencias que le son propias.



No debe llamar a confusión lo preceptuado por el canon 12.2 del CPCA que señala: "*Se considerará parte demandada: (...) 2) Los órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, en tanto sean autores de la conducta administrativa objeto del proceso, conjuntamente con el Estado o el ente al que se encuentren adscritos.*" La norma de comentario le concede legitimación procesal pasiva, en litisconsorcio necesario junto con el ente al que pertenece. Ya se ha comentado que el anterior enfoque se ha pretendido justificar por una aplicación garantista a favor de quien reclama contra las conductas u omisiones de los órganos persona. Con independencia del criterio que pueda tenerse sobre esa norma en concreto, y que ya hemos expuesto, lo cierto del caso es que la definición de si el órgano personificado ostenta legitimación activa o no, no debe partir de una suerte de paralelismo automático, en el sentido de suponer que si desde el plano pasivo formal (*ad processum*), la demanda debe cursarse contra el órgano y el ente al que pertenece, por paridad de razón, la demanda que eventualmente formule este tipo de órganos, debe ser conjuntamente con el ente al que pertenece, sea, un tipo de litisconsorcio activo necesario.

Como se ha señalado, en los casos excepcionales que se acepte su legitimación activa, solamente reservado para los supuestos ya comentados, no es necesaria la concurrencia del ente al que están adscritos, siendo que pueden accionar de manera separada. Cabe destacar que, frente a esta cuestión, ya la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia señaló la posibilidad de que este tipo de órganos formulen acciones en esta jurisdicción. Así en el fallo No. 1453-2013, de las 09 horas del 31 de octubre del 2013 expuso sobre este particular:

"... dentro de esta perspectiva, la figura del "órgano-persona", dada sus particularidades, y para efectos de representación debe ser, en ese tanto, asimilado a la participación dentro del proceso de un ente descentralizado, en la medida en que ostentan una personalidad jurídica instrumental. Claro está, lo anterior resulta de aplicación, únicamente, en tanto la conducta que se le imputa se encuentra dentro del ámbito de la competencia desconcentrada y respecto de la cual, se le otorgó personalidad jurídica. En este sentido, lo dispuesto en el numeral 12.2 del CPCA a que se hizo referencia, debe ser entendido como un

mecanismo mediante el cual se evite que, luego de un proceso, se determine que la conducta no se encuentra dentro de la competencia que ejerce el órgano con la cobertura de la personalidad instrumental que le fue otorgada. Sobre este punto, puede citarse lo dispuesto por este órgano en el voto 1202-A-S1-2009, en el que se indicó: “La idea que subyace en la norma es la de evitar al administrado el problema de definir si la actuación (o conducta omisiva) del órgano, lo fue en ejercicio de una competencia cubierta por la personalidad jurídica instrumental, o bien, fuera de ella, es decir, sometida, por ejemplo, a dirección del jerarca del ente en cuya estructura está inserto. En suma, lo relevante es la existencia de una lesión a la esfera jurídica del administrado y el correlativo deber reparator. En interés de la víctima, la norma dispone traer el órgano y el ente a la lite, a fin de que la eventual sentencia estimatoria pueda ejecutarse contra el patrimonio del que resulte responsable. De no exigirse la comparecencia de ambos, el fallo sería ineficaz, pues no podría obligar a indemnizar a quien no ha ejercido la defensa de sus propios intereses en el proceso. Dicho de otro modo, el mandato procesal ordena únicamente que se incorpore a la discusión judicial, tanto al órgano con personalidad como al Estado u ente al que pertenece. Corresponde luego al juez o jueza, con arreglo a las normas sustantivas, determinar si el acto, conducta o indolencia cuestionados se desarrolló o no bajo personalidad, estableciendo de este modo, si es el órgano el que debe responder con su propio peculio, o si es el ente o el Estado a quien debe atribuirse el deber de reparar.” (Lo subrayado no es del original. Sentencia número 1360 de las 10 horas 25 minutos del 11 de noviembre de 2010. En igual sentido, pueden consultarse, entre otras, las resoluciones de esta Cámara números 31211 de las 8 horas 55 minutos del 31 de marzo, 883 de las 9 horas 5 minutos del 28 de julio, ambas de 2011; y 1444 de las 9 horas 10 minutos del 30 de octubre de 2012). Como se colige de la anterior transcripción, por expresa disposición del CPCA, los órganos con personería jurídica instrumental, en tanto la actuación o conducta omisiva cuestionada se encuentre dentro del ámbito de su competencia, cuentan con capacidad de actuar procesal pasiva. En este supuesto, la normativa establece un litis consorcio necesario, debiéndose integrar el proceso con el Estado o el ente al que estén adscritos. La razón de esto, como se apuntó, es proteger el interés del administrado, evitándole el dilema de definir si la actuación o conducta omisiva fue en ejercicio de una competencia cubierta por la personalidad jurídica instrumental o fuera de ella (sometida, verbigracia, a dirección del jerarca del ente en cuya

*estructura está inserto). Ergo, entendiendo el precepto en estudio en sentido contrario, cuando el órgano con personería jurídica instrumental comparezca a juicio como demandante –capacidad de actuar procesal activa-, y siempre dentro de su marco competencial, no requiere actuar conjuntamente con el Estado o el ente al cual esté adscrito; es decir, tiene capacidad para, por sí solo, formalizar la demanda." El resaltado es propio.*

Lo anterior pone en evidencia la posibilidad de que el órgano persona formule acciones judiciales de manera autónoma al ente al que pertenece. Se precisa, no obstante, que no se comparte el simple paralelismo en el que la instancia casacional sustenta esa postura, al no aportar argumentos racionales para sostener tal proyección. En suma, al ostentar esa capacidad jurídica para los asuntos propios de sus competencias, ostentan la capacidad legal necesaria para interponer por sí mismos una demanda, siempre que se refiera al resguardo de su patrimonio y presupuesto, en el ejercicio concreto de las materias que le han sido atribuidas.<sup>257</sup>

---

257 Cabe destacar que esta posibilidad no ha sido de aplicación pacífica en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En la misma resolución No. 129-20147-VI, la jueza Abarca Gómez externó su voto salvado, oponiéndose a ese reconocimiento de legitimación activa, en las siguientes razones medulares: “... se trata de una dotación de mecanismos e instrumentos jurídicos estrictamente necesarios para que el órgano pueda cumplir las funciones atribuidas en virtud de ley, lo cual resulta compatible con la eficiencia y adaptabilidad al cambio que deben imperar en cualquier actuación administrativa. Por ello, estimo que, en observancia de los principios de legalidad y competencia, así como la naturaleza y alcances de la personalidad jurídica instrumental, la capacidad del órgano a quien se le ha otorgado ésta, debe estar sujeta a los términos y condiciones previstos en la ley de su creación y solo en cuanto resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la función asignada. De este modo, ha de entenderse que aquellas competencias que el legislador no atribuyó al órgano deben presumirse como propias y reservadas del superior o al ente a que pertenece, a modo de competencia residual. Desde perspectiva, a diferencia de mis compañeros cojueces, estimo que no es posible asumir que las competencias asignadas al órgano accionante en el numeral 164 del Código Municipal pueden extenderse a la presentación de acciones legales o procesos jurisdiccionales, porque esa capacidad no le fue expresamente atribuida por el legislador. Lo anterior porque, reitero, la personalidad jurídica instrumental no es una de pleno derecho, sino que se

Llegado a este punto, debe determinarse si acorde a lo indicado, los órganos persona podrían formular demandas de lesividad, o bien, debe hacerlo el ente al que pertenecen. En ese sentido, la misma sentencia No. 129-2017-VI estableció como supuesto en el que no aplicaba la apertura de legitimación activa comentada, la lesividad. En ese orden señaló:

*“... Estaría excluido además el mecanismo de la lesividad, en la medida en que por norma expresa (art. 34 CPCA) es el jerarca máximo supremo del ente, el legitimado para la declaración de lesividad y, por ende, de la formulación de la correspondiente acción judicial. En tales casos, las acciones han de ser formuladas por el ente al que se encuentra adscrito, en ejercicio de la capacidad plena que aquel ostenta (art. 1 LGAP) ...”.*

El análisis de la cuestión planteada hace necesario el análisis de las normas relativas a la lesividad, a fin de establecer si regulan, en alguna medida, la posibilidad bajo examen. En ese sentido, tal y como señala el precedente recién aludido, la única referencia legal sobre la lesividad frente a actos de los órganos persona, es justamente el ordinal 34 inciso 4) del CPCA, norma que señala:

*“4) La declaratoria de lesividad de los actos dictados por órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, será emitida por el superior jerárquico supremo.”*

---

*constrñe al manejo de su propio presupuesto (sea, gestionarlo y administrarlo), en este caso, en lo que atañe al desarrollo de planes, proyectos y programas deportivos y recreativos cantonales, así como para construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas de su propiedad o las otorgadas en administración. Estimo que, en estos casos, la interpretación debe ser restrictiva y conteste con la condición de órgano que ostenta el Comité actor, sin que pueda extenderse esa personalidad limitada a la formulación de demandas judiciales, acción reservada a quienes gozan de capacidad jurídica y de actuar (sea, plena), en este caso, el ente (salvo los órganos con legitimación institucional, en este caso la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes) ...”.*

Las implicaciones de la referencia “superior jerárquico supremo”, ya fueron tratadas, reiterando que, en las relaciones desconcentradas, pese a sus implicaciones competencias, pervive la relación jerárquica, relativizada, pero persistente en algunas manifestaciones. Ya se ha señalado que la lesividad no se encuentra dentro de los supuestos de revisión administrativa interna, que, respecto de los órganos desconcentrados, restringe el precepto 83 de la LGAP. De ahí que no hay duda que, en el contexto de ese mandato, la declaratoria de lesividad, en sede interna, no corresponde a la jerarquía del órgano persona, sino al jerarca de última instancia del ente al que pertenece. Eso implica, siguiendo con el ejemplo de la SUTEL, que, frente a la lesividad de un acto dictado por esa Superintendencia, la declaración interna compete a la Junta Directiva de la ARESEP, ente al que se encuentra adscrito. En ese sentido, dentro de un marco de congruencia lógica, si la declaratoria de lesividad atañe al jerarca máximo supremo, podría considerarse que la acción judicial de lesividad corresponde a ese mismo jerarca. Ergo, la legitimación para formular ese tipo de pretensiones en sede judicial, correspondería al ente público y no al órgano persona.

De otro modo, poco sentido guardaría que, ante esa hipótesis, la declaratoria de lesividad del jerarca máximo supremo, fuese un presupuesto habilitante para que el órgano persona planteara la lesividad.

Desde la arista crítica, nos parece que atendiendo al análisis ya realizado y considerando la especificidad competencial que caracteriza a los órganos persona, y atendiendo a que ya se ha reconocido no solamente su capacidad procesal, sino, además, su legitimación activa, la lesividad de sus actos, es una competencia que debería corresponderle de manera directa, y no mediante acciones que eventualmente puede (o no) ejercer el jerarca máximo del ente al que se adscribe. La lesividad busca suprimir conductas propias que han generado beneficios que, se estiman ilegítimos en una persona destinataria. En el caso de los órganos persona, es claro que esas conductas se adoptan en el ejercicio de las competencias desconcentradas, a la vez que generan un impacto negativo en los intereses públicos asociados a las potestades conferidas a esos órganos y que, de

paso, pueden lesionar su patrimonio. Desde ese plano, si la legitimación activa reconocida a esas unidades se ha sustentado en la capacidad de gestión de sus competencias y patrimonio personificado, para lo cual, puede emprender las acciones judiciales de tutela de esos aspectos, la formulación de acciones anulatorias, por la vía de la lesividad, respecto de actos que lesionen dichas competencias y patrimonio, tendría la misma base habilitante.

Separar los supuestos de legitimación activa a la modalidad de requerimiento judicial, inserta un criterio de distinción que resulta disfuncional. Si las pretensiones no son propias de una acción de lesividad, el órgano persona puede formularlas de manera directa, empero, si son propias de esa modalidad, debe plantearlas el jerarca del ente. Tal distinción limita las acciones de defensa de los órganos persona, a la vez que relativiza su legitimación, por cuestiones que dejan de lado criterios de eficiencia administrativa y funcionalidad pragmática. Dada la especialidad competencial, usualmente de base técnica compleja, es notorio que la defensa de los intereses del órgano persona, a nivel de resguardo técnico en sede judicial, podrá ser realizada de mejor manera por la instancia que ostenta la competencia técnica y a quien, se ha conferido personalidad instrumental. La única relación del ente en cuanto a esas competencias de base técnica, será, a lo sumo, de orden orgánico, programático o directivo (relación de dirección), pero en modo alguno, supone la base de conocimiento de primer nivel de las particularidades de los temas propios de las competencias desconcentradas, así como de las vicisitudes que han generado la necesidad de la supresión de las conductas dictadas.

No en pocas ocasiones se ha puesto de manifiesto en los procesos judiciales, el dilema que se presenta en la integración del ente al que se adscribe un órgano persona, casos en los cuales, la postura del ente ha sido, simplemente, limitarse a prohijar o adherirse a las alegaciones del órgano. Tal proceder deriva de que el ente no es quien ejerce la competencia técnica concreta y, por ende, no tiene los parámetros que le permitan referirse a fondo en cuanto a las cuestiones debatidas.

Igual resultado se anticipa en las acciones de lesividad de conductas de órganos persona que sean formuladas por los entes que los contienen.<sup>258</sup>

De esa manera, en el contexto actual, pese a las críticas expuestas, la acción de lesividad de las conductas dictadas por órganos persona, debe ser formulada por los entes al que se adscriben. La participación en el proceso de esos órganos, debe darse mediante la coordinación con la representación judicial de ese ente o bien, mediante la figura del tercero interesado, acorde a las reglas del ordinal 15 del CPCA. Con todo, esa intervención en carácter de tercero interesado, no permite la formulación de pretensiones propias, siendo que el requerimiento de supresión de la conducta y cuestiones adicionales de orden patrimonial (tema a analizar en el elemento objetivo), solamente podría ser formulado por el ente, aún y cuando los efectos del proceso, vayan a incidir de manera directa y única, en la esfera del órgano, que no del ente.

Lo anterior sin perjuicio de que la jerarquía máxima suprema, confiera la representación en el proceso de lesividad (poder especial judicial) a los especialistas técnicos-jurídicos del órgano persona, para que realicen la defensa técnica. Empero, esa posibilidad se reserva al caso del sector descentralizado, pues en el caso de la Administración Central, como derivación del ordinal 16 del CPCA, la representación en juicio, corresponde, por ley especial, a la PGR. Pese a ello, bien puede darse una coordinación entre la PGR y los órganos persona del Estado, para que la expresión de argumentos, suministrando los insumos que permitan la transmisión de puntos de análisis de manera que el debate sobre la validez o no del acto cuestionado, pueda emprenderse de manera más amplia, técnica y objetiva.

---

258 De las investigaciones realizadas, no hemos encontrado ninguna referencia de acciones de lesividad emprendidas en contra de conductas de órganos persona que hayan ameritado el análisis de este marco legitimante que se examina. Ergo, no hemos detectado antecedentes a partir de los cuales pueda realizarse un análisis de posturas judiciales.

La posibilidad de que esos órganos ejerzan de manera directa la pretensión de lesividad, por tanto, parece quedar reservada a una eventual interpretación ampliativa de los supuestos de legitimación activa de los órganos persona, con el obstáculo de la exigencia prevista en el canon 34.4 del CPCA, o bien, en rigor técnico, de una reforma legal a ese mandato, atribuyendo a esas unidades administrativas, la habilitación plena para dichas cuestiones. En tal caso, la norma debería orientarse en el siguiente sentido:

“Art. \_\_\_\_\_. Ser reforma el inciso 4) del artículo 34 del CPCA, para que se lea de la siguiente manera:

*“4) La declaratoria de lesividad de los actos dictados por órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, en ejercicio de las competencias desconcentradas y para las cuales se ha asignado dicha personificación, será emitida por la jerarquía interna de dichos órganos. La acción judicial respectiva, podrá ser formulada de manera directa por el órgano persona.”*

#### **4.2. La Legitimación Pasiva en el proceso de lesividad.**

El proceso de lesividad tiene por objeto la supresión de una conducta administrativa que, ha concedido una situación favorable mediante la creación o reconocimiento de un derecho subjetivo o interés legítimo. Por ende, como derivación de la doctrina de intangibilidad de actos propios y en aras de tutelar el derecho de defensa y el debido proceso de las personas titulares de las situaciones jurídicas sobre las cuales se generó una proyección positiva y que pretende eliminarse, resulta evidente que, desde la **arista subjetiva pasiva**, es claro que la parte accionada dentro del proceso de lesividad es el destinatario de los efectos favorables de la conducta. Tal concepto (destinatario) permite que el receptor de esa conducta sea cualquier persona física o jurídica, privada e incluso pública.

Desde luego que, la referencia a personas de Derecho Público no incluye aquellas relaciones de fiscalización, control o dirección, que se concretan en regímenes de



autorización o aprobación intersubjetiva, sino que se enmarca a aquellos vínculos en los que ese ente público es el destinatario de una potestad administrativa respecto de la cual, guarda condición similar de sometimiento que cualquier persona. Es claro que la aprobación que se otorga mediante un refrendo, no hace nacer un derecho a favor de la Administración Licitante, sino, solamente, una habilitación para la puesta en marcha de los efectos de la conducta sometida a ese control. Igual precisión cabe hacer de una autorización para adoptar determinado acto, lo que, se insiste, constituye un requisito de validez del acto, que no un derecho o situación favorable de esa Administración. Cosa diversa acontece cuando un acto de alguna Administración reguladora, emita un acto que produzca un beneficio de orden patrimonial a favor de un ente público de vocación prestacional de servicios económicos. En esa dinámica de ejercicio propio de capacidad de derecho privado, bien pueden configurarse situaciones de poder a favor de esas personas públicas, que, en orden a lo señalado, implicará que las conductas que le han procurado tal consecuencia benevolente, deban ser suprimidas por esta vía. Puede pensarse en el caso de una sociedad pública de economía mixta (SPEM<sup>259</sup>), a cuyo favor se asigna un contrato para la prestación

---

259 La regulación de esta figura se encuentra regulada en la Ley No. 8828, Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta, y supone, participación de capital privado, o de otras empresas públicas para actividades de beneficio comunal municipal. El artículo 2 de esa ley impone como objetos de dichas empresas: “Artículo 2-Objetivo de las SPEM. Las SPEM tendrán como objetivo la constitución, aplicación, instalación y ejecución de infraestructura necesarias para el desarrollo comunal y regional, además de la gestión de los servicios públicos municipales, con el fin de satisfacer, oportuna y adecuadamente, el interés público, la sana administración, la planificación y la maximización de los fondos y servicios públicos.” A su vez, la naturaleza jurídica fijada por el canon 3 ejusdem, pone de manifiesto que su actividad se rige por el régimen mercantil. Señala ese precepto: “Artículo 3-Naturaleza jurídica. Las SPEM se organizarán y funcionarán conforme a las normas que rigen a las sociedades anónimas, sin perjuicio de su sujeción al derecho público, cuando corresponda, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, y serán concebidas como una empresa pública. Para su creación se requiere la aprobación de dos tercios del total de los miembros que integran el concejo

de determinado servicio público delegado y que luego, se estila lesivo. Así, habrá de examinar, en cada caso, qué persona o conjunto de ellas, se constituyen en los destinatarios del acto y que, a partir de su contenido, han insertado dentro de su esfera jurídica, situaciones de poder.

En el ámbito de la relación procesal, determinada por el objeto de la causa, es evidente que la oponibilidad de las pretensiones se direcciona a suprimir de la esfera jurídica de un tercero, las bondades que le ha producido un acto administrativo que se considera lesivo por la invalidez derivada de la disonancia del acto respecto de los intereses públicos. Tal beneficio, a nuestro juicio, no se encuentra limitado a la categoría de derecho subjetivo. Basta que el efecto del acto sea favorable para que sea pasible de ser cuestionado mediante el mecanismo de lesividad. La generación de esas proyecciones efectuales permite establecer, al amparo del numeral 12 inciso 3) CPCA, que el accionado dentro de estas causas sea el destinatario de esa conducta. Sobre los alcances de los actos susceptibles de impugnación en esa vía, se ahondará en el examen del elemento objetivo. Basta decir por el momento que no existe tal cosa como un análisis de legalidad de una conducta pública en sede contencioso administrativa, sin que exista parte demandada destinataria de esos efectos. La normativa procesal no prevé acciones similares a la acción de inconstitucionalidad, que procuran un control objetivo puro de las normas, en este caso, de los actos públicos. Con todo, el tema, por aspectos de orden, guarda mayor relación con el elemento objetivo.

Ahora bien, dado ese ámbito subjetivo, se hace necesario precisar el sujeto concreto, o grupo de estos, a quienes se ha generado el beneficio. Lo determinante en este sentido es que esas conductas han de haber generado algún efecto concreto en una esfera determinada. Para ello, es necesario distinguir los actos de

---

*municipal respectivo.*” La participación de un “partner” privado, hace necesario que la supresión de actos que concedan beneficios de orden patrimonial, sea examinada a la luz de este tipo de procesos de lesividad, y no por el simple desconocimiento de las relaciones que se han concretado entre el ente licitante y estas empresas.

alcance general cuya regulación configuran la base habilitante para el posterior dictado de conductas de contenido concreto, que, de manera específica, a partir de aquella regulación, generan un derecho o situación favorable determinado.

Como se observará, en el elemento objetivo, estas disposiciones de alcance general, no forman parte de las conductas pasibles de ser cuestionadas por la vía de la lesividad, al no ser conductas que, en sentido específico y concreto, otorguen derechos subjetivos, sino, a lo sumo, configuran un régimen jurídico a partir del cual podría invocarse una situación jurídica consolidada. El fundamento de lo indicado no estriba en imposibilidad de impugnar ese tipo de conductas en sede contencioso administrativa, pues es evidente que de conformidad con el artículo 10.2 del CPCA, son de posible revisión y análisis en sede, sino en la ausencia del elemento fundamental que da cabida a la lesividad, cual es, la supresión de una situación favorable, concreta, derivada de un acto administrativo que se ha dictado a contrapelo de legalidad.

Así visto, los actos de aplicación concreta de aquellas normas administrativas, en cuanto haya otorgado las bondades señaladas, son los pasibles de revisión en el proceso de lesividad, dado su contenido concreto. Es justamente esa persona beneficiada, quien buscará oponerse a las pretensiones formuladas por la Administración Pública, para pretender conservar las conductas que han insertado en su esfera jurídica, el derecho subjetivo o situación de efecto favorable, producto de la potencialidad de afectación que tal supresión probable le implicaría.

Sobre el particular, la doctrina ha establecido que, en cada caso, es menester identificar las personas titulares de esas situaciones jurídicas incididas, para completar la relación procesal y posibilitar el ejercicio de contradictorio de esas personas. De suerte que, el demandado es siempre una persona distinta a la Administración demandante, por consiguiente, no puede ser más que un particular-administrado o un ente administrativo no demandante a los que beneficia la estabilidad e irrevocabilidad del acto administrativo en sede administrativa. El favorecido por la resolución recurrida es el interesado en que ésta subsista, y, por

tanto, él ha de ser la parte demandada. La contienda se entabla entre la Administración que pretende que no prevalezca una resolución que estima ilegal y lesiva a sus intereses y por la otra el derecho de aquél que obtuvo en su provecho, beneficio o favor el acto supuestamente lesivo. El demandado, en síntesis, en el proceso de lesividad es el afectado por la resolución recurrida.<sup>260</sup>

Si se analiza la regulación nacional sobre el tema, concretamente el CPCA, se observa que no exista regla expresa que precise los detalles en cuanto a la parte pasiva dentro del proceso de lesividad. El numeral 12.5 de esa regulación, se limita a reconocer la potestad de la Administración de formular la acción de lesiva en contra de actor propios, firmes, declaratorios de derechos subjetivos. Luego, el numeral 34 *ibidem* fija pautas de orden procedimental aplicables para la declaratoria de lesividad administrativa, plazos para esa manifestación y para formular el proceso judicial, así como precisiones a propósito de ese mecanismo en régimen de demanialidad y actos de efecto continuado. Empero, no establece regla alguna en cuanto al elemento pasivo.

La norma más próxima se encuentra plasmada en el artículo 12.3 del CPCA, que señala que la legitimación pasiva recae sobre las personas que hayan derivado derechos e intereses legítimos de la conducta objeto del proceso. Tal mandato es el basamento fundamental para colegir que, en la medida en que el objeto de la causa de lesividad es un acto de contenido favorable, el tercero a cuyo favor se haya generado tal consecuencia, sea el accionado.

A modo de referencia, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española<sup>261</sup>, impone un tratamiento más detallado sobre esas

---

260 En este sentido, Dromi Casas, JOSÉ ROBERTO. Acción de Lesividad en Revista de Administración Pública, España, Núm. 88-15, págs. 209-225.

261 Norma que puede cotejarse en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1998/BOE-A-1998-16718-consolidado.pdf>

cuestiones. En el canon 45, inciso cuarto, se fijan pautas de identificación del sujeto beneficiado, para integrarle a la contienda. Señala ese precepto:

*“4. El recurso de lesividad se iniciará por demanda formulada con arreglo al artículo 56.1, **que fijará con precisión la persona o personas demandadas y su sede o domicilio si constara**. A esta demanda se acompañarán en todo caso la declaración de lesividad, el expediente administrativo y, si procede, los documentos de las letras a) y d) del apartado 2 de este artículo Como se ha anticipado, nuestro régimen jurídico, no se prevé una modalidad procesal”. El resaltado no es del original.*

Luego el ordinal 49.6 *ejusdem*, manda a que el emplazamiento de los demandados en el recurso de lesividad se efectúe de manera personal. Si bien nuestro régimen no contiene regulación en ese sentido, tal exigencia es equiparable a lo preceptuado por el numeral 58 inciso 1) letra g) del CPCA, que impone como requisito de la demanda, el aporte del lugar para notificar el auto inicial del proceso, cuando se trate de particulares. Ese precepto debe complementarse con las ordenanzas de la Ley de Notificaciones Judiciales, No. 8687, en cuyo artículo 19 impone la notificación personal del traslado de la demanda o auto inicial, en cualquier tipo de causa. Señala ese mandato:

*“**ARTÍCULO 19.- RESOLUCIONES.** Las siguientes resoluciones se notificarán a las personas físicas en forma personal. Tendrán ese mismo efecto, las realizadas en el domicilio contractual, casa de habitación, domicilio real o registral.*

***a)** El traslado de la demanda o auto inicial en cualquier clase de proceso, salvo que la parte demandada o interesada ya haya hecho señalamiento para atender notificaciones en el mismo expediente. (...)*”

Cabe advertir que la circunstancia de que dentro del expediente administrativo conste algún medio para comunicar al administrado, no lleva a prescindir de la notificación personal del auto inicial, por cuanto la carpeta administrativa es cosa

diversa al expediente judicial, por lo que, aún en esos supuestos, el traslado de la demanda referido en el canon 63 del CPCA, ha de realizarse de manera personal.

En suma, atendiendo a las particularidades señaladas, por la orientación preminentemente subjetiva de la acción de lesividad, en su ámbito general, no se prevé escenario que permita un control judicial, ajeno a la intervención de un sujeto beneficiado con el acto a anular. No existe, a la fecha, posibilidad procesal para un control objetivo puro, que prescinda de la necesidad de direccionar la demanda en contra de una persona en particular (o grupo concreto de ellas), pues en tal caso, el objeto del proceso no sería la anulación de actos de contenido favorable, sea por otorgar un derecho subjetivo o un interés legítimo. Sobre este tema se volverá en el capítulo IV, relativo a la lesividad en el campo fiscal.

#### **4.3. La competencia decisional.**

Por último, en cuanto al elemento subjetivo, es necesario mencionar, brevemente, la instancia competente para atender las reclamaciones de lesividad. Ya se ha establecido en el Capítulo I, que por virtud del ordinal 49 de la Constitución Política, el control de validez de la función administrativa se ha asignado, por tesis de principio, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Si bien las competencias de la Jurisdicción Constitucional permiten a la Sala Constitucional analizar la legitimidad de conductas de la Administración Pública, esa revisión se concreta al proceso sumario de recurso de amparo, por lesión al régimen de los derechos fundamentales. De ahí que resulta evidente que no se constituye en una instancia ante la cual, pueda, residualmente, plantearse un debate de naturaleza ordinaria, aspecto que es propio de la sede Contencioso Administrativa.

Precisamente, es el CPCA la norma que impone el régimen procesal para el abordaje plenario de los distintos aspectos asociados a la relación jurídico administrativa. Como se ha señalado, es dentro de esta normativa que se hace referencia al proceso de lesividad.

Sin embargo, recientemente se ha emitido la Ley No. 9609 del 27 de septiembre del 2019, denominado “Código Procesal Agrario”, norma que, de conformidad con lo dispuesto en la reforma realizada por la Ley No. 9819 del 18 de febrero del 2020, entraría a regir a partir del 28 de febrero del 2021 y cuya implementación se ha dilatado nuevamente, sin que, al instante, haya una fecha definida de su entrada en vigor. En esa legislación se regula la competencia material de la Jurisdicción Agraria y en lo relevante a este análisis, el artículo 2, inciso 12) estatuye la competencia para resolver cuestiones relacionadas con ejercicios de función administrativa que se refieran a menesteres eminentemente agrarios y de desarrollo rural, siempre que se deriven de actuaciones del Instituto de Desarrollo Agrario (INDER). En ese sentido, señala ese mandato:

*“12) Las situaciones y las relaciones jurídicas relacionadas con conductas administrativas o manifestaciones específicas de la función administrativa, que por el contenido material o sustancial de la pretensión correspondan a extremos exclusivamente agrarios y de desarrollo rural y se deriven del Instituto de Desarrollo Rural o el instituto correspondiente.”*

Ese precepto puede generar el debate en torno a si la lesividad de las conductas dictadas por el INDER en cuestiones propias de las potestades y competencias desarrolladas en los numerales 15 y 16 de la Ley No. 9036, en tanto generan derechos a favor de los administrados en cuestiones tales como otorgamientos de financiamientos, suscripción de contratos, o bien, de asignación de parcelas para fines de producción agraria, entre muchos supuestos, han de ser analizados en esa Jurisdicción o si por el contrario, por tratarse de una modalidad especial de pretensión, debe conducirse en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

A ello cabe señalar que el Código Procesal Agrario carece de regulación concreta respecto de pretensiones de anulación de conductas propias del INDER, que, habiendo concedido derechos a terceros, se estimen contrarias a la legalidad. Desde luego que ese solo elemento no determinaría la incompetencia de una u otra jurisdicción para conocer de ese tipo de pretensiones. Con todo, aún y cuando se postule que la sede Agraria es la competente para resolver los casos de lesividad

asociados a actos del INDER que, se refieran a cuestiones agrarias y de desarrollo rural, los artículos 4 y 43 del CPCA permiten a la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocer de aspectos prejudiciales que, en principio, atañen a otras Jurisdicciones, con la única salvedad de la Penal y por razones obvias, la Constitucional. Esto daría cabida a que en esta sede pudieran atenderse dichos conflictos.

Desde esa arista de análisis, poca bondad produciría fijar jurisdicciones separadas para referirse a pretensiones de lesividad, sobre la base de un criterio competencial sustentado en la materia sobre la cual ha versado el contenido del acto administrativo. La estructura compositiva del acto administrativo atiende a un esquema básico del que se dependen elementos materiales y formales. Dentro de los formales, surge la variación de elementos subjetivos, referidos a competencia, investidura y voluntad, y los objetivos, que incluyen el motivo, contenido y el fin. Por su parte, en los formales, destacan el procedimiento, forma de manifestación, así como la motivación. Es en cada caso concreto que el análisis de validez del acto, para los efectos de determinar la concurrencia o no de los supuestos de patología que darían cabida a su supresión, ha de ponderar el régimen jurídico particular que se aplica a la relación jurídica dentro de la cual se ha adoptado la conducta de contenido favorable que se estima lesiva. Pero esa regulación especial no deja de lado la aplicación de una doctrina y regulación genérica y la prevalencia de principios propios del Derecho Administrativo, que determinan la conveniencia y necesidad de que el juicio de validez de una conducta administrativa, en ejercicio de función administrativa, sea juzgada en la sede Contencioso Administrativa.

Podría alegarse que la especialidad técnica de los menesteres agrarios determina la conveniencia de que sea esa jurisdicción la que analice tales reclamos, sin embargo, es la sede contencioso administrativa en la que, tradicionalmente, se han ventilado ese tipo de procesos, sin que se observe las razones por las cuales, tal tratamiento debe modificarse, aspecto que, en todo caso, podría insertar disparidad de criterios de fondo en cuanto a los principios y reglas procesales aplicables a los



reclamos judiciales de lesividad.<sup>262</sup> Esto podría generar desigualdades ante la aplicación de una misma figura, según sea la jurisdicción en la que resuelva el asunto. De ahí que, por aspectos de seguridad jurídica, sea necesario definir una sola instancia para conocer de esos procesos.

Se trata de un aspecto que una vez entrado en vigencia el Código Procesal Agrario, de presentarse el conflicto de competencia (interno o externo), tendrá que definir la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Al margen de ese debate potencial en la materia específica de los actos del INDER, es claro que en la generalidad de supuestos que podrían ser ventilados por la vía de la lesividad, la instancia competente sería la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin que exista mayor debate que precisar en este aspecto.

## **5. Elemento objetivo. El acto impugnado.**

En cuanto al elemento objetivo, de manera simple puede afirmarse, la lesividad recae sobre una conducta propia, firme de la Administración, cuyos efectos generan beneficios a un tercero destinatario y que la misma Administración que la ha emitido, estima, padece de invalidez -originaria o sobrevenida-. La lesividad, en orden a lo expuesto, es un mecanismo de supresión jurídica de actos administrativos que sean disconformes sustancialmente con el ordenamiento jurídico, y que, por ende, padezcan de nulidad absoluta. Con todo, no basta que el

---

<sup>262</sup> Hasta el momento, ese tipo de pretensiones han sido resueltas, sin mayor objeción en cuanto a la competencia, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Así, para citar un ejemplo, en la sentencia 103-2018-VI de las quince horas del treinta de agosto del dos mil dieciocho, se dispuso la nulidad de título otorgados por el INDER por haberse constituido sobre terrenos que forman parte del Patrimonio Natural del Estado y que, por ende, se encuentran bajo un régimen especial de protección que les hace inalienables, por ende, de imposible transferencia a dominio particular.

acto evidencia una patología, debe además generar un efecto favorable para un destinatario, es decir, han de ser actos favorables. Lo anterior lleva a entender, por derivación lógica, la nula utilidad o necesidad de acudir a las instancias judiciales para eliminar conductas que no sean favorables a un tercero.

Como bien se ha señalado en los apartes previos, la intangibilidad de los actos propios es un principio de base que imposibilita desconocer conductas antecedentes en perjuicio de la persona, como derivación del postulado 34 de la Carta Magna (irretroactividad en perjuicio de las normas), pero no obstan para emitir nuevos actos, de contenido favorable. En esa línea, la Administración debe declarar lesivo a los intereses públicos esa conducta de efecto benévolo, lo que debe ser establecido dentro de un marco de acciones internas de la Administración que son impostergables para formular la acción.

Bajo este prisma, por tesis de principio, la lesividad es de corte subjetivo, en tanto pretende la anulación de una conducta que concede un derecho o en general, una situación de beneficio a una persona. Desde luego que para la verificación de la legalidad o no del acto se ha de realizar un análisis de contraste con el Ordenamiento Jurídico aplicable (dimensión objetiva), más tal examen se hace necesario para poder impactar la situación jurídica de la persona a cuyo favor se ha configurado un derecho subjetivo o interés legítimo, en el sentido de suprimir esa situación de poder. Der ahí que el elemento objetivo deba direccionarse a definir qué actos en concreto pueden ser analizados por esta vía.

Como punto de partida, el ordinal 34 en relación al 10.5 del CPCA, fijan con claridad que esta modalidad debe recaer sobre actos de contenido favorable, que hayan adquirido el grado de firmeza. Si bien tal referencia no deriva de la letra del canon 34 referido, el precepto 10.5 señala con toda claridad la necesidad de ese estado de firmeza de la conducta. Lo anterior supone que los actos revisables por esta vía son aquellos respecto de los cuales, no es posible medida de impugnación ordinaria en sede administrativa. Sobre este particular, cabe recordar que en orden a lo regulado por el mandato 353 de la LGAP, contra el acto firme, la única medida

recursiva administrativa posible, es el recurso extraordinario de revisión, el cual procede por causales taxativas y dentro de los plazos especiales que ese artículo fija.

Desde esa óptica, de seguido se presenta un detalle de conductas que no pueden ser objeto de la lesividad, para luego, hacer referencia a actos que presentan condiciones especiales, que se ha estimado necesario tratar.

### **5.1. Conductas no revisables por la vía de la lesividad.**

#### **A. Actuaciones materiales de ejecución de actos previos.**

Siendo que la lesividad ha de recaer contra actos administrativos en sentido estricto, resulta evidente que las actuaciones materiales de la Administración Pública, no podrían impugnarse por este medio. Para esos efectos, la actuación material puede estar sustentada en un acto antecedente que le da base al contenido de esa ejecución material (i) o bien, no encontrar sustento en conducta previa habilitante (ii).

En el primer caso, sea, cuando la conducta material se constituya como la ejecución física de un acto habilitante, antecedente (i), es notorio que la supresión de esas conductas materiales no puede realizarse sino es mediante la impugnación del acto formal que las sustenta. En la medida en que las conductas materiales se constituyen en medios de ejecución de aquellos actos, la lesividad ha de recaer en contra del acto en sí, que no en contra de esas actuaciones. Por accesoriedad, la supresión de ese acto, inhabilita las conductas de ejecución.

Como ejemplo de esta modalidad, puede pensarse en un acto en virtud del cual, mediante resolución expresa de la Unidad de Recursos Humanos, se concede determinado plus salarial a un agente público, que se materializa en el cargo respectivo, periódico, a la planilla, de suerte que, en cada fecha de pago, ese agente público recibe, como efecto de aquella conducta habilitante, dicho beneficio

patrimonial. En tal caso, la improcedencia de esos pagos no ha de ponderarse como conducta autónoma, sino como conductas de ejecución y aplicación de los efectos de aquel acto habilitante, por lo que la demanda de lesividad ha de cursarse en contra de esa manifestación formal. Luego, como derivación de la nulidad que pueda llegar a declararse respecto de ese precedente, bien puede disponerse el derecho de devolución o reintegro de esas sumas pagadas al amparo de un acto ilegítimo, siempre que concurren las condiciones que permitan tal consecuencia. Ese tema será analizado adelante.

### **B. El caso de las vías de hecho por ausencia de acto habilitante.**

En la segunda hipótesis referida, ante la ausencia de un acto habilitante de la conducta material de contenido ilegítimo, se produce una vía de hecho, por tanto, contraria a legalidad administrativa. Empero, frente a este supuesto, es claro que aún esa irregularidad, la Administración ha adoptado conductas que han generado un efecto favorable en la esfera jurídica de la persona y que, por ende, atendiendo a la intangibilidad de conductas propias, no pueden ser simplemente desconocidas por una suerte de declaratoria de ilegitimidad de base, por carencia de fuente habilitante.

Podemos volver al ejemplo del pago del plus salarial, pero con la diferencia de que el pago se aplica periódicamente sin existir conducta alguna que haya dado base y permisibilidad a ese efecto. En ese escenario, podría señalarse que a la luz del ordinal 137 de la LGAP, se está frente a un ACTO TÁCITO, sin embargo, en ese caso, se estima que, de conformidad con ese mismo precepto, ese tipo de

actuaciones requiere para su configuración válida, de un acto expreso previo cuyo contenido disponga la declaración y correspondiente otorgamiento del beneficio.<sup>263</sup>

En esa especie, esa conducta material no se traduce en un medio de expresión inequívoca de voluntad administrativa, sino en la configuración de un efecto que no encuentra respaldo en conducta habilitante, por tanto, ilegítimo. Pese a ello, por el efecto beneficioso que ha producido o produce en la esfera destinataria, bien puede formularse una causa de lesividad en contra de esas conductas materiales, con la finalidad de hacer cesar su contenido y efectos, en la medida en que son adversos a los intereses públicos y, en este caso, el patrimonio público del ente administrativo. Lo anterior sin perjuicio de la utilización de los mecanismos de supresión oficiosa en sede administrativa para este tipo de nulidades evidentes y manifiestas (art. 173 LGAP).

---

263 Para el profesor Jinesta Lobo, ERNESTO, las actuaciones materiales no se constituyen en formas válidas de expresión de la voluntad administrativa, sino, solamente, en formas de preparación o de ejecución de conductas previas. Sobre ese particular ha señalado: “*Por las razones apuntadas arriba, en algunos ordenamientos jurídicos los comportamientos materiales no pueden, en tesis de principio, constituir modos de expresión de un acto administrativo ni de su voluntad. En ese sentido, se ha negado la posibilidad de los actos administrativos tácitos, los cuales se manifiestan a través de una conducta destinada a producir un efecto real que permite inferir la voluntad de la Administración de producir, un efecto jurídico. Desde esa perspectiva, la actuación material de la Administración puede darse sólo en relación con un acto jurídico de ésta (para prepararlo o ejecutarlo). De consiguiente, los actos materiales autónomos que no presenten tal relación están prohibidos por innecesarios e injustificados, salvo que estén autorizados por la ley o la organización de un servicio público encargado de realizarlos. Una operación material autónoma carece de vínculo con el interés público, y se trata de una conducta proscrita por el principio de adherencia al fin, que le impone al ente público omitir toda actuación que se distraiga del fin que le está normativamente impuesto. En tales sistemas jurídicos, el acto administrativo tácito puede darse cuando sea necesario e inevitable por razones de urgencia. (...)*”. Del autor, Op. Cit. Págs. 286-288

### **C. Vías de hecho por indebida ejecución.**

Otra variación posible en esas conductas materiales, es que su contenido sea diverso o distinto al acto que confiere el beneficio, deficiencia a partir de la cual se reconocen materialmente situaciones o derechos que no forman parte del contexto original del acto antecedente. Puede pensarse en el acto que confiere a un servidor público el pago del componente salarial de prohibición, sobre un valor del 30% sobre la base salarial. Luego, en la aplicación del pago salarial, se carga a favor del funcionario un rubro de prohibición del 65%. Lo anterior por una aplicación indebida del Departamento de Planillas, instancia que consideró los parámetros cuantitativos que regulaba un régimen anterior.<sup>264</sup> Pues bien, en este caso, si bien el acto primario concedió el derecho al pago de prohibición por el 30%, las conductas de ejecución, variación ese valor al 65% sobre la base salarial.

Frente a ese supuesto, es notorio que se produce una ejecución indebida del acto, por lo que, bastaría con ajustar las conductas materiales al contenido originario de aquella manifestación formal y en cuanto a las sumas canceladas en exceso, de conformidad con la doctrina del canon 173 del Código de Trabajo, instruir los procedimientos internos que permitan, si es del caso, la recuperación de las sumas pagas en exceso, de manera indebida.

Por ende, en las actuaciones materiales, parece claro que no serán objeto de la lesividad de manera autónoma, solamente en los casos en que se configuren como medios de ejecución de actos previamente adoptados, y en el contexto habilitante de esos actos, o bien, cuando su contenido sea diverso al acto habilitante. Empero, cuando esas actuaciones materiales no sean sustentadas en acto precedente, o bien, cuando desbordan o antagonizan el acto antecedente, no vemos restricción

---

<sup>264</sup> En el régimen nacional, el artículo 3 de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, No. 9635, varió los porcentajes de prohibición que regulaba la Ley de Salarios de la Administración Pública, No. 2166, que fijaban un componente del 65% sobre la base salarial, para imponer un componente del 30%.

para que la lesividad pueda constituirse en un remedio frente a esas irregularidades de contenido favorable.<sup>265</sup>

La tesis opuesta, sea, negar la lesividad respecto de estas conductas, por la simple razón de que no son actos formales, dejaría en el limbo de la incertidumbre el remedio jurídico para suprimir estas actuaciones, con el probable alegato de irrevocabilidad de conductas propias que impone el canon 34 de la Constitución Política y potenciando la pervivencia de conductas ilegítimas, con el consiguiente efecto lesivo que ello supone para el interés público y la máxima de legalidad.

#### **D. Normas administrativas.**

Los parámetros legales asignados al elemento objetivo de la lesividad, sea, que se trate de un acto firme, que conceda situaciones de poder de manera concreta, conlleva a que los actos de alcance general normativo, no puedan ser analizados por la vía de la lesividad de manera directa. Para el profesor Jesús González Pérez (q.D.g.), los reglamentos no son pasibles del proceso de lesividad, al no ser propiamente actos administrativos.<sup>266</sup> Sin embargo, en el régimen nacional, el artículo 121 de la LGAP, cataloga a los reglamentos como una tipología de acto administrativo, con efecto normativo. Así, señala ese mandato:

*“Artículo 121.*

---

<sup>265</sup> Para González Pérez, JESÚS, las actuaciones materiales se encuentran excluidas del control de la lesividad, por la simple razón de no ser actos administrativos propiamente. En ese sentido, “La declaración de Lesividad”, Op. Cit. Pág. 68. Con todo, ese enfoque se limita a los casos de operaciones materiales de ejecución de actos previos, en orden al contenido de aquellos, sin ponderar las vicisitudes mencionadas.

<sup>266</sup> Op. Cit. Ibid.

1. *Los actos se llamarán decretos cuando sean de alcance general y acuerdos cuando sean concretos.*
2. *Los decretos de alcance normativo se llamarán también reglamentos o decretos reglamentarios.*
3. *Los acuerdos que decidan un recurso o reclamo administrativo se llamarán resoluciones.”*

Al tenor de ese tratamiento, el alcance normativo que caracteriza a los reglamentos o decretos reglamentarios, no les excluye de la naturaleza de acto administrativo, sino que constituye una modalidad de estos últimos en función de los efectos que busca producir. De esa manera, la negación de incluir a los reglamentos en el proceso de lesividad, en el régimen nacional, no ha de sustentarse en su naturaleza jurídica. Esa restricción se ampara por tratarse de una modalidad de acto que en sí mismo, no produce derechos subjetivos de manera directa. De ahí que, al no estar llamados a producir un efecto individual y concreto, no precisan de ser suprimidos por la vía de la lesividad.

Sin embargo, dada su naturaleza regulatoria, es frecuente que constituyan la base normativa para que, a partir de actos de aplicación individual, se otorguen situaciones de contenido favorable al administrado. En tales casos, se podría pensar que la lesividad ha de direccionarse en contra del acto concreto que constituye el derecho. Sin embargo, tal acción de lesividad presenta matices diversos, según se trate de que el acto de aplicación individual se ajuste o no al decreto reglamentario. Lo anterior ya que, si el acto muestra conformidad con esa norma administrativa, ¿cuál sería la causal de patología? ¿La nulidad del acto individual supone la invalidez del reglamento en que se ha amparado? ¿Podría disponerse la invalidez del acto que muestra conformidad con el reglamento, por vicios propios de esa norma? ¿La derogatoria del reglamento conlleva a la nulidad del acto de aplicación concreta? Se ingresa al análisis de dichas cuestiones.

Como punto de partida, es necesario precisar que los decretos ejecutivos bien pueden ser derogados o modificados por la Administración Pública, en cualquier



tiempo, a efectos de lo cual, por paralelismo de formas y procedimientos, tal supresión o alteración, ha de seguir el mismo ritualismo necesario para su emisión, en el sentido de que deben ser publicados en el Diario Oficial La Gaceta, para que tal modificación pueda surtir efectos y la norma administrativa deje de ser aplicable. Lo anterior de conformidad con los ordinales 140 y 240 de la LGAP. Con todo, es menester precisar que el numeral 361 de esa legislación establece requisitos procedimentales de emisión de ese tipo de actos de alcance normativo, dentro de los que se incluye la audiencia a Administraciones cuyas competencias se vean impactadas con esa normativa, o entidades representativas de intereses generales. Por ende, la modificación de esas disposiciones ha de seguir el mismo camino procedimental, como condición de validez. Sin embargo, la supresión total de esos actos no exige ni precisa de tal rigor, pues de conformidad con las normas legales que rigen ese trámite, tal imposición de audiencia se impone como condición de la adopción del acto general, necesaria para incidir de manera general en esos intereses supraindividuales, más no para eliminar ese marco regulatorio. No obstante, es claro que la Administración ha de ponderar las situaciones jurídicas consolidadas y los derechos adquiridos de buena fe, que se hayan concretado a partir de la vigencia de la regulación.<sup>267</sup>

---

267 Los numerales 361 a 363 de la LGAP regulan el procedimiento especial “**De la Elaboración de Disposiciones de Carácter General**”. El canon 361 de ese ordenamiento estatuye:

*“Artículo 361.- 1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas.*

*2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto.*

*3. Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale.”*

Precisamente en esa dinámica, es claro que como parte de las normas jurídicas que habilitan, precisan, limitan y condicionan la función administrativa y que inciden

---

La norma en cuestión regula tres supuestos de hecho, perfectamente diferenciables, a partir de la potencial afectación o incidencia que esa regulación pueda generar en terceros, saber:

**i. Audiencia preceptiva a entidades descentralizadas** (inciso 1). En este supuesto, dada la incidencia de la nueva regulación en las competencias y potestades de entidades descentralizadas, es de rigor conferirles audiencia, a efectos de que puedan conocer el contenido eventual del acto general, así como realizar sus manifestaciones sobre el particular. En esta hipótesis, en tesis de principio, la inadvertencia de esa rigurosidad procedimental introduce un vicio en el acto adoptado.

**ii. Audiencia preceptiva a entidades representativas de interés general o corporativo** (inciso 2). En este supuesto, si bien se establece la necesidad de conferir la citada audiencia ante la potencial afectación de intereses de orden general o corporativo –económico, profesional o gremial-, la norma permite que se prescinda de dicho trámite, a reserva de que se exponga en el respectivo proyecto las razones de interés público o de urgencia que dan paso a dicha dispensa. Ergo, no se trata de una liberalidad irrestricta, sino de una faculta sometida a condiciones *sine qua non*, consistentes en la motivación debida de las condiciones o circunstancias que determinen, en cada caso concreto, mérito para no divulgar el proyecto de regulación a fin de obtener observaciones u objeciones. La ausencia de inclusión de esa motivación o bien, el ejercicio indebido de esa facultad, por ausencia de los presupuestos que le dan cabida, afectaría el procedimiento legal previsto para la emisión de ese tipo de disposiciones;

**iii) Audiencia facultativa a la información pública** (inciso 3). Se trata de una potestad de la Administración que adopta determinada conducta de alcance general, respecto de la cual, puede establecer, por criterio de conveniencia, la realización de una audiencia pública genérica. En el contexto de ese mandato, a diferencia del supuesto previsto en el párrafo primero de dicha norma, no se trata de una audiencia obligatoria, sino de una liberalidad de la Administración Pública, por lo cual, la ausencia de su otorgamiento, supondría la decisión de no someterla a debate público. Ergo, en tanto facultativa, su desatención no incidiría en la validez de ese tipo de conductas. Cabe destacar que en los supuestos i) y ii) antes reseñados, la sola ausencia de la audiencia en cuestión no llevaría, per se, a una patología de grado absoluto, siendo menester, en esos casos, el análisis de la trascendencia de la invalidez que se pueda reclamar respecto de ese tipo de actos. Lo anterior como derivación del principio de sustancialidad de la nulidad, en virtud de la cual, no es cualquier defecto del acto el que lleva a su nulidad absoluta y, por ende, a su supresión, sino solamente aquellas deficiencias que hayan producido un estado de indefensión, hayan lesionado el debido proceso, o supongan una formalidad que, de haber sido satisfecha, pudiera haber modificado el contenido de la decisión. Esto de conformidad con los preceptos 128, 158, 168 y 223 de la LGAP.

en la relación jurídico administrativa, los decretos reglamentarios dan paso a actos de aplicación individual. Tales actos deben guardar conformidad sustancial con las fuentes que resultan atinentes a esa relación jurídica, dentro de aquellas, obviamente, esa fuente infra legal. Por ende, la lesividad de ese acto de aplicación individual bien puede sustentarse en la infracción del reglamento ejecutivo.

Sin embargo, la supresión o modificación de una norma administrativa como la comentada, lleva al dilema del efecto que produce en las conductas concretas que lo han aplicado individualmente y cuyo contenido ha conferido un derecho subjetivo o, en general, una situación de poder al destinatario. En tal escenario, sin perjuicio de lo que adelante se abordará en el análisis de la incidencia que para efectos de la lesividad se produce a partir de las reformas en el régimen jurídico habilitante de un acto de contenido favorable, estimamos que, en tesis de principio, esas nuevas regulaciones no introducen una nulidad sobrevenida en el acto, sino un factor de inconveniencia de su vigencia en relación con el interés público, causal de revocación, pero no de nulidad. De otro modo, toda modificación al Ordenamiento Jurídico, supondría nulidad derivada de actos de contenido favorable, relativizando la figura de la revocación. Lo anterior sin perjuicio de que, si el acto debe someterse a renovaciones, en esa fase, debe ajustarse a las nuevas regulaciones.

Esto lleva al tema arriba mencionado, en cuanto a actos que han otorgado derechos subjetivos como aplicación de un decreto reglamentario que, luego, la Administración ha considerado que reguló de manera ilegítima determinada materia o supuesto. En este punto cabe destacar que la derogatoria de una norma administrativa se limita a su supresión del Ordenamiento Jurídico, pero no supone, por principio, que tal supresión se ha sustentado en la invalidez primigenia de esa norma administrativa. En tal marco, el acto administrativo individual ha constituido un derecho subjetivo como aplicación de una norma administrativa que se estima irregular, por ende, igual patología tendría ese acto. En tal supuesto, cabe cuestionarse si la lesividad de ese acto concreto puede ampararse en la alegación de la ilegitimidad de la norma que lo ha sustentado, no por haber sido derogada, sino por considerar que esa regulación fue, o es ilegal.

Frente a esa hipótesis, la única manera de declarar la lesividad sobre la base de la invalidez de la norma habilitante, sería que, de previo a plantear la acción de lesividad, esa fuente antecedente hubiera sido declarada ilegítima. Veamos un ejemplo. La Ley No. 2166, acorde a la reforma realizada por la Ley No. 9635, fija un plus salarial por prohibición en el ejercicio profesional alternativo de 30%. Pese a ello, la Administración emite un reglamento ejecutivo en el que señala que las personas funcionarias que al momento de vigencia de la reforma estuvieran cursando estudios universitarios, y obtuvieran el título profesional dentro del plazo de seis meses posterior a la reforma, percibirían una prohibición del 65% sobre el salario base. Aplicando esa norma reglamentaria, se concede prohibición del 65 a un funcionario que se encontraba en el supuesto condicionante de esa reglamentación.

La Administración Pública opta por formular acción de lesividad en contra de ese acto que le reconoce la prohibición aludida al agente público, alegando que el decreto ejecutivo que amparó esa prohibición del 65% es ilegítimo.

En tanto la norma se encuentre vigente, no se podría sustentar la lesividad en la ilegitimidad de aquella. Empero, bien puede reclamarse la nulidad del acto concreto por ser contrario a la ley, aun y cuando fuese congruente con el decreto reglamentario, invocando aplicación de jerarquía de las fuentes del Derecho Administrativo. Desde luego que esa postura genera incerteza jurídica en cuanto a la vigencia de la norma reglamentaria, no obstante, de cara a evitar consumación de nuevas aplicaciones individuales, sería menester derogarlo. Luego, la declaratoria de nulidad del acto concreto, no supondría juicio alguno en cuanto al reglamento, pues no podría considerarse como acto conexo, para los efectos del ordinal 122 incisos a) y k) del CPCA.

De igual manera, de existir alguna causa judicial en la que se debata la ilegitimidad del reglamento, y esa norma haya sido invocada en el análisis de lesividad, es notorio que produciría prejudicialidad respecto de ese último proceso.

## 5.2. Lesividad en contratos administrativos.

A juicio del profesor González Pérez, los contratos administrativos no podrían ser fenecidos por la vía de la lesividad, aun cuando sí lo podrían ser los actos dictados en el curso de la ejecución contractual, que lo den por rescindido y reconozcan, de manera indebida al contratista, un beneficio económico.<sup>268</sup> No hay duda alguna que tal y como se ha manifestado, todo acto dictado por la Administración en el curso de la ejecución contractual, a partir del cual se otorgue un beneficio ilegítimo al contratista, puede ser sometido a los mecanismos de supresión oficiosa, por patología, a los que se ha venido haciendo referencia, sea, la anulación prevista en el canon 173 de la LGAP, o bien, por la lesividad.

Sin embargo, disentimos de la restricción aludida en cuanto a que la suscripción misma de la relación contractual administrativa, no pueda ser sometida al análisis judicial por la vía de la lesividad. Como se ha señalado en el Capítulo II, en cuanto al elemento objetivo del trámite de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, el mismo ordinal 173 de la LGAP, anticipa su plena aplicabilidad en el régimen de la contratación administrativa. Pues bien, el mismo canon 173 aludido señala que de no concurrir los componentes de patología palmaria y expresa, la Administración se encuentra facultada para acudir a la lesividad judicial, a fin de suprimir un vínculo contractual que se ha concretado a contra pelo de legalidad. De ahí que de la relación de los mandatos 4 de la Ley No. 7494 y 173 de la LGAP, un contrato administrativo puede fenecer, de manera extraordinaria, merced de la declaratoria de nulidad que pueda realizarse en sede administrativa, o bien, por la declaración de ilegitimidad en sede judicial, por medio de la lesividad.

Cabe recordar que la terminación del contrato administrativo puede generarse de manera normal (cumplimiento de objeto, vencimiento del plazo contractual), o por mecanismos anticipados (rescisión o resolución). Empero, de manera excepcional,

---

<sup>268</sup> Así se expone en “La Declaratoria de Lesividad”, Op. Cit. Págs. 68-69.

el vínculo puede fenecer por la declaratoria de nulidad. No aplica como restricción lo regulado por el ordinal 90 de la Ley No. 7494, en cuanto dispone:

*“ARTICULO 90.- Agotamiento de la vía administrativa. La resolución final o el auto que ponga término al recurso dará por agotada la vía administrativa. Dentro de los tres días posteriores a la comunicación, el interesado podrá impugnar el acto final, sin efectos suspensivos, ante el Tribunal Superior Contencioso-Administrativo, por medio del proceso especial regulado en los artículos 89 y 90 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Si la contratación cuya adjudicación se impugna ha sido ejecutada o se encuentra en curso de ejecución, la sentencia favorable al accionante solo podrá reconocer el pago de los daños y perjuicios causados.”*

La norma fija que la sentencia favorable a un oferente, no adjudicado, que acredite la invalidez del acto final del respectivo concurso público, cuando logre comprobar que era la propuesta que debía ser adjudicataria, no lleva a la anulación del contrato ejecutado o en curso de ejecución, sino solamente al pago de lesiones patrimoniales. De suerte que, a diferencia de lo que regulaba el anterior ordinal 193 de la LGAP, derogado por la misma Ley de la Contratación Administrativa, el oferente no adjudicatario que logre acreditar dicha invalidez, no podría optar por asumir la ejecución contractual y sustituir al contratista ilegítimo. Empero, se trata de un supuesto específico que, en modo alguno, limita a que ese tipo de relaciones pueda ser anulado por el remedio de la lesividad.

Si bien se mira, la configuración del vínculo negocial se concreta a partir de la decisión final de la Administración Licitante, quien opta por asignar el objeto contractual a un tercero. Desde esa arista de examen, el acto adjudicatorio puede contener deficiencias que justifiquen su supresión y por consecuencia lógica, la del contrato y actos posteriores dependientes de esa adjudicación. De otro modo, se estaría creando una excepción a la interdicción de la arbitrariedad y a la legalidad misma, obligando al ente licitante a mantener las prestaciones inherentes a un régimen obligacional que descansa sobre un trámite o un ejercicio inválido. Esto, a no dudarlo, generaría afectaciones al Ordenamiento Jurídico, con gran impacto a

la Hacienda Pública en virtud de la cual, se han de costear las implicaciones económicas normales de todo contrato administrativo.

De igual manera, la ilicitud puede darse en el contrato mismo, por desapego a las condiciones cartelarias y del acto de adjudicación mismo. En tal caso, las vías de supresión aludidas, permitirían ajustar el actuar administrativo a la eficiencia y legalidad administrativa. Al margen de la figura de la contratación irregular, ya comentada en el Capítulo II, en ocasiones, el vínculo debe eliminarse, como remedio de mayor satisfacción al interés público. No se daría en esos supuestos, causa de rescisión contractual, sino que la razón de la supresión del vínculo, descansaría en una patología sustancial que, amerita y requiere, ser declarada para hacer cesar las obligaciones recíprocas inherentes al contrato.

Es claro que la figura de la contratación irregular, lejos de constituirse en una herramienta válida para suplir la deficiencia del acto contractual, más bien pone en evidencia la irregularidad de un acto que, dictado en el curso de la relación convencional, genera un derecho o situación favorable de manera indebida e ilícita. Por el contrario, al determinar una eventual patología en el contrato, sería menester su ajuste, caso de ser factible, o bien, tratándose de una invalidez de grado absoluto, disponer la supresión del acto y como parte de ello, del contrato mismo.

Desde luego que, en cada caso, sería menester analizar aspectos indemnizatorios, pero ello no es óbice para el uso de la lesividad como mecanismo de supresión excepcional de los contratos administrativos.

### **5.3. Lesividad de actos con condiciones de vigencia.**

Resulta interesante lo indicado por el profesor Joaquín Meseguer, en cuanto a que no resulta necesario formular lesividad en contra de actos que se encuentran supeditados a condición suspensiva, en la medida en que el destinatario sabe de antemano que la eficacia del acto se ha supeditado a un hecho o circunstancia futura. Sobre ese particular postula que:

*“Por otro lado, y para el caso de los actos administrativos cuya eficacia se liga al cumplimiento de alguna condición, podemos asegurar que no será necesaria la declaración de lesividad para hacer desaparecer aquellos actos cuando no se ha cumplido con el elemento condicional (p.ej.: no destinar la cantidad que fue concedida en concepto de subvención al fin para el que se adjudicó). El mismo contenido del acto, en estos casos, condiciona su eficacia al cumplimiento de un requisito en el tiempo. El destinatario del acto sabe de esa condición desde el principio y conoce, por tanto, la amenaza de ineficacia del acto para el supuesto de que no se cumpla con todos los requisitos.”<sup>269</sup>*

En este tipo de situaciones, ciertamente el administrado conoce *a priori* de la existencia de una condición suspensiva, que, como tal, imposibilita el inicio del ciclo de eficacia del acto, a espera de la concreción del acto o circunstancia que constituye la condición impuesta. Empero, la sola existencia de ese condicionamiento no dice de la ausencia de idoneidad de la lesividad como medio para evitar que, configurada la condición, se genere el derecho a requerir la ejecución del acto firme y favorable. En ese sentido, puede darse el caso que ante la desidia de la Administración de adoptar las acciones que configuren la condición suspensiva, a fin de que el acto que conceda el derecho subjetivo, inicie su ciclo de eficacia, el administrado formule las acciones judiciales direccionadas a compeler a la Administración a emitir o adoptar la conducta debida.

Esta pretensión viene reconocida en el artículo 42 inciso g) del CPCA en cuanto señala como reclamo posible: **“g) Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.”** Tal reclamo de orden prestacional se reconoce, además, como posible condena a la Administración Pública, lo que se desprende del ordinal 122 inciso g) ejusdem que expresa: **“g) Condenar a la Administración a realizar cualquier**

---

269 Meseguer Yebra, JOAQUÍN. Op. Cit. Pág. 111.



*conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.*” De esa manera, frente al riesgo de requerimiento judicial de adoptar las conductas que configuran la condición, como plataforma de habilitación del ciclo de vigencia del acto, la lesividad de ese tipo de actos se hace necesaria.

De otro modo, una vez concretada la condición suspensiva, por ese medio forzoso, caso de que la Administración no ejecute los efectos del acto, el mandato 176 del CPCA<sup>270</sup> habilita al destinatario del acto firme, favorable, condicionado, a que una vez concretada la circunstancia que permite la vigencia del acto, a requerir su ejecución forzosa. Por ende, no puede descartarse la utilidad de la lesividad en los actos sometidos a condición suspensiva.

Aunado a ello, desde el plano objetivo, la lesividad recae sobre actos firmes de contenido favorable, sin que pueda condicionarse a que se haya impuesto una condición de orden suspensivo. Lo cierto del caso es que, en tanto ese acto, aún condicionado, haya otorgado de manera ilegítima, una situación de poder, la Administración puede establecer los procedimientos y acciones administrativas o judiciales, para buscar su supresión por invalidez. La sola circunstancia de que el acto de contenido favorable aún no haya concretado su beneficio, no constituye una forma de desaparición o supresión de la conducta, más al estimar la posibilidad

---

270 Señala ese precepto: “**ARTÍCULO 176.-** Cuando la Administración Pública no cumpla sus actos firmes y favorables para el administrado, este podrá hacerlos ejecutar, de conformidad con el presente capítulo.”. Esta norma contiene regulación semejante al numeral 228 de la LGAP, con la diferencia que esta última alude a los actos firmes, sin condicionamiento a que sean de contenido favorable, precisión que sí contiene el canon 176 del CPCA. Esto supone que en virtud del artículo 228 LGAP señalado, un tercero puede pretender en sede de ejecución, la condena para que la Administración ejecute un acto firme de contenido desfavorable a un administrado. Sería el caso de un cierre sanitario ordenado, firme, pero no ejecutado. Ante esa indolencia, cualquier persona con interés legítimo podría reclamar que se ejecute el cierre, aún y cuando implique un efecto adverso al titular del negocio o edificación. Así, la diferencia entre ambas normas radica en la mayor amplitud de hipótesis de la LGAP, frente a la especificidad de contenido favorable que dispone el CPCA.

de ejercer acciones judiciales para compeler a la Administración Pública a adoptar las acciones que configuran la condición de orden suspensivo. De ahí que no vemos restricción para que someter a la lesividad este tipo de comportamientos formales.

#### **5.4. Lesividad de actos presuntos.**

Los derechos o situaciones favorables a los administrados usualmente derivan de conductas expresas que manifiestan una voluntad administrativa cuyo contenido, ensancha de manera positiva las situaciones jurídicas del destinatario. Lo anterior hace partir de la noción de base de que los derechos subjetivos han de ser otorgados por acto expreso que, de manera inequívoca, tenga como parte de su contenido, tal proyección de efectos. Incluso, como regla de principio, el precepto 139 de la LGAP estatuye con claridad que, el silencio de la Administración Pública no constituye un medio válido para expresar su voluntad.<sup>271</sup> Desde ese prisma, figuras como las del silencio negativo, constituyen un medio de garantía para el administrado quien, al haber presentado una gestión a la Administración para el ejercicio de determinada acción o comportamiento, no obtiene respuesta expresa dentro de los cánones de temporalidad que le impone el Ordenamiento Jurídico. En ese sentido, el numeral 261.3 de la LGAP, en relación a los preceptos 31.6 y 32 del CPCA, permite al administrado, frente a esa indolencia, tener por denegado su reclamo, más no porque realmente lo haya sido, sino como medio de garantía para poder establecer las medidas de impugnación que permitan avanzar en el curso del

---

271 Señala esa norma indicada: “*Artículo 139.-El silencio de la administración no podrá expresar su voluntad salvo ley que disponga lo contrario.*”

procedimiento, o bien, apelar a las instancias judiciales para obtener la tutela de su situación jurídica.<sup>272</sup>

Cabe destacar que el silencio negativo constituye una denegación ficta, por imposición legal, pero en modo alguno ha de tenerse como manifestación legal de voluntad administrativa. Esa decir, no debe confundirse el efecto o consecuencia del silencio negativo con alguna modalidad de acto denegatorio tácito o presunto, pues es claro que el silencio negativo, por un lado, no es una manifestación de

---

272 En ese sentido el canon 31 del CPCA expresa:

*“6) Cuando se formule el recurso ordinario correspondiente ante la Administración Pública y esta no notifique su resolución dentro de un mes, podrá tenerse por desestimado y por agotada la vía administrativa.”*

Esta norma regula la figura del silencio negativo en cuestiones recursivas, siendo que el canon 32 ejusdem, impone la regla en fase ordinaria del procedimiento administrativo, en el siguiente sentido:

*“ARTÍCULO 32.- Cuando se formule alguna solicitud ante la Administración Pública y esta no notifique su decisión en el plazo de dos meses, el interesado podrá considerar desestimada su gestión, a efecto de formular, facultativamente, el recurso administrativo ordinario o a efecto de presentar el proceso contencioso-administrativo, según elija, salvo que a dicho silencio se le otorgue efecto positivo de conformidad con el ordenamiento jurídico.*

Los plazos aludidos engarzan con los estatuidos por la LGAP en el numeral 261, que, sobre las implicaciones de la indolencia en la respuesta, bien de gestiones o de recursos, regula en su inciso tercero:

*“3. Si al cabo de los términos indicados no se ha comunicado una resolución expresa, se entenderá rechazado el reclamo o petición del administrado en vista del silencio de la Administración, sea para la interposición de los recursos administrativos procedentes o de la acción contenciosa en su caso, esto último en los términos y con los efectos señalados por la Código Procesal Contencioso-Administrativo.*

voluntad y, segundo, por esa condición, no puede ser tenido, bajo ningún supuesto, como un acto administrativo.<sup>273</sup>

En términos simples, constituye una denegación ficta de la petición administrativa, si dentro del plazo conferido a la Administración para resolver, no se ha pronunciado. Se trata de una presunción de rechazo de lo peticionado, cuya finalidad es abrir la facultad del administrado de ejercer sus derechos recursivos frente a la misma administración, o bien, acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa para buscar la tutela de su situación jurídica. El silencio negativo no es un rechazo de la gestión, sino una conjetura que posibilita el ejercicio impugnatorio referido, es decir, no supone que la gestión ha sido efectivamente

---

273 La anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aludía al silencio negativo bajo un efecto que denominada “denegación presunta”. Así, en el ordinal 19 imponía:

*“Artículo 19.- 1. Cuando se formulare alguna petición ante la Administración Pública y ésta no notificare su decisión en el plazo de dos meses, el interesado podrá considerar desestimada su instancia, al efecto de formular, frente a esta denegación presunta, el correspondiente reclamo administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.*

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

Luego, el numeral 37 *ibidem*, hacía correr los términos de caducidad de acción desde el momento en que se hubiera de tener por desestimada la petición administrativa en virtud de la figura del silencio negativo. Señalaba el inciso 2) del citado ordinal 37:

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

rechazada, pues no hay voluntad pública manifiesta, sino solo la posibilidad de saltar esa instancia y continuar en el procedimiento administrativo.<sup>274</sup>

Lo anterior se pone en evidencia en la circunstancia de que, por imperativo legal, aun y la ocurrencia del silencio positivo, como garantía del administrado (se insiste), la Administración Pública se encuentra obligada a responder la gestión. Señala ese mandato en su rigor literal:

*“Artículo 127.-Cuando el agotamiento de la vía administrativa se produzca en virtud del silencio o de algún acto presunto, la Administración siempre estará obligada a dictar la resolución de fondo, de manera expresa y motivada, sin perjuicio de los efectos del*

---

274 En ese sentido puede verse el fallo 163-2012-VI del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Sobre las implicaciones y contenido de esa figura, esa decisión precisó:

*“Puede decirse, cuando el agotamiento de la vía administrativa era imperativo en todas las materias (previo al fallo 3669-2006 de la Sala Constitucional y el artículo 31.1 del Código Procesal Contencioso Administrativo), el silencio negativo era una carga para el administrado, pues le exigía ejercer las sendas recursivas para obtener un acto preleable y luego acudir a la tutela jurisdiccional. Empero, en la actualidad, en tanto facultad, se constituye en una posibilidad para accionar el curso del procedimiento o bien, instaurar una causa judicial. Así lo establece el inciso 3 del ordinal 261 de la Ley General de previa cita, en el siguiente sentido: "3. Si al cabo de los términos indicados no se ha comunicado una resolución expresa, se entenderá rechazado el reclamo o petición del administrado en vista del silencio de la Administración, sea para la interposición de los recursos administrativos procedentes o de la acción contenciosa en su caso, esto último en los términos y con los efectos señalados por la Código Procesal Contencioso-Administrativo.". Más simple, la inercia administrativa supone el rechazo de la gestión - del recurso- para efectos de avanzar en el procedimiento, pero ello no implica que, desde el plano material-jurídico, la petición ha sido denegada. Incluso, el numeral 329.3 de la LGAP establece con toda claridad que el acto dictado fuera de plazo será válido para todo efecto legal, salvo regla en contrario. Esto supone el deber de la Administración de pronunciarse sobre la gestión que le ha sido presentada, aun cuando ha fenecido el plazo para emitir su conducta y pueda entenderse ocurrido el silencio negativo, siendo que su competencia para resolver no decae por esta circunstancia. A diferencia del silencio positivo, el negativo no es un acto, sino una conjetura de rechazo ficta para los efectos señalados ut supra.”*

*silencio para fines de impugnación jurisdiccional, de conformidad con el Código Procesal Contencioso-Administrativo.”*

Como se observa, la norma, que, dicho sea de paso, fue reformada por el CPCA, obliga a la Administración a pronunciarse de manera expresa en torno a la gestión administrativa, pese a que el agotamiento de la vía administrativa se haya producido por la vía del silencio negativo. Esta norma debe interpretarse de manera conjunta con el supuesto regulado por el canon 31.6 del CPCA, que, entiende por agotada la vía administrativa cuando, formulado el recurso ordinario correspondiente contra el acto final, dicha medida no haya sido resuelta dentro del plazo mensual para esos efectos. De igual manera el precepto 329.3 de la LGAP impone que el acto dictado fuera de plazo, es válido para todo efecto legal, con las excepciones que el mismo Ordenamiento Jurídico regule de manera expresa, consistentes en el silencio positivo o cuando se imponga un plazo preceptivo para el ejercicio de la competencia administrativa, de suerte tal que su vulneración suponga la preclusión de su ejercicio.

Sin embargo, la norma mencionada (art. 127 LGAP) genera confusión al aludir a la categoría de “ACTO PRESUNTO”, ya que, esta corresponde con el silencio positivo, frente al cual, a diferencia del silencio negativo, ya la Administración no cuenta con competencia para resolver la gestión. Veamos.

Como excepción a las reglas arriba señaladas en el sentido de que el acto dictado fuera de plazo es válido, dada la naturaleza ordenatoria de la generalidad de los plazos que le aplican a la administración, salvo norma en contrario, los numerales 330 y 331 de la LGAP regulan la figura del silencio positivo, la que produce el denominado “ACTO PRESUNTO”, y que, a diferencia del silencio negativo, se constituye como una manifestación de voluntad administrativa, en ese caso, por regla legal.

Sobre su regulación, estatuyen esos mandatos legales:

**“Artículo 330.**

*1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela.*

*2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.”*

Por su parte el numeral 331 ejusdem postula:

**“Artículo 331:**

*1. El plazo para que surja el silencio positivo será de un mes, a partir de que el órgano reciba la solicitud de aprobación, autorización o licencia con los requisitos legales.*

*2. Acaecido el silencio positivo no podrá la Administración dictar un acto denegatorio de la instancia, ni extinguir el acto sino en aquellos casos y en la forma previstos en esta ley.”*

El contenido de ambos preceptos establece las pautas para la ocurrencia del silencio positivo, pero a su vez, particularmente el inciso 2) del numeral 331 de la LGAP, impone que, en esa aplicación, una vez ocurrido, la Administración no puede emitir acto denegatorio, a partir de lo cual se desprende la oponibilidad del acto presunto, frente a la misma Administración. Nótese que esa misma norma impone que el contenido del silencio positivo solamente puede ser extinguido acorde a los mecanismos que impone, de manera expresa, el Ordenamiento Jurídico, efecto que igualmente dimana de lo regulado por el canon 32 del CPCA y que infra serán abordados.

Para los efectos de establecer los mecanismos de supresión del silencio positivo, es fundamental, *ab initio*, fijar los presupuestos que le dan cabida, y delimitar las condiciones que permiten su configuración, pues de otro modo, podría partirse de la falsa noción de que toda gestión no contestada por la Administración, produce un silencio de contenido positivo. Un abordaje eminentemente gramaticalista del numeral 330.2 de la LGAP, llevaría a considerar que toda petición que suponga relaciones de licencia, permiso o autorización llevaría al silencio positivo. Empero,

ello no guardaría correspondencia con lo regulado por el numeral 261 de la LGAP, en cuanto señala que el Procedimiento Administrativo debe concluirse en el plazo de dos meses, y que, de no emitirse decisión final en ese plazo, el administrado puede (facultad), tener por denegada la gestión, mediante los efectos del silencio negativo, ya comentados. De igual manera, si lo percibido de la letra del canon 330.2 de la LGAP llevara, automáticamente a tener por otorgado lo pedido y a su oponibilidad frente a terceros, incluso, a la misma Administración, no llevaría lógica lo señalado en el numeral 329.3 de la LGAP, que impregna de validez al acto dictado fuera de plazo. Desde luego que, el mismo artículo 329.3 ejusdem proyecta que no opera esa regla frente a las excepciones legales, de lo cual, puede colegirse que, precisamente, la excepción es el acto presunto. No obstante, ese dilema precisa la hermenéutica de dicha figura, como antesala a la referencia a los medios de supresión que sean necesarios, frente a esos actos.

El Tribunal Contencioso Administrativo, en la sentencia No. 163-2012-VI de las 14 horas 20 minutos del 20 de agosto del 2012, fijó una serie de criterios y pautas para delimitar esta figura. Se trataba de un caso en que varios ciudadanos de la República Popular de China, que contaban con visa temporal para la construcción del Estadio Nacional, gestionaron ante la Dirección de Migración y Extranjería, visa para trabajadores. Luego de haber transcurrido un mes desde la presentación de la “autorización migratoria”, y sin haber mediado respuesta de esa Autoridad Administrativa, requirieron la declaratoria y aplicación respectiva de la figura del silencio positivo. En ese fallo se plasmó el siguiente análisis:

*“... Empero, para que ello ocurra han de concurrir varios elementos, pues no en toda solicitud que suponga un permiso, licencia o autorización podría hablarse de la procedencia de un silencio positivo. En efecto, la lectura superficial del inciso segundo del ordinal 330 LGAP podría llevar al equívoco de entender que, en cualquier petición de autorización, licencia o permiso, aplica u opera la figura del silencio positivo. Esta postura no es compartida por este Tribunal. La comprensión en los términos dichos supone, como efecto práctico, que, al margen de lo pedido, la omisión pública llevaría a una suerte de anuencia administrativa para el ejercicio de los actos que sustentan la*



*petición del interesado. Ello al margen que lo pedido tenga una gran incidencia en el orden público, la salud y la seguridad pública. La autorización puede definirse como la remoción de un obstáculo legal para el ejercicio de una conducta debida. Por su lado, el permiso consiste en la habilitación administrativa para el desarrollo de una conducta, en principio vedada. En tanto que la licencia consiste en una autorización de contenido reglado. Desde ese plano, es menester analizar en cada caso, cuando la petición privada (o pública) se regula por la figura del silencio positivo o bien, cuando está afecta al silencio negativo. (...) Como puede verse, el mismo numeral 330 LGAP establece que procede el silencio positivo cuando se establezca de manera expresa por ley. Es el caso, a modo de simple referencia, del deber de tramitación en materia de contratación administrativa -art. 16 de la Ley No. 7494-, y en ese mismo campo, la omisión de respuesta del recurso de objeción -art. 83 ibidem-. En tales casos, expresamente regulados, el ordenamiento jurídico establece un plazo diverso al fijado por el canon 261 LGAP, que usualmente empata con el lapso de un mes regulado por el mandato 330 de la Ley No. 6227/78. Empero, en la normalidad de las situaciones, el plazo para resolver las peticiones es de 2 meses regulado en el mencionado precepto 261 LGAP y los efectos del silencio son negativos o denegatorios. En consecuencia, no comparte este Tribunal la posición que toda autorización, permiso o licencia supone, en todos los casos, la aplicación de la figura del silencio positivo. Para ello es necesario analizar en cada caso la convergencia de una serie de factores. De un lado, si existe regulación expresa que fije la pertinencia del silencio positivo. Por otro, de no haber ese desarrollo explícito, si la petición del administrado, trata de una materia en la que es de pasible aplicación esa figura. En tales casos -y solo en esos-, el silencio aplicará cuando se acredite: a) que la gestión fue presentada cumpliendo la totalidad de requisitos fijados por el ordenamiento jurídico para ese caso en particular; y b) que vencido el plazo fijado por el ordenamiento jurídico para que la Administración resuelva el trámite, no haya recaído acto expreso (...).”*

Ese precedente apela a la precisión conceptual de los términos autorización, licencia y permiso, como juicio categórico necesario para deslindar en qué supuestos cabe el silencio positivo, negando que sea una consecuencia genérica a toda petición administrativa.

A nuestro modo de ver, la figura bajo examen exige distinguir sus implicaciones en el marco de relaciones que se produzcan entre órganos administrativos, producto de una relación de dirección, fiscalización o tutela, de las relaciones derivadas de gestiones que los administrados sometan a conocimiento y decisión de una Administración. A las primeras denominaremos “RELACIONES INTERNAS”, en tanto que, a las segundas “RELACIONES EXTERNAS”. Esta diferencia se sustenta en la letra misma del numeral 330, según se verá.

Las Relaciones Internas, se encuentra reguladas en el inciso primero del numeral 330 de la LGAP, en cuanto señala: *“1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela.”*

Como se observa, la norma hace expresa referencia al ejercicio de funciones de fiscalización y tutela, propias de las relaciones de control administrativo ya aludidas. En ese plano (interno), el contenido de las autorizaciones y de las aprobaciones ostenta una proyección conceptual muy diversa al que es propio de las relaciones externas. En efecto, en el plano interno, ambas referencias deben enmarcarse en el contexto del numeral 145 de la LGAP, norma que impone las implicaciones de cada término. En cuanto a las autorizaciones, el inciso 3) de ese mandato establece que consisten en una exigencia precedente a la emisión misma del acto, en el siguiente sentido: *“3. Cuando el acto requiera autorización de otro órgano la misma deberá ser previa.”*

Al tratarse de un presupuesto de emisión, es claro que se trata de un componente del acto, que, por ende, incide en su validez, en tanto condiciona su adopción. Desde ese plano, es notorio que, al incidir en el régimen de emisión del acto, las autorizaciones que se deban de emitir en este tipo de relaciones, se rigen por el silencio negativo, salvo norma en contrario.

Por su parte, las aprobaciones son tratadas por el inciso 4) de ese precepto 145 de la LGAP, como condiciones de eficacia, sea, como elemento que tiene incidencia

en el inicio de efectos del acto previamente adoptado. En ese sentido, señala esa norma: *“4. Cuando el acto requiera aprobación de otro órgano, mientras ésta no se haya dado, aquél no será eficaz, ni podrá comunicarse, impugnarse ni ejecutarse.”*

Por tanto, como derivación del principio de ejecutividad del acto administrativo y en la medida en que se trata de un acto que ya fue adoptado, y que resta, para el inicio de su vigencia, que se amita la aprobación que permita esa ejecución, se hace evidente que, salvo norma en contrario, en esta figura, el silencio ha de ser positivo.

Cosa diversa ocurre en las RELACIONES EXTERNAS, en las que, la figura de la autorización no puede ser abordada al tenor de los parámetros dados por el numeral 145.3 de la LGAP. En ese ámbito, coincidimos con el tratamiento que hace el fallo No. 163-2012-VI del Tribunal Contencioso Administrativo. En efecto, la autorización puede definirse como la remoción de un obstáculo legal para el ejercicio de una conducta debida. Es decir, se trata del ejercicio de un derecho que, de manera abstracta y genérica es reconocido por el Ordenamiento Jurídico, pero cuyo ejercicio concreto e individual, requiera de la acreditación del cumplimiento de los requisitos que, de manera expresa, imponga el Ordenamiento Jurídico, como derivación del control previo propio del Poder de Policía Administrativa. Mediante su virtud, la Administración verifica que el gestionante cumple con las exigencias que permiten el ejercicio de una actividad que, en términos genéricos, no se encuentra restringida.

Por su parte, la licencia no es otra cosa que la autorización que cuenta con un contenido reglado y que, por tal, la Administración no podrá realizar juicios de conveniencia u oportunidad en su adopción.

Luego, el permiso dice de la habilitación administrativa para el desarrollo de una conducta, en principio vedada. Ello implica que, en los permisos, la actividad se encuentra restringida al particular, salvo expresa habilitación administrativa al destinatario.

Así precisado, podemos afirmar que atendiendo a la existencia o no de una restricción de ejercicio de la actividad, en el caso de las autorizaciones y licencias,

considerando que se trata de condicionamientos a ejercicio de actividades que, *a priori*, son habilitadas y reconocidas de manera abstracta al administrado, previa verificación de requisitos de ejercicio, cuando se haya petitionado a la Administración su otorgamiento, habiendo aportado las exigencias debidas, salvo norma en contrario, el silencio ha de tenerse como POSITIVO.

Por contraste, en las relaciones de permisos administrativos, en tanto habilitaciones para ejercer actividades que se encuentran limitadas, salvo anuencia expresa de la Administración competente, es claro, entonces, que, salvo norma en contrario, la indolencia administrativa lleva al silencio negativo.

Desde luego que hay supuestos legalmente regulados que, presuponen la improcedencia del silencio positivo, como es el caso de títulos de uso privativo de bienes demaniales, caso en el cual, la regla de inaplicabilidad misma de la figura se nutre del régimen jurídico especial de la demanialidad, según artículo 261 y 262 del Código Civil. En materia ambiental, por virtud del artículo 50 de la Carta Magna y artículo 4 de la Ley Forestal (No. 7575). De igual manera, en régimen de recursos administrativos, impera la figura del silencio negativo, así como en el régimen de prestación delegada de servicios públicos, actividad usualmente sometida a relaciones de concesiones traslativas y excepcionalmente, permisos de explotación.

La misma resolución No. 163-2012-VI del Tribunal Contencioso Administrativo advierte estas cuestiones al señalar:

*“... De otro modo, no tendría lógica la existencia del silencio negativo, salvo para la fase recursiva, pues a excepción de los reclamos administrativos, en múltiples gestiones que se someten a conocimiento de la administración, a fin de cuentas, se busca el otorgamiento de un permiso, de una licencia o de una autorización. Puede pensarse en el caso de una solicitud de permiso para explotación de la actividad del transporte público remunerado de personas (art. 25 de la Ley No. 3503), que reúna los requisitos de esa legislación y vencido el plazo para resolver, no exista acto público. En tal caso, sería inviable a todas luces pensar en un silencio positivo. Por el contrario, el silencio de la*

*Administración en ese caso no sería el previsto en el ordinal 330 LGAP, sino el efecto señalado en el artículo 261 incisos 1 y 3 de ese mismo cuerpo legal. De ahí que, de manera expresa, en la Ley Forestal, No. 7575, el canon 4 señale de manera diáfana la improcedencia del silencio positivo en materia ambiental. Igual efecto se produce en los bienes demaniales, por derivación del régimen jurídico aplicable al dominio público (art. 262 Código Civil), tratamiento que en términos procesales puede verse, entre otros, en los preceptos 34.2 de la Ley No. 8508 (CPCA)...”.*

Ahora bien, las implicaciones del Acto Presunto han llevado a que se fijen mecanismos legales para acreditar su existencia, pues de otro modo, se daría una incertidumbre jurídica gravosa. En ese sentido, en la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, No. 8220 del 04 de marzo del 2002, publicada en La Gaceta No. 49 del 11 de marzo del 2002, se establece el procedimiento para tener por acreditado el silencio positivo. En ese sentido, el numeral 7 indica en su tenor literal:

***"Procedimiento para aplicar el silencio positivo*** *Cuando se trate de solicitudes para el otorgamiento de permisos, licencias o autorizaciones, vencido el plazo de resolución otorgado por el ordenamiento jurídico a la Administración, sin que esta se haya pronunciado, se tendrán por aprobadas. Para la aplicación del silencio positivo bastará con que el administrado presente a la Administración una declaración jurada, debidamente autenticada, haciendo constar que ha cumplido con todos los requisitos necesarios para el otorgamiento de los permisos, las licencias o las autorizaciones y que la Administración no resolvió dentro del plazo correspondiente.*

*Estos requisitos serán únicamente los estipulados expresamente en las leyes, los decretos ejecutivos o los reglamentos, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la presente ley.*

*La Administración, dentro de los tres días hábiles siguientes a la recepción de la declaración jurada, deberá emitir un documento donde conste que transcurrió el plazo para la aplicación del silencio positivo y la solicitud no fue resuelta en tiempo. Si la Administración no emite este documento dentro del plazo señalado, se tendrá por aceptada la*

*aplicación del silencio positivo y el administrado podrá continuar con los trámites para obtener el permiso, la licencia o la autorización correspondientes, salvo en los casos en que por disposición constitucional no proceda el silencio positivo.*

*En el cumplimiento de este procedimiento, la Administración deberá coordinar a lo interno para informar al oficial de simplificación de trámites, de conformidad con los artículos 8 y 11 de esta ley.*

*Ninguna institución podrá desconocer o rechazar la aplicación del silencio positivo que, opera de pleno derecho.*

*Cuando sea procedente, la Administración aplicará el procedimiento de nulidad en sede administrativa regulado en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública o iniciará un proceso judicial de lesividad para demostrar que los requisitos correspondientes no fueron cumplidos." (Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 8990 del 27 de setiembre del 2011)*

Es claro que la ley se proyecta a ser funcional en el caso de las relaciones externas, siendo evidente su inaplicabilidad para las relaciones internas. De lo expuesto se desprende que el Acto Presunto puede acreditarse mediante gestión administrativa, certificación notarial o bien, por declaración jurisdiccional. Empero, el procedimiento establecido se limita a acreditar, mediante declaración jurada del gestionante, que ha cumplido con los requisitos, debidamente publicados, para el tipo de trámite en particular. No interesa en este desarrollo un análisis exhaustivo de este procedimiento, empero, se aprecia que aliviana a favor del gestionante la configuración del silencio positivo, limitándolo a un hipotético cumplimiento de requisitos, mediante una ponderación que, en orden a esa Ley aludida, es eminentemente formal. Pese a ello, la citada legislación regula como consecuencia jurídica, la ocurrencia del silencio positivo.

De lo dicho es lógico que, las implicaciones del silencio positivo, serán siempre de contenido favorable al administrado, y firmes, por cuanto una vez configurado, en orden a los numerales 329.3, 331.2 de la LGAP, la Administración indolente no puede emitir acto denegatorio. Por ende, es innegable que la lesividad se constituye en un remedio adecuado para que la Administración busque la supresión de estas

conductas que han insertado un derecho en la esfera jurídica del administrado, a partir de una presunción legal, que no de una voluntad administrativa expresa. Así incluso lo reconoce de manera expresa el párrafo in fine del ordinal 7 de la Ley 8220, aludiendo a que la supresión del Acto Presunto debe incoarse por la vía del procedimiento previsto en el canon 173 de la LGAP o por la vía de la lesividad.

Para ello, cabe advertir que siendo el procedimiento de la Ley No. 8220, una de verificación meramente formal, sobre la base de una declaración jurada, la lesividad se constituye en un remedio necesario para la supresión de actos presuntos que se han configurado, pese a la concurrencia de vicios. Lo anterior ya que, al margen de la relativización que realiza el procedimiento señalado, el contenido mismo del instituto del silencio positivo requiere de la concurrencia de los siguientes factores o condiciones:

- Que se trate de una petición de autorización, licencias o permisos, estos últimos en los cuales, de manera expresa la ley haya establecido la procedencia del silencio positivo.
- Cumplimiento de requisitos legales que debió haber publicado la Administración Pública para cada tipo de trámite.
- No exista impedimento legal en cuanto a la procedencia de la figura del silencio positivo.
- Inercia administrativa en la atención de la gestión administrativa.
- Decurso temporal para resolver (1 mes).

Así, bien puede darse el caso que el trámite del artículo 7 de la Ley No. 8220, haya otorgado el Acto Presunto, al margen de la desatención de los anteriores presupuestos. Ergo, el análisis mediante la vía de la lesividad, o de la supresión prevista en el canon 173 de la LGAP, no se limita a analizar la concurrencia o no de los requisitos debidos, sino la totalidad de factores asociados a los diversos elementos del actos, dentro de los cuales se pueden enunciar, vicios en la competencia del órgano ante el cual se formula la petición, procedencia sustantiva

de la gestión, permisibilidad legal de aplicación del silencio positivo, defectos en el cómputo de los plazos para que opere dicha figura, como podría derivarse de una prevención realizada que no fue analizada en ese análisis, etc.

Desde luego que la causalidad de la patología corresponde ser acreditada por la Administración, tanto en cuestiones de requisitos para el ejercicio de la actividad habilitada por la vía presunta, así como de la improcedencia sustantiva de la gestión.

#### **5.5. Lesividad contra actos firmes. Continuación. Abordaje de la condición de otorgamiento de derechos subjetivos.**

Como se ha expuesto, de manera simple puede afirmarse, la lesividad recae sobre una conducta cuyos efectos generan beneficios a un tercero destinatario y que la misma Administración que la ha emitido, estima, padece de invalidez -originaria o sobrevenida. El objeto del proceso de lesividad es el cotejo de validez del acto impugnado, no hay duda de ello. De ahí que, en inicio, pueda afirmarse que su finalidad es primariamente objetiva. Empero, como se ha expuesto, la recurribilidad en sede judicial de esa conducta es factible en la medida en que como efecto externo genere un beneficio en la esfera jurídica de un tercero. Por ende, como derivación del debido proceso y atendiendo a la máxima de irrevocabilidad de los actos propios, ha de traerse al proceso al beneficiado a fin de que defienda su posición, quien, en tesis de principio, buscará mantener inalterable ese efecto favorable. Es el caso de la lesividad sobre el acto que concede una pensión, acoge un reclamo administrativo, otorga un derecho real administrativo, entre otros supuestos posibles.

Así las cosas, al margen de ese cotejo de legalidad, es la generación del efecto subjetivo en un tercero el aspecto que exige acudir a esta modalidad procesal. En tales casos, el destinatario pretenderá se declare la validez del acto. Por otro lado, en la medida en que se pretende tutelar un interés público representado por una



Administración Pública que acude al proceso judicial a pretender la supresión de un acto suyo, a fin de cuentas, se puede afirmar, la declaratoria de lesividad busca también la cobertura de una posición subjetiva de la Administración, quien en esa medida busca liberarse de la resistencia y potencialidad de un acto que estima espurio, por tanto, en último extremo, busca el resguardo de un interés que no en todos los casos puede calificarse como público, sino como administrativo (diferencia que sustenta el canon 113 LGAP).

De ahí que la frase expuesta no sea del todo acertada y puede generar confusión, pues ciertamente, el control ejercitado por el juzgador sobre la conducta es propio de la arista objetiva de la jurisdicción contenciosa administrativa, sin embargo, por las razones dichas, incorpora el componente subjetivo de tutela tanto desde el plano de quien acciona, como de quien busca mantener los efectos favorables del acto reprochado. Se trata de un proceso preeminentemente objetivo, pero con la comprensión debida de la incidencia subjetiva del instituto analizado.

Ahora bien, tradicionalmente se ha establecido que el acto potencialmente lesivo es aquel que genere un derecho subjetivo. Tal fórmula fue adoptada por la ya derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el artículo 10 inciso 4. Igual tendencia gramaticalista sigue el numeral 10 inciso 5 del CPCA en cuanto señala: "*La Administración podrá impugnar un acto propio, firme y creador de algún derecho subjetivo...*" Luego, en el canon 34, esa codificación se limita a referirse al acto que genere derechos. La integración de ambas normas ha llevado clásicamente a entender que el proceso de lesividad ha de recaer en actos que, por un lado, sean firmes, y por otro, otorguen o concedan derechos subjetivos.

En cuanto a la primera condición tradicional no se muestra oposición alguna. Es claro que el acto a declarar lesivo debe encontrarse firme. Si bien el numeral 36 inciso c del CPCA señala que el objeto del proceso puede ser un acto final, firme o de trámite con efecto propio, resulta claro que, en el caso del proceso de lesividad, ese acto, ha de ser firme. Cabe establecer la diferencia, elemental, entre el acto final y el acto firme. El final o definitivo, en términos simples, puede conceptualizarse

como el acto que resuelve el fondo del asunto debatido. Como bien señala Ortiz Ortiz, citado por Jinesta Lobo: "*Su nota fundamental está en la autonomía funcional, que le permite producir derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular.*"

Por su parte, el acto firme puede tenerse como aquel que ya no puede ser cuestionado en sede administrativa. Lo anterior puede suceder por dos causas fundamentales: primero, por la confirmación (total o parcial) de esa conducta luego de haberse formulado los recursos ordinarios que permite el ordenamiento jurídico en cada caso. Segundo, por la inercia del destinatario del acto en el ejercicio de esa facultad impugnativa, es decir, cuando el acto se consintió de manera tácita.

La diferencia es relevante en el sentido que la lesividad, por diseño, solo puede recaer sobre el acto firme. Ahora bien, es evidente que el acto firme deriva del final, sea por confirmación o consentimiento tácito, según se ha señalado. Empero, es evidente que el destinatario del acto, en la medida que le ha resultado favorable, al menos parcialmente, no en todos los casos ejercerá la potestad de impugnar. Incluso, si el acto es completamente favorable, no estaría legitimado para impugnarlo, aplicando el principio de legitimación recursiva solo en cabeza de quien ha resultado perjudicado y en lo que lesiona su situación jurídica (aún de ventaja). La lógica que subyace en la posibilidad exclusiva de recaer el proceso de lesividad sobre los actos firmes es su inmodificabilidad administrativa, por la vía de los recursos ordinarios. Debe resaltarse que el único recurso posible contra este tipo de conductas es el recurso extraordinario de revisión, conforme lo señala el canon 353 LGAP. Por ende, una vez firme el acto, ante el efecto que les es propio, surge la posibilidad de lesividad.

Cabe señalar, esa naturaleza de acto firme puede recaer incluso sobre un acto de trámite, en la medida en que haya generado un efecto propio. El numeral 163.2 LGAP permite la impugnación de los actos de trámite cuando hayan generado un efecto externo, para lo cual, puede verse el precepto 345.3 *ibidem*, línea que sigue

el ordinal 36 inciso c del CPCA. La posibilidad extrema a la que se alude está circunscrita a que ese efecto externo sea favorable.

De lo dicho hasta ahora, se puede afirmar la tendencia clásica y tradicional de encasillar la lesividad solo contra el acto firme declaratorio de derechos subjetivos. Con todo, la aplicación práctica de la figura de lesividad se ha limitado a entender que el acto lesivo ha de generar o producir un efecto favorable, presuponiendo que tal consecuencia es una derivación impostergable del derecho subjetivo.

Así se puede evidenciar, a modo de referencia, en recientes precedentes del Tribunal Contencioso Administrativo. En efecto, la Sección Sexta del Tribunal aludido, ha señalado, en varios precedentes, la lesividad, dentro de la arista objetiva, puede recaer, en general, sobre un acto de contenido favorable, sin hacer un amarre inescindible al concepto de derecho subjetivo.

En esa línea, puede considerarse, la finalidad misma de la figura de la lesividad, propende a suprimir del ordenamiento jurídico un acto firme que la propia Administración considera atentatorio a los intereses públicos. Desde esa arista de examen, la interpretación del instituto ha de orientarse a garantizar la finalidad de revisión de legalidad de los actos aludidos. Así lo establece el numeral 10 LGAP en cuanto señala como principio rector de la interpretación de las normas del derecho público, la forma en que mejor se garantice el cumplimiento del fin público para el cual fueron emitidas. Acorde a ese lineamiento interpretativo, es claro que la *ratio* de la lesividad es realizar ese control de validez del acto administrativo, a fin de suprimir de la esfera jurídica de un tercero, relaciones de poder que hayan derivado de una conducta nula. Por tanto, en la medida que ese acto sea favorable, al margen de que ese efecto derive o no de un derecho subjetivo o de menor rango, lo cierto del caso es que puede ser objeto de comprensión de este tipo de proceso.

La relevancia y finalidad misma de la figura objeto de estudio, lleva a considerar, la conducta impugnada debe generar, como presupuesto impostergable, un efecto favorable. Si ese efecto quiere sujetarse, como parece que en efecto lo sería, al concepto de derecho subjetivo, es necesario que la comprensión de ese término

sea ampliativa, y no restrictiva, como parece exponerlo la sentencia No. 1332-F-S1-2010 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de noviembre de dos mil diez de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que adelante será objeto de análisis.

En este punto, coincidimos con el concepto que de derecho subjetivo ofrece el maestro González Camacho (Oscar), quien lo entiende de la siguiente manera: *“De acuerdo con lo anterior, podemos definir el derecho subjetivo como el poder de obrar válidamente dentro de ciertos límites, y de exigir de los demás, por un medio coactivo si es preciso, una conducta concreta y específica, que otorga el ordenamiento jurídico a un sujeto, para la satisfacción de aquellos fines o intereses propios jurídicamente tutelables.”*<sup>275</sup>

Como se observa, la concepción amplia del derecho subjetivo conlleva, como aspecto relevante, la posibilidad de oponer frente a terceros, incluso la misma Administración Pública, un determinado comportamiento, que en modo alguno debe limitarse o restringirse a una conducta prestacional, pues puede suponer, simplemente, un deber de no hacer de parte de ese tercero, sea, una abstención como medio necesario para satisfacer el contenido de la situación jurídica. Como derivación de dicha oponibilidad, toda incorporación a la esfera jurídica de la persona, que posibilite imponer a otros la negación de determinada conducta que suponga, como efecto directo o reflejo, el desconocimiento de ese efecto favorable, formaría parte de ese derecho.

Lo anterior implica la necesidad de mirar las implicaciones del Derecho Subjetivo y del efecto favorable de las conductas administrativas firmes, ya que, una noción o visión reduccionista de esta condición, podría llevar a cohonestar que determinados actos administrativos que, pese a tener un efecto favorable, no pueden ser sometidos a lesividad, por estimar que ese efecto no es propio de un derecho subjetivo. Lo anterior supondría el riesgo de pervivencia de conductas nulas, sin

---

<sup>275</sup> Del autor, La Justicia Administrativa, Tomo II, Op. Cit. pág. 175.

que la Administración pueda emprender procedimientos o acciones para procurar su anulación. Como ejemplo de lo anterior, podemos citar la hipótesis de un acto que disponga la prescripción de la potestad del jerarca de sancionar disciplinariamente al agente público, o bien, que disponga, ilegítimamente, una liberación de responsabilidad. Luego de esas conductas, la Administración determina la invalidez de cualquiera de esas decisiones, y analiza las vías para corregir sus conductas. Lo anterior al haber aplicado una prescripción menor a la que fija la ley para el tipo de conducta analizada. Sería el caso de acoger la prescripción de la potestad disciplinaria por la aplicación del plazo mensual previsto en el ordinal 414 del Código de Trabajo, en una relación de empleo en la que, la regla de prescripción aplicable era la de cinco años del artículo 71 de la LOCGR, por estar frente a un caso Hacienda Pública o Probidad.<sup>276</sup>

Lo mismo puede conjeturarse de un acto final del procedimiento disciplinario en el que, mediante un análisis complaciente de las probanzas o criterios aplicables, se libera de responsabilidad al agente público, por la aplicación de normas que no resultan de aplicación al caso concreto, o bien, sobre la base de criterios que no son atinentes al mérito de los autos. Es el caso de un jerarca administrativo que, por diversas razones, pese a la recomendación técnica de aplicar determinada

---

276 Frente al ejercicio de la potestad disciplinaria, es necesario que en cada procedimiento se analice el contenido de las conductas intimadas, de cara a establecer si el régimen jurídico que precisa el plazo para el ejercicio de la prescripción de la potestad correctiva interna, es el común de un mes que impone la doctrina del actual ordinal 414 del Código de Trabajo, anterior 603 de esa misma fuente, mismo plazo fijado por remisión del precepto 51 del Estatuto de Servicio Civil, o si por el contrario, por estar frente a los supuestos que busca tutelar la Ley No. 8422, o bien la No. 8292, el citado plazo se ensancha por la aplicación de la regla prevista en el mandato 71 de la Ley No. 7428. De otro modo, la aplicación del régimen quinquenal agravado lesiona los derechos del funcionario al someterle a un ámbito ensanchado sin configurarse el supuesto condicionante de las normas que precisan ese régimen. Por el contrario, el uso del régimen normal, mensual, en casos en que, dada la infracción funcionarial, el plazo atinente es el agravado impuesto por las normas citadas, debilita los ámbitos de control de la Hacienda Pública, a la vez que produce inmunidad, desatendiendo los fines que el Ordenamiento Jurídico fija para esa materia.

sanción al agente público, a contrapelo del ordinal 136 inciso c) de la LGAP, emite acto final de contenido liberatorio de responsabilidad. Luego, la Auditoría Interna determina, mediante fiscalización interna, que existía una relación sentimental de esa jerarquía con el funcionario. En tal caso, ¿no es aplicable la lesividad contra ese acto?

Igualmente puede pensarse en la resolución de un recurso de apelación por parte de un contralor no jerarca, que, ingresa a resolver sobre temas no alegados en el recurso, lesionando su régimen de competencia<sup>277</sup>, a partir de lo cual, declara prescrita la potestad sancionatoria en contra de un operador delegado de servicio público, o bien, le exonera de una sanción sobre la base de pautas indebidas.

En ese sentido, veamos este escenario. El Consejo de Transporte Público, órgano persona adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, que ostenta competencia exclusiva en materia de regulación operacional de transporte remunerado de personas en vehículos modalidad taxi, acorde a la Ley No. 7969. Dentro de sus potestades se encuentra la de otorgar las concesiones y permisos de taxi, así como la cancelación de esos derechos operativos por las causas expresamente reguladas. Dentro de esas causales, el artículo 2 inciso c) de esa norma estipula: “**c)** *En caso de traspaso o cesión del permiso a favor de un tercero, sin autorización previa del Consejo.*” En un caso concreto, la Junta Directiva de ese órgano, emite resolución el cual dispuso la cancelación de una concesión de taxi, por la cesión no habilitada, previamente, de dicho derecho operacional. Contra ese acto, el concesionario presenta recurso de apelación ante el Tribunal Administrativo de Transportes, (arts. 11 y 22 ejusdem) instancia que, a la luz de esa misma normativa, es un órgano desconcentrado adscrito al mismo Ministerio. De igual manera, concomitantemente con esa medida apelativa, presenta proceso

---

<sup>277</sup> Cabe recordar lo señalado en este capítulo en cuanto a la competencia limitada de la figura del control no jerárquico impropio, reservado a recurso de parte y en relación con los cargos formulados, acorde a los preceptos 181, 183 y 184 de la LGAP.

contencioso administrativo en el que peticiona la nulidad de la citada resolución, por las mismas razones de hecho y de derecho que sustentara en sede apelativa.

Atendiendo a esa acción judicial, en definitiva, el Tribunal Contencioso Administrativo dispuso el rechazo de la demanda. Sin embargo, el Tribunal Administrativo de Transportes, pese a ser puesto en conocimiento de esa decisión judicial, decide ingresar a resolver el recurso de apelación y determina anular la conducta venida en alzada, la misma que había sido ya analizada en sede judicial mediante sentencia con autoridad de cosa juzgada material (art. 132 CPCA). Para ello, indica que sus competencias son de orden jurisdiccional (pese a que es evidente que no ostentan tal condición), por lo que, lo resuelto por el Tribunal Contencioso Administrativo no le resulta vinculante ni oponible. Así, resolvió anular aquel acto, generando, a no dudarlo, un evidente beneficio al recurrente.

Atendiendo a lo que se viene analizando: ¿Tal conducta genera un derecho subjetivo? Es claro que el resultado de ese acto apelativo no impone un deber de prestación, sino de abstención de cancelar la concesión por la causal analizada en el procedimiento que dio cabida a esas decisiones. Luego, ¿no cabe la lesividad frente a ese acto del Tribunal de Transportes?

Frente a ese tipo de situaciones, es notorio que el contenido de esas conductas ejemplificadas genera el efecto favorable, en tanto libera de responsabilidad disciplinaria, o anula un acto que, en principio, era lesivo a los intereses de la parte recurrente. En el caso de la dinámica disciplinaria, la proyección del contenido del acto, y sus efectos, llevaría a invocar la oponibilidad de los efectos de tal dispensa caso que la misma Administración pretenda reabrir la causa disciplinaria por los mismos hechos.

Allí, es claro que el nuevo procedimiento no podría abrirse, siendo oponible una suerte de “cosa juzgada material-administrativa”. Incluso, aún de imponerse la sanción en un nuevo procedimiento, pese a la excepción de ya haberse dictado acto favorable que declaraba la prescripción de la causa o liberación de responsabilidad, es evidente que el acto sería abiertamente arbitrario, con alto

grado de posibilidad de ser invalidado en sede jurisdiccional, de ser atacado por el afectado. Ergo, a nuestro juicio, los datos determinantes del derecho subjetivo son: la titularidad de un sujeto respecto de ese derecho, la oponibilidad del contenido de ese derecho frente a terceros de manera que habilita al titular a actuar de determinada manera, y finalmente, la exigibilidad del contenido de ese derecho, la que puede hacerse valer incluso por medios coercitivos.

La interpretación restrictiva de derecho subjetivo, por el contrario, llevaría al riesgo de dejar en manos del agente jurídico la calificación errada de si ese efecto es propio de un derecho subjetivo, o de un interés legítimo. En ese segundo caso, llevando por aplicación de criterios hermenéuticos restrictivos, a la inflexible posición de negar la posibilidad del proceso de lesividad frente a ese tipo de actos, pese al efecto favorable que dimanen. Esto supone, como se puede entender, la negación de reprochabilidad de esa conducta por la vía de la lesividad, incorporando supuestos de excepción en el régimen de impugnación de los actos públicos, que no encuentran base legitimante en criterios lógicos y de conveniencia.

Ya se ha señalado que los actos ablativos o desfavorables no son de pasible conocimiento por esta vía, por la ausencia de base de un presupuesto elemental, cual es, el efecto favorable. Lo anterior ya que la restricción de intangibilidad de actos propios solo procede en perjuicio (no en beneficio) del destinatario. Pero en los actos de contenido favorable, la aplicación restrictiva de ese concepto de derecho subjetivo, puede generar exclusiones antagónicas con el alcance mismo del concepto aludido y con la finalidad del instituto de la lesividad.

En este sentido, cabe traer a colación el debate legislativo respecto del CPCA, en cuanto a la lesividad. Particularmente relevante resulta la moción formulada por el Dr. Oscar Eduardo González Camacho quien, a propósito de la legitimación de lesividad reconocida en el artículo 10 inciso 5) de esa legislación, advirtió de la necesaria superación del concepto clásico, restrictivo, de limitar la pretensión de lesividad a actos que concedieran derechos subjetivos, pues ello daría paso a potenciales interpretaciones en el sentido de negar ese tipo de reclamos frente a



actos favorables, pero que no concedieran ese tipo de situación jurídica. Sobre ese tema, el profesor González Camacho señaló:

*“... Yo sí tengo una moción concreta y específica en el párrafo quinto, referido a la lesividad. Esto en aras del perfeccionamiento de las normas, que todo es perfectible y en aras de la protección de los intereses del Estado, porque esa es la ventaja de estar en la judicatura, señor Presidente. De ver siempre al centro y es que se sujeta a la lesividad a la existencia de derechos subjetivos, siempre que se lesionen derechos subjetivos, hemos tenido casos recientes que nos han llevado a reflexión muchísimo en que no hay un derecho subjetivo de un particular afectado, pero la actuación es absolutamente ilegítima.*

*La administración bajo esta redacción podría interpretarse y de hecho los jueces lo han hecho, de que como no hay un derecho subjetivo lesionado, que no hay un particular lesionado, no se puede declarar la lesividad, no se puede, porque solamente está prevista para cuando haya afectación de un derecho subjetivo. Esta interpretación además es equivocada a mi juicio, porque el artículo diez, recientemente reformado en la Ley de Corrupción y Enriquecimiento abre la figura y también le abre el Código Tributario (sic) en el dos, 85 y en materia aduanera.*

*Creo que una buena interpretación de la lesividad está dirigida a que siempre que haya antijuridicidad, desde luego, si hay un derecho subjetivo tendrá que declarársele, eso es la garantía mínima y básica, yo no estoy atentando contra esto, jamás, la protección del ciudadano de primero y por encima de, pero también darle la posibilidad al Estado, de que, si se trata de conducta auto reflexiva esa de que no tiene efectos hacia terceros, pues, pueda corregirla aun cuando le haya quedado firme. Eso cuando ha decidido la Administración llevarla a la lesividad, tal vez por camino equivocado.*

*Mi moción sería por suprimir en concreto, suprimir la expresión de derechos subjetivos del párrafo quinto, del artículo diez. Y esto nada afecta, garantiza desde luego al particular porque es la figura normal,*

*haya o no haya derechos subjetivos, puede declararse la lesividad.*  
...”<sup>278</sup>

Desde ese plano, la posición tradicionalmente aplicada por la jurisdicción contencioso administrativa, entendiendo que el acto recurrible por el medio de la lesividad es el firme que otorgue una situación favorable, nos parece, abona a la tesis propuesta de una comprensión ampliativa del concepto de derecho subjetivo, sin limitarlo a conductas prestacionales, sino al efecto benevolente que se incorpora en la esfera jurídica del destinatario y que le produce una situación oponible a terceros, de suerte que resulta exigible un determinado comportamiento, de hacer o no hacer, tutelable jurídicamente. Es decir, bastaría que el acto otorgue una bondad al administrado, sobre la base de una conducta ilegítima, para que ese acto pueda ser sometido a las formas de supresión oficiosa. De otro modo, no tendría sentido imponer formas jurídicas para tutelar la intangibilidad de actos propios, únicamente para la supresión de derechos, pero negar la modificación o supresión de efectos favorables que deriven de situaciones de menor rango.

Lo opuesto llevaría a la posibilidad, caso de sostener una proyección conceptual limitada de derecho subjetivo, de que la Administración se encuentre frente a un acto favorable frente al cual no pueda reaccionar y buscar su supresión, ante la calificación que de derecho subjetivo realice el juzgador. En tales casos, podría darse la eventualidad de un acto absolutamente nulo, de contenido favorable, que a juicio del juzgador no encaje dentro de la categoría del derecho subjetivo, y que, por ende, pese a su invalidez y disonancia con el interés público, no pueda ser declarado lesivo.

---

<sup>278</sup> Así consta en Acta N.º 07, del 24-11-2004, Subcomisión Legislativa Exp. 15.134., páginas, 19-20. Sin embargo, ante el avance del análisis del proyecto de ley y dada la multiplicidad de mociones formuladas por las personas asistentes, el tema no fue decidido, dejando la redacción con la supeditación al concepto de derecho subjetivo. Empero, acorde a lo expuesto, ello no limita que, por la vía de la interpretación, se pueda aperturar el elemento objetivo de la lesividad a todo acto de contenido favorable, sea que otorgue un derecho subjetivo o una situación de menor jerarquía.

Ejemplo de expuesto se muestra en la sentencia No. 1332-F-S1-2010 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de noviembre de dos mil diez, la que, por su relación con el tema tratado, de seguido pasamos a analizar.

#### **5.6. Implicaciones del fallo No. 1332-2010 Sala Primera. Lesividad en procesos disciplinarios.**

Como se viene explicando la amplitud del concepto de derecho subjetivo, resulta determinante para la debida aplicación de la lesividad, como mecanismo jurisdiccional de control de legalidad de los actos públicos. En ese orden, resulta interesante la posición sostenida por la Sala Primera en el precitado precedente, - aislado hasta lo que se conoce- sentencia no. 1332-2010.

El caso en concreto se enmarca en el siguiente contexto fáctico. La Caja Costarricense de Seguro Social declaró lesivo a los intereses públicos la resolución de la Gerencia División Médica no. 17326 del 18 de julio de 2001 y su acuerdo, tomado en el artículo no. 29 de la sesión no. 7570 del 9 de agosto de 2001, en que absolvió de responsabilidad a un médico funcionario (cuyo nombre es irrelevante para los efectos) por las actuaciones como miembro de la Comisión de Construcciones de la Caja; debido a la infracción de las prohibiciones que en el tema de contratación administrativa. El ente público, una vez esa declaratoria interna de lesividad, interpuso las acciones judiciales contra el funcionario destinatario de los efectos del acto. Tanto en la sede del Juzgado Contencioso Administrativo, como del Tribunal Contencioso -pues se trata de un caso previo a la entrada en vigencia del CPCA-, la demanda fue acogida, declarándose la nulidad de la conducta pública que liberaba de responsabilidad interna al agente público. Empero, en el precedente objeto de mención, el alto Tribunal, en conocimiento del recurso de casación planteado por el demandado, anuló la sentencia de oficio, revocó el fallo del Juzgado y declaró la inadmisibilidad de la demanda. Esto último, en lo medular, por estimar que el acto que libera de responsabilidad a un servidor

público en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios internos, al no generar un derecho subjetivo, no puede ser objeto del proceso de lesividad.

El análisis de las implicaciones de este caso ha de comenzar con la referencia literal de las justificaciones dadas en ese análisis. La sentencia, luego de realizar una referencia al concepto de derecho subjetivo, conforme al concepto propuesto por González Camacho (Oscar), llega a la siguiente conclusión jurídica:

*"(...) Por su parte, el acto que absuelve en un proceso administrativo sancionatorio, únicamente exonera de responsabilidad al servidor público objeto de investigación, sin conceder a su favor derecho sustantivo alguno. Según se aprecia, se trata de figuras diametralmente opuestas. Una resolución absolutoria, no lleva implícito para el funcionario un derecho sustantivo, pues no existe posibilidad de exigir el cumplimiento del contenido del mismo, porque se trata de un acto negativo, lo que no se corresponde con las características de un derecho subjetivo. En otras palabras, en el primero, se ensancha la situación jurídica de la persona, mediante una situación jurídica de poder plena, entre tanto, la segunda hipótesis (procedimiento sancionatorio), se exime frente a un potencial acto ablatorio que como tal, hubiere incidido, negativamente en la esfera vital de la persona. En esta última, no se expande, ni concede un derecho sustantivo.*

**IV.** *En el proceso común de lesividad, la Administración Pública discute, si el derecho se adquirió de acuerdo a las normas jurídicas aplicables al caso concreto, es decir, que se cuestiona la validez del acto administrativo en el cual, generalmente, se declara un derecho subjetivo a favor de un administrado. Lo anterior, pues, existe la excepción de la lesividad objetiva, en que, como en materia tributaria o aduanera, no requiere necesariamente de la presencia de un acto favorable, que confiera, como efecto, un derecho subjetivo a la persona, sino que, por lesión al ordenamiento jurídico, que no es el caso de examen. Precisamente, porque en la mayoría de los casos se presenta un acto declarativo de derechos, favorable al administrado, se dispone un procedimiento especial para que se pueda declarar la nulidad de dicho acto, el cual se encuentra conformado por una serie de garantías, cuya última expresión es la revisión jurisdiccional del asunto. Los artículos 10.4 y 35 de la LRJCA regulan la competencia para el conocimiento de*

*aquellos procesos donde el Estado pretenda la declaratoria de nulidad, absoluta o relativa, de un acto declarativo de derechos subjetivos, concepto que, como se indicó en el considerando anterior, no comprende aquellos actos donde se absolvió de responsabilidad a un servidor público.*

*V. De lo expresado, se aprecia que el acto que absuelve de responsabilidad a un servidor público en la tramitación de un procedimiento sancionatorio no es susceptible de lesividad, ya que no hay una afectación directa a la Hacienda Pública, que autorice la orden imperativa de la Contraloría General de la República. El efecto de la nulidad que pretende, per se, no tiene una incidencia en el ámbito de los intereses económicos de la Caja Costarricense de Seguro Social. (...)"*

De la anterior cita se pueden desprender varias cuestiones dignas de mención, a fin de establecer una valoración de sus implicaciones y contenido:

- a. El acto que exime de responsabilidad dentro de un proceso sancionatorio a un funcionario, no concede derechos sustantivos (subjetivos), en la medida que no puede oponerse a un tercero.
- b. El acto liberatorio en un procedimiento sancionatorio, es uno de carácter o incidencia negativa, siendo que no puede exigirse conducta alguna de un tercero, sino que se limita a eximir de un posible acto ablativo. Por ende, no es un derecho subjetivo por cuanto no se ensancha la situación jurídica del destinatario.

El abordaje que se plasma en ese fallo no es el que ha seguido el Tribunal Contencioso Administrativo, ni la que se ha expresado en la crítica postulada en el aparte precedente. Es claro que, ante ambos referentes, por la jerarquía del alto Tribunal, su posición probablemente prevalezca sobre los precedentes del Tribunal Contencioso Administrativo, imponiéndose en el control casacional que es propio de esa instancia extraordinaria y configurando jurisprudencia, caso de sostenerse ese criterio. Empero, las implicaciones de lo señalado, impone un análisis y replanteamiento de las bondades de la aplicación de las figuras aludidas, a fin de

contrastar las consecuencias de esas líneas interpretativas, con la finalidad de que los institutos jurídicos, procesales o sustantivos, se ajusten a los fines que el Ordenamiento Jurídico les impone.

La posición evidenciada por la Sala Primera refleja la aplicación de un criterio restrictivo del concepto de derecho subjetivo, en cuanto lo limita a la incorporación dentro de la esfera jurídica de una situación sustantiva que conlleva, por tesis de principio, la exigibilidad de una conducta prestacional (de carácter positivo) por parte de un tercero. A nuestro juicio, la proyección de efectos que se desprende del citado fallo, relativiza los alcances del concepto de derecho subjetivo, supeditándole en todos los casos a la concurrencia de un componente prestacional, que, si bien es sustancial, no es exclusivo. En efecto, la amplitud del concepto aludido no se agota en la posibilidad de exigir de los demás una determinada conducta de connotación positiva (obligación de hacer o de dar). Ciertamente el concepto de marras supone un ensanchamiento de la esfera jurídico subjetiva, mediante la concesión de un efecto benevolente derivado de una conducta pública (lo que el alto Tribunal denominado otorgamiento de situación sustantiva).

No obstante, se insiste, el derecho subjetivo no supone, con exclusividad, como pretende limitar el fallo comentado, que se pueda requerir un comportamiento activo como derivación del ejercicio de ese derecho. En ocasiones, las implicaciones y manifestación de ese derecho conllevan a la exigencia de conductas negativas. Incluso, no en pocas ocasiones el derecho otorgado conlleva la habilitación administrativa para realizar determinada conducta, sujeta a fiscalización, por ende, expuesta no a conductas prestacionales -no en todos los casos-, sino sometida a control público. En tales hipótesis, no puede afirmarse que la administración habilitante esté obligada a "prestar" o desplegar un marco de acción positivo, sino solo permitir al destinatario a realizar la conducta autorizada, concesionada o permitida. En esa medida, se trataría de una exigencia de corte negativista para el ejercicio debido del derecho subjetivo. Desde ese plano, en cuanto el concepto al que nos adherimos implica la posibilidad de exigir de los demás un determinado comportamiento, exigible y amparable incluso por medios judiciales, en el caso

comentado implica exigir de la Administración no obstaculizar el ejercicio del derecho otorgado, lo que, desde luego, califica como conducta negativa.

En el régimen de prestación delegada de servicios públicos, por ejemplo, el derecho subjetivo otorgado supone la facultad de explotar el servicio concesionado. ¿Qué conducta positiva puede exigirse a terceros que quieran lesionar las implicaciones materiales del ejercicio de la actividad? Ninguna; en lo fundamental, el resguardo de ese derecho se concreta en la abstención de incurrir en comportamientos que lo lesionen. Si bien pueden derivarse comportamientos positivos como es el caso del ajuste de tarifas o régimen remunerativo, que ha de disponer la Administración, es claro, en el marco del ejemplo analizado, que los alcances del derecho subjetivo no pueden restringirse a una prestación positiva, sino que involucra, además, conductas negativas. Lo mismo ocurre con el régimen de concesiones en zona marítimo terrestre, en el cual, se habilita el uso privativo de la zona territorial situada en espacio restringido. Sin duda es un título que otorga un derecho real administrativo, que configura, un derecho subjetivo, frente al cual, ante la prelación de uso del bien demanial, lo que puede exigirse de los demás no es una prestación, sino el respeto al uso exclusivo, por tanto, una abstención, sea, conducta negativa. Queda en duda por ende la justificación limitativa dada por el alto Tribunal.

El tema, nos parece, adquiere especial relevancia en tanto niega, por tesis de principio, la posibilidad de emprender las sendas reclamatorias de lesividad frente a actos de procedimientos disciplinarios (sancionatorio interno), que liberen de responsabilidad al investigado, sea por criterios de fondo o por aspectos prescriptivos. Como se ha señalado, la tesis expuesta en el citado fallo no es necesariamente la que tradicionalmente ha seguido la jurisdicción contenciosa Administrativa.

A modo de referencia, en el fallo No. 130-2011-VI de las siete horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de mayo del dos mil once, se dirimía un proceso de lesividad en el cual, se discutía la validez de un acto emitido por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes que dispuso la prescripción de la potestad

disciplinaria en favor de un funcionario a quien se imputaba la infracción al régimen de incompatibilidades en la función pública, con lesión al marco fijado por la Ley No. 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito. El MOPT acogió la defensa de prescripción aplicando el plazo mensual que fijaba el canon 603 del Código de Trabajo, y que hoy corresponde al artículo 414, dada la reforma realizada por la Ley No. 9343, pese a que en el traslado de cargos se señalaba con claridad que la infracción se daba al régimen de la indicada Ley No. 8422. La Administración alegaba que el acto era lesivo al régimen de la ética en la función pública y a la hacienda pública, al aplicar una norma que fijaba un plazo de prescripción no aplicable a las causales que justificaron el procedimiento, omitiendo aplicar el plazo especial de 5 años que por remisión del numeral 44 de dicha ley, fijan los preceptos 43 de la Ley General de Control Interno No. 8292 y el 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. En definitiva, el Tribunal optó por avalar la tesis de la Administración accionante y dispuso la lesividad del acto que archivaba el proceso por haber acogido la defensa de prescripción, ordenando la retroacción del procedimiento con arreglo al numeral 164 LGAP, lo que suponía, dictar de nuevo el acto final, en el entendido que el régimen aplicable era el fijado por las leyes citadas, y no por la normativa laboral.

En ese caso objeto de referencia, la aplicación de la tesis de la Sala Primera llevaría a negar la posibilidad de acoger la demanda y, por ende, disponer la inadmisibilidad de la acción, por la ausencia del elemento objetivo en el proceso de lesividad, al recaer sobre un acto que no genera, a la luz de esa postura, un derecho subjetivo. No obstante, se estima evidente que actos de esa naturaleza generan una seria y grave lesión a los intereses públicos, y en el caso particular, concretado al régimen de la ética en la función pública, al deber de probidad con proyección a la hacienda pública. Se trata de un componente importante en la dinámica de la legalidad administrativa, el principio de rendición de cuentas y de control interno que deben imperar en la función pública. Desconocer la posibilidad de suprimir esas conductas administrativas que desconocen ese régimen para generar un efecto favorable pero ilegítimo en la esfera del funcionario destinatario lleva implícito el riesgo de dejar



inmune el control judicial de actos que lesionan ese régimen especial, y, por ende, sin posibilidad de sanción o represión contra esos comportamientos funcionariales impropios.

Según se comprende, la sujeción que del derecho subjetivo se realiza, en cuanto se condiciona a una incorporación de situación sustantiva que posibilite la exigencia a un tercero de conductas positivas, lleva al extremismo de negar la posibilidad de declarar lesivos estos actos. Como se ha señalado, tal negación parte de la base que el acto que libera o exime de responsabilidad, lo que abundamos, puede sobrevenir por análisis de fondo o por temas de temporalidad. Tal criterio se justifica en lo siguiente:

*"... En otras palabras, en el primero, se ensancha la situación jurídica de la persona, mediante una situación jurídica de poder plena, entre tanto, la segunda hipótesis (procedimiento sancionatorio), se exime frente a un potencial acto ablatorio que como tal, hubiere incidido, negativamente en la esfera vital de la persona. En esta última, no se expande, ni concede un derecho sustantivo."*

Compartimos la valoración expuesta en cuanto afirma que ese acto liberatorio exime frente a un potencial acto que le hubiere incidido de manera negativa en la esfera del funcionario. No obstante, se disiente en la afirmación que ese acto no engrosa la situación jurídica del destinatario. En efecto, en ambos casos aludidos, (liberación de responsabilidad por ausencia de causa o prescripción), parece claro y contundente que la esfera jurídica del funcionario se ensancha en la medida en que la Administración no podrá válidamente abrir de nuevo una causa disciplinaria por los mismos hechos. Desde ese plano la oponibilidad y exigibilidad que son propias del derecho subjetivo se configuran en esos casos. Véase que de emitirse un acto que exima de la sanción al funcionario, ello implica, como efecto inmediato, la imposibilidad de sancionar por esas circunstancias. De darse la eventualidad de abrir un nuevo expediente disciplinario por idéntica causa fáctica, se daría una suerte de cosa juzgada administrativa que haría inviable imponer una sanción, aún si esta es de menor grado. Se trataría por ende de un tema ya incontrovertible en sede administrativa y en la judicial, llevando en consecuencia a un acto que, en esa

medida, sería inimpugnable. En sede administrativa ya que la misma limitación que presupone la decisión objeto de análisis sería extensible por paridad de razón al procedimiento de supresión oficiosa de acto absolutamente nulo declaratorio de derechos, prevista en el precepto 173 LGAP. No habría justificación para aseverar, a la luz de ese criterio, que la anulación es viable vía artículo 173 LGAP, pero no en proceso de lesividad. A la postre, si se acepta que el derecho subjetivo es solo el que permite exigir conductas positivas, y el acto que dispensa de una sanción administrativa no tiene ese efecto, no podría anularse por este mecanismo. Luego, si la vía con que cuenta la Administración para buscar la declaratoria de invalidez de un acto propio que no reúna las condiciones del citado numeral, es el proceso de lesividad, esa tesis lleva, sin dudarlo, a la irreprochabilidad de la conducta, constituyéndose en un supuesto de excepción del control judicial, hasta ahora, no previsto o al menos, no desarrollado por los precedentes del Tribunal Contencioso.

De ahí que se deba insistir en nuestra posición que ese acto, supone una situación favorable que acrecienta la esfera jurídica del destinatario, que, por ende, encaja dentro de las proyecciones conceptuales del derecho subjetivo, por la oponibilidad de sus efectos liberatorios que exige de la misma Administración no aplicar o imponer un régimen punitivo por los mismos hechos. Un acto que pese a lo dicho imponga una sanción, sería, sin paso a dubitaciones, absolutamente nulo, por defectos en el elemento motivo y contenido.

Cabe destacar, ese aparente conflicto de las implicaciones del fallo comentado sería atinente no solo al derecho administrativo sancionador interno-disciplinario, sino a la generalidad del derecho administrativo sancionador, pues iguales comentarios serían atinentes y aplicables a los actos que dentro de las relaciones de fiscalización y control administrativo, eximan de responsabilidad pese a la indebida aplicación del régimen jurídico aplicable. Puede pensarse, v.gr., en un agente económico sujeto a la fiscalización de la SUGEF o el CONASSIF, a quien se le exime irregularmente de su responsabilidad por infracción a normas del mercado financiero, sentando un precedente nefasto para el correcto tratamiento del tema en esa sede interna. Sin embargo, aplicando esa línea aludida, tal acto

liberatorio no podría ser declarado lesivo y debe añadirse, tampoco nulo de manera oficiosa, por grotesca que sea la patología que evidencia, por no generar un derecho subjetivo. Se reitera, el derecho subjetivo incluye conductas negativas dentro del comportamiento exigible de terceros y el ejercicio propio de parte de su titular. De ese modo, frente a ese tipo de actos se produce un efecto favorable que bien puede cuestionarse en sede judicial por la vía de la lesividad, posibilitando así un control plenario del funcionamiento administrativo.

De otro modo, mantener la imposibilidad de recurrir los actos liberatorios de responsabilidad disciplinaria o correctiva, la demanda de lesividad contra estos actos llevaría, irremediablemente, a la inadmisibilidad de la demanda, por tratarse de un acto no susceptible de impugnación, conforme al canon 62 del CPCA, resolución frente a la cual, el único recurso procedente sería el de casación, según lo ordena el inciso 39 de tal precepto, declarable en un primera etapa por el juzgador de trámite, por proposición de excepción previa prevista en el aparte g) del inciso 1 del ordinal 66 ibidem, o bien, conforme al numeral 120 de ese mismo legal, en sentencia de fondo.

En el caso de la resolución (que no sentencia) del Tribunal de Transportes, a la que hicimos referencia arriba, referido a la estimación de una medida apelativa cuyos agravios (los mismos) fueron analizados y rechazados en sentencia en sede jurisdiccional, la postura de la instancia casacional, implicaría, por paridad de razón, la imposibilidad de revisar por la vía de la lesividad esa conducta, misma que presenta, a no dudarlo, una nulidad de grado absoluto. Si la lesividad no es una forma debida para poder analizar la conformidad sustancial con el ordenamiento jurídico de aquel acto, entonces, ¿qué remedio legal queda a favor de la Administración para esos efectos? La negatoria de esa posibilidad llevaría a que ese acto se convalide y deba ser tolerado por la Administración, contraviniendo los más elementales postulados de la legalidad administrativa.

Si, por el contrario, la derivación de la postura bajo examen fuese que, frente a ese tipo de actos, que no conceden de manera directa un derecho subjetivo, bajo la

comprensión externada por el Tribunal Casacional, no sería necesaria la lesividad pues pueden desconocerse sin sometimiento a forma jurídica procedimental alguna, es claro que se estaría frente a una infracción grosera de la seguridad jurídica y a la máxima de intangibilidad de actos propios. Empero, no parece ser ese el sentido del fallo bajo examen, sino la limitación de la lesividad en el ámbito ya tratado, sin proyección de los efectos que tal interpretación genera.

Resta señalar que tal proyección sería igualmente aplicable a cualquier otra figura de control no jerárquico, cuyas decisiones, al socaire de la visión aludida, llevarían el riesgo de no poder ser analizadas por este mecanismo procesal. En suma, basta que el acto firme produzca un efecto favorable que, por tal, su supresión requiera de la tutela del derecho de defensa y debido proceso del administrado, para dar cabida a la lesividad, o bien, al procedimiento previsto por el ordinal 173 LGAP.

### **5.7. Tipos de invalidez que sustentan la lesividad.**

Cabe destacar que la lesividad es procedente respecto de los actos que presenten una invalidez de grado absoluto, no así de los que presenten, solamente, vicios propios de la patología de grado relativo, mismos que no son capaces de generar una condición invalidante. Frente a esos defectos de orden relativo, bastaría la subsanación o convalidación del acto para ajustarlo a legalidad, de modo que la lesividad es irrelevante para esas conductas. Así, ese mecanismo estaría reservado para la nulidad absoluta. Con todo, pese a que ya se ha tratado en el capítulo II la potestad de la Administración de utilizar el mecanismo previsto por el canon 173 de la LGAP, para los actos de contenido favorable que presenten vicios invalidantes de naturaleza palmaria y notoria, nada obsta para que la Administración opte por formular la lesividad como remedio ante esas conductas.

El análisis del ordinal 173 de la LGAP aludido, no restringe someter la petición de lesividad a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, modalidad potable frente a la nulidad absoluta, categoría que incluye la de pleno derecho o la evidente y

manifiesta. En todo caso, la lesividad de este tipo de patologías, supone un esquema procesal de mayor garantía para el administrado. Ergo, el procedimiento de la LGAP para la revisión de oficio de los actos que tengan nulidad absoluta evidente y manifiesta, constituye una prerrogativa de la Administración, que, por tal, es renunciable. Lo anterior confiere una mayor garantía para el administrado, quien en lugar de tener que acudir a la sede judicial frente a un acto que le despoja de un derecho otorgado por la misma Administración, producto de un procedimiento instruido de oficio por el ente otorgante, para requerir el restablecimiento de su situación jurídica, pasa a ocupar un rol en el que defenderá, como accionado, la pervivencia y persistencia de su situación jurídica, en lo que corresponde al derecho otorgado, dentro de un proceso promovido por la Administración, quien debe acreditar la nulidad del acto.<sup>279</sup>

Desde ese plano, el numeral 158 de la LGAP define la invalidez como la disconformidad sustancial con el Ordenamiento Jurídico. Por su parte, el canon 165 de esa misma fuente, fija un sistema dual de invalidez, según se trate la gravedad del vicio. La nulidad absoluta, constituye el nivel de mayor deficiencia, y se produce por la ausencia, real o jurídica de uno de los elementos constitutivos del acto, sea que se trata de los materiales subjetivos (competencia, investidura, voluntad), materiales objetivos (motivo, contenido y fin), o bien de los formales, referidos a procedimiento, motivación y forma de manifestación. Tal tipología se produce, además, cuando la imperfección, que no ausencia, de uno de esos componentes, imposibilite la consecución y satisfacción del fin público asignado por ley. Así se desprende de la relación de los ordinales 166 y 167 de la citada Ley.

Por otro lado, la imperfección -no sustancial- de alguno de esos elementos constitutivos, llevan a la invalidez de grado relativo, salvo se trate del supuesto de imperfección que conduce a la nulidad absoluta, advertido por el numeral 167 de la LGAP.

---

279 En sentido similar se pronuncia Meseguer Yebra, JOAQUÍN, Op. Cit. Pág. 112.

Dada la finalidad misma de la lesividad, como medio de verificación de la conformidad sustancial del acto de contenido favorable al Ordenamiento Jurídico, tal cuestión ha de ser verificada dentro de ese tipo de causa. De esa manera, la Administración ha de aportar, con el rigor técnico debido, la mención diáfana de los motivos de nulidad, así como de los elementos de convicción en los que sustentare esa pretensión, caso que la patología tuviera relación con aspectos asociados a valoración probatoria, y no solamente de análisis jurídico.

Con todo, sobre las implicaciones de la nulidad que da cabida a la lesividad, se ingresará en el aparte respectivo, relativo al elemento temporal del trámite y de la acción, así como en el contenido de la sentencia que se pueda dictar en la causa de lesividad.

Así, es claro que la lesividad exige de dos elementos fundamentales, a saber: infracción a las normas jurídicas que rigen la conducta administrativa, normativa que ha sido desatendida para otorgar indebidamente un efecto favorable a un administrado. Por otro lado, esa conducta ilegítima, debe suponer una contradicción con los intereses públicos, económicos, o de cualquier otra naturaleza. Ello supone que la invalidez que sustenta la declaratoria de lesividad, ha de acompañarse de la referencia o vinculación del impacto negativo que esa conducta guarda para con algún interés jurídicamente tutelado. Ergo, no bastaría acreditar la patología del acto, es menester además relacionar esa incorrección con una afectación particular y concreta a un interés público.

Sin embargo, coincidimos con Meseguer en el sentido de que esa exigencia se ha relativizado, en la medida en que el interés lesionado puede ser de muy diversa índole, como podría ser económico, urbanístico, local, de salud, ambiental, de control, etc. A juicio del citado autor, en la actualidad, basta que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento Jurídico para que pueda ser declarado lesivo

y, por ende, anulado.<sup>280</sup> En efecto, la sola infracción al Ordenamiento Jurídico constituye, en sí misma, una causa de afectación al interés público, que puede particularizarse en una afectación a intereses sectoriales concretos. El otorgamiento indebido de una habilitación de tala de árboles, no solamente es nula por infringir las normas del campo ambiental forestal, sino que en la medida en que esas normas se emiten para armonizar las conductas particulares con el ambiente y los recursos forestales, es notorio que la transgresión de ese conjunto legal, lleva implícita la alteración de intereses ambientales y forestales.

Lo mismo puede decirse de la prórroga irregular de una concesión de prestación delegada de servicios públicos o bien, de la fijación indebida de una tarifa a un

---

280 En ese sentido, el citado autor sustenta su postura en los siguientes términos: “*Son los dos requisitos de fondo que exige el art. 103 LRJAP-PAC para declarar lesivo un acto administrativo. La infracción normativa va implícita en la condición de todo acto anulable a la vista de su conceptualización en el art. 63.1 de la Ley (que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico). La segunda condición es que el acto resulte lesivo al interés público, exigencia ahora debilitada, que sí ha tenido distinto contenido a lo largo del tiempo, en especial, atendiendo a lo que disponía el art. 56 de la antigua LJCA que parecía exigir que la lesión tuviera contenido económico para que procediera la anulación del acto. En realidad, el interés lesionado podía ser de muy variada índole: económico, urbanístico (STS de 23 de noviembre de 1995), medioambiental (STS de 26 de mayo de 1998), cultural, sanitario, etc...*”

*En la actualidad ha desaparecido la exigencia de ese requisito de la doble lesión, jurídica y económica, bastando con que el acto incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado, tal como el TS ha declarado en sus sentencias de 14 de marzo de 1980 y 22 de enero de 1988. Esto es lo que ha llevado a parte de la doctrina a reivindicar para la declaración de lesividad una denominación más adecuada a esta circunstancia, sugiriendo nombres del tipo «declaración de ilegalidad» o «declaración de antijuridicidad». Resulta, por lo tanto, ineludible el que se fundamente y acredite en el iter de la declaración de lesividad y del proceso contencioso-administrativo, que el acto o actos no se acomodan al ordenamiento jurídico que los ampara. Se entiende, pues, que el restablecimiento del ordenamiento jurídico vulnerado por el acto que se trata de revisar justifica el requisito de lesión del interés público por esa sola circunstancia.”*  
Op. Cit. Pág. 116

operador delegado que se encuentra sometido a las potestades de fijación tarifaria de la ARESEP. En tales casos, la vulneración de las normas que rigen la prestación aludida y su régimen económico, implica, de por sí, una afectación a los intereses públicos de base que ese ordenamiento sectorial busca tutelar.

De ahí que, en la actualidad, y por criterio pragmático, si bien el numeral 34.1 del CPCA exige la declaratoria de lesividad a aquel tipo de intereses, el objeto del proceso de lesividad se ha reconducido al análisis de (in) validez de la conducta de contenido favorable, sin que se haga especial énfasis o detalle en el análisis de la manifestación concreta de afectación a un tipo de interés en particular. Lo usual es que, a partir de la expresión de una serie de motivos sobre los cuales la Administración considera que se produce una lesión al Ordenamiento Jurídico, se colija que esa patología, implica, por derivación y consecuencia lógica, el quebranto a los intereses públicos, que exige el citado precepto. Por ende, la ausencia de la referencia o motivación exhaustiva de las razones por las cuales determinada irregularidad presente en un acto de contenido favorable, ha afectado a un interés público definido, no es una cuestión que afecte el juicio de admisibilidad formal o sustantiva de la lesividad.

De lo dicho deriva que el elemento sustancial a observar en la lesividad es la afectación o vulneración de la normativa que delimita y regula la actuación concreta que se petitiona suprimir. Desde esa óptica, la declaración de lesividad en sede interna, así como su análisis en sede judicial, ha de radicarse en esa verificación de conformidad sustancial con el Ordenamiento Jurídico. De otra parte, no serían anulables mediante este mecanismo, conducta de contenido favorable que, aunque puedan estimarse perjudiciales a los intereses públicos, en definitiva, no contravengan las normas jurídicas que les sean aplicables.<sup>281</sup> Para esos efectos, la inconveniencia del acto, que no su patología estructural, da cabida a figuras como

---

281 En esa línea, Meseguer, JOAQUÍN. Op. Cit. Pág. 116.



la revocación, ya abordada en el capítulo II, enfoque al cual se remite para lo conducente.

## **6. Elemento procedimental. Las acciones previas para la acción de lesividad. Criterio de admisibilidad formal.**

La lesividad constituye un proceso judicial que, por tal, ha de someterse a una serie de rigurosidades formales que determinan la admisibilidad de orden formal del asunto, a fin de poder ingresar a su análisis. Tales cuestiones resultan determinantes no solamente para dar claridad al objeto de la contienda judicial, sino, además, para definir los parámetros sobre los cuales se generará el debate y que, por ende, resultan determinantes para definir la congruencia en la causa, sea, los parámetros sobre los cuales ha de versar el pronunciamiento judicial, así como para demarcar el derecho de defensa y debido proceso del administrado que se constituirá como parte pasiva de la causa.

Así, aunado a las condiciones de admisibilidad formal que impone el ordinal 58 del CPCA, y en el caso de las acciones formuladas por las Administraciones Públicas, complementadas con los ordinales 51 y 53 ejusdem, tema que será abordado en las cuestiones de admisibilidad de la demanda de lesividad, es menester al ente público que reclame la invalidez de un acto propio de contenido favorable, declarar previamente la patología de esa conducta, en sede administrativa, interna. Tal cuestión es de suyo relevante, dado que el Ordenamiento Jurídico impone una serie de condiciones de trámite que de seguido atendemos.

Como punto de partida, el mismo numeral 34.1 del CPCA señala que:

*“1) Cuando la propia Administración, autora de algún acto declarativo de derechos, pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previamente el superior jerárquico supremo deberá declararlo lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza. (...)”.*

Nótese que el citado precepto fija como presupuesto básico de la acción lesiva, el numeral 34 CPCA establece la impostergable declaratoria interna de lesividad por la misma Administración. La norma es clara en su inciso primero al señalar la imperatividad del requisito, el que debe tenerse como un requisito fundamental de la demanda. Se trata de una fase previa en la que se busca acreditar la voluntad del jerarca en cuanto a la intención de buscar suprimir una conducta de esa administración que se considera patológica.

Ahora bien, dentro de este aspecto procedimental, la competencia de la declaratoria interna de lesividad recae en el jerarca máximo de la Administración Pública que emitió el acto. Así en efecto lo establece el canon 34.1 del CPCA. Ya en el elemento subjetivo se he precisado sobre la competencia para realizar dicha declaratoria de lesividad, acápite dentro del cual, en el caso de la Administración Central, se ha precisado ya las reglas aplicables a la declaratoria interna. Empero, para un mejor orden, es necesario referir al detalle de esa competencia.

### **Órganos de la Administración Central.**

En el caso de los diversos actos dictados por órganos de la Administración Central, de conformidad con lo regulado por el numeral 34 del CPCA, es el jerarca máximo quien ha de realizar la declaratoria de lesividad. En tales casos, al tenor de lo preceptuado por los ordinales 28.1 y 10 de la LGAP, es al titular de la respectiva cartera ministerial a quien corresponde la mención de lesividad interna del acto. Ante ello, con independencia del órgano ministerial que haya adoptado la conducta administrativa, la propuesta de disponer las acciones que permitan la declaratoria aludida, ha de ser sometida a conocimiento de esa instancia jerárquica, a efectos de que disponga lo que corresponda.

Empero, tratándose de actos cuya emisión requirió de la participación de dos órganos de la Administración Central (complejos), o bien que hayan sido dictados por alguno de estos órganos en conjunción con otro ente público, la declaratoria de

lesividad ha de ser realizada por el Consejo de Gobierno. Así en efecto lo expresa el ordinal 34 inciso 3) del CPCA al señalar:

*“3) Corresponderá al Consejo de Gobierno la declaratoria de lesividad de los actos administrativos dictados por dos o más ministerios, o por estos con algún ente descentralizado. En tales supuestos, no podrán ser declarados lesivos por un ministro de distinto ramo.”*

La norma presenta una confusión en lo que se refiere a su frase in fine, ya que, pese a que fija la competencia a favor del Consejo de Gobierno<sup>282</sup>, luego expone que en esos casos que trata esa norma, la lesividad no podrá ser declarada por un ministro (a) de distinto ramo. Si la competencia es del órgano colegiado, no parece entendible dicha frase que supedita o condiciona dicha declaratoria a que sea realizada por un titular del ramo propio del órgano que dictó la conducta. La norma ha de ser interpretada en el sentido de que, frente a esos actos complejos, la declaratoria de lesividad compete al Consejo de Gobierno, mediante la configuración de voluntad colegiada de esa instancia.

Lo mismo acontece respecto de los actos complejos en los que interviene un ministerio y ente descentralizado, supuesto en el que, la manifestación de voluntad de la jerarquía del ente público menor, no tiene la virtud de tener por declarada la lesividad, siendo que, se insiste, esa competencia es propia del Consejo de Gobierno.

La infracción de estas pautas subjetivas, según se verá luego, llevará a la prevención para subsanar esta deficiencia, con el riesgo de haber precluido la potestad para realizar esa declaración interna, con las consecuencias que serán tratadas luego.

---

282 Ese órgano del Poder Ejecutivo, según lo estatuye el precepto 22.1 de la LGAP, se encuentra constituido por el Presidente de la República y por los titulares ministeriales en ejercicio.

## Actos Municipales.

Como proyección de lo expuesto en cuanto a la legitimación activa dentro de la lesividad, cabe destacar, de manera breve, que, en los casos de las Municipalidades, parece definitivo e indudable, que la demanda de lesividad en contra de actos emitidos por las corporaciones locales, debe ser formulada por el titular de la Alcaldía.

Empero, el tema no ostenta igual precisión tratándose de la declaratoria interna de lesividad. En efecto, como se ha indicado, los entes locales cuentan con un esquema de jerarquía bifrente o dual, en virtud del cual, la máxima jerarquía administrativa recae en la Alcaldía, acorde a las potestades de los preceptos 14 y 17 de la Ley No. 7794, en tanto que, en cuestiones programáticas y políticas, así como normativas, dicha jerarquía atañe al Concejo Municipal, según numeral 13 ejusdem. Se trata de dos frentes u órganos de jerarquía suprema, cada uno en competencias concretas, que se integran y coordinan en la atención de los intereses locales.<sup>283</sup> No obstante, es claro que no existe relación de subordinación entre ambos órganos de jerarquía suprema, sino deberes de prestación en áreas específicas fijadas por el Ordenamiento Jurídico, y deber de coordinación. Ello supone que ni el Concejo puede asumir competencias que son propias de la Alcaldía, ni viceversa.

Lo anterior presenta el dilema de la instancia competente para declarar la lesividad, si se considera que, atendiendo a ese esquema competencial, ambas instancias son jefes supremos, en sus respectivas áreas de competencia funcional. La invocación a posturas de representatividad democrática no son parámetro de

---

283 Así en efecto se desprende del ordinal 12 del Código Municipal, en cuanto señala: “Artículo 12. - El gobierno municipal estará compuesto por un cuerpo deliberativo denominado Concejo e integrado por los regidores que determine la ley, además, por un alcalde y su respectivo suplente, todos de elección popular.” Dicha norma establece que el gobierno de los intereses locales atañe a ambos órganos.

solución a ese aspecto, siendo que las personas que integran ambos órganos, son de elección popular. De esa manera, no podría decirse que la máxima instancia municipal es el Concejo, como podría sostenerse que la declaratoria de lesividad es un tema eminentemente administrativo y que, por ende, corresponde a la Alcaldía.

El análisis de tal cuestión lleva a postular que la competencia para declarar la lesividad viene determinada por la sujeción del órgano que ha adoptado la conducta sobre la cual recae el proceso de lesividad. Así, si se trata de un órgano dependiente del Concejo o bien, un acto emitido por el mismo Concejo, dicha declaratoria corresponde a ese cuerpo colegiado. Por el contrario, aquellas decisiones emitidas por instancias dependientes de la Alcaldía, así como los actos adoptados de manera directa por esa jerarquía, han de ser declaradas lesivas, internamente, por el titular de la Alcaldía.

Ahora bien, en términos prácticos, la circunstancia de que, al margen de la línea de subordinación o jerarquía en virtud de la cual se haya emitido el acto lesivo, la acción de lesividad deba ser presentada por el Alcalde o Alcaldesa, lleva a que, incluso en los supuestos en que la lesividad de un acto de un órgano dependiente de la Alcaldía, la haya realizado el Concejo, el tema no adquiera el rigor técnico debido. A la postre, se trata de una deficiencia totalmente superable, pues la actuación procesal del Alcalde o Alcaldesa, de alguna manera subsana, o, en todo caso, convalida, tal incorrección (insustancial), al suponer una manifestación de conformidad con aquella declaratoria y de paso, la expresa y clara intención de someter a escrutinio judicial una determinada conducta.

Lo relevante entonces, es que, en definitiva, la acción de lesividad sea formulada por la Alcaldía, previa declaración interna de afectación a los intereses locales, emitida, formalmente, por la jerarquía suprema que corresponda, y en todo caso, por el Concejo, siendo que la acción del titular de la alcaldía, prohijaría esa exigencia, aún y cuando en principio, no fuese competencia del Concejo, teniendo, en tales casos, por superado el defecto.

Postura diversa ha adoptado la PGR, instancia asesora que ha considerado que, en menesteres municipales, el órgano máximo supremo es el Consejo Municipal, pese a las competencias jerárquicas que la legislación confiere a la Alcaldía. En el dictamen C-321-2011 del 19 de diciembre del 2011, esa instancia asesora expuso:

*“Como es sabido, a partir de la reforma introducida por el CPCA, el ordinal 173.2 de la Ley General de la Administración Pública establece que cuando se trata de otros entes públicos –entre los cuales pueden incluirse las corporaciones municipales-, deberá declarar la nulidad de los actos declaratorios el **“órgano superior supremo de la jerarquía administrativa”**, y, en consecuencia, ya no el **“jerarca administrativo”**”.*

*Si bien debe admitirse que los ayuntamientos tienen un “régimen bifronte”, compuesto por dos centros jerárquicos de autoridad, que por disposición expresa del artículo 169 de la Constitución Política y 3 y 12 del Código Municipal, conforman el Gobierno Municipal (jerarquía superior) de las Corporaciones Municipales: Por un lado, el Concejo, integrado por regidores de elección popular, con funciones de tipo política y normativa (ordinal 12 del C.M); es decir, se trata de un órgano de deliberación de connotación política. Y por otro, el Alcalde, funcionario también de elección popular (artículo 12 del C.M.), con competencias de índole técnica, connotación gerencial y de ejecución (numerales 14 al 20 ibidem). Y que entre ambos no existe un ligamen jerárquico, sino una relación interadministrativa de coordinación necesaria para la labor de administración de los intereses y servicios locales del cantón a cargo del Gobierno Municipal que ambos conforman (artículo 169 constitucional) (Al respecto véase la resolución N.º 000776-C-S1-2008 de las 09:25 horas del 20 de noviembre de 2008, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia). Lo cierto es que en el caso de las corporaciones municipales, dadas las atribuciones que le son asignadas en el artículo 13 del Código Municipal, no cabe duda de que el **“órgano superior supremo de la jerarquía administrativa”** es el Concejo municipal, tal y como lo hemos sostenido en el dictamen C-048-2004<sup>[4]</sup> de 2 de febrero de 2004 (confirmado en el C-028-2010 de 25 de febrero de 2010) –esto con base en la resolución N° 3683-94 de las 8:48 hrs. de 22 de julio de 1994, de la Sala Constitucional-; por lo que sería*

*ese cuerpo colegiado quien tendría la legitimación para declarar la nulidad, en vía administrativa, de un acto favorable al Administrado.”<sup>284</sup>*

La anterior postura se limita a señalar que de conformidad con las funciones atribuidas en el ordinal 13 de la Ley No. 7794, el Concejo es el órgano máximo supremo. Empero, esa postura debe complementarse con lo indicado en el dictamen C-048-2004 del 02 de febrero del 2004, en el que se estableció el criterio de representatividad democrática como criterio de demarcación de esta figura. Sobre tal cuestión señaló:

*“(…) el jerarca máximo de la Municipalidad es el Concejo Municipal. En este sentido, la Sala Constitucional, en resolución N° 3683-94 de las 8:48 hrs. de 22 de julio de 1994, señaló: “...debe indicarse que en cualquier entidad de carácter corporativo (como el Estado o los Municipios) las potestades residuales, valga decir, las competencias de la entidad que no estén atribuidas expresamente por la Constitución o la ley, según el caso, a un órgano específico, le corresponde ejercerlas siempre y sin excepción al jerarca, entendiéndose por tal en el sistema democrático al órgano de mayor representación democrática y pluralista. En el Estado, a la Asamblea Legislativa, en el caso de las Municipalidades al Concejo Municipal, en las personas jurídicas corporativas no estatales, a las Asambleas correspondientes. El valor de este principio se refuerza con el general de derecho público de que las competencias residuales de toda persona jurídica pública le corresponden al jerarca (Junta Directiva –si ésta existe o su equivalente-”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 3683-94 de 8:48 hrs. de 22 de julio de 1994”.*

Tal criterio se sustenta en la base historicista de la elección popular de las personas integrantes del Concejo, a esa data de emisión del fallo de la Sala Constitucional. Si bien fue emitido en el contexto de los procedimientos vía artículo 173 de la LGAP, en la medida en que interpreta el concepto de “jerarca máximo supremo”, en el

---

284 Esta postura es reiterada en el dictamen 004 del 12 de enero del 2017 y en el 182 del 03 de agosto del 2017.

contexto municipal, resulta atinente a este análisis. Sin embargo, el replanteamiento de la estructura municipalista que opera en la actualidad, en la que existe una clara bifrontalidad jerárquica, cuyos titulares, en ambos casos se designan por medios de elección popular, lleva al replanteamiento de este aspecto. Se trata de competencias coordinadas, por lo que, frente a actos de la Alcaldía, en el ejercicio de competencias prevalentes y exclusivas, no puede considerarse que el Concejo sea el jerarca supremo de la Alcaldía. De ahí que sostenemos lo expuesto en cuanto a que la dependencia orgánica de la unidad administrativa que ha emitido el acto, determina la instancia competente para la declaratoria de lesividad.

### **Actos de órganos persona.**

Ya se ha planteado la discusión y propuesta de reforma legal en cuanto al reconocimiento de legitimación procesal de los órganos persona para formular acciones de lesividad. Se hay señalado que, en orden a esa propuesta, la declaratoria de lesividad de los actos de esos órganos, tendría que ser dispuesta por el mismo órgano persona. Empero, la regulación actual asume una postura muy diversa.

En el contexto de la regulación actual de la desconcentración con personificación presupuestaria, es claro que la potestad de revisión que, ordinariamente ostenta el jerarca supremo, se ha suprimido. Empero, el tratamiento de esa figura parece orientar dicha relativización a los remedios ordinarios de revisión oficiosa o recursiva, a partir de lo cual, la lesividad, en tanto revisión judicial y no administrativa, no encajaría dentro de esta restricción. Es decir, la privación de la potestad de control derivada de la auto tutela administrativa no incluye a la lesividad, cuya naturaleza es diversa. Como se ha señalado ut supra, en estos casos, si bien se relativiza la potestad jerárquica, en definitiva, no desaparece.

La desconcentración, pese a sus efectos, no es descentralización, siendo que pervive el vínculo Inter orgánico entre la unidad desconcentrada y el ente al cual



pertenece. Ello ha justificado el tratamiento que se evidencia en el inciso 4 del citado numeral 34 del CPCA, en cuanto señala que la declaratoria de lesividad de los actos dictados por los denominados órganos persona, será emitida por el superior jerárquico supremo del órgano.

De ese modo, el CPCA establece con claridad que frente a esos supuestos de órganos desconcentrados con personificación instrumentalizada (órgano persona), la lesividad ha de ser declarada internamente por el jerarca máximo supremo. Las implicaciones de ese término ya fueron expuestas, siendo notorio que tal figura alude a la instancia superior el ente al que se adscribe el órgano. Pese a las críticas ya formuladas, la jerarquía de ese tipo de órganos, a lo sumo, puede proponer al jerarca supremo esa declaratoria, pero, en definitiva, no le corresponde. Por ende, si esa declaración dimanare de otra instancia, no podría tenerse por satisfecho el trámite, debiendo entonces, prevenirse la subsanación de esa deficiencia.

De ese modo, debe establecerse con claridad, pese a las implicaciones de la desconcentración, la lesividad de estos órganos recae sobre el jerarca máximo supremo del ente al que pertenecen, con las precisiones ya indicadas en cuanto a la Administración Central.

## **6.2. Procedimiento de declaratoria interna de lesividad.**

En cuanto al procedimiento en sí, las normas que regulan la lesividad no dan mayor detalle sobre el particular, limitándose a requerir la declaratoria interna, como presupuesto que ha de aportarse en la sede jurisdiccional. Según se ha indicado, en tanto proceso judicial, la lesividad se encuentra, fundamentalmente regulada en el CPCA, siendo que, en la LGAP, como ordenamiento adjetivo, no aporta mayor regulación sobre la figura. Esa última fuente normativa, simplemente hace tres referencias a la lesividad:

1. En el numeral 173.1 reconoce la potestad de la Administración de utilizar el procedimiento de declaratoria oficiosa de nulidad absoluta evidente y manifiesta, sin necesidad de acudir al proceso de lesividad.
2. En el inciso 7) del citado precepto 173 de la LGAP, menciona que la pretensión de lesividad no puede formularse vía contrademanda, y;
3. El canon 183 ibidem, expone que fuera de los supuestos previstos en el numeral 173 de la LGAP, la supresión del acto declaratorio de derechos a favor del administrado, debe cursarse por la vía de la lesividad.

Así, es el CPCA la fuente normativa que regula con mayor rigor la figura de la lesividad. En ese sentido, el artículo 34 inciso 1) de esa normativa, aporta pequeñas referencias sobre las rigurosidades procedimentales atinentes a la figura. Por un lado, alude al elemento subjetivo, recién tratado, en virtud del cual, requiere que, de previo a la formulación de la demanda de lesividad, el jerarca supremo del ente respectivo, deberá declarar lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza, el acto de contenido favorable.

Esa normativa no realiza una remisión al cauce procedimental previsto en el Libro II de la LGAP, a partir del numeral 214, ni mucho menos, impone la utilización del procedimiento ordinario previsto en el ordinal 308 y siguientes de esa fuente legal. Frente a esta laguna, puede asumirse dos posturas, una de corte garantista y la otra que entiende a la declaratoria de lesividad como un requisito interno de la posterior acción judicial.

En un primer escenario, la sola circunstancia de que no exista regulación expresa en cuanto a la necesidad o no de establecer un procedimiento interno para declarar lesivo el acto, en sede administrativa, no limitaría la complementación con el procedimiento previsto en la LGAP. En ese sentido, el numeral 308 de la LGAP señala:

*“Artículo 308.-*

*1. El procedimiento que se establece en este Título será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos:*

*a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y*

*b) Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente. (...)"*

Sobre la base de esta norma, podría considerarse que la declaratoria de lesividad, aún en sede administrativa, encaja dentro del supuesto de hecho regulado en el inciso 1) letra a), en la medida en que se pretende la supresión de derechos subjetivos, o, en general, la afectación de su situación jurídica mediante un acto que tiene por objeto, requerir la eliminación de un efecto favorable otorgado al administrado. De igual manera, es claro que al tenor de la letra b) de ese inciso, es evidente e innegable la contradicción o contraste de intereses que se produce entre la postura de la Administración, quien considera lesivo el acto otorgado a favor del particular, y éste último, quien, probablemente, tenga intención de que su situación jurídica se mantenga inalterable.

Sin embargo, no compartimos esta postura garantista. El procedimiento administrativo, en el ámbito aludido, se constituye en una herramienta y elemento formal, que permite la adopción del acto final de la Administración, que se encuentra llamado a producir un efecto en una esfera destinataria. Constituye un elemento de garantía al administrado y de guía a la Administración para que la conducta adoptada se ajuste a las normas jurídicas que rigen y delimitan su proceder. En ese sentido, los numerales 214 y 221 de la LGAP imponen como objeto del procedimiento, la determinación de la verdad real de los hechos que sirven de base al motivo del acto, con respecto a los derechos de contradictorio y defensa material del administrado.

Empero, en el marco de la declaratoria de lesividad, la conducta administrativa no se constituye en una que produzca estado o que esté dirigida a producir un efecto

directo que impacte en los administrados, sino que trata de un acto de orden interno, que se constituye como presupuesto de admisión de la posterior demanda. En rigor, ese acto busca expresar la voluntad de la misma Administración, de someter a revisión judicial un acto determinado. Pero no tiene la virtud de suprimir, *per se*, ese acto de contenido favorable. Es justamente dentro del proceso judicial que se definirá la supresión o pervivencia de la conducta que se estima ilegítima. Ergo, se trata de un acto que produce efectos en el ámbito del posterior proceso judicial.

A decir del profesor Dromi (José Roberto), dicha declaratoria se trata de un acto administrativo de naturaleza especial, ya que únicamente produce efectos en el ámbito procesal, de aquí que no sea admisible la impugnación directa ante la jurisdicción procesal administrativa del acto administrativo de declaración de lesividad. Señala ese autor que, como presupuesto procesal es un trámite inexcusable para el ejercicio de la acción de lesividad. Su finalidad es precisamente la de autorizar la admisión y trámite del correspondiente proceso. Por tanto, prosigue, en virtud de su carácter presupuestal previo, si no existiere declaración de lesividad o adoleciere de algún vicio, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción.<sup>285</sup>

En ese sentido, incluso dentro de la visión de tutela del debido proceso, es dentro de la sede judicial, en el proceso de lesividad propiamente, que el administrado puede ejercer el derecho de defensa. Incluso, dado el papel de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en este tipo de pretensiones, las alegaciones formuladas o probanzas ofrecidas y evacuadas dentro del procedimiento, no limitarían el examen plenario que de la conducta administrativa se debe realizar en la causa judicial. Ello pone en evidencia la poca utilidad que tal enfoque podría generar en este tipo de cuestiones. Incluso, caso de postularse la necesaria instrucción de un procedimiento ordinario para la declaratoria de lesividad, cabría cuestionarse si eventuales lesiones a esa estructura, viciarían o tendrían impacto

---

285 Dromi Casas, JOSE ROBERTO. Revista de Administración Pública Española (RAP), No. 88. Págs. 219-220.

en la admisibilidad del proceso de lesividad o impacto en el análisis de fondo. El análisis que supone la pretensión de lesividad no se ha de condicionar a un aspecto semejante, pues su finalidad es el examen de validez del acto previamente otorgado, que no la validez del procedimiento en virtud del cual la Administración manifiesta su voluntad de someter a debate judicial el contenido y legitimidad de esa conducta favorable.

Por otro lado, el numeral 34.1 del CPCA estipula que la Administración cuenta con un plazo máximo de un año para la declaratoria interna, aspecto temporal que se vería directamente impactado o amenazado si se impusiera la apertura de un procedimiento administrativo para esa declaratoria de mero trámite. Hemos de insistir que dicha declaratoria, bajo ninguna perspectiva, ostenta las cualidades de un acto final o definitivo. Su naturaleza jurídica es muy concreta, a saber, fungir como requisito de trámite, legalmente impuesto, para la formulación de la demanda de lesividad. Siendo así, las implicaciones del procedimiento, caso de imponerse, aletargaría la formulación de la acción judicial, si se considera el esquema recursivo que atañe al procedimiento ordinario, a la luz de los ordinales 343 y 345 de la LGAP.

286

Luego de ese enfoque, se puede concluir que es dentro del proceso judicial que se concretará el ejercicio del derecho de defensa y de debido proceso. Es dentro de la vía judicial que se ofrece al administrado las garantías debidas en orden a tratar de sostener y mantener dentro de su esfera jurídica, el derecho o situación favorable que, en su momento, le fue otorgada por la propia Administración. Por ende, la naturaleza interna y de trámite que compone esa declaratoria de lesividad,

---

286 Sería totalmente contraproducente esta formulación que llevaría, por ejemplo, a debatir si la declaratoria de lesividad que se dicte como manifestación final del trámite, puede ser objeto de cuestionamiento en la sede judicial. Esta proyección llevaría al absurdo de permitir la acción judicial en contra de la declaratoria de lesividad, cuando el en fondo, el objeto de análisis debe ser si el acto de contenido favorable, padece de las patologías en que la Administración sustenta su pretensión de nulidad.

hace innecesario el otorgamiento del derecho de audiencia al administrado. Sin embargo, si alguna Administración estima necesario ese trámite de audiencia al potencial afectado, ello no afectaría la potestad de requerir judicialmente la supresión del acto favorable, en el entendido que la apertura de ese procedimiento, como veremos luego, no podría llegar a constituirse como causal de interrupción o de suspensión del plazo otorgado por el artículo 34 del CPCA, para expresar esa declaratoria de lesividad. Es decir, se trata de un ejercicio que, por pretender generar una bondad, puede llevar, según analizaremos infra, a que precluya en contra de la Administración, la potestad de declarar lesivo el acto, y con ello, producir la inadmisibilidad de la demanda anulatoria.

Tal es la postura que ha asumido la Jurisdicción Contencioso Administrativa, instancia que ha puesto en evidencia que, de cara a formular el proceso de lesividad, no es imperativo de acceso, la instrucción de procedimiento administrativo alguno, reconociendo que la tutela del debido proceso, se concreta dentro de la causa judicial. En la sentencia No. 029-2020-VI de las 11 horas del 11 de marzo del 2020, la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo señaló:

*“... En esa línea, la Administración debe declarar lesivo a los intereses públicos esa conducta, lo que debe ser establecido dentro de un marco de acciones internas de la administración que son impostergables para formular la acción. En efecto, en el orden procedimental, se impone que el jerarca máximo supremo de la Administración Pública respectiva declare la lesividad del acto, sea por lesión a intereses económicos, fiscales o de otra índole que se desprendan del interés público, para lo cual, ha de contar con un criterio jurídico-técnico de base que sustente esa determinación. A diferencia de otras figuras de supresión de conductas públicas (como es el caso de la nulidad oficiosa prevista en el artículo 173 LGAP), no requiere de audiencia al tercero afectado, sino solo de acciones a lo interno de la Administración que buscan verificar la existencia expresa de voluntad administrativa emitida por el jerarca máximo, en el sentido de pretender la supresión del acto. Es dentro del proceso judicial que ese destinatario podrá establecer sus alegatos de defensa, por lo que la ausencia de su participación dentro de la fase administrativa de declaratoria de lesividad, no cercena en modo alguno su derecho al debido proceso o procedimiento administrativo. ...”.*

Sobre este extremo, en el fallo No. 2616-2010 de las ocho horas veintiocho minutos del diecinueve de julio del dos mil diez, el Tribunal Contencioso Administrativo dispuso:

*"A diferencia de otras figuras de supresión de conductas públicas, no requiere de audiencia al tercero, sino solo de acciones a lo interno de la Administración, siendo que es dentro del proceso judicial que el tercero podrá establecer sus alegatos de defensa."*

Ahora bien, la norma comentada impone el deber del jerarca supremo de declarar la lesividad del acto, lo que hace suponer que el inicio de acciones para llevar a esta declaración, es una cuestión que se ha de ponderar a lo interno de la misma Administración, dado el carácter oficioso que implica esta modalidad. Empero, si bien la declaración de lesividad es una competencia exclusiva del jerarca supremo, sin embargo, el requerimiento de análisis sobre la procedencia de instruir las acciones internas de cara a emitir dicha declaratoria, es un tema que bien puede gestionar o plantear cualquier órgano interno de la Administración Pública que ha emitido la conducta favorable. Incluso, la propuesta de ese análisis bien puede derivar de acciones de control y fiscalización propios de las relaciones de tutela administrativa, como es el caso de los informes vinculantes que en el marco de sus competencias emite la CGR.

La dinámica interna de cada Administración Pública, hace frecuente que la petición de declaratoria de lesividad no surja de manera espontánea del respectivo jerarca máximo, sino del órgano que ha adoptado el acto final en el que, en primera instancia, se otorgó el respectivo derecho a suprimir. De igual manera, en el caso de los actos adoptados por órganos internos que realizan acciones de control no jerárquico, como es el caso del ámbito fiscal y aduanero, lo usual es que sea el órgano a quo la instancia que requiera al jerarca, esa declaratoria.

Ahora bien, el numeral 34 del CPCA, se limita, se reitera, a imponer la citada declaratoria de lesividad, sin hacer referencia alguna a si debe existir o no un análisis previo de parte de alguna instancia técnica y asesora que ponga en evidencia la patología del acto, como parámetro de la justificación del requerimiento

anulatorio a formularse en sede jurisdiccional. Esto lleva a cuestionarse si como criterio de admisibilidad, la demanda de lesividad debe acompañar junto con el acto de declaratoria interna, el criterio técnico y/o jurídico en que ha sustentado su postura respecto del acto.

En la medida en que la declaratoria de lesividad supone la expresión de las razones que configuran la patología que se reclama, se hace necesario que ese acto exprese con el debido razonamiento, al menos, los vicios concretos que se aducen. Cabe destacar que dicha declaratoria, se reitera, es un trámite interno que tiene una finalidad instrumental para la posterior acción judicial, por lo que, en rigor, no se encuentra sujeto a los requisitos formales del acto administrativo. Desde luego que la declaratoria de lesividad por quien no corresponde o la formulación de ese tipo de demanda sin la respectiva declaratoria, tiene incidencia en la inadmisión del proceso, pero ello no lleva a establecer que ese acto deba reunir todas las condiciones que la LGAP impone a los actos finales. De ahí que la exigencia motivacional se relativiza frente a esta conducta.

Pese a ello, el mismo numeral 10.5 del CPCA, impone que la demanda de lesividad requiere que el superior jerarca haya declarado lesivo el acto “...*en resolución fundada*...”. A partir de esa exigencia, se requiere que el acto en cuestión cuente con una motivación debida, lo que conlleva un examen jurídico de las causas en las cuales se sustenta la supuesta invalidez del acto de contenido favorable. Cuando la patología recaiga sobre factores técnicos, debe incorporarse ese detalle. Podría ser el caso de distorsiones en el ámbito financiero o bien normas técnicas de carácter constructivo o simplemente operacionales de un servicio delegado, casos en los cuales, la motivación debida exige referirse a la transgresión a las reglas técnicas o económicas que sustentan la invalidez. Ello es determinante para la correcta comprensión del motivo de la nulidad, lo que resulta además relevante para el ejercicio del derecho de defensa del accionado y el análisis de fondo en el proceso judicial, siendo que resulta nula la posibilidad de defensa si no se invocan con claridad los motivos de nulidad.



La trascendencia de ese criterio técnico como base del acto de declaratoria de lesividad interna sido recalcada por reiterados fallos del Tribunal Contencioso. Entre muchos, en el No. 4537-2010 de las nueve horas diez minutos del tres de diciembre del dos mil diez indicó:

*"En efecto, en el orden procedimental, se impone que el jerarca máximo supremo de la Administración Pública respectiva declare la lesividad del acto, sea por lesión a intereses económicos, fiscales o de otra índole que se desprendan del interés público, para lo cual, ha de contar con un criterio jurídico-técnico de base que sustente esa determinación."*

No hay duda de la utilidad de ese tipo de dictámenes de cara a dar un sustento solvente a la declaratoria de lesividad, empero, no existe norma expresa alguna que imponga semejante requisito. De esa manera, aún sin la constancia de un criterio de esa índole, bastaría que la declaratoria interna contara con la debida sustentación para tener por satisfecho el requisito que fija el ordinal 10.5 del CPCA.

Pese a ello, si se opta por esa herramienta, a la luz del ordinal 302 inciso primero de la LGAP, dicho análisis, por tesis de inicio, ha de confiarse a las instancias asesoras internas, especializadas en el respectivo campo (técnico o jurídico) que sustenta la patología a reclamar.<sup>287</sup> No obstante, no existiría irregularidad alguna si ese dictamen previo, es requerido a una instancia externa, como sería el caso de contratación de un profesional externo al ente público, a efectos de que emita el análisis respectivo. Desde esa arista de análisis, en la medida en que no se trata de un instrumento que imponga la ley como condicionante de validez del acto de

---

287 En ese sentido, el citado inciso del canon 302 de la LGAP señala en su rigor literal:

*"1. Los dictámenes y experimentos técnicos de cualquier tipo de la Administración serán encargados normalmente a los órganos o servidores públicos expertos en el ramo de que se trate, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Título Segundo de este libro."*

declaratoria interna de lesividad, de conformidad con el precepto 303 de la LGAP, es menester interpretar que su naturaleza es facultativa no vinculante.<sup>288</sup>

Cabe destacar que, ante el supuesto de que el requerimiento del dictamen aludido fuese realizado por una instancia diversa al jerarca supremo, ello no implicaría invalidez o incorrección en el trámite, en la medida que esa última instancia de jerarquía, sea quien emita la resolución fundada declarando lesivo el acto. Aún de estimar que la instrucción corresponde, exclusivamente al jerarca supremo, en la hipótesis referida, con la emisión de esa declaratoria, se daría una convalidación del trámite, acorde a la doctrina del precepto 187 de la LGAP.<sup>289</sup>

Esta postura hace que, en los casos de los órganos desconcentrados, se permita a la jerarquía del órgano, iniciar los análisis de rigor, de cara a que, una vez adoptadas las acciones de trámite, someta a conocimiento del jerarca el expediente a fin de que sea este último quien dicte la resolución sustentada que permita la formulación de la respectiva demanda de lesividad. Esto impregnaría de mayor celeridad y eficiencia ese trámite, al estimar que la competencia del órgano desconcentrado es exclusiva y excluyente de ese órgano, de manera que tiene, a no dudarlo, un mejor y más directo conocimiento de las razones por las cuales, el acto presenta una patología tal, que exige su anulación. Luego, por la exigencia formal que impone el canon 10.5 en relación al 34.1 del CPCA, ha de ser el jerarca

---

288 Señala ese mandato:

*“Artículo 303.-Los dictámenes serán facultativos y no vinculantes, con las salvedades de ley.”*

289 Señala el numeral 187 de la LGAP:

*“Artículo 187.-*

*1. El acto relativamente nulo por vicio y en la forma, en el contenido o en la competencia podrá ser convalidado mediante uno nuevo que contenga la mención del vicio y la de su corrección. 2. La convalidación tiene efecto retroactivo a la fecha del acto convalidado.”*

supremo quien realice la declaración, empero, es la instancia desconcentrada la que conoce de manera inmediata la emisión del acto y el antagonismo que presenta con los intereses públicos tutelados.

De otro modo, se sometería a la propia Administración a esquemas de excesivo formalismo, que impondrían, sin lógica alguna, que el órgano desconcentrado acuda al jerarca para instruir el trámite, designándole para ese análisis y luego, remitir el expediente para hacer la declaración.

Pues bien, realizado el análisis técnico-jurídico, por las instancias asesoras, deben remitirse al jerarca supremo para que sea éste quien declare la lesividad, una vez lo cual, debe remitir el asunto a la instancia que corresponda para la formulación de la acción contenciosa. En el caso de la Administración Central, el Poder Judicial, la Asamblea Legislativa, la Contraloría General de la República<sup>290</sup>, el Tribunal Supremo de Elecciones y la Defensoría de los Habitantes de la República, en tanto ejerzan función administrativa, conforme al canon 16 del CPCA, el expediente con la petición respectiva ha de remitirse a la PGR, quien ejerce su representación en juicio. Tratándose de la Administración Descentralizada, por virtud del numeral 17 ibidem, es el apoderado de cada ente, según su ley constitutiva, la instancia encargada de formular la demanda respectiva, con apoyo de la Asesoría Jurídica interna o patrocinio letrado contratado para esos efectos.

Vale señalar lo dicho por el Tribunal Contencioso en dicho precedente No. 4537-2010, en el que, sobre la lesividad de los actos dictados por el Poder Judicial en el

---

290 Ya se ha señalado que, tratándose de la CGR, el numeral 10.3 del CPCA le asigna legitimación procesal activa, por lo que, no vemos impedimento para que, en los actos de ese órgano, sea la misma CGR quien formule la acción de lesividad. Por paridad de razón, según lo tratado en el elemento subjetivo activo, la declaratoria de la lesividad de los actos de la CGR, ha de ser dispuesta por la jerarca suprema de ese órgano, que, para los efectos, a tono con la especialización competencial que le atribuye los ordinales 181, 182 y 184 de la Carta Magna, es la persona titular del puesto de Contralor (a) General. De otro modo, se invadiría, groseramente, las competencias de esa autoridad administrativa y su independencia funcional.

ejercicio de función administrativa, establece la competencia del Consejo Superior para dicha declaratoria interna. En cuanto al punto expresó:

*"Tal representación (se refiere a la que ejercita la PGR) se impone además en el caso de los actos del Poder Judicial emitidos en el ejercicio de su función administrativa, como es el caso de los actos dictados por el Consejo Superior, cuya lesividad debe declararse por la Corte Plena."*

Resulta interesante el tratamiento que de este presupuesto postula el profesor Dromi Casas, al señalar que la declaratoria de lesividad debe ser realizada por órgano que dictó la conducta, sin que tal competencia pueda ser avocada por instancia superior. Ese sentido, señala que el órgano que debe formular la declaración de lesividad es el mismo órgano que dictó el acto. No puede haber avocación de un órgano superior, pero sí ratificación o confirmación del mismo a efectos de que la entidad a que corresponde el órgano, y con personería procesal, promueva la acción correspondiente. Y a la inversa, un órgano inferior no puede declarar ni estimar lesivo a sus intereses un acto administrativo propio de un órgano superior, aún, cuando los efectos jurídicos lesivos afectaren al órgano inferior dado que es aquél, el órgano superior, el titular legal de la competencia para emitir tal declaración.<sup>291</sup>

Tal propuesta no es aplicable en el régimen nacional en la medida en que el artículo 10.5 del CPCA, atribuye, con total claridad, esa competencia al superior jerárquico supremo, lo que descarta que sea el órgano inferior quien emite tal declaración. Reiteramos lo dicho en cuanto a los órganos desconcentrados.

En suma, el procedimiento aludido no se corresponde a los supuestos previstos en el mandato 308 LGAP, por lo que no debe instruirse un procedimiento ordinario, sino simplemente requerir un análisis interno como base motivacional de la posterior declaratoria como acto formal del jerarca. Ello implica que en ese iter no existe lesión al debido proceso si no se da audiencia al destinatario de los efectos

---

291 Dromi Casas, JOSÉ ROBERTO. Op. Cit. Pág. 220

del acto. Esto dado que, dentro de esa fase, no resulta de mérito llamar al destinatario, quien ejercerá su derecho de defensa y contradictorio en la instancia judicial. La lógica que subyace en ese procedimiento es otra, trata simplemente de configurar un acto expreso que acredite la voluntad del jerarca máximo, por tanto, el representante de la Administración según lo señala el artículo 103 LGAP, de anular esa conducta por lo lesivo de sus efectos en el ámbito de los intereses públicos. Esa declaratoria por ende no lleva a la nulidad del acto en sede administrativa, sino que solo se constituye en requisito previo de la acción judicial, por lo que, no debe darse curso en esa fase al particular.

Con todo, esta declaratoria es impostergable de cara a la formulación de la acción de lesividad, debiendo expresar las causas concretas en que se sustenta la patología que basa la lesividad, por cuanto, dada la estabilidad e irrevocabilidad del acto propio, es a la misma Administración a quien corresponde acreditar esos vicios. Por último, ese procedimiento ha de ser satisfecho dentro de un umbral temporal, empero, es un tema que, por cuestiones de orden, debe examinarse de seguido en el elemento temporal.

## **7. Elemento temporal.**

Como todo proceso judicial, la lesividad no escapa al rigor de las reglas que condicionan el ejercicio del derecho de acción. Empero, la declaración previa de la lesividad, como exigencia de la acción judicial, se encuentra igualmente sometida a plazos. Desde ese plano, el instituto de la lesividad presupone la sujeción a plazos determinados para su ejercicio, que ha de ser diferenciados según se trate de la etapa interna de declaración de lesividad o bien, de la acción contenciosa. De igual modo, ha de distinguirse entre los actos con nulidad absoluta que sigan surtiendo efectos, los relacionados con bienes dominicales, en los que las reglas son diversas.

Así, es necesario fijar aspectos concretos sobre el presupuesto temporal, según se trate de la declaratoria interna, o del ejercicio de la acción judicial.

### **7.1. Límite temporal para la declaratoria de lesividad.**

Como punto de partida y regla genérica, el numeral 34.1 del CPCA, fija un plazo máximo de un año contado a partir del día siguiente a aquel en que se ha dictado el acto, para declararlo lesivo a lo interno. Nótese que el *dies a quo* corre desde la adopción del acto, siendo claro que resulta inaplicable la regla prevista por el ordinal 141 de la LGAP, en el sentido de que la impugnación del acto requiere que este sea eficaz.<sup>292</sup> Lo anterior por razones obvias: la Administración no debe ser notificada de su propio acto, por lo que la posibilidad objetiva de emprender las sendas para buscar la supresión de un acto propio que ha otorgado derechos de manera indebida o ilegítima, arranca desde el momento mismo de su emisión.

Desde el plano de la naturaleza jurídica de este espacio, el ordinal 34.1 del CPCA señala en lo relevante que: “... *El plazo máximo para ello será de un año, contado a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado, salvo si el acto contiene vicios de nulidad absoluta, en cuyo caso, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos. ...*”. La referencia a un plazo máximo lleva a entender que ese lapso se trata de un espacio fatal vencido el que, precluye la potestad de la Administración Pública de disponer esa declaratoria interna. Desde ese plano, en la medida en que la norma fija un espacio máximo para esos efectos, parece tratarse de un término de caducidad, en la medida en que la sola emisión del acto

---

292 Señala el numeral 141 inciso primero de la LGAP:

*“Artículo 141.- 1. Para ser impugnable, administrativa o jurisdiccionalmente, el acto deberá ser eficaz. En todo caso, la debida comunicación será el punto de partida para los términos de impugnación del acto administrativo. (...)”*

hace correr ese lapso. En ese sentido, la adopción de las medidas internas direccionadas a materializar la declaratoria de lesividad no tienen la virtud de generar alguna incidencia o afectación en ese término. Nótese que acorde a la norma, se trata de un lapso máximo para declarar la lesividad, que no para emprender las acciones direccionadas a tal acto.

Sin embargo, la sola formulación gramatical de “plazo máximo”, no dice de la regulación de una caducidad. Como se ha señalado en el capítulo II, la caducidad es una figura que se utiliza para regular el ejercicio del derecho de acción en sede judicial. Desde esa perspectiva de análisis, la potestad que se analiza se ejerce dentro de la sede administrativa, si bien para el ejercicio del recurso de lesividad ante el Tribunal Contencioso Administrativo, en definitiva, ya se ha establecido que la naturaleza de ese acto es de trámite e interno. Desde ese plano, puede entenderse que se trata de un espacio sujeto a prescripción.

Sin embargo, si se analiza el efecto de la declaratoria interna, se cae en razón que esas acciones llevaran al efecto de suspender o interrumpir el lapso para esa declaratoria, es claro que se trataría de un plazo de prescripción. En esa eventualidad, aún de infringirse ese espacio, en la medida en que el administrado no alegara tal circunstancia, no habría defecto alguno. Empero, en el contexto de ese mandato, se insiste, al tratarse de un lapso fatal, límite, una vez vencido, se produce la preclusión de la potestad de esa declaratoria, con lo cual, es notorio que se trata de un término de caducidad.

Sobre esa discusión, en la sentencia No. 024-2020-VI de las 09 horas 45 minutos del 28 de febrero del 2020, de la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo, la jueza Silvia Consuelo Fernández Brenes, en su nota separada, expresa su juicio de valor en el sentido de que tanto el plazo para declarar la lesividad como el plazo para incoar el proceso, se rigen por la caducidad. En ese sentido expuso:

*“... En este sentido, distingo la regulación del proceso de lesividad en general, establecidas en los artículos 34 y en el 39 inciso 1) subinciso e) del mismo código procesal. Así, el citado ordinal 34, en su inciso 1) prevé*

*un plazo (de caducidad) para que la Administración autora del acto declarativo de derechos declare la lesividad de aquel acto, de un año "contado a partir del día siguiente a aquel en haya sido dictado"; y mantiene esta facultad -para declarar lesivo el acto-, mientras tal actuación siga surtiendo efectos y se trate de un vicio de nulidad absoluta, pero condiciona los efectos de una eventual estimatoria del proceso, en tanto la declaratoria de nulidad será únicamente para su inaplicabilidad futura. Posteriormente, en los términos del numeral 39 inciso 1) subinciso e) del Código Procesal Contencioso Administrativo, se prevé el plazo de un año y nuevamente de caducidad de la acción, para que la Administración interponga el proceso de lesividad en estrados judiciales. La única excepción establecida en el numeral 34 de referencia a las reglas de temporalidad del proceso de lesividad, es el relativo a asuntos que refieran a bienes del dominio público, en favor de su tutela, precisamente por sus características esenciales de imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad y sujeción al poder de policía. ...".*

Coincidimos que, en nuestro régimen, dada la excepcionalidad de las figuras de supresión *ex officio* de las conductas favorables, en contra de la intangibilidad de actos propios, el dilema ha de decantarse por la interpretación restrictiva, de suerte que la figura de la caducidad se aviene, e mejor manera, a esa dinámica. Lo anterior se fortalece, además, en la circunstancia que el cumplimiento del margen de temporalidad aludido, constituye un aspecto que debe ser apreciado de oficio por el Tribunal Contencioso Administrativo, tratamiento que, de otro modo, de estimarse como plazo prescriptivo, no podría atenderse de esa manera.<sup>293</sup>

---

293 En doctrina comparada, el tratadista González Pérez, JESÚS, estima que esta parte del trámite del recurso de lesividad, se rige por la figura de la prescripción. En concreto, en existen dos fases de tiempo perfectamente definidas: una, durante la cual la entidad administrativa puede declarar lesivo el acto administrativo; otra, durante la cual debe interponer el recurso contencioso, de tal modo que se deben cumplir ambas, y si, aun entablándose el recurso dentro de los tres meses siguientes a la declaración de lesividad, no se hizo ésta en el de cuatro años contados a partir del momento en que se dictó el acto, se



Ahora, bien puede cuestionarse si es factible la impugnación vía lesividad de un acto que pese a ser de contenido favorable, no es aún eficaz por no haber sido comunicado, o bien, se encuentra sujeto a condición suspensiva. Ante ello, debe indicarse, ciertamente el canon 140 LGAP señala que la eficacia del acto y por ende la posibilidad de desplegar sus efectos jurídico-materiales, se encuentra supeditada a su comunicación, salvedad hecha de los actos que solo conceden derechos (de extraña existencia, pero posibles, por tanto, excepcionales, partiendo que, por lo general, los actos favorables suponen obligaciones asociadas), los cuales, surten efectos desde su dictado. No obstante, cabe recordar, la lesividad recae sobre actos favorables que se encuentren firmes, lo que supone, por derivación lógica, que han sido comunicados, siendo que tal firmeza se refiere a la confirmación en vía recursiva o su consentimiento tácito.

Con todo, el mandato en cuestión no discrimina si el acto ha sido comunicado o si se encuentra surtiendo efectos, pues señala que el punto de inicio de ese cómputo es la emisión del acto, momento desde el cual, se insiste, la Administración conoce de su existencia y, por ende, puede emprender las acciones para suprimirlo.

Ahora bien, en materia tributaria, tema que adelante se tratará, el Tribunal Contencioso Administrativo ha establecido, por vía excepcional, que cuando la lesividad se pretenda respecto de conductas del Tribunal Fiscal Administrativo, el lapso de comentario se computa desde la remisión del expediente por parte de ese órgano contralor no jerárquico a la respectiva Administración Tributaria, cuando el acto que pretenda declararse lesivo sea de esta última instancia. Así se ha fijado, por ejemplo, en el fallo No. 2970-2010 de las trece horas del diez de agosto del dos mil diez de la Sección Sexta de dicho Tribunal. Lo dicho sobre la base de que es

---

entenderá prescrita la acción administrativa. En ese sentido, “La declaración de lesividad”, *Revista de Administración Pública, España, Op. Cit.* Págs. 70-71. A falta de regulación expresa sobre ese particular, atendiendo a las máximas que impregnan esa modalidad y a las consecuencias procesales de la vulneración de esos lapsos, estimamos que tal espacio ha de tratarse bajo el prisma de la caducidad de la potestad y no de la prescripción.

frecuente que, desde la adopción del acto a la remisión del legajo, se presenta un considerable retraso que en algunos casos llevaría a que, cuando esa Administración reciba la noticia del acto firme, ya ha precluido el año en cuestión, lo que implicaría que, en el momento en que puede ejercer su potestad, ya esta ha fenecido por causas que no le son imputables. Sobre esto volveremos en el capítulo IV.<sup>294</sup>

---

294 Esta postura no es pacífica a lo interno de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Entre varias, en la nota separada formulada por el Juez Daniel Aguilar Méndez en la sentencia No. 128-2019-VI de las 09 horas 40 minutos del 18 de octubre del 2019, señaló: *“Aunque concurre con mi voto en la decisión de fondo, con el respeto acostumbrado para mis compañeros, debo separarme del razonamiento utilizado para explicar el presupuesto temporal de la lesividad, pues ya en otras sentencias he sostenido un criterio disímil. Sostiene la mayoría del Tribunal que, tratándose de las “...jerarquías impropias que operan en materia tributaria, dado que la declaratoria de lesividad debe ser realizada por una autoridad diversa a la que adopta la conducta, el parámetro referencial del inicio del cómputo de ese lapso, ha de ser la comunicación del acto del Tribunal Fiscal Administrativo a la Administración Tributaria a quo...”. En mi criterio, el artículo 34.1 CPCA establece una regla general precisa en relación al cómputo del plazo para declarar administrativamente la lesividad, disponiendo que inicia “...a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado...” el acto que se estima lesivo a los intereses públicos. En mi consideración, esta norma no presenta vacíos normativos, ni por vía de ausencia, ni de insuficiencia, que justifiquen la interpretación dada. El problema, y en ese sentido se comparte la aspiración de justicia que subyace en la opinión de mis compañeros y compañeras, radica en que efectivamente la norma debería haber atemperado su aplicación según diversas hipótesis, en aras de permitir una mejor y más adecuada respuesta de la Administración ante actos propios de posible carácter ilícito; sin embargo, la redacción de la norma -en mi opinión- no deja lugar a dudas y por lo tanto, no puedo compartir que se distinga un cómputo diferente del plazo, considerando a la comunicación al superior jerárquico del acto como el punto inicial del término, en lugar de su dictado. Debemos recordar que la lesividad funge como una garantía procesal de orden constitucional de toda persona: “...Ello implica que la única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado...” (ver sentencias de la Sala Constitucional n° 2010-09075 de las 08:34 horas del 21 de mayo de 2010, 2008-11504 de las 15:53 horas de 23 de julio de 2008, 897-98 de las 17:15 horas del 11 de febrero de 1998,*

Volviendo a este aspecto temporal, resulta evidente que la declaratoria interna de lesividad fuera de ese plazo constituye una deficiencia insuperable que haría inadmisibile la demanda, ya no por cuestiones formales, sino de fondo, por la imposibilidad jurídica de satisfacer la exigencia, dada la preclusión de esa facultad administrativa, llevando a una suerte de consentimiento administrativo por omisión del contenido del acto, siendo inviable su impugnación. Ello con independencia de que la acción se formule dentro del plazo de un año luego de esa declaratoria extemporánea. Sería, de nuevo, un tema que debe filtrar el juez de trámite en las fases iniciales del proceso.

Es decir, si bien se trata de un término de caducidad, la infracción de ese primer lapso, no se combate con un alegato de caducidad de la acción, siendo que esta última rige el término para incoar el proceso. Sin embargo, no sería esa la razón de la inadmisibilidad. En rigor, vencido ese término, ya la Administración no podría declarar lesivo el acto, con las excepciones que infra se indicarán, ante lo cual, se estaría frente a un supuesto *sui generis* de acto no susceptible de impugnación, dado el consentimiento tácito en que ha incurrido el ente público. Ergo, ese vencimiento provoca la inadmisibilidad por acto no impugnabile, de conformidad con la doctrina del ordinal 62 del CPCA, que no por los supuestos previstos en el ordinal 39 en relación al 66.1.k de esa fuente legal.

---

*entre otras); y por consiguiente, en toda interpretación que se haga sobre este instituto debe aplicarse un principio pro persona, es decir, tendiente a la maximización de la tutela jurídica que provee la garantía procesal y no a la inversa, de allí que la lectura de la norma deba procurar la tutela del Administrado. Considero, por tanto, que éstos no deben cargar con los inconvenientes de una deficiente comunicación intra-administrativa, pues por el contrario, una Administración Pública eficaz y eficiente (Art. 4 LGAP) debería contar con herramientas legales y tecnológicas que posibiliten adecuados canales de comunicación a lo interno, de modo que la jerarquía administrativa pueda adoptar una respuesta celer, pronta y oportuna, ante decisiones de los contralores no jerárquicos que estimen lesivas a los intereses públicos. –“.*

Por otro lado, el mismo numeral 34.1 y 34.2 del CPCA, fijan los supuestos de excepción aplicables a esta regla de declaración dentro del término anual aludido. En ese sentido, dichos mandatos estipula reglas diversas para el caso de los actos de contenido favorable que padezcan de invalidez de grado absoluto, cuyos efectos perduren, es decir, que sean de efectos continuados, así como los referidos a régimen dominical. No obstante, las reglas aplicables a esos supuestos serán analizados en un aparte específico, en esta sección.

De esa manera, debe concluirse que la declaratoria interna de lesividad debe ser realizada dentro del término anual que estipula el ordinal 34.1 del CPCA, computado desde la adopción del acto, con independencia de que su vigencia se encuentre supeditada a condiciones de orden suspensivo. Cabe señalar que esa declaratoria de lesividad debe ser emitida en un solo acto, el cual, una vez emitido, impide que esa Administración pueda volver a declarar una nueva lesividad respecto de la misma conducta o insertar nuevas causas de patología al debate. Siendo que el Ordenamiento Jurídico regula un plazo para el ejercicio de dicha potestad administrativa, una vez que se ha concretado su ejercicio, el plazo remanente se tiene por anticipadamente vencido, de conformidad con las pautas que para los efectos establece el canon 275 de la LGAP. Ergo, una vez realizada esa declaración, el lapso remanente desde la declaración al vencimiento del año, se tiene por vencido, que no por renunciado, producto de lo cual, a partir de ese momento, corre el término para formular la causa de lesividad.

## **7.2. Caducidad de la acción.**

Como se ha señalado, una vez hecha la declaratoria interna dentro de ese año desde el día siguiente al dictado del acto, la Administración Pública cuenta con un espacio de un año para formular el proceso de lesividad. El numeral 34 del CPCA no precisa alguna regulación en cuanto a este aspecto, sin embargo, lo relativo a las condiciones del ejercicio del derecho de acción se encuentran reguladas en el ordinal 39 ejusdem. En esa línea, esa norma postula en lo relevante:

**“ARTÍCULO 39.-**

1. *El plazo máximo para incoar el proceso será de un año, el cual se contará: (...)*

*e) En el supuesto del proceso de lesividad, a partir del día siguiente a la firmeza del acto que la declara. (...)*”

La utilización del término "firmeza" no debe llevar al equívoco de considerar que ese acto interno, cuya finalidad ya fue tratada, es recurrible. Debe negarse de inicio, y con toda certeza, la posibilidad de impugnar ese acto por parte del destinatario del acto favorable. Se insiste, el descargo del favorecido se realiza en sede judicial. Consideramos que basta la declaratoria de lesividad por parte del jerarca para iniciar la acción judicial, sin que sea necesaria alguna acción adicional para llevarle a tenerla como firme. El término sería aplicable, por ejemplo, cuando la lesividad la declare un cuerpo colegiado, caso en el cual, por la dinámica de la configuración y perfeccionamiento de la voluntad mancomunada de la cámara (que no de sus miembros individualmente considerados), el acuerdo que lo disponga, debe declararse firme, sea, en la misma sesión, o bien, en la aprobación del acta respectiva, según lo desarrolla el numeral 56.2 LGAP. En suma, cuando la declaratoria deriva de una instancia jerárquica unipersonal, basta el acto que disponga la lesividad a los intereses públicos, para posibilitar la acción contenciosa, sin sujeción a trámite adicional.

Por otro lado, debe enfatizarse que, en orden a lo que indica el precepto en cuestión, el año aludido corre desde el día siguiente a la declaratoria de lesividad, no del vencimiento del plazo anual para cumplir con esa exigencia. En este punto es menester reiterar que resulta de aplicación acá el principio general de vencimiento anticipado de plazos a que alude el canon 257 LGAP que señala: "*El plazo se tendrá por vencido si antes de su vencimiento se cumplen los actos para los que estaba destinado*" De ahí que cuando la Administración declara lesivo, es ese el momento en que puede ejercitar la acción judicial. Se trata por ende de plazos diferenciados: por un lado, un año para declarar lesivo, y un año, a partir de ese primer momento, para formular la acción.

Merece reiterar, son plazos diferentes, aun cuando indefectiblemente, son parte de una sola unidad. Esto supone que la acción ejercitada dentro del año en cuestión, pero respecto de una declaratoria extemporánea, sería inadmisibile por el fondo. De igual manera, la lesividad declarada en tiempo, pero cuya acción judicial sea formulada de manera extemporánea, supone la caducidad de la acción, por ende, igualmente inadmisibile.

No obstante, si bien en ambos casos el efecto jurídico lleva a la declaratoria de inadmisibilidat de la acción, por razones sustantivas, los motivos para disponer esa consecuencia procesal son distintas. Como se ha señalado, la preclusión de la potestad de realizar la declaratoria interna lleva a que la conducta que se estima lesiva a los intereses públicos, no pueda cuestionarse ya en sede judicial. Se impone una suerte de inimpugnabilidad de esa conducta, merced de la desidia o ejercicio inoportuno por parte de la Administración, en la utilización de los remedios legales que permiten su supresión, como excepcionalidad a la irrevocabilidad de los actos propios. Ergo, se trataría de un acto que, al ya no poder ser atacado o cuestionado, la demanda de lesividad debe ser declarada inadmisibile de conformidad con lo estatuido por el ordinal 62.1 inciso a) del CPCA.<sup>295</sup>

Ciertamente ese precepto remite a las reglas del capítulo II del título IV de esa codificación, lo que hace suponer, la norma aplicable, más próxima, sería el canon 38 del CPCA. Concretamente, ese precepto señala:

*“1) No será admisible la pretensión de nulidad en relación con los actos que, estando viciados, hayan sido consentidos expresamente o sean reproducción de otros anteriores, ya sean definitivos y firmes o confirmatorios de los consentidos.”*

---

<sup>295</sup> Ese supuesto normativo señala que la inadmisión de la demanda puede ser decretada cuando la pretensión se deduce contra alguna de las conductas no susceptibles de impugnación. De la revisión de las pautas que da el CPCA sobre esa tipología de actos, el numeral 38 expresa los casos de las conductas administrativas que, estando viciadas, hayan sido consentidas de manera expresa o sean reproducciones de otros anteriores, ya sean definitivos y firmes o confirmatorios de los consentidos.

Desde luego que la hipótesis bajo examen no se corresponde ni aviene a ese tratamiento, pues la falta de declaratoria de lesividad en sede interna no dice, en lo absoluto, de un consentimiento expreso del acto de contenido favorable. Sin embargo, la aplicación integral de esa normativa lleva a concluir que esa falencia introduce un vicio y deficiencia insuperable en la acción de lesividad, frente a la ausencia de un presupuesto que resulta sine qua non, por tanto, impostergable, e incluso, se insiste, verificable de oficio. De ahí que, ante la desatención de tal rigurosidad, la consecuencia necesaria sea la inadmisibilidad por esa causa. Nótese que no podría disponerse la caducidad prevista en el artículo 39 del CPCA, pues la declaratoria de lesividad no constituye el ejercicio del derecho de acción, sino la declaración previa a esa formulación. Por ende, el rechazo de ingreso de la medida de lesividad no sería por haber formulado el proceso fuera del cauce temporal debido, pues bien puede darse el caso que, una vez declarada la lesividad, fuera del ámbito temporal aplicable a esa fase, se presente la respectiva demanda dentro del año siguiente. El defecto no sería la caducidad de la acción, sino la imposibilidad de cuestionar un acto por la pérdida de la potestad para configurar un requisito previo a la acción judicial.

Ahora bien, en orden a lo regulado por el ordinal 39 del CPCA, vale precisar que el año para entablar la acción judicial se corresponde a una caducidad, ergo, analizable de oficio por el juzgador contencioso administrativo, o bien, por virtud de la defensa previa aludida en el inciso k) del numeral 1 del artículo 66 del CPCA. Nótese que dicha defensa, en orden a lo estatuido por el mandato 67 ibidem, es privilegiada, en la medida que puede formularse hasta antes de que el asunto quede listo para el dictado de sentencia, sea, en la fase misma de conclusiones del juicio oral, en la instancia conclusiva del proceso de puro derecho, o en el caso del fallo directo, hasta antes de la remisión formal del expediente a la Sección Sexta. Ello supone, además, que constituye un plazo fatal, que no tolera causales de suspensión o interrupción, por lo que las acciones internas de la Administración en orden a formular la acción, no generan incidencia alguna en el cómputo de ese aspecto, el que, se insiste, una vez fenecido, salvedad hecha de las variaciones

que de seguido serán tratadas, supone, sin duda, la inadmisibilidad por fondo del proceso, vía artículo 62 del CPCA.

En este punto debe insistirse, la declaratoria de lesividad hace inoponible el plazo remanente, de suerte que una vez dispuesta, corre el término para presentar la acción judicial, sin que pueda alegarse que es menester esperar al vencimiento del año originariamente regulado por el ordinal 34.1 del CPCA, para hacer correr el lapso dispuesto en el numeral 39 ejusdem. Ello descarta, además, la posibilidad de hacer nuevas declaratorias de lesividad, cuando ya se ha concretado esa potestad.

El profesor González Pérez, comenta sobre la posibilidad de que, habiéndose declarado lesivo el acto, la Administración ha dejado transcurrir el plazo para iniciar el proceso, si es factible que se realice una nueva declaración de lesividad, si ello está dentro del plazo para esa declaración. El citado autor expone que la jurisprudencia ha dado una respuesta negativa, estableciendo que cuando la declaración de lesividad es válida, no puede repetirse, aunque al formularla distintas veces, esté vigente el plazo marcado en la ley, y el término para presentar la demanda arranca de la mencionada declaración, una vez adoptada en las debidas condiciones. El citado autor expone que una objeción podía oponerse a esta doctrina, es la eventual declaración indebida que pueda realizar otra Administración, de manera maliciosa, para tratar de hacer correr el término de caducidad.<sup>296</sup>

Empero, tal circunstancia no podría darse en sede contencioso administrativa en la medida en que la competencia para realizar semejante declaración de lesividad interna, se encuentra sujeta a reglas concretas, que asignan al jerarca supremo de cada Administración el ejercicio de esa potestad, aspecto ya analizado. Por ende, la única declaración que tiene la virtud de hacer correr el plazo para incoar el proceso, es la de ese tipo de jerarca, siendo que cualquier otra no permite tener por

---

296 Del autor. Op. Cit. Pág. 71



satisfecho el trámite. En todo caso, es un aspecto que ha de ser revisado en fase de admisibilidad y sobre el cual, igualmente, aplicaría el control judicial debido.

### **7.3. Elemento temporal en nulidad absoluta de efectos continuados y dominio público.**

La regla del plazo anual al que se viene haciendo referencia encuentra su ruptura en los casos de la nulidad absoluta cuyos efectos pervivan, así como en los actos que supongan disposición irregular de bienes demaniales, tema que de seguido se aborda.

En el caso de la nulidad absoluta, si bien el numeral 34.1 estatuye el término de un año para la declaratoria interna de lesividad, tratándose de la nulidad absoluta de efectos continuados, fije un supuesto de excepción que posibilita esa declaratoria, siempre que esa conducta siga surtiendo efectos. En efecto, en ese sentido señala dicho precepto:

*“... El plazo máximo para ello será de un año, contado a partir del día siguiente a aquel en que haya sido dictado, salvo si el acto contiene vicios de nulidad absoluta, en cuyo caso, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos. En este último supuesto, el plazo de un año correrá a partir de que cesen sus efectos y la sentencia que declare la nulidad lo hará, únicamente, para fines de su anulación e inaplicabilidad futura.”*

De ahí que, para los efectos del análisis del elemento temporal en el trámite administrativo de declaración patológica, sea necesario distinguir las situaciones en que el acto lesivo padezca de nulidad absoluta de efecto instantáneo, de aquellos cuya eficacia sea propia de uno de efecto continuado o bien, como indica el mandato en cuestión, perduren sus efectos.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha tratado de precisar la diferencia entre el acto de efectos continuados y acto con efecto instantáneo. En ese sentido,

en la sentencia 1426-F-S1-2012 de las 10:10 horas del 23 de octubre de 2012 indicó:

*“IX.- Resta ahora analizar el segundo argumento planteado por el recurrente para cuestionar la caducidad decretada, según el cual, el acto impugnado es de efectos continuados. En principio, este supuesto es propio de aquellas relaciones jurídicas de duración, entendiéndose que opera cuando el acto incide reiteradamente en la esfera jurídica del particular, ya sea creando, modificado o extinguiendo durante ese período las relaciones o situaciones jurídicas que integran dicha esfera jurídica. Contario a lo que ocurre en aquellos actos de efecto instantáneo en los que su incidencia o efecto se agota en un solo momento, precisamente en el que varía, en forma positiva o negativa, el conjunto de derechos, potestades, obligaciones, deberes, y cargas de las personas. (...)”<sup>297</sup>*

La PGR se ha referido sobre ese concepto en los siguientes términos:

*“II. (...) De manera que la reducción de cuatro a un año en el plazo de caducidad que dispuso el legislador con la reforma al artículo 173 de la LGAP, no necesariamente supone un acortamiento del tiempo con el que cuenta la Administración para volver sobre un acto suyo declaratorio de derechos, **por cuanto si es de efectos continuos la posibilidad de anularlo en vía administrativa se mantiene en el tanto los efectos del acto subsistan.***

*Con lo cual, en el presente caso no podría haber operado la caducidad de la potestad de revisión oficiosa si la funcionaria **xxx continúa laborando en el puesto** de oficinista 3 al que fue reasignada, pues ello evidenciaría que los efectos jurídicos de la resolución DRH-090-2008 y de la acción de personal N° 5505316 perduran a la fecha.”* (Dictamen C-127-2010 de 28 de junio de 2010 emitido por la Procuraduría General de la República)

En el primer caso, los de efecto instantáneo, se trata de actos que agotan su régimen efectual jurídico-material con su ejecución, como es el caso de un derribo de obra, destitución de funcionario público, o para aportar ejemplos de actos

---

<sup>297</sup> En ese mismo sentido puede verse el voto 1533-2012 de esa misma Sala de Casación.

favorables, aquel que conceda un derecho indemnizatorio, dispense de una sanción administrativa, entre otros. Lo determinante del acto de efecto instantáneo es la modificación de la situación jurídica mediante una consecuencia jurídica inmediata que agota sus efectos con la sola ejecución de la conducta. A partir de tal alteración, se produce una mutación de condiciones a partir de las cuales, el titular de la situación jurídica puede oponer su contenido a terceros, requiriendo de los mismos un determinado comportamiento, cuando ese acto le haya otorgado un derecho subjetivo.

Por ejemplo, el acto que dispone el traslado de dominio a favor de un sujeto determinado, y en virtud del cual adquiere la posición de propietario, es uno que, como efecto inmediato, instantáneo, modifica su situación jurídica para ingresar dentro de esa esfera ese nuevo derecho. Luego, en virtud del contenido mismo de esa situación, puede oponer el contenido de su derecho a terceros, exigiéndoles conductas de prestación o abstención. Sin embargo, tales cuestiones no son propias de un efecto continuado del acto constitutivo del derecho, sino derivaciones de ejecución material del nuevo derecho otorgado. En tal escenario, es menester distinguir de la incorporación inmediata de un determinado derecho o situación favorable en la esfera jurídica de la persona, merced de un acto que tiene como objeto o contenido, incidir de manera positiva en el administrado.

Empero, cuando ese acrecentamiento de la esfera jurídica no se agota con el solo otorgamiento del derecho, sino que esa asignación constituye el punto de partida a partir del cual surgen derechos y obligaciones de aplicación periódica y sostenida en el tiempo, entre las partes, no puede decirse de un efecto instantáneo y único en el marco de la relación jurídica. En esta hipótesis, el acto favorable otorga al administrado una condición que le habilita exigir prestaciones de contenido periódico, que resultan inherentes y parte del contenido mismo de la relación en torno a la cual, o en virtud de la cual, se otorga o configura el derecho.

Así, si se piensa en la designación en propiedad de una persona en determinado cargo público, no se trata de un acto que busca como consecuencia, crear una

situación favorable al agente público, que se agota en sí misma. Por el contrario, ese acto supone el otorgamiento de una condición que le otorga una serie de derechos, pero además de obligaciones, que se aplican en el contexto de una relación jurídica entre las partes, que se mantiene por un tiempo determinado, en tanto se extinga ese vínculo. En ese caso, se trata de una relación especial de representación en virtud de la cual, el agente público presta sus servicios a nombre y por cuenta de la Administración, siendo que esta asume la responsabilidad por los daños que aquel pueda cometer en el ejercicio del cargo o con ocasión del mismo.<sup>298</sup>

De esa manera, a efectos de distinguir entre ambas tipologías, es necesario aclarar que incluso los actos que insertan o reconocen un derecho a favor del administrado, de manera inmediata, tienen la particularidad que luego, el contenido del derecho, permite al titular ejercer conductas concretas que el Ordenamiento Jurídico le habilita, e incluso, se insiste, exigir a otros conductas concretas, pero ese despliegue material, dice de la ejecución del derecho otorgado, que no de los efectos continuados del acto favorable. De ahí que deba discriminarse entre los efectos continuados derivados del acto constitutivo del derecho y de su contenido propio, de aquellas situaciones que sean consecuencia del ejercicio concreto del derecho otorgado, pero que no encuentran asidero en el contenido lógico del acto y de su ciclo de eficacia, entendido como las consecuencias materiales que se desprenden de su ejecución.

Por ejemplo, la variación de valor de un bien inmueble para efectos de determinaciones fiscales, supone la inserción de una situación gravosa al propietario, que le implicará que, en el futuro, las determinaciones venideras, se harán sobre ese nuevo valor. Empero, no se trataría de un acto de efecto continuado, pues la alteración de ese parámetro cuantitativo se produce de manera única e inmediata. Luego, los cobros posteriores son la ejecución de una normativa

---

298 Así se desprende de los ordinales 111 en relación al 191 y 191 de la LGAP.

que impone el cálculo sobre esa base imponible actualizada. Pero ello no supone que el contenido del acto y sus efectos, se direccionen a mantener un ciclo de eficacia sostenido.

Distinto es el caso de un fraccionamiento de pago acordado en una relación de pasivo fiscal, en la cual, ese acto otorga un beneficio al sujeto pasivo para cancelar la deuda acorde a pautas fijadas por las partes en lo relativo a cuotas y plazo. A partir de ese acto, el contenido de la relación jurídica supone una eficacia sostenida y continuada, en el plazo definido.

Así visto, los actos de efecto continuado, como bien expone la Sala de Casación, envuelven la configuración de relaciones jurídicas en las que, las partes asumen, como alcance del acto, la aplicación de efectos que el acto instala, como parte de su contenido lógico extensible a la relación.

Tratándose de actos denegatorios, es sencillo suponer que cuentan con un efecto instantáneo, en la medida en que su contenido y consecuencia única (y lógica) es el rechazo de la petición formulada.

En los actos de gravamen, así como en los favorables, es que debe hacerse el examen aludido, a fin de esclarecer si el contenido del acto supone la variación única de la situación jurídica, sea de manera negativa o positiva, según corresponda, o si, por el contrario, se insiste, son el punto de génesis del contenido de una relación de duración, que delimita y precisa los términos en que sus situaciones jurídicas se verán impactadas en el curso de ese vínculo.

Pues bien, como se ha expuesto, en los actos de efecto instantáneo, el proceso de lesividad sigue las reglas ya expuestas, tanto para efectos de declararlo lesivo, como para formular la acción, sea, un año desde la adopción del acto firme para declarar administrativamente la lesividad, y a partir de esa declaratoria, un año para incoar la demanda en la sede jurisdiccional competente.

Por su lado, cuando se trate de un acto que padezca de nulidad absoluta y que no agota sus efectos de manera instantánea, sino, que su ejecución supone la

pervivencia de efectos, como es el caso de otorgamiento de concesiones administrativas, derechos reales administrativos en general, otorgamiento de beneficios remunerativos de empleo público que sean contrarios a legalidad, entre otros, la normativa aludida posibilita la acción lesiva en tanto el acto siga surtiendo efectos jurídicos o materiales. Así en efecto lo dispone el canon 34.1 del CPCA, norma que estatuye que, frente a este tipo de actos, la acción interna de lesividad puede disponerse, incluso, dentro del año posterior al cese definitivo de efectos del acto.

Tal regla se impone además en el numeral 40 inciso primero del CPCA. Ello supone que la posibilidad de ejercicio de este tipo de pretensión anulatoria pervive en la medida que el acto mantenga sus efectos (o incluso, según menciona el precitado mandato 40 ibidem, un año luego de que haya agotado su eficacia). Este tratamiento normativo pone en evidencia que la *ratio legis* no es otra que posibilitar la impugnación de conductas con nulidad absoluta, pese haber transcurrido el año establecido por el numeral 39 del CPCA (y el 175 LGAP), a reserva de que se trate de conductas con efectos continuados.

Por otro lado, en cuanto a la percepción de la tipología de efectos que se derivan de conductas de contenido favorable, resulta interesante el debate propuesto en la sentencia No. 0107-2018-VI de las 09 horas 40 minutos del 13 de septiembre del 2018 de la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo. En el asunto, se peticionaba la lesividad de un acto de declaración de derecho jubilatorio, al estimar el Estado que no concurrían los presupuestos para haber dispuesto su otorgamiento. La mayoría del Tribunal estimó que, ese tipo de conductas no producen un efecto continuado, sino efecto instantáneo, el cual quedó definido en la creación de una situación jurídica objetiva declarada en favor del accionado mediante el otorgamiento de su jubilación; razón por la cual, no resultaba aplicable el tratamiento a que alude el canon 34 inciso 1) en relación al 40 del CPCA. Ello llevó a la declarar la inadmisibilidad de la demanda de lesividad, al entender que desde la adopción de ese acto (09 de agosto del 2013) al momento de declaratoria interna de lesividad (02 de septiembre del 2015), había fenecido el término anual

para esa declaración. Es decir, la inadmisibilidad estribó en que ese acto, producto de esa inercia, ya no era objetable por la vía de la lesividad, que no por la caducidad de la acción judicial.

El sustento de esa postura de mayoría descansa en las siguientes consideraciones: Aludiendo a la sentencia No. 102-2017-VI dictada a las 15 horas del 17 de agosto del 2017, de ese mismo Tribunal, enfatizó que era determinante: *"... no confundir en el caso de los actos instantáneos de tipo favorable y constitutivos, la situación jurídica que resulta creada, con la facultad para ejercerla, ya que la primera es permanente e irreversible, quedando incorporada definitivamente a la esfera jurídica de su destinatario en el mismo momento de su emisión; sin embargo, la segunda no comparte estos rasgos, pues el derecho de acción asociado a la misma sí puede estar sujeto a hipótesis de prescripción o caducidad. Es decir, una cosa es la situación constituida con el acto, por ejemplo, el otorgamiento o extinción de un derecho subjetivo, y otra muy distinta, es el ejercicio de ese derecho o la reacción frente a su ablación, que podrían perfectamente caducar o prescribir según lo imponga el ordenamiento jurídico. (...)"*

Luego, señaló que el derecho a la jubilación se obtiene con el cumplimiento de los requisitos, condiciones o hechos previstos por la ley para que pueda concederse, de suerte que, en ese momento, se crea una situación jurídica que le permitió libremente cesar en el trabajo para pasar a percibir la pensión o contra prestación que se deriva de ese derecho, y que, se incorpora a su patrimonio. A partir de esa percepción, expuso que ese acto generaba una situación jurídica objetiva ya que: *"...si la persona cumple con las condiciones y requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para tales efectos, adquiere la cualidad jurídica prevista en la norma y cambia su estado de trabajador activo a jubilado o pensionado. Se trata de una situación jurídica objetiva de poder que da cabida o se constituye en una relación jurídica que no alude a la situación subjetiva de dos o más sujetos con derechos y obligaciones recíprocas, sino que más bien refiere a aquel estado de hecho o creado por el derecho que forma un supuesto para el nacimiento, ahora sí, de aquellas relaciones bilaterales y subjetivas. (...)"*

Posteriormente, al estimar la configuración de una situación jurídica objetiva de manera instantánea, con la emisión del acto de otorgamiento de la pensión, se tornó permanente e irreversible, al no haberse atacado en tiempo.

Por otro lado, en cuanto a los efectos propios de la situación referida, estimó imperioso distinguir entre la situación jurídica objetiva constituida con el acto y las manifestaciones o actuaciones referidas al ejercicio o a la ejecución de aquella. En ese ámbito destacó que, de los derechos que se deriva del efecto o situación jurídica creada en favor del demandado era la de percibir una contraprestación económica que debe ser actualizada por el transcurso del tiempo. Para ello señaló:

*“... Por una parte, estimamos que se confunde el contenido del acto impugnado: éste no concede una pensión o contraprestación económica mensual permanente sino una cualidad jurídica al demandado, a saber, el otorgamiento de su jubilación que le permite modificar su estado de trabajador activo a jubilado. También, se confunde el efecto del acto que se impugna: éste no es la contraprestación económica mensual y permanente del acto sino la situación jurídica objetiva que se crea en favor del accionado, a saber, su cualidad de jubilado, con todos los derechos y obligaciones que de ahí se deriven. Insistimos en que, para la mayoría de este Tribunal, el efecto del acto impugnado es la creación de una situación jurídica objetiva declarada en favor del aquí demandado, entiéndase, el otorgamiento de su jubilación. Ese efecto es instantáneo y se agotó en un solo momento; precisamente en el que varió, en forma positiva el conjunto de derechos, potestades, obligaciones, deberes y cargas del demandado en virtud de la jubilación concedida. La contraprestación económica mensual que recibe el demandado es una de las manifestaciones (en este caso, la modalidad de pago) derivada de la ejecución de la situación jurídica objetiva creada, pero no constituye propiamente ésta, como pretende hacer ver la parte actora. Lo anterior porque su condición de pensionado no deriva de que mes a mes se le deposite una suma de dinero, sino del acto que declaró el cambio de su situación jurídica objetiva. Nótese, incluso, que en materia de pensiones el ordenamiento jurídico prevé otras modalidades de pago de esa contraprestación, como, por ejemplo, las rentas vitalicias y las permanentes que se regulan en la Ley de Protección al Trabajador en relación con las pensiones complementarias; lo que reafirma, en nuestro criterio, que esa*



*contraprestación económica mensual no constituye la situación jurídica objetiva que se crea con el otorgamiento de la jubilación. Admitir la posición del Estado de que el acto impugnado es de efectos continuados, nos llevaría a afirmar que al demandado se le crea una situación jurídica objetiva mes a mes o lo que es igual, que se otorga la jubilación en forma mensual; criterio que la mayoría de este Tribunal no comparte por las razones que ya hemos expuesto.”*

La postura aludida se sustenta, en mucho, en la percepción de que la creación de situaciones jurídicas objetivas, lleva, siempre e irremediadamente, a un efecto instantáneo, separando la configuración de la situación a su régimen de oponibilidad. Esa posición no fue unánime. En el voto salvado, se expuso que, un acto semejante (el que otorga jubilación o pensión), no consiste en uno cuya tipología suponga un contenido que pueda entenderse propio de los actos cuyo efecto sea instantáneo y único. Por el contrario; ciertamente ese acto despliega un efecto inmediato que implica el cese o fenecimiento de la relación de empleo, poniendo fin, de manera instantánea y única, al vínculo funcional en virtud del cual un determinado agente público contada con una investidura que le habilitaba para el ejercicio de las competencias públicas propias del cargo que ocupaba. Esa relación jurídica que generaba un conjunto de derechos y obligaciones entre las partes, es innegable que culmina de una sola vez cuando el agente público obtiene el acto de otorgamiento del régimen jubilatorio o pensión, con la correlativa consecuencia jurídica de obtener las indemnizaciones correspondientes, la pérdida de su investidura y la lógica imposibilidad de continuar ejerciendo el puesto que ostentaba, pero a la vez la liberación de la Administración de girar periódicamente la respectiva remuneración salarial. En esa dimensión, el efecto que produce ese tipo de actos es claramente instantáneo.

No obstante, a partir de esa conducta de cesación laboral, que tiene un efecto y consecuencia inmediata, emerge un nuevo vínculo o relación entre las partes, en virtud de la cual, ante las aportaciones canceladas por el servidor público a lo largo de su ejercicio laboral (funcional), y en tesis de inicio, en congruencia y armonía con las normas legales que rigen el respectivo régimen de jubilaciones y pensiones,

la Administración (en sentido amplio) debe cancelar al ahora exfuncionario, que a partir de aquella conducta obtiene un estatus o condición de jubilado o pensionado, las prestaciones económicas periódicas que sean inherentes al régimen que le resulte aplicable. Precisamente, la lógica de un acto de esa índole, en esa arista de efectos, es dotar a quien fuese agente público y aportara regularmente al fondo de jubilaciones y pensiones, incluso por retención salarial, de un ingreso periódico que le permita mantener una vida digna al culminar su ciclo laboral, siempre que haya satisfecho los requisitos de cuotas aportadas y edad de retiro, o bien, presente las condiciones subjetivas en virtud de las cuales, por mención expresa de la ley respectiva, pueda obtener ese tipo de prestaciones económicas (algunas de ellas solidarias) por la imposibilidad de continuar prestando sus servicios a favor de la Administración. Ergo, con ese retiro laboral, se incorpora a la esfera jurídica del beneficiario, un derecho subjetivo de obtener esas prestaciones económicas, con la periodicidad debida (quincenal la más de las veces), sin que medie de su parte gestión alguna para obtener esas erogaciones, dado que se trata de la obligación primaria de la Administración y la ratio misma del régimen de retiro.

En ese desarrollo se estimó que, era evidente, en determinados supuestos, emergen nuevas obligaciones con cargo al jubilado, pues debe seguir aportando al sostenimiento financiero del régimen al cual pertenece, mediante sistemas de retención directa. En esa dirección expuso el voto salvado señaló que esas características ponen en evidencia que el acto que concede este tipo de régimen no agota sus efectos con su adopción y la cesación de la relación de empleo. Respecto de ese componente del elemento contenido del acto, no hay duda que se trata de un efecto instantáneo.

En rigor, con el respeto de siempre, se considera de parte de quien suscribe, la ponderación de los efectos del acto de marras, en términos de las implicaciones económicas y régimen sinalagmático que deriva de esa conducta, conlleva a que se impongan a partir de su adopción, prestaciones periódicas que son propias de un acto de efecto continuado. Tales consecuencias jurídicas no pueden considerarse o comprenderse de manera independiente de aquel acto de jubilación,

pues se trata de un efecto consustancial, previsible y lógico de esa constitución de una nueva situación jurídica. Si bien pueden estimarse como conductas propias de la ejecución de aquel acto, se insiste, se consideran comportamientos que precisamente tienen su asidero, sustento y obligatoriedad, en el contexto del contenido de aquella conducta.

Distinto sería el caso de que esa jubilación implicara el giro único de un monto de jubilación, tal y como se encuentra previsto en los regímenes de pensiones complementarias voluntarias, pero no es el caso bajo examen. En este punto, es claro que no se comparte la utilización que se hace en el voto de mayoría de las denominadas “situaciones jurídicas objetivas”, para encajar dentro de este tipo, un acto de jubilación. A diferencia de aquellas, la obtención de los efectos del régimen jubilatorio exige y requiere, siempre y en todos los casos, de un acto administrativo que verifique el cumplimiento de las condiciones legales y a partir del cual, se conceda esa condición de jubilado. Desde luego que la negación ilegítima del otorgamiento de esa condición, cuando se cumplan con las exigencias subjetivas que imponga el Ordenamiento Jurídico, es perfectamente controlable en sede judicial, como parte de la tutela de las situaciones jurídicas de las personas que enuncia como principio rector de esta jurisdicción, el párrafo tercero de la Constitución Política.

Esa postura de minoría precisó que el voto de mayoría parte de la base que el simple cumplimiento de determinadas condiciones, per se, genera el estado de jubilación, al adquirir la cualidad jurídica prevista en alguna norma. Es claro que tal comprensión no se comparte, pues en modo alguno este tipo de vinculaciones jubilatorias, opera de pleno derecho, como para constituir situaciones objetivas. Las pensiones y jubilatorias del empleo público implican pagos de cuotas económicas de manera quincenal o mensual, que suponen un efecto continuado del acto que otorga el cimiento de ese derecho.

En ese sentido, bien puede considerarse que se trata de un acto de naturaleza mixta, si de categorización de efectos se refiere, dada la cesación instantánea de

la relación de empleo, pero la periodicidad y continuidad del nuevo régimen jurídico que se constituye en su virtud. De otro modo, entender la imposibilidad de combatir administrativa o judicialmente un acto administrativo que conceda de manera inadecuada, inválida o ilegítima este tipo de situaciones, por el decurso del año posterior a su adopción, permitiría la pervivencia de una conducta irregular que atenta contra la sostenibilidad del propio régimen de jubilaciones y/o pensiones, de naturaleza solidaria y de reparto. Bien es sabido que este tipo de regímenes (de reparto), se fundamenta en la aportación obligatoria que realizan los trabajadores (funcionarios) que lo integran, a fin de constituir un fondo común que tiene por objeto crear y mantener la previsión financiera que permita atender las pensiones y jubilaciones de los trabajadores retirados, quienes, en determinados casos, igualmente siguen contribuyendo al fondo común.

Desde esa arista de examen, la pseudo-preclusión de la potestad de declarar lesivo administrativamente un acto que conceda irregularmente los beneficios propios de la jubilación o pensión, como presupuesto de una acción judicial de lesividad, no solamente permite la continuidad de esa patología, sino que además distorsiona financieramente al fondo, mediante el deber de sostener económica a una persona que no cuenta con los requisitos para obtener esas bondades. Cabe aclarar que esta última referencia es solamente en torno a las implicaciones que tal criterio supone, pero igualmente pone en evidencia que esos actos no son de efecto instantáneo, sino, se reitera, de efectos periódicos, continuados.

En esa medida, en el caso concreto, el voto disidente estimó que al tenor del ordinal 34.1 del CPCA, tratándose de actos de efectos continuados, la acción puede formularse en cualquier momento, mientras el acto siga produciendo efectos, pero en tal caso, si la declaración es posterior al año de su adopción, la eventual nulidad será solamente para efectos de su inaplicabilidad a futuro, sea, la invalidez en tales condiciones es hacia futuro (prospectiva). En definitiva, expuso que el acto bajo

análisis es uno de efecto continuado, en cuanto a las prestaciones económicas que derivan de aquel.

Como se observa, la postura adoptada en ese voto minoritario, descansa sobre la oponibilidad de efectos periódicos, lo que hace suponer, se trata de un acto cuya vigencia pervive. No se trata de una modificación de una situación objetiva sencilla, sino de un acto a partir del cual se confiere una condición que permite exigibilidad de prestaciones y deberes periódicos, condición que es propia de los actos de efecto sostenido.

Lo anterior pone en evidencia la relevancia de un análisis profuso y mesurado de los supuestos en los que la conducta cuestionada mantiene vigentes sus efectos, siendo que a partir de esta demarcación se define si la acción de lesividad es admisible o no.

#### **Lesividad de actos de efecto continuado dictados antes del CPCA. (Breve referencia)**

Tal eventualidad no es novedosa, por el contrario, se encontraba prevista en el artículo 21 inciso segundo de la LRJCA<sup>299</sup>, si bien prevista para el caso del destinatario administrado que, pese no haber ejercitado los recursos en tiempo, deseaba criticar el acto nulo de pleno derecho que siga surtiendo efectos, suponía la máxima a la que se hace referencia, esto es, la posibilidad jurídica de atacar el acto absolutamente nulo fuera de los plazos de caducidad de la acción normales y usuales para los actos de efecto instantáneo.<sup>300</sup>

---

299 Ley que fue derogada por el CPCA, Ley No. 8508.

300 En ese sentido, el numeral 21 de la citada Ley No. 3667 señalaba:

*“Artículo 21.- 1. No se admitirá la acción contencioso-administrativas respecto de:*

Así, ya la anterior LRJCA sustentaba la posibilidad de atacar ese tipo de conductas en las hipótesis bajo examen. Sin embargo, cabe señalar que los Tribunales Contenciosos entendían por tácitamente derogada esa norma referida, a partir de la emisión de la LGAP, en concreto, alegando que la regulación de un plazo cuatrienal para combatir la nulidad absoluta que imponía el numeral 175 de ese marco legal (antes de la reforma introducida por el CPCA -art. 200), suponía una derogatoria tácita de aquella norma procesal.

A nuestro juicio, no eran reglas antagónicas, sino complementarias. La acción anulatoria en la invalidez absoluta debía ejercitarse en cuatro años, salvo que el acto continuara surtiendo efectos, caso en el cual, aún de no haberse combatido en ese espacio temporal, podía impugnarse, con la limitación que ese ejercicio solamente posibilitaba el cese de efectos de la conducta, pero no su anulación retroactiva. Frente a este tipo de pretensiones anulatorias, debe privar el principio de que los actos viciados de nulidad absoluta no pueden convalidarse, ni por el tiempo, ni por acto jurídico, como tampoco ser objeto de saneamiento, según lo preceptúa el artículo 172, en relación a los preceptos 187 y 188 de la Ley General de la Administración Pública.

De igual modo, debe entenderse que un acto absolutamente nulo no se encuentra cubierto con la presunción de validez y legitimidad que normalmente rodea a las

---

*a) Los actos consentidos expresamente \*, los que sean reproducción de otros anteriores ya definitivos o firmes, y los confirmatorios de los consentidos; y \*(La Sala Constitucional mediante resolución N° 03669-2006, dispuso anular de este inciso la frase cuyo texto decía "o por no haber sido recurridos en tiempo y forma", por considerarla inconstitucional.)*

*b) Las resoluciones que pongan término a la vía administrativa como previa a la judicial.*

*2. En todo caso, se admitirá la impugnación contra los actos a que se refiere el inciso a) del párrafo anterior, cuando fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo efectos; pero ello únicamente para fines de su anulación e inaplicabilidad futura."*

manifestaciones de la Administración (artículo 169 *ibidem*). No es este el caso de la anulabilidad, es decir, de actos cuya nulidad es relativa, mismos que al amparo de la legislación administrativa, si son susceptibles de ser convalidados y saneados (187 y 188 LGAP). Así mismo, el acto absolutamente nulo no produce efectos, si bien los produce materialmente, no son jurídicamente sustentables, de ahí el efecto retroactivo que es propio de este grado de invalidez. Es claro que la supresión *ex tunc* del acto con invalidez absoluta busca desconocer esos efectos materialmente generados, para tenerlos como no ocurridos jurídicamente, aún y cuando en esta dinámica cabe dimensionar la anulación para tutelar derechos adquiridos o situaciones consolidadas de buena fe –a modo de excepcionalidad-. Si bien en principio el ordinal 175 del mismo cuerpo legal disponía un plazo cuatrienal para que el particular impugne en sede administrativa o jurisdiccional la nulidad absoluta de un acto emanado de la administración, lo cierto del caso es que dicha temporalidad se refiere a los supuestos en que la nulidad sea declarada con efectos retroactivos (*ex tunc*). No obstante, atendiendo a estas características referidas, el mismo ordenamiento permite que la nulidad de este grado pueda ser requerida por el particular interesado y declarada en cualquier tiempo, de igual forma, pero en este caso, la declaración tendrá efectos hacia el futuro (*ex nunc*), es decir, la nulidad será para que el acto no continúe surtiendo efectos jurídicos lesivos. Es precisamente ese tratamiento el que señala el citado mandato 34.1 y 40.1 ambos del CPCA, y otrora se desprendía del artículo 21.2 de la Ley Reguladora, en virtud del cual, al margen de que se trate de actos consentidos, la acción sería de recibo cuando se refiera a actos absolutamente nulos que estén surtiendo efecto.<sup>301</sup>

---

301 Un análisis a fondo de los denominados actos consentidos tácitos, sea, aquellos que no fueron recurridos por el destinatario mediante los recursos administrativos que prevé la ley, lleva a considerar que tal figura no ha decaído por la declaratoria de inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa, decretada por la Sala Constitucional en el fallo 3669-2006. Ciertamente la gran bondad de ese fallo recae en suprimir una ventaja para la Administración, que, en el fondo, constituía una barrera de ingreso a la jurisdicción contencioso administrativa contra quien, siendo receptor de los efectos de un acto ablativo,

---

buscaba reaccionar frente a esa conducta. En esos casos, el ordenamiento patrio, siguiendo corrientes clásicas del régimen español, exigía agotar los recursos ordinarios ante la misma Administración, beneficio que a la postre sometía al administrado a tediosos procedimientos de revisión del funcionamiento público, sin mayor éxito alguno. La realidad estadística de ese fenómeno es pública y notoria. Desde esa arista, basta observar los argumentos de fondo del citado fallo para inferir los principios de acceso a la justicia, igualdad ante la ley, justicia pronta y cumplida como referentes y pilares de esa sonada decisión jurisdiccional. Con todo, ya en el expediente legislativo en que se tramitaba el proyecto de ley que luego daría como consecuencia del CPCA –Ley No. 8508- existía una norma que eliminaba el requisito de comentario. Sin embargo, no se comparte sostener el mantenimiento de ese agotamiento preceptivo para la materia municipal y contratación administrativa. Para un detalle de las causas de esta posición propia puede verse el texto: AUTONOMÍA Y FUNCIONAMIENTO MUNICIPAL. UN REPLANTEAMIENTO DE SU EJERCICIO Y RÉGIMEN RECURSIVO, trabajo de tesis de posgrado en Derecho Público de la UCR, propuesto por Giusti Soto, Monge Bolaños, González Mora y Garita Navarro Roberto. En lo medular, el agotamiento en esas materias, aún de sostener que es válido, estaría limitado a los casos en que el recurso de apelación corresponda ser dirimido al Tribunal Contencioso Administrativo Sección III –en la materia municipal-, y a la Contraloría General de la República en menesteres de contratación administrativa. En este último caso, solo en cuanto a la fase de revisión del acto adjudicatorio, siendo un requisito no exigible en la fase de ejecución contractual o bien en la precontractual. Debe añadirse, por paridad de razón, tal exigencia se impone en los procesos en que se cuestione la materia de empleo público municipal conforme al numeral 150 inciso e) del Código Municipal, en la que, recientemente, la Sala Constitucional, en un fallo no compartido, modificó su criterio anterior para establecer que en esa hipótesis el Tribunal de Trabajo funge como jerarca impropio bifásico. Así lo ha expuesto a partir del voto 2011-003605 de las 13 horas 32 minutos del 18 de marzo del 2011, reiterado en la sentencia 2011-006396 del 18 de mayo del 2011. Ahora bien, el tema encaja con lo comentado en cuanto en la medida en que aún perviva agotamiento obligatorio de la vía administrativa, en cualquier materia, el acto consentido tácito resulta aplicable. Véase que, si en alguna de esas materias referidas no se agotan los recursos internos, sea, no se agota la vía, sea por defensa previa o por análisis de oficio, conforme al canon 92.5 del CPCA el juzgador otorgará un plazo de cinco días para que el justiciable acredite haber cumplido la exigencia, so pena de inadmisibilidad del proceso. Pues bien, quien no ejercitó los recursos ordinarios en tiempo, pese a que luego los presente, en virtud de ese tratamiento procesal, es claro que serán rechazados ad portas por su extemporaneidad. Una resolución en ese sentido, a nuestro juicio, no puede tenerse como una que agote la vía administrativa, salvo que expresamente el acto señale que tal efecto se



Con todo, en ese supuesto de efectos actuales luego del año posterior a su emisión, parece claro que cuando acto agota definitivamente sus efectos, la acción de lesividad no tendría sentido, siendo que su finalidad sería su inaplicabilidad futura, tema fútil por haberse producido ya esa consecuencia. Se trataría por ende de una falta de interés actual, ante la imposibilidad dar efecto retroactivo, sino solo prospectivo a la eventual supresión. Véase que la bondad de la supresión retroactiva no es posible en estos casos por haber superado ya el año previsto en el ordinal 39.2, por lo que si el acto ya agotó sus efectos y lo que busca la norma es que el acto no mantenga su eficacia, cuando ese acto agotó sus efectos, la acción referida carecía de sentido lógico de base.

Sobre el régimen jurídico aplicable a los efectos de la supresión de actos que sean absolutamente nulos y cuyos efectos sean continuados, llama la atención la postura expresada por la PGR en el dictamen C-004-2017 del 12 de enero del 2017, en el cual, en torno a la petición de criterio legal sobre el trámite previsto en el canon 173 de la LGAP, consideró que la posibilidad de analizar ese tipo de actos, mientras sus efectos persistan, solamente aplica para los emitidos con ulterioridad al 01 de enero

---

produce. Por ende, se trataría en último extremo, en un acto inimpugnable por la ausencia de un requisito de base para la formulación del proceso. Ello al margen de lo que luego establece el numeral 120 inciso 4 del CPCA, norma que a nuestro modo de ver viene a confirmar que el citado agotamiento no es tan preceptivo como se cree, al señalar que, si en la etapa de juicio oral y público se detecta la falta, se tendrá por subsanado. Es evidente que la norma alude a las materias en que el agotamiento sea exigible, pues no puede comprender aquellas en que solo es facultativo, siendo que en tales casos no tendría razón de ser una norma que señale que el defecto se tiene por corregido cuando del todo no es un requisito obligatorio. Por tanto, parece contundente que en esos casos de acto consentido tácito en materias en que aún deba agotarse vía, se daría una barrera de acceso que atenta contra los postulados del numeral 49 de la Carta Magna. Sería un supuesto diverso al fijado en el canon 38 del CPCA que alude al acto consentido expreso, pero que, en definitiva, haría nugatoria la justicia administrativa.

del 2008, fecha de entrada en vigor del CPCA. Sobre ese particular señaló en lo relevante:

***“IV.- Consideraciones atinentes a la caducidad de la potestad anulatoria administrativa, especialmente referidas al régimen jurídico y plazo legal establecido para el caso de los actos declaratorios de derechos con efectos continuados.***

*Innegablemente el tiempo no es un elemento inocuo en Derecho. Y en lo que interesa, debemos reafirmar que la posibilidad de la Administración de volver sobre sus propios actos, es una potestad que ha sido modulada en atención al tiempo transcurrido desde que se dictó el acto. Por ello, tal potestad anulatoria deberá ejercerse dentro de los plazos de caducidad que prevé el ordenamiento jurídico.*

*Y en este caso particular, por el efecto continuado que innegablemente tiene, por su naturaleza, un nombramiento en propiedad dentro del empleo público, y especialmente por el cambio operado a nivel normativo con la entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo, la subsecuente derogatoria de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, así como por las modificaciones introducidas desde entonces a la Ley General de la Administración Pública, es necesario determinar cuál es el régimen jurídico y el plazo aplicables en materia de caducidad de potestad anulatoria oficiosa en sede gubernativa.*

Para ese órgano asesor, el régimen jurídico aplicable en materia de plazos de caducidad antes de la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo –CPCA-, no hacía distinción entre actos de efectos inmediatos y actos de efectos continuados, para su eventual anulación dentro del plazo improrrogable de 4 años (arts. 21.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa –LRJCA-, en relación con el 175 de la Ley General de la Administración Pública, así como el 173.5 de éste último cuerpo normativo), siendo que fue con la entrada en vigencia del CPCA y con la subsecuente derogación de la LRJCA que se arbitró un nuevo régimen y plazo de caducidad especiales para impugnar o anular diferenciadamente los actos con efectos continuados mientras sus efectos perduren y hasta pasado el plazo de un año a

partir del día siguiente al cese de sus efectos.<sup>302</sup> Sigue indicando la PGR que, ambos regímenes y plazos de caducidad son distintos y estuvieron vigentes en momentos igualmente diferentes, en modo alguno coexistentes en el tiempo, y con base en el Transitorio III del CPCA, el régimen de impugnación de los actos administrativos que hayan quedado firmes en la vía administrativa antes de la vigencia del citado Código, se regirá por la legislación vigente en aquel momento, de modo que deberán aplicarse los plazos de caducidad regulados en la ya derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Como derivación de ese criterio, estimó que solo en aquellos casos en que el acto haya sido adoptado después del 1 de enero de 2008 y en el tanto sus efectos perduren a este momento (acto de efecto continuado), será posible ejercer legítimamente respecto de él la potestad de autotutela revisora administrativa que posibilita en cualquier momento la anulación oficiosa administrativa de aquellos actos administrativos de contenido favorable -declaratorios de derechos subjetivos-, siempre y cuando, en primer lugar, el vicio del que adolezcan constituya una nulidad absoluta, en los términos del artículo 173.1 de la LGAP; es decir, que además sea evidente y manifiesta; y en segundo término, mientras sus efectos perduren.<sup>303</sup>

En el dictamen C-121-2009 de 6 de mayo de 2009, concluyó que *“El plazo de caducidad de la acción para intentar la declaratoria de la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos con efectos continuados en sede administrativa, dependerá del momento de emisión del acto administrativo: si es antes del 1 de enero del 2008, el plazo será de cuatro años y si el acto se emitió con posterioridad*

---

<sup>302</sup> En ese sentido, *dictamen C-298-2015 de 03 de noviembre de 2015.*

<sup>303</sup> Tal postura expuesta, entre otros, los dictámenes C-233-2009, C-059-2009, C-105-2009, C-113-2009, C-158-2010, C-159-2010, C-181-2010 y C-206-2010.

*al 1 de enero del 2008, el plazo será de un año contado desde el momento en que cesan los efectos del acto”.<sup>304</sup>*

Esa visión contrasta con la postura sostenida por el Tribunal Contencioso Administrativo, instancia que ha desprendido la posibilidad de esa impugnación de lo preceptuado por el artículo 21 inciso 2) de la extinta LRJCA. En ese sentido, en el fallo No. 084-2019-VI de las 10 horas del 12 de julio del 2019, la Sección VI de ese Tribunal sobre ese tema señaló:

*“... Empero, cuando lo alegado fuere nulidad absoluta del acto, la norma aplicable es el numeral 175 de la LGAP, que para esa fecha fijaba un plazo de 4 años para impugnar administrativa o jurisdiccionalmente*

---

304 Aplicando ese criterio, en el caso consultado concluyó: *“Ahora bien, considerando, por un lado, que la fijación de un plazo de caducidad para el ejercicio oportuno de la potestad revisora-anuladora administrativa está fundada en el propósito de dar estabilidad al acto administrativo no impugnado dentro de ese plazo, a fin de que las situaciones jurídicas derivadas de aquél no queden sujetas a la posibilidad de su anulación por tiempo indefinido, y procurar así seguridad jurídica; y que por el otro, la caducidad legalmente prevista de esa potestad pública opera oficiosamente, considerando únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del plazo fijado, prescindiendo de la razón subjetiva que motivó la inercia de su titular (dictámenes C-044-95, C-141-95, C-147-96 y C-004-2006, entre otros muchos), tal y como lo hemos hecho en otros precedentes (por ejemplo, en los dictámenes C-256-2010 de 13 de diciembre de 2010 y C-046-2011 de 28 de febrero de 2011), debemos indicar que en el presente caso, siendo que el acto que se pretende anular administrativamente es de fecha 16 de agosto de 2004, y por tanto, anterior al 1° de enero de 2008 -fecha de entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo-, el plazo de caducidad por aplicar era el cuatrienal (4 años). Por lo que es ostensible que a la fecha habría caducado la competencia anuladora de la Administración en relación con aquel acto cuya validez aquí se cuestiona./ Recuérdese que la anulación administrativa de un acto contra lo dispuesto en el artículo 173 de la LGAP, sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser absoluta, evidente y manifiesta, será absolutamente nula, y la Administración estará obligada, además, al pago por daños, perjuicios y costas; todo sin perjuicio de las responsabilidades personales del servidor agente, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 199.”*

*contra aquel. Conforme lo dispone el ordinal 62.a de la Ley 3667 en relación al 171 de la Ley No. 6227/78, la nulidad declarada dentro del proceso incoado dentro de este margen de temporalidad, tendrá efecto retroactivo a la emisión del acto, siempre que se tratare de una nulidad de grado absoluto. Por el contrario, si se trata de una patología relativa, la supresión tiene solo efecto hacia futuro, como consecuencia de la presunción de validez y legitimidad del acto relativamente nulo, al socaire de los preceptos 168, 176 y 178 LGAP. Sin embargo, al tenor del canon 21 inciso 2 de la LRJCA, la acción anulatoria es admisible contra los actos que pese a no haber sido recurridos en tiempo y forma (supuesto previsto en el art. 21.1 a LRJCA), fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo efectos, pero ello únicamente para fines de su anulación e inaplicabilidad futura. Empero, por un lado, esa acción solo es viable en actos que presenten nulidad de grado absoluto, lo que excluye la invalidez de grado relativo; y por otro, aún de disponerse la nulidad absoluta, por vía de excepción, la supresión dispuesta en fallo judicial tendrá un efecto prospectivo, para la inaplicabilidad futura de la conducta pública. (...)”.*

Nótese que la postura de la PGR no analiza la aplicabilidad o no de la doctrina que subyace en el mandato 21.2 de la LRJCA, limitándose a asumir que no existía en tal normativa, una regla similar al precepto 40 del CPCA. Sin embargo, la tesis expuesta del Tribunal Contencioso Administrativo, desprende tal habilitación de aquel precepto de la Ley No. 3667, bajo la consideración de que dicho precepto permite la acción anulatoria respecto de cualquier conducta que, no habiendo sido cuestionada oportunamente, siga surtiendo efecto y padezca de invalidez de grado absoluto, sin limitar ese supuesto, únicamente, a los actos consentidos expresos.

Si bien la lesividad se constituye en un remedio excepcional frente a conductas estables de contenido favorable, la aplicación de esa posibilidad que plasmaba el numeral 21.2 de la LRJCA permite la revisión de esas conductas dictadas de previo a la entrada en vigencia del CPCA, potenciando la posibilidad de verificar la legitimidad de conductas que perviven pese a tener probables vicios constitutivos. No se trata de una desprotección del administrado, sino del control universal de la conducta administrativa, en orden al numeral 49 de la Carta Magna, como medio de satisfacción del interés público que supone el control de validez de ese tipo de

comportamientos y la correlativa supresión de actos que han generado bondades que persisten en el tiempo, pese a no ser conforme con el Ordenamiento Jurídico. De otro modo, se cohonstaría la posibilidad de que un acto con nulidad absoluta, sea inmune al control judicial, pese al efecto pernicioso, continuado que genera. Como se ha señalado, en todo caso, esa supresión tiene la particularidad que se dispone de manera prospectiva, hacia futuro, con lo cual, no existiría lesión a los derechos adquiridos de buena fe, siendo que las consecuencias ya consumadas en el ciclo de vigencia del acto, serían inalterables, con la bondad correlativa de que dejará de ser aplicable en lo sucesivo.

### **Caducidad de actos relativos a dominio público.**

Como segundo supuesto de excepcionalidad en cuanto a la sujeción de la acción de lesividad a los plazos anuales previstos en el ordinal 34.1, para la declaratoria de lesividad y de un año para formular la demanda respectiva, acorde al precepto 39 de esa misma legislación, el CPCA da un trato especial a la temática del dominio público. Sobre ese particular, tratándose de actos relativos a la disposición de bienes dominicales, el numeral 34 del CPCA, es contundente en el inciso segundo al señalar: *“La lesividad frente a la tutela de los bienes de dominio público no estará sujeta a plazo.”*

Dicho tratamiento establece que las acciones de lesividad relativa a actos que hayan concedido derechos o efectos favorables sobre bienes demaniales, pueden ser revisados en cualquier tiempo, sin sometimiento o sujeción al plazo anual de declaración interna o al aplicable al ejercicio de la acción judicial. De ahí que, en ese espacio en particular, no sea necesario verificar el momento en que se ha dispuesto esa declaratoria, o bien, si la acción de lesividad fue planteada dentro del término anual, como elementos de admisibilidad del juicio de lesividad. Nótese que la norma fija un total desapego y desvinculación del elemento temporal, por lo que incluso, si la acción de lesividad se formula transcurrido el año posterior a la declaración interna, no sería dable la declaratoria de caducidad de la acción.

Tal tratamiento resulta congruente con el régimen jurídico especial, intenso de Derecho Público que es propio de la demanialidad. La imprescriptibilidad que resulta propia a ese tipo de bienes viene impuesta por los ordinales 261 y 262 del Código Civil. Se acuerpa tal particularidad en abundante desarrollo doctrinario y jurisprudencial, que no resulta de mérito abordar. Con todo, debe indicarse, la liberación de reglas de temporalidad en ese ejercicio de acción lesiva es congruente en la imprescriptibilidad de los bienes demaniales y por consecuencia lógica, de las potestades públicas para la defensa de ese conjunto de cosas públicas.

En este orden, cabe destacar, en orden al canon 66 LGAP, las potestades de imperio se consideran, en tesis de inicio, irrenunciables e imprescriptibles. De ahí que, si la relación jurídica sustantiva que mantiene una Administración con sus bienes afectos por fuente formal a un uso público, es imprescriptible, el decurso del tiempo no hace fenecer las competencias públicas para ejercitar la defensa sobre aquellos bienes. Por tanto, es claro que el proceso judicial que configure una posibilidad más de tutela del régimen de demanialidad, no pueda estar sujeto a reglas de caducidad o prescripción.

En esa lógica, si bien la Administración cuenta con medios materiales para el resguardo de los bienes demaniales, como es el caso de la coacción directa, que posibilita el ejercicio de acciones de protección del demanio sin necesidad de acudir a la sede jurisdiccional, cuando la disponibilidad de uso privativo o personal sobre una cosa pública (de orden demanial, que no fiscal) se sustente en un acto administrativo firme y en ese orden, generador de un efecto favorable (por la vía del derecho usualmente), es que puede acudirse a la lesividad para buscar la supresión de dicha conducta. Igualmente, si se configuran las condiciones previstas por el ordinal 173 de la LGAP; igualmente puede utilizarse esa modalidad administrativa para la supresión de la conducta habilitante.

En tales casos, se insiste, el plazo anual que por partida doble aplica en este trámite, sea, a nivel de la declaratoria interna o bien, para formular la acción contenciosa, resulta inservible, operando de algún modo una facultad perenne e

inagotable a favor de la propia Administración para procurar la supresión de los actos. Así, la declaratoria interna de lesividad podrá ser declarada en cualquier tiempo. Ahora bien, es claro que ante la regla que fija el inciso segundo del artículo 34 del CPCA, aun cuando la acción judicial se presente luego del año a que hace referencia el aparte d) del inciso 1 del artículo 39 ibidem, no podría disponerse la inadmisibilidad por defecto del elemento temporal, pues como se ha señalado, trata de una facultad no sujeta a plazo, por el contrario, abierta en cuanto a ese particular. Ello supone que aun cuando la acción contenciosa se presente vencido el año posterior a la declaratoria de lesividad, deberá darse curso a la causa, por la dispensa de sujeción a aspectos temporales en ese tipo concreto de pretensiones de nulidad. No podría prohibirse interpretación contraria por lesión al principio de economía procesal y dada la inaplicación de límites temporales a las acciones de defensa de los bienes dominicales.

Lo anterior ya que no tendría sentido lógico, ni práctico alguno, disponer una caducidad por la formulación de la demanda luego del año de la declaratoria de la lesividad, cuando bastaría a esa Administración declarar nuevamente lesivo el acto a los intereses públicos tutelados, y formular la demanda dentro del cauce temporal aludido.

Desde luego que, en rigor, la declaratoria de lesividad en sede administrativa pondría en evidencia la probable ilegitimidad de un acto de disposición sobre un bien demanial, lo que exigiría acciones inmediatas para hacer cesar esa situación. Así, se puede afirmar que, en esta dinámica, las acciones de lesividad no se encuentran sometidas a preclusión.

Cabe acotar con todo, ese factor temporal de la acción no sería restricción de ingreso aún para las causas anulatorias que presenten otras administraciones cuyo marco competencial incluya la defensa del dominio público. Es el caso de la Contraloría General de la República o el mismo Estado –en determinados supuestos- o bien, cualquier particular que busque la defensa del régimen jurídico especial del demanio público. En estos casos, al amparo de la acción difusa,



colectiva o de permitirse, la acción popular, la pretensión de buscar la defensa de esa tipología de bienes, que incluye, bajo nuestra óptica, la de requerir la anulación de conductas que dispongan ilegítimamente de las cosas públicas, ante la imprescriptibilidad de ese régimen y en la medida en que esa conducta siga surtiendo efectos, no aplica el año fijado para el numeral 39 del CPCA para plantear el proceso. Se trata entonces de una interpretación ampliativa, congruente con las características del régimen mencionado, y a tono con la finalidad de protección de esos bienes, como derivación de una debida comprensión de los alcances del ordinal 10 LGAP que exige interpretar las normas de la forma en que mejor satisfaga el fin para el cual fueron emitidas –exégesis finalista-, de igual mención por el canon 7 y 10 del Código Civil, lo que implica, el ensanchamiento del régimen de ingreso de las acciones que tengan por objeto el control de legalidad de la función administrativa, en la variable tratada, referida a una administración indebida de cosas públicas, sea por la emisión de actos lesivos a ese régimen o bien.<sup>305</sup>

Con todo, es menester precisar que esta regla que prescinde del elemento temporal de la lesividad, solo aplica a los bienes demaniales, no así a los denominados bienes fiscales de un ente público. Tal y como lo señala el numeral 261 del Código Civil, la condición de dominicalidad, se supedita a la concurrencia (*sine qua non*) de varios elementos constitutivos:

1. **Subjetivo:** en la medida en que el bien ha de ser titularidad de una Administración Pública, producto del régimen especial de dominio.

---

305 Sobre este particular, en la sentencia No. 069-2019-VI de las 16 horas 20 minutos del 14 de junio de 2019, la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo señaló: “...*La excepción a estas regulaciones temporales se configura en tutela de dominio público, caso en el que la acción de lesividad no está sujeta a plazo, según se deriva del artículo 34 inciso 2) del CPCA, en aplicación de la cláusula general de imprescriptibilidad de ese tipo de bienes, según se deriva del canon 261 del Código Civil, lo que viene reconocido en el artículo 34 inciso 2) ejusdem. De esa manera, en esa materia de demanialidad, el plazo para declarar la lesividad en las normas procesales de referencia es inaplicable, lo que implica que puede disponerse en cualquier momento. (...)*”.

2. **Objetivo:** dirigido a todos aquellos bienes que pueden ser incluidos dentro del dominio público. Dentro de esta definición los bienes demaniales pueden ser de las amplia gama y naturaleza, a saber: los bienes inmuebles, muebles, cosas corporales, incorporales, fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, divisibles y no divisibles, simples y compuestas, cosas principales y accesorias, universalidad de derechos, entre otros.
3. **Finalista o teleológico:** siendo que el bien debe estar destinado a satisfacer un fin o uso público, sea por constituirse como un medio necesario para la prestación de actividades públicas, o en general, como instrumento de satisfacción de intereses públicos.
4. **Normativo:** los bienes demaniales requieren de un acto formal de afectación que derive de una fuente legal que establezca que determinado bien o categoría de bienes, van a ser afectados a un uso público.

Sobre el tratamiento de esos presupuestos o elementos, en la sentencia No. 032-2018-VI de las 14 horas del 15 de marzo del 2018, el Tribunal Contencioso Administrativo expuso:

*“... De momento, interesa al Tribunal, referirse a los bienes de dominio público. Según se dijo, por su naturaleza este tipo de bienes se encuentran sometidos a un régimen especial de Derecho Público. Forman parte del demanio público, entendido como “(...) el conjunto de bienes sujeto a un régimen jurídico especial y distinto al que rige el dominio privado, que además de pertenecer o estar bajo la administración de personas jurídicas públicas, están afectados o destinados a fines de utilidad pública y que se manifiesta en el uso directo o indirecto que toda persona puede hacer de ellos. (...)” (Sentencia No. 3145, dictada por la Sala Constitucional a las 9 horas 27 minutos del 28 de junio de 1996). En efecto, el dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son cosas que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera el comercio privado de los hombres. Así, son bienes que pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectos al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en*

*virtud de norma expresa. Ahora bien, los bienes demaniales, para ser tales, deben reunir algunos elementos que resultan indispensables. Uno primero, subjetivo, referido al sujeto o titular del bien. En este sentido, el sujeto que tiene a cargo su titularidad y administración ha de ser un ente público y no un particular. Paralelo a esta consideración, encontramos un segundo aspecto de importancia, a saber, partir del principio que los bienes de dominio público, por su naturaleza, no pueden ni deben, en ningún momento, pertenecer a los particulares. La razón por la que los bienes demaniales no pueden tener por titular a un sujeto particular, radica en el hecho que son cosas que tienen como finalidad la satisfacción del interés general, y están al servicio de la colectividad; lo que necesariamente se circunscribe a una función de carácter público, que, por sus alcances, difícilmente puede ser concebida como función de un sujeto de derecho privado. Un segundo elemento es el objetivo, que está dirigido a todos aquellos bienes que pueden ser incluidos dentro del dominio público. Al efecto, puede afirmarse que es muy amplia la gama de bienes que son susceptibles de formar parte del demanio público. Así, tenemos los bienes inmuebles, muebles, cosas corporales, incorporales, fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, divisibles y no divisibles, simples y compuestas, cosas principales y accesorias, universalidad de derechos, entre otros. Como tercer elemento está el normativo, conforme al cual el carácter demanial de los bienes depende de que exista una norma que así lo declare. Se requiere, entonces, de una afectación normativa, en virtud de la cual el bien entre a formar parte del demanio público. En nuestro ordenamiento, los artículos 261 y 262 del CC, dicen de la necesidad de esta afectación cuando establecen, con toda claridad que serán cosas públicas y dedicadas al uso público, las que así se designen por ley. En consecuencia, puede afirmarse que será el legislador quien decida cuales bienes forman parte del dominio público y cuáles integran el dominio privado. Así, el dominio público es un concepto jurídico, lo que significa que su existencia depende del tratamiento expreso que le dé el legislador; por lo que sin ley que le sirva de fundamento ningún bien o cosa tendrá ese carácter. Por último, tenemos al elemento teleológico o finalista, según el cual, los bienes demaniales, para ser considerados como tales deben, también, estar dedicados al uso público. Esto es, tener como fin el interés general, o sea, de la comunidad. Nuestro CC también consagra expresamente este elemento. Es así como el numeral 261 señala que son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas*

*de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Esa misma norma distingue, además, aquellos bienes que, pese a pertenecer a un ente público, carecen de esa vocación de uso o utilidad pública, catalogándolas como privadas. En conclusión, para que un bien sea considerado como dominio público, es necesaria la reunión, en forma simultánea, de los cuatro elementos citados. No es suficiente la presencia de alguno de ellos, ya que, si no concurren todos, el bien quedaría excluido de la categorización demanial. (...)*”.

En ese sentido, los ordinales 261 y 262 del Código Civil dan sustento a esta composición al señalar:

*“ARTÍCULO 261.- Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público.*

*Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes, para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona.*

*ARTÍCULO 262.- Las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas.”*

Nótese que el mismo mandato 261 del Código Civil pone en evidencia que aquellos bienes que no se encuentren afectos a un uso público o de las cuales, las personas puedan aprovecharse, son cosas privadas, destacando que esa condición se produce aun si son dominio de un ente público, caso en el cual, equipara el régimen de propiedad a la privada.<sup>306</sup> Esto es determinante pues, tratándose de bienes

---

306 En esa línea, el Tribunal Contencioso Administrativo, en sentencia No. 04-2005 de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de febrero del dos mil cinco, ha señalado: " (...) Debe tenerse en cuenta al respecto que los bienes demaniales (o bienes dominicales o de dominio público) son aquellos que tienen una naturaleza y régimen jurídico diverso de los bienes privados, en tanto, por expresa voluntad del legislador se encuentran afectos a un destino especial de servir a la comunidad, sea al interés público, y que por ello, no pueden ser objeto de propiedad privada, de modo que están fuera del comercio de los hombres, por lo cual, no pueden pertenecer individualmente a los particulares, ni al Estado,

---

*en sentido estricto, por cuanto éste se limita a su administración y tutela. Así, lo que define la naturaleza jurídica de los bienes demaniales es su destino, en tanto se afectan y están al servicio del uso público, según lo ha reconocido la doctrina en la materia, así, Marienhoff, Miguel S., en su obra Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1992., pág. 25, considerando que: "Para que un bien o cosa sea considerado como dependencia del dominio público, y sea sometido al régimen pertinente, es menester que dicho bien o cosa estén afectados al «uso público», directo o indirecto, debiendo tratarse, en este «último» supuesto, de cosas afectadas directamente -como «bienes finales» o «bienes de uso»- a la utilidad o comodidad común, quedando excluidos de la dominialidad de los bienes el Estado que revistan carácter simplemente instrumental.".* Adicionalmente, en la sentencia No. 51-2013 de las 08 horas 30 minutos del 30 de mayo del 2013 de la Sección IV del Tribunal Contencioso Administrativo, sobre esas particularidades se indicó: *"Nótese que el énfasis de la diferenciación de los bienes privados de los de dominio público se da en relación al destino del bien, sea, al hecho de estar afectos a un uso común o al servicio del bien común; tal y como lo consideró con anterioridad la Sala Constitucional en sentencia número 2301-91 del seis de noviembre de mil novecientos noventa y uno. En razón de lo anterior, las notas características de los bienes demaniales es que son inalienables, imprescriptibles, e inembargables, es decir, que se trata de bienes que están fuera del comercio de los hombres, de manera que su dominio o posesión no puede ser traspasado, ni a título gratuito ni oneroso; no pueden perderse por prescripción, así como tampoco, pueden ganarse por usucapión, de modo que son bienes que conservan su vigencia jurídica permanentemente; y no son susceptibles de embargo. Así, se trata de bienes cuya titularidad ostenta el Estado en su condición de administrador, debe entenderse que se trata de bienes que pertenecen la "Nación", con lo cual, conforman parte del patrimonio público; y que, por su especial naturaleza jurídica, presentan los siguientes atributos: son imprescriptibles, lo cual implica que por el transcurso del tiempo, no puede adquirirse el derecho de propiedad sobre ellos, ni siquiera de mera posesión, es decir, no pueden adquirirse mediante la usucapión, así como tampoco pueden perderse por prescripción; motivo por el cual los permisos de uso que la Administración conceda sobre ellos, siempre tienen un carácter precario, lo cual hace que puedan ser revocadas por motivos de oportunidad o conveniencia en cualquier momento por la Administración –en los términos previstos en los artículos 154 y 155 de la Ley General de la Administración Pública–; y las mismas concesiones que se otorguen sobre ellos para su aprovechamiento, pueden ser canceladas, mediante procedimiento al efecto; son inembargables, que hace que no pueden ser objeto de ningún gravamen o embargo, ni por particulares, ni por la Administración; y son inalienables, lo que se traduce en la condición de que están fuera del comercio de los hombres; de donde no pueden ser enajenados, vendidos o adquiridos, ni a título gratuito ni oneroso, ni por*

fiscales de la Administración, las acciones de lesividad deben emprenderse dentro de los cánones de temporalidad ya mencionados, so pena de precluir la posibilidad de entablar la demanda de lesividad.

Dicha diferencia en la naturaleza de la propiedad administrativa se desprende de los cánones 169 y 170 del CPCA, en cuanto señala la posibilidad de disponer orden de embargo sobre los bienes privados de la Administración<sup>307</sup>, en tanto que estatuye la restricción de esa embargabilidad respecto de los bienes destinados al uso y aprovechamiento común, ni los vinculados de manera directa a la prestación de servicios públicos en el campo de la salud, educación, seguridad y cualquier otro tipo de naturaleza esencial. La norma aludida impone esa restricción a los bienes demaniales cuyo uso o explotación hayan sido cedidos a particulares por cualquier título o modalidad de gestión, como sería el régimen de concesiones de uso y aprovechamiento, de explotación, exploración, entre otros.<sup>308</sup>

---

*particulares, ni por el Estado, de modo que están excepcionados del comercio de los hombres y sujetos a un régimen jurídico especial y reforzado.”*

307 Sobre esa permisibilidad, estatuye el numeral 169 inciso 1) letra a) del CPCA: **“ARTÍCULO 169.- 1) Serán embargables, a petición de parte y a criterio del juez ejecutor, entre otros: a) Los de dominio privado de la Administración Pública, que no se encuentren afectos a un fin público.”**

308 Señala en mandato 170 del CPCA:

**“ARTÍCULO 170.- 1) No podrán ser embargados los bienes de titularidad pública destinados al uso y aprovechamiento común, tampoco los vinculados directamente con la prestación de servicios públicos en el campo de la salud, la educación o la seguridad y cualquier otro de naturaleza esencial. 2) Tampoco podrá ordenarse ni practicarse embargo sobre los bienes de dominio público custodiados o explotados por particulares bajo cualquier título o modalidad de gestión; sobre las cuentas corrientes y cuentas cliente de la Administración; sobre los fondos, valores o bienes que sean indispensables o insustituibles para el cumplimiento de fines o servicios públicos; sobre recursos destinados por ley a una finalidad específica, al servicio de la deuda pública tanto de intereses como de amortización, al pago de servicios personales, a la atención de estados de necesidad y urgencia o destinados a dar efectividad al sufragio; tampoco los fondos para el pago de pensiones, las**

De ahí que, en virtud de esa especial naturaleza, se defina el régimen jurídico aplicable, de suerte que la demanialidad lleva, como parte de ese tratamiento, la dispensa de sujeción a las medidas de temporalidad aplicables para la acción de lesividad, restricción que no cubre a los bienes de propiedad privada de la Administración. Frente a los actos de disposición sobre este tipo de bienes fiscales, son de plena y total aplicación las reglas de caducidad ya señaladas.

Sobre estas implicaciones, en la sentencia No. 069-2019-VI de las 16 horas 20 minutos del 14 de junio de 2019, la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo señaló:

*“... En conclusión, los bienes de dominio público y los de privado presentan un régimen jurídico distinto, que se insiste se desprende del numeral 261 del CC. El dominio público es inalienable e imprescriptible, con todas las consecuencias que de ello se derivan. Por su parte, los bienes de dominio privado del Estado están sujetos a las reglas ordinarias de la propiedad privada. El criterio para distinguir estas dos categorías atiende, como se explicó, a la concurrencia de los cuatro elementos ya analizados, esto es, el subjetivo, normativo, objetivo y el finalista. Se trata, entonces, de un concepto jurídico, por lo que su existencia pende de una declaración formal de la Administración (además legislativa) de someter a régimen de dominio público determinados bienes. En abono a lo anterior, se ha señalado que el dominio público se concibe más como una técnica de intervención y base material para el ejercicio de funciones o potestades públicas, que como una relación de propiedad (ver al efecto la resolución No. 04587-97, de la Sala Constitucional).”*

De ese modo, parte de la discusión en sede lesividad puede estribar precisamente en la naturaleza jurídica del bien propiedad de la Administración, ante lo cual, definir ese aspecto sería sustancial, de cara a definir las reglas de temporalidad aplicables. Este análisis comprende los casos en que se debata sobre la posibilidad jurídica de

---

*transferencias del fondo especial para la Educación Superior, ni los fondos públicos otorgados en garantía, aval o reserva dentro de un proceso judicial.”*

transmitir a los particulares bienes que son parte del dominio público, en casos en los que no exista una norma habilitante de esa desafectación y transferencia de dominio. En tales casos, los motivos de la lesividad deben poner de manifiesto que el bien sobre el cual se emite el acto objeto de la causa, es uno que dispuso indebidamente de un bien demanial, al haberlo cedido al dominio privado particular.

Lo indicado permite establecer que la aplicación de la regla prevista en el canon 34.2 del CPCA se encuentra condicionada a que el debate medular del proceso de lesividad se centre en la naturaleza jurídica del bien. En la medida en que se trate de un bien demanial sobre el cual se haya emitido derechos ilegítimos, sea por otorgamiento irregular de habilitaciones de uso o aprovechamiento, o bien, por el traspaso indebido, las medidas de impugnación bajo examen no estarán condicionadas a las pautas de temporalidad aludidas.

Lo anterior al margen de que se trate de un acto que pueda considerarse de efectos instantáneos o continuados. La regla señalada en ese mandato de referencia (art. 34.2 CPCA) no es dependiente de los efectos del acto, condición analizada en el aparte precedente, sino que la *ratio* del acto se refiera a la disposición del régimen de demanialidad. En esta dimensión, bien puede darse el caso de un acto que dispuso el traslado de dominio a favor de un particular, de un bien demanial que formaba parte del Patrimonio Natural del Estado. O, por otro lado, el otorgamiento de una concesión sobre zona pública marítimo terrestre en condiciones antagónicas con legalidad, por un plazo específico. En el primer caso, podría postularse que el acto de transferencia de propiedad es uno de efecto instantáneo, y que el segundo es uno de efecto continuado. Empero, tal discusión es irrelevante de cara a fijar si la acción de lesividad se ha ejercitado en tiempo o no, ya que, en ambos casos, no existiría supeditación a esos límites que, en orden a lo indicado, se insiste, son inaplicables a ese tipo de relaciones.

Cabe destacar, no obstante, que el ejercicio de acciones de nulidad en contra de ese tipo de conductas que, disponen indebidamente del dominio público, dentro del año previsto en el ordinal 39 del CPCA o fuera de ese ámbito, tiene una implicación



sustancial en lo relativo a los efectos de la nulidad que de aquellos pueda llegar a disponerse. De conformidad con esa norma, la nulidad que sea declarada dentro de los procesos que hayan sido formulados dentro del ámbito temporal de dicho año, tendrá efecto retroactivo a la fecha de emisión de la conducta cuestionada, regla que aplica, por orden expresa normativa, a la lesividad.

En efecto, ese canon indica en su rigor literal:

*“2) La nulidad declarada en el proceso incoado, dentro del plazo establecido en el presente artículo, tendrá efectos retroactivos. La misma regla se aplicará para el caso del proceso de lesividad interpuesto dentro del año previsto en el artículo 34 de este Código.”*

Desde ese plano, si bien el régimen procesal plasmado en el CPCA permite la impugnación sin sujeción a tiempo, cuando se trate de las acciones de tutela del dominio público, si dicha acción se formula posterior al año de adopción del acto, la nulidad que llegue a ser declarada, lo será para efectos de la inaplicabilidad a futuro del acto. Es decir, frente a esa potencial supresión por invalidez, atendiendo a las situaciones derivadas del ciclo de vigencia del acto, puede llegar a generarse un derecho de indemnización a favor del administrado, producto de la supresión del acto, siempre que se trate de derechos adquiridos de buena fe.

Por el contrario, si la acción de lesividad se ejerce dentro de los cánones de temporalidad señalados en esa norma, el efecto de la invalidez será retroactivo, caso en el cual, igualmente, procede facultativamente el dimensionamiento respecto de los derechos adquiridos de buena fe, acorde a los preceptos 171 de la LGAP, en relación al 131 del CPCA. Sobre este tema de dimensionamiento se volverá en el aparte relativo a la sentencia.

Sin perjuicio del abordaje que infra se realizará, en el caso concreto de la lesividad sobre actos que disponen de bienes dominicales, vale traer a colación el caso resuelto en el precitado fallo No. 51-2013 de las 08 horas 30 minutos del 30 de mayo del 2013 de la Sección IV del Tribunal Contencioso Administrativo. En ese legajo, se debatía sobre la validez de un acto del INDER que había cedido a favor de un particular, un terreno que formaba parte del Patrimonio Natural del Estado.

En el análisis de fondo, el Tribunal estimó que existía nulidad originaria en el acto debatido al estimar:

**“... Finalmente, debe determinarse si se cumple en esta acción con el presupuesto de existir lesividad a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza que ella representa, lo cual evidentemente se tiene por acreditado, debido a que al haberse adjudicado bienes que forman parte del patrimonio natural del Estado, los actos administrativos que se declararon lesivos atentan, afectan y dañan los intereses públicos y económicos sociales de la Administración Pública, en mérito de encontrarse en discusión bienes afectos a los bienes demaniales que pertenecen a la colectividad y al fin social que vincula a los costarricenses. Consecuentemente, en razón de lo expuesto se debe acoger la presente demanda en cuanto declarar la lesividad y nulidad absoluta del acuerdo de Junta Directiva del Instituto de Desarrollo Rural tomado en el artículo 65 de la sesión ordinaria número 045-03 del 29 de setiembre del 2003, aprobado mediante el artículo 02 sesión 46-03 del 13 de octubre del 2003, únicamente en lo que se refiere a la autorización del traspaso de la parcela 1000 del bloque 7 del proyecto de titulación Los Chiles, a que se refiere el plano A-786140-2002, a favor del señor XXX. (...).”**

Por su parte, ante el alegato de caducidad y prescripción, la sentencia señaló:

**“... En lo referente a las excepciones de prescripción y caducidad, como se expresara supra se rechazan, ello así porque la normativa que regula esta acción, expresa en forma categórica que se aplica la caducidad de un año en los términos de los numerales 34 y 39 del Código Procesal Contencioso Administrativo, pero que si se trata de la tutela de bienes del dominio público no estará sujeta a plazo, además de que por la especial naturaleza de estos bienes, son imprescriptibles, por lo que no pueden verse adjudicados o adquiridos en forma originaria o derivada por parte de los particulares, en mérito de lo cual la acción de la Administración Pública para incorporarlos de nuevo al patrimonio natural del Estado cuando han sido adquiridos indebidamente por los particulares, no está sujeta a término de caducidad, ni a plazo alguno de prescripción.”**

En definitiva, dispuso la nulidad del acto de titulación a favor del particular, así como de las demás actuaciones conexas, tales como asientos registrales. No obstante, como dato curioso, el demandado en esa causa de lesividad presentó demanda ordinaria en contra del INDER, en la que pretendía la indemnización por lo que estimaba fue el despojo de la parcela asignada, en virtud de la lesividad declarada. Además, el daño moral subjetivo, derivado de esa causa de lesividad. Sobre el daño patrimonial reclamado, que fue tasado en el valor de la propiedad, en la sentencia No. 043-2016-VI de las 14 horas 40 minutos del 15 de marzo del 2016, el Tribunal Contencioso Administrativo consideró:

*“VII.- ... Para efectos de establecer la procedencia o no de la reparación por el alegado despojo, es necesario tener claridad respecto de las causas que motivaron la decisión judicial recién referida. En ese sentido, del análisis del contenido de los acuerdos de la Junta Directiva del INDER que declararon lesivo ese acto en cuestión, se desprende que la causa fundamental estriba en que ese inmueble, dadas sus condiciones y particularidades, forma parte del Patrimonio Natural del Estado. Fue precisamente esa condición del inmueble, la que motivó posteriormente la declaratoria de nulidad de los actos que permitieron la titulación de esos terrenos a favor del accionante, por estimarse, se insiste, contrario al régimen de demanialidad por pertenecer al Patrimonio Natural del Estado. (...) VIII.- (...) Ahora bien, el Patrimonio Natural del Estado es parte del dominio público, en virtud no solo de la afectación constitucional según se ha explicado, sino también por disposición expresa del legislador en distintas leyes, actualmente en la Ley Forestal. Así las cosas, ese tipo de bienes se encuentra protegido por el régimen especial aplicable a los bienes demaniales conforme al cual, por su vocación y destino, están fuera del comercio del ser humano, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Como consecuencia de ello, no es posible su dominio o posesión, ni a título gratuito ni oneroso; no pueden perderse por prescripción, así como tampoco, ganarse por usucapión. Desde esta perspectiva, su posesión por parte de particulares no causará derecho alguno a su favor. Finalmente, cuenta el Estado con una serie de instrumentos procesales para la recuperación de este tipo de bienes, cuando han salido, ilegítimamente, del dominio público. Sobre las implicaciones de este régimen puede verse entre muchas, las resoluciones No. 47-2015-VI y el fallo No. 2166 de las 10 horas 16 minutos del 2010, ambas de esta Sección VI del Tribunal*

*Contencioso Administrativo. A la luz de lo expuesto, no observa este Tribunal que la declaratoria de nulidad de los actos de titulación de la finca No. 392018-000, que corresponde a la parcela número 1000 del bloque 7 del Proyecto de Titulación Los Chiles, suponga una supresión indebida del derecho de propiedad del accionante, pues es claro que ese bien forma parte del Patrimonio Natural del Estado y en esa medida, es parte del dominio público que, se reitera, no puede ser apropiado por terceros bajo ningún concepto. Por ende, la anulación dictada dentro del fallo No. 51-2013 de la Sección IV de este Tribunal, por las razones señaladas, hace abiertamente improcedente la pretensión del accionante, siendo que en el fondo se busca que este cuerpo colegiado ordene la expropiación de un bien que per se, es un bien dominical, y que si bien es cierto fue poseído por el actor, ello no hace surgir un derecho de dominio a su favor, que sea oponible frente al Estado (o ante el INDER) como base de un reclamo indemnizatorio como el formulado en este proceso. La afectación a cosa pública que presenta ese bien inmueble, por imperativo de la Ley Forestal, hace inviable que le sea compensado el valor venal de esos terrenos, por lo que, en cuanto a ese rubro, la demanda deberá ser desestimada. En todo caso, nótese que la sentencia dictada dentro del proceso de lesividad, dispuso la invalidez del título de inscripción de manera retroactiva, lo que implica la imposibilidad de debatir en esta causa el reconocimiento de la situación jurídica que se analiza. Ergo, esa partida debe ser desestimada.”*

Pese al rechazo de ese ruego, en cuanto a daño moral subjetivo, el Tribunal estimó que, de cara a analizar la procedencia de este aspecto, era necesario ponderar la manera en que el accionante tuvo disposición y titularidad del inmueble, así como las razones por las cuales ese título de inscripción registral a su favor fue suprimido por invalidez. Para esos efectos, señaló que, pese a la gestión de titulación presentada por la parte accionante, fue la misma Administración quien dispuso autorizar, segregar y traspasar la parcela en cuestión, para lo cual, era debido que realizara en su oportunidad, un análisis del cumplimiento debido de las diversas exigencias que a esa fecha imponía el Ordenamiento Jurídico para la procedencia de ese tipo de gestiones. A juicio del Tribunal, ello incluía el análisis de cumplimiento de las exigencias legales para disponer del inmueble. De igual modo, rechazó la alegación del INDER de que el titulado debía saber que el bien no podía serle otorgado, a partir de lo cual, colegía una mala fe. En ese sentido precisó:

*“... la verificación del conjunto de circunstancias que luego fueron el motivo de la declaratoria de lesividad en sede administrativa. Desde ese plano, no es de recibo ni atendible el alegato del INDER que expone que el mismo accionante debía saber que el terreno titulado era Patrimonio Natural del Estado y que, por ende, debió negarse a suscribir la escritura de traspaso a su favor. Tal argumento resulta a todas luces infundado y llevaría a desconocer del deber del INDER de ajustar sus conductas a legalidad en lo que se refiere al otorgamiento de ese tipo de actos de titulación. De igual manera, ese alegato pretende hacer ver una supuesta mala fe del petente, condición subjetiva que este Tribunal no colige del trámite dado a su petición de titulación. En el fallo No. 51-2013 de este Tribunal, que acogió la demanda de lesividad formulada contra ese acto comentado, se tuvo por acreditado que el mismo señor XXX sometió su parcela al régimen de servicios ambientales. (...) A juicio de este Tribunal, a diferencia de lo afirmado por el INDER, el hecho de que el actor conociera de las condiciones de cobertura boscosa del bien en cuestión, no es indicativo per se, de la existencia de una mala fe en su posesión o en la formulación de las peticiones para titular la parcela. No era el accionante quien debía negarse a otorgar una escritura que le permitía obtener el dominio de una franja de terreno, sino el INDER quien debía ponderar de previo a otorgar ese título de propiedad, que esos terrenos, por sus condiciones naturales, era parte de la categoría tutelada por el ordinal 13 de la Ley Forestal y que, por ende, al ser Patrimonio Natural del Estado no podía ser trasladada a dominio de los particulares. No obstante, al haber otorgado la titulación pretendida desde el año 2003, generó en la esfera jurídica del accionante, una situación jurídica que, a no dudarlo, fue adquirida de buena fe, sin que el INDER haya aportado elemento o argumento solvente alguno que permita derribar esa presunción. (...)”.*

A partir de esas ponderaciones, estimó que, al margen de la nulidad originaria del acto de titulación, la ocupación y tenencia de esa parcela por ese lapso, sin que pueda presumirse la mala fe de parte del actor, llevó a la ocurrencia de un daño moral de orden subjetivo, derivado de la supresión del derecho de propiedad del inmueble, que si bien se sustenta en bases lícitas y legítimas, tiene como antecedente un acto favorable de la misma Administración Pública, dictado con omisión y descuido del control legal que es parte de sus competencias y

potestades, mediante falencias que le son atribuibles de manera exclusiva a ese ente público y no al petente como argumenta el INDER. En ese sentido se preció que: *“... la causa del padecimiento moral subjetivo en este caso se asocia al otorgamiento de un acto que le permite al accionante obtener la titulación de un bien que, por sus condiciones, era parte del demanio público, permitiéndole el ejercicio de un derecho de dominio por más de seis años, lo que, con claridad, por reglas de experiencia humana, genera sensaciones de pertenencia y arraigo. Con la supresión de ese título, por causas legalmente válidas, se somete al accionante a una perturbación anímica, inducida por las inadvertencias y deficiente criterio técnico y legal externado con anterioridad por el INDER, al haberle otorgado un título y luego suprimirlo, padecimiento extra patrimonial que, en orden a las consideraciones de este cuerpo colegiado, merece ser indemnizado como tutela debida y protección de la situación jurídica del accionante.”*

En definitiva, sobre la base de los aspectos relativos al plazo de ocupación y la vigencia de la titulación realizada a favor del accionante, así como de las causas que llevaron a determinar la invalidez de ese registro, fijó una indemnización de ¢2.000.000.00 (dos millones de colones).

Este caso pone en evidencia lo expuesto en cuanto a que la apertura de acciones de defensa del demanio público, sin sujeción a plazos, no dice de la carencia de consecuencias para la Administración otorgante del acto, cuando de buena fe, el administrado obtiene ocupación del bien y luego es despojado de este. No hay duda de que no existe derecho de mantener la cosa, pues ello implicaría una desafectación por causas adquisitivas que la ley no tolera, en concreto, asociadas al tiempo de vigencia del acto y del derecho otorgado. Sin embargo, tal aspecto no es óbice para el régimen de reparabilidad civil que derive de las afectaciones que ese proceder ha generado en la esfera jurídica del administrado, siempre que su ejercicio haya sido de buena fe, aspecto que, en todo caso, debe rebatir la misma Administración. Así, temas asociados a mejoras útiles y necesarias bien pueden ser objeto de consideración de esas situaciones indemnizables.

## **8. Admisibilidad de la demanda de lesividad.**

La demanda de lesividad, como todo proceso sometido a conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se encuentra sujeta a condiciones de admisibilidad que se bifurcan en el plano formal y en el plano sustancial. Esta separación resulta determinante en orden a establecer la posibilidad de ingresar (o no) al examen de fondo de la demanda –ámbito formal-, o bien, a conceder el derecho o efecto jurídico que se pretende con la declaración de patología –ámbito sustancial-.

La admisibilidad formal de la acción judicial dice de cumplimiento de las exigencias formales que permiten dar curso a la demanda y emprender el debido proceso. Para ello es menester la satisfacción de elementos mínimos que permitan la definición concreta del objeto pretendido por la parte accionante, así como alegaciones y elementos de convicción en que sustenta la teoría de su caso. La desatención de las cuestiones asociadas a este aspecto produce, en último extremo, la inadmisibilidad de la acción, consecuencia que, como se expondrá, no produce cosa juzgada, por lo que no impide formular nuevamente el proceso, siempre que se cuente con el plazo para ello. A su vez, el remedio contra este efecto es la apelación.

Por su parte la inadmisibilidad sustancial o por fondo, regula supuestos en los que, la demanda se ha formulado contra alguna de las conductas que no son de posible impugnación, exista cosa juzgada, prescripción, caducidad o transacción, y en general, dicha declaratoria se impugna mediante el recurso extraordinario de casación.

De ahí que, de seguido se ingresa a los supuestos que, tratándose de la lesividad, darían cabida a la inadmisibilidad formal o, a la sustantiva.

### **8.1. Plano formal.**

La acción de lesividad, si bien cuenta con particularidades propias en cuanto a la exigencia de acciones internas a partir de las cuales se establece una voluntad inequívoca de la respectiva Administración Pública, de someter a revisión judicial una conducta suya, propia, de contenido favorable, debe someterse a las condiciones formales de toda demanda que se formule en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y que estatuye el canon 58 del CPCA. Dicho precepto establece los datos y requisitos mínimos de ingreso de toda acción en esa sede, imponiendo los siguientes:

- a)** Las partes y sus representantes;
- b)** Los hechos y los antecedentes, en su caso, relacionados con el objeto del proceso, expuestos uno por uno, enumerados y especificados;
- c)** Los fundamentos de Derecho que invoca en su apoyo;
- d)** La pretensión que se formule;
- e)** Cuando accesoriamente se pretendan daños y perjuicios, se concretará el motivo que los origina, en qué consisten y su estimación prudencial.
- f)** Las pruebas ofrecidas.
- g)** Cuando también se demande a sujetos privados, el lugar para notificarle el auto inicial.

Sin embargo, tratándose de las acciones formuladas por una Administración Pública, en orden a lo preceptuado por los artículos 51 y 52 del CPCA, además de satisfacer las rigurosidades formales del precitado mandato 58, se encuentran obligadas, según corresponda, a presentar copia certificada del expediente administrativo. Sobre este aspecto, resulta claro que, en este tipo de casos, debe incluirse como parte fundamental del expediente, las piezas en las cuales se acredite o deje constancia del cumplimiento del trámite interno de declaratoria de que el acto es lesivo a los intereses público, económicos, fiscales o de diversa naturaleza. Estas piezas documentales resultan determinantes en orden a establecer el cumplimiento de esa exigencia, pero, además, pondrán en evidencia



las razones concretas por las cuales se ha estimado, en sede administrativa, que el acto de contenido favorable es antagónico con el Ordenamiento Jurídico, lo que, según se analizará, condiciona las razones de análisis en el proceso judicial.

A nuestro juicio, y conforme fuera anticipado, el cumplimiento de este presupuesto es un tema que debe ser revisado por el juzgador de la etapa de trámite, por constituirse en un presupuesto de la acción de lesividad. Ello a fin de no hacer incurrir en un avance del proceso, con los gastos que ello supone, en tiempo y dinerario, para luego, no poder ingresar al fondo del asunto, por desatención de un elemento impostergable de forma que posibilite tal ejercicio.

La demanda de lesividad en la que no se aporte el expediente administrativo y como parte de este, la demostración de la declaratoria interna de lesividad, sería defectuosa, por lo que ha de prevenirse su corrección, so pena del archivo por inadmisibilidad por defectos formales. Desde ese plano, en lo que al aporte del legajo administrativo se refiere, es un requisito de admisión de índole formal, a partir de lo cual, su desatención supone la prevención de subsanación prevista en el ordinal 61.1 del CPCA.<sup>309</sup> Frente a ello, cabe destacar que la prevención se puede realizar, bien por la omisión de presentación del expediente, o por el aporte de ese legajo en contravención de las reglas previstas en el ordinal 51 del CPCA, norma que estatuye que esa pieza debe presentarse mediante copia certificada,

---

309 Dispone el numeral 61 del CPCA:

***“ARTÍCULO 61.-***

*1) Cuando la demanda no cumpla los requisitos señalados en el artículo 58 de este Código, la jueza o el juez tramitador ordenará la subsanación dentro del plazo de tres días hábiles, para ello deberá indicar los requisitos omitidos o incompletos, so pena de ordenar su inadmisibilidad y archivo. En caso de procesos de trámite preferente, el plazo será de veinticuatro horas.*

*2) Contra el auto que acuerde el archivo cabrá recurso de apelación, que será del conocimiento del Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá lo pertinente dentro de un plazo de ocho días hábiles.”*

debidamente identificado, foliado, completo y en estricto orden cronológico, con la indicación de que corresponde a la totalidad de las piezas y documentos que lo componen, al momento de su expedición, siendo que a Administración conservará el expediente original. Lo anterior incluye el debate en cuanto a la completez del expediente, siempre que esa circunstancia haya sido advertida por la persona juzgadora de trámite en la fase de análisis inicial de admisión formal. Si la incompletitud del legajo se advierte por ruego de la parte accionada en la contestación de la demanda, lo que deberá realizar dentro del primer tercio del plazo para la contestación, al socaire del canon 55 inciso 1) letra a) del CPCA.<sup>310</sup> Lo indicado sin perjuicio de la potestad oficiosa del Tribunal de requerir que se complete el legajo.

La eventual desatención de ese requerimiento de subsanación llevaría a la inadmisibilidad por razones formales prevista en el ordinal 61.2 del CPCA.

Ahora bien, como se ha indicado, en la lógica del proceso de lesividad, el aporte del expediente administrativo debe reflejar, entre otros aspectos, las acciones internas de declaración de lesividad del acto a los intereses de la Administración accionante. El legajo administrativo se encuentra compuesto por aquellas acciones, en la medida en que esa carpeta consiste en el conjunto de documentos e instrumentos que se han producido y utilizado en el curso del procedimiento administrativo y para los efectos de la adopción de una decisión administrativa. De

---

310 Señala en citado numeral 55 inciso 1) letra a) del CPCA:

***“Artículo 55.-***

*1) Si las partes estiman que el expediente administrativo está incompleto, podrán solicitar que se reclamen los antecedentes necesarios para completarlo, en los siguientes términos:*

*a) Si la Administración aportó el expediente con la demanda, la solicitud podrá hacerse dentro del primer tercio del plazo concedido para contestarla. (...)*”

esa manera, resulta lógico y consecuente que el expediente administrativo aportado en la lesividad debe contener dos elementos fundamentales:

- a. Las piezas e instrumentos que son propios del acto firme de contenido favorable que se pretende declarar lesivo: la inclusión de esta referencia es determinante para el análisis de fondo de la pretensión anulatoria, en cuanto aporta los elementos de convicción que permite el análisis de los antecedentes relevantes de esa conducta que sirvieron de base al motivo del acto. De igual manera, aporta elementos relevantes para el examen de validez de contenido del acto y su correspondiente correspondencia con el fin legalmente impuesto. El análisis de lesividad si bien se construye sobre la base de alegaciones de las partes y, en concreto, de las causas patológicas de la accionante, tales cuestiones han de ser verificadas con las condiciones que llevaron a la adopción del acto, cuando la nulidad reclamada sea originaria. Si la lesividad se sustenta en una patología sobrevenida, se estila necesario aportar los elementos probatorios y criterios internos sobre los cuales se ha estima que se sustenta la ocurrencia de una causal de nulidad de esa naturaleza, lo que habrá de incluirse dentro del respectivo expediente administrativo que da sustento a la acción de lesividad.
- b. Expediente de la declaratoria de lesividad: se trata de las piezas que permiten acreditar que la jerarquía máxima suprema de la Administración Pública requirente ha manifestado de manera expresa e inequívoca la voluntad de instruir el proceso judicial direccionado a la supresión por invalidez de una conducta de contenido favorable. En tal pieza debe incluirse no solamente el acto de declaración de lesividad interna, sino, además, los criterios jurídicos y/o técnicos requeridos y sobre los cuales ha sustentado esa manifestación.

En ambos escenarios, la omisión o insuficiencia de esos instrumentos, ha de ser verificada de oficio por a persona juzgadora en la fase de trámite, con las

implicaciones ya comentadas, por ser cuestiones impostergables para el análisis de fondo de la cuestión debatida.

Cabe precisar, aun cuando no se acredite el cumplimiento de la declaratoria interna de lesividad, igualmente se produciría un defecto de orden formal, que, por tal, bien puede ser subsanado. No se trata de un requisito de fondo, pues ciertamente, en el caso concreto del elemento procedimental, su ausencia no llevaría a entender que la demanda recae sobre un acto no susceptible de impugnación o que se encuentre fuera del control judicial, sino del incumplimiento de un requisito de ingreso formal para el análisis de la conducta administrativa. Sin perjuicio de lo indicado, aun de no observarse de oficio con la presentación de la demanda, bien podría ser alegado por la parte accionante mediante defensa previa de defectos no subsanados que impiden verter pronunciamiento sobre el fondo<sup>311</sup>, en la medida en que, se insiste, dicha declaratoria es impostergable para la admisión de análisis de la pretensión de lesividad. De igual manera, se trata de un defecto que, por relacionarse con un aspecto de incidencia constitutiva de la acción, bien puede ser advertida de oficio en cualquier etapa del proceso, sin que pueda, en modo alguno, tenerse como un aspecto sujeto a preclusión o bien, que pueda tenerse como superado. De ahí que pueda sanearse tanto en la audiencia preliminar<sup>312</sup>, como en las fases ulteriores del proceso.

En esta línea, debe traerse a colación lo resuelto en el fallo No. 4275-2010 de las nueve horas con cincuenta minutos del quince de noviembre del dos mil diez del Tribunal Contencioso Administrativo, en el que sobre el particular se indicó:

---

311 En ese sentido, dicha defensa se encuentra positivizada en la letra del ordinal 66 inciso 1) numeral d) del CPCA.

312 Cabe indicar que, dentro del objeto de la audiencia preliminar, el primer aspecto que enumera el artículo 90 inciso 1) a) del CPCA, se refiere precisamente al saneamiento de los defectos que se hayan podido producir a lo largo del proceso. El defecto apuntado, dada su relevancia, constituye una patología que puede sanearse en esa etapa, evitando así dilaciones innecesarias en fases ulteriores del proceso.

*"En esa línea, la Administración debe declarar lesivo a los intereses públicos esa conducta, lo que debe ser establecido dentro de un marco de acciones internas de la administración que son impostergables para formular la acción. Precisamente, a nivel del proceso contencioso administrativo, una inadecuada declaratoria de lesividad, provocaría un defecto en la demanda, al ser el procedimiento administrativo declaratorio de lesividad un presupuesto previo a la presentación de la misma, que incluso debe ser aportada copia certificada del acto que declara la lesividad de una conducta administrativa que crea derechos subjetivos con el escrito de demanda, según se desprende de manera implícita del artículo 58 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Esto significa, que, en la fase de trámite del actual proceso contencioso administrativo, las partes pueden indicarle al juez tramitador la inadecuada declaratoria de lesividad, e incluso es obligación del juez de trámite constatar desde un inicio que la declaratoria de lesividad que se presenta con la demanda, cumpla con las condiciones que se vienen explicando en esta sentencia. Si no es así, el juez tramitador puede declarar inadmisibile la demanda desde un inicio o en cualquier momento de la fase de trámite del proceso contencioso administrativo (...)"*

De lo dicho se colige entonces que el incumplimiento del aspecto procedimental administrativo en este tipo de juicios podría declararse por varias vías. De un lado, por un análisis oficioso de la persona juzgadora de trámite, en orden a establecer la cobertura de los elementos formales de la demanda, como se ha expuesto ya. En esta primera etapa, de manera oficiosa e interlocutoria, el juzgador de trámite se encuentra apoderado para que, una vez detectada esa irregularidad, prevenga su subsanación en el plazo de tres días hábiles, so pena de inadmisibilidad de la acción, por defectos formales. No obstante, tal análisis puede derivarse del alegato de la parte accionada, lo que puede generarse por una defensa previa o simple alegación al respecto. En esta eventualidad, el análisis de la connotación formal de la exigencia y la incidencia que genera en la posibilidad de pronunciamiento de fondo, llevaría a entender que la técnica procesal adecuada a la que debe acudir el demandado, sería la excepción prevista en el aparte d) del inciso primero del canon 66 del CPCA, referida a defectos no subsanados que impiden verter pronunciamiento sobre el fondo. Ahí, acorde a lo regulado por el ordinal 92.1 ibidem, detectado el defecto, el juzgador debe conceder un plazo de cinco días para

corregir el defecto, bajo apercibimiento, como proyecta el inciso segundo de esa norma, de inadmisibilidad (formal).

El tratamiento del aspecto comentado en etapa de juicio, o en general, una vez superada la audiencia preliminar, se encuentra previsto en el artículo 120.3 del CPCA. Conforme a ese precepto, si el Tribunal de Juicio o en general, Tribunal de Fondo, detecta el incumplimiento de ese aspecto formal, debe prevenir su corrección por un plazo de tres días, bajo pena de inadmisibilidad. Ante ello, se generan diversos escenarios:

- a. Que la Administración no atienda la prevención. En tal caso, debe disponerse la inadmisibilidad formal del proceso, con las implicaciones ya precisadas.
- b. Que la Administración aporte la constancia de declaratoria interna emitida en el plazo previsto por el numeral 34.1 del CPCA. En tal hipótesis se tendría por satisfecha la exigencia y se continuará con el proceso.
- c. Que la Administración aporte la constancia de declaratoria interna emitida fuera del plazo previsto por el numeral 34.1 del CPCA. En ese supuesto, se daría una deficiencia de orden sustantivo, que no formal, pues al estar precluida la potestad aludida, se estaría frente a una conducta administrativa que no podría cuestionarse ya en el proceso contencioso administrativo. Este efecto será analizado adelante.

Lo anterior, se insiste, en los casos en que la declaratoria interna de lesividad se encuentre afecta al término previsto en el ordinal 34.1 del CPCA, ya que, cuando se esté frente a un acto de efecto continuado, como se ha señalado, esa declaratoria podría concretarse en cualquier tiempo, en tanto los efectos del acto pervivan. Por su lado, en relaciones de bienes demaniales, no existe plazo para esos efectos. Sin embargo, la apertura de plazos para esos supuestos, no es óbice para satisfacer esa exigencia.

Pues bien, dadas estas advertencias, frente a estos supuestos, o cualesquiera otros de las desatenciones a las rigurosidades previstas en el ordinal 58 del CPCA, y posibles prevenciones de subsanación, el numeral 61.2 del CPCA impone, como consecuencia procesal la inadmisión de la demanda. Con todo, esa cuenta con recurso de apelación ante el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, el que deberá formularse en el plazo de ocho días hábiles, sin efecto suspensivo. Es claro que esa inadmisión no causa cosa juzgada material, pues no existe análisis de fondo de las pretensiones, lo que implica que, pese a ese archivo, el accionante podría plantear de nuevo su demanda, siempre que tuviere plazo para esos efectos.

## **8.2. Plano sustancial.**

Desde la arista de la admisión sustancial, de conformidad con el ordinal 38 del CPCA, de oficio, el juez de trámite puede disponer que la demanda recaea contra un acto que no es susceptible impugnación en esta sede, o que existe prejudicialidad. En tal caso, acorde al artículo 62 ibidem, puede inadmitir por el fondo la demanda. Esta decisión por generar cosa juzgada material, puede ser cuestionada mediante el recurso de casación ante la Sala Primera, sea como Sala en sí o como Tribunal de Casación (ver transitorio I del CPCA), según se colige de los mandatos 62 y 134 del CPCA. Evidentemente, si la casación es rechazada, esa decisión del juez de trámite adquiere firmeza impidiendo que el asunto sea debatido nuevamente en la jurisdicción, y si es acogido el recurso, la Sala Primera (en cualquiera de los roles aludidos), dispondrá la remisión de los autos a la etapa de trámite para continuar con la tramitación del proceso. Cabe indicar que esa inadmisibilidad de fondo puede igualmente declararse por la resolución de algunas de las defensas previas previstas en el canon 66 del CPCA, siempre que esa defensa se refiera a temas de fondo y no solo formales.

De esas referencias se desprende, nuevamente, las potestades de verificación que son asignadas a la fase de trámite dentro del proceso contencioso administrativo, en cuanto a la concurrencia de presupuestos de la acción de lesividad y que determinan, según sea el caso, la inadmisión formal o sustancial de ese tipo de proceso. En el caso de las cuestiones sustantivas, el numeral 38 inciso primero del CPCA señala:

**“ARTÍCULO 38.-**

*1) No será admisible la pretensión de nulidad en relación con los actos que, estando viciados, hayan sido consentidos expresamente o sean reproducción de otros anteriores, ya sean definitivos y firmes o confirmatorios de los consentidos.”*

Por su parte, el ordinal 62 ejusdem estatuye en su rigor literal:

**“ARTÍCULO 62.-**

*1) En caso de que la jueza o el juez tramitador lo considere procedente, declarará no haber lugar a la admisión de la demanda, cuando conste de modo inequívoco y manifiesto que:*

*a) La pretensión se deduce contra alguna de las conductas no susceptibles de impugnación, conforme a las reglas del capítulo II del título IV de este Código.*

*b) Existe litis pendencia o cosa juzgada.*

*2) La jueza o el juez tramitador, antes de declarar la inadmisión, hará saber a las partes el motivo en que se funda, para que, en el término de cinco días hábiles, aleguen lo que estimen procedente y acompañen los documentos a que haya lugar.*

*3) Contra la resolución que acuerde la inadmisión, cabrá recurso de casación, el cual será del conocimiento del Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo.”*

Dicho precepto reconoce la potestad de la persona juzgadora de trámite de disponer dicha inadmisibilidad, que, estriba en consideraciones que no guardan relación con aspectos meramente formales, sino que, por reflejar un análisis de



fondo respecto de la viabilidad de ingresar a resolver sobre la pretensión anulatoria, supone un efecto procesal de cosa juzgada material, poniendo fin al proceso de manera definitiva. A diferencia de la inadmisión formal que, como se ha indicado, posibilita que se ejerza nuevamente el derecho de acción, en tanto se encuentre dentro del margen de temporalidad aplicable, en la de orden sustantiva, esa formulación resulta improcedente e inviable. Justamente por esa consecuencia procesal es que el inciso 3) de ese mandato fija como medida recursiva la vía de la casación.<sup>313</sup>

Cabe destacar que la inadmisión de fondo, no supone un análisis de procedencia o improcedencia de la pretensión anulatoria en cuanto a la revisión del acto sometido a debate. En rigor, la inadmisibilidad dice de una condición procesal en la cual, la pretensión que se formula, no puede ser abordada y examinada, por carecer de un elemento fundamental de ingreso al proceso, sea porque el acto sobre el que pretende recaer el proceso no puede ser examinado, aún y cuando sea derivación de la función administrativa, o bien, cuando su revisión de validez no sea factible por haber operado alguna circunstancia que le hace inmodificable, como es el caso del decurso de tiempo que impone el Ordenamiento Jurídico para esos efectos, caso de la caducidad.

Así, la inadmisibilidad aludida no supone un control del acto administrativo, sino la indicación de la imposibilidad jurídica de hacerlo, por la concurrencia de factores legalmente establecidos. Cosa diversa es la improcedencia de la pretensión, regulada por el ordinal 121 del CPCA, en la que dicho mandato establece con claridad que: *“La pretensión se declarará improcedente, cuando no se ajuste al*

---

313 En orden a lo que dispone el numeral 134 del CPCA, la casación se constituye como un remedio de naturaleza extraordinaria que procede, únicamente, en contra de las sentencias y autos con carácter de sentencia, con autoridad de cosa juzgada material. Precisamente la contundencia de la inadmisión sustancial hace que dicho criterio sea el aplicable, dando paso a la medida de casación para evitar la configuración de efectos de esa inadmisión, en tanto da por cerrado de manera definitiva ese debate en cuanto a la pretensión anulatoria.

*ordenamiento jurídico.*” Es decir, el análisis de procedencia supone el contraste de la conducta administrativa con el Ordenamiento Jurídico al que se encuentra sujeta, por lo que, dicho análisis de procedencia, parte de la admisión de la pretensión, sea, la factibilidad o viabilidad de ser analizada en el proceso. Por contraste, el análisis de admisibilidad de fondo, se insiste, considera la posibilidad o no de ingresar a valorar por el fondo ese criterio de procedencia.

Ahora, si bien la fase de trámite, en las etapas iniciales del proceso pueden llevar a declarar la citada inadmisibilidad sustantiva, tal ponderación es igualmente abordable en la fase de sentencia de fondo. Para ello, es claro que tal posibilidad se concretaría en los casos en que el análisis de admisibilidad de marras, no se haya realizado en la fase de trámite o bien, cuando habiéndose planteado, la persona juzgadora hubiere estimado que no se configuraban los presupuestos necesarios para disponer la aplicación del canon 62 del CPCA, sea, declarar inadmisibile el proceso. En ese sentido, resulta evidente que, si bien la decisión de trámite de inadmitir la pretensión anulatoria, en tanto pone fin al proceso de manera definitiva, ostenta el efecto de cosa juzgada material, no ocurre lo mismo cuando esa cuestión, alegada por las partes, haya sido denegada. En ese escenario, el proceso continúa, y la decisión de la instancia de trámite no es oponible a las etapas posteriores del proceso. Así se desprende del artículo 92 incisos 6) y 7) del CPCA, en cuanto señalan:

**“Artículo 92.- (...)**

**1) ...**

**6) *Contra la resolución que declare con lugar las defensas previas previstas en los incisos g), h), i), j) y k) del párrafo 1 del artículo 66, de este Código, así como toda otra que impida la prosecución del proceso, únicamente cabrá el recurso de casación, el cual será del conocimiento del Tribunal de Casación de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda.***

**7) *En contra de la desestimación de las defensas previas no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de su posterior examen en el dictado de la sentencia, bien sea para declarar la inadmisibilidad de la demanda,***

*conforme a las reglas del artículo 120 de este Código, o bien, para pronunciarse sobre su procedencia.”*

Como se desprende de esa referencia, el rechazo de las defensas previas, sea que se relacionen con aspectos formales (defectos de representación, falta de agotamiento de la vía administrativa, defectos formales de la demanda), como las asociadas a aspectos propios de admisión de fondo (acto no susceptible de impugnación, litispendencia, cosa juzgada, transacción, caducidad y prescripción), no produce cosa juzgada y en consecuencia, pueden ser reiteradas en las fases ulteriores de la causa, de suerte que tal y como expone el inciso 7) aludido, pueden ser analizadas en sentencia para disponer la inadmisibilidad de la demanda. De igual manera, son cuestiones de abordaje oficioso por parte del Tribunal Sentenciador.

Sobre ese particular, el numeral 120 del CPCA, fija los criterios para establecer la inadmisibilidad en sentencia, según el siguiente detalle:

**“ARTÍCULO 120.-**

*1) La sentencia declarará la inadmisibilidad, total o parcial, de la pretensión en los casos siguientes:*

*a) Cuando la pretensión se haya deducido contra alguna de las conductas no susceptibles (sic) de impugnación, conforme a las reglas del capítulo I del título I de este Código.*

*b) Cuando exista cosa juzgada material.”*

Dicha norma regula dos supuestos diversos, a saber, conductas no impugnables y litispendencia, en el siguiente orden:

1. Conductas no susceptibles de impugnación:

Aspecto que, si bien debe vincularse, en términos iniciales a los supuestos previstos en el mandato 38 del CPCA, no debe limitarse a ese supuesto. Lo anterior ya que, si bien esa norma fija algunos supuestos de actos no impugnables, se limita a mencionar los denominados actos consentidos expresos, los confirmatorios o de

ejecución de aquellos. Empero, la categoría de acto no susceptible de impugnación no se limita a ese supuesto.

Para efectos de la lesividad, se comprendería dentro de esa tipología los actos que, aun cuando de contenido favorable, no sean firmes. Como parte del elemento objetivo ya analizado, el ordinal 34 del CPCA precisa que el acto impugnado sea estable, lo que se deriva del estado de firmeza. De ahí que, cuando se trate de una conducta que no ostente esa condición, no podría ser cuestionado en sede contencioso administrativo. Empero, dado que la firmeza depende de la confirmación del acto en sede recursiva o de la inercia en el ejercicio de los derechos de reacción frente a esa conducta, en tal caso la inadmisibilidad se daría por lo prematuro de la acción, siendo que cuando el acto adquiriera el estado de firmeza, la eventual inadmisión decretada contra el acto final, no impediría la lesividad contra aquella conducta ulterior.

De igual manera, tratándose de la acción de lesividad, se ha indicado que no se encuentra limitada a que el acto reconozca un derecho subjetivo, pues se comprende como un medio procesal para la supresión, a ruego de la propia Administración Pública, de un acto de contenido favorable, en general. A ello podría oponerse razones de orden (meramente) gramaticalista, más no de proyección pragmática. Ya se ha comentado que la aplicación *in extremis* de esa norma, llevaría a supuestos de exención de control de conductas administrativas que pese a estar viciadas, no podrían revisarse de ninguna manera en sede judicial.

La lesividad se constituye como un esquema de garantía en protección del administrado a cuyo favor la Administración Pública ha creado una determinada situación jurídica de contenido favorable, usualmente mediante la creación o reconocimiento de un derecho subjetivo. Atendiendo al principio de Intangibilidad de Actos Propios que impide a esa Administración Pública otorgante, desconocer sus propias conductas de contenido positivo (al administrado), se hace preciso que la potencial supresión por patología, de ese acto administrativo, se realice al amparo de remedios procesales, de carácter excepcional, que permitan la revisión

de legitimidad o no de ese comportamiento, con la tutela del debido proceso y la consideración de la necesidad de resguardo de situaciones consolidadas o derechos adquiridos de buena fe. Así visto, es una medida de garantía a favor del administrado para la supresión de un derecho o situación favorable que ha sido reconocida u otorgada en su esfera jurídica. Desde ese plano de comprensión, si constituye un medio para el análisis de la eventual supresión de un Derecho Subjetivo, con mucho mayor razón compone un medio procesal debido e idóneo, para revisar la validez de actos que conceden cualquier efecto favorable, aún y cuando dicho efecto no sea propio de un derecho. Si el análisis de conferimiento ilegítimo de una situación favorable es la ratio misma de la lesividad, y se constituye como mecanismo para la supresión de derechos, no existe razón para negar que pueda aplicarse, igualmente y por las mismas razones de finalidad, para suprimir actos que otorgan indebidamente un efecto favorable al destinatario.

Por ende, de cara a ponderar la admisibilidad de fondo de una acción anulatoria de lesividad, basta con que el acto firme tenga un contenido favorable, sin distingo del grado de oponibilidad y exigibilidad de esa situación jurídica.

Por otro lado, como se ha expuesto *ut supra*, cuando la misma Administración Pública haya omitido la declaración interna de lesividad dentro del ámbito temporal que le impone el numeral 34.1 del CPCA, y siempre que no se encuentre en los supuestos de excepción relativos a nulidad absoluta de efectos continuados y actos relacionados con régimen de demanialidad, es claro que esa circunstancia hace que esa conducta no pueda ser impugnada en sede contencioso administrativo. Tal inadmisión no se relaciona con la caducidad del derecho de acción, regulado en el ordinal 39.1 del CPCA, tema ya tratado, pues bien puede acontecer que la demanda de lesividad se formule dentro del año ulterior a la declaratoria de lesividad, pero esta declaración, se haya adoptado fuera del término anual establecido al efecto. En ese sentido, no cabe tratar esa cuestión como una caducidad de la acción, sino como una deficiencia que incide en la preclusión de la potestad de declarar lesivo el acto como fase previa a la acción judicial, en virtud de lo cual, se produce una

suerte de consolidación del acto y se torna inimpugnabile por esos remedios procesales.

Así las cosas, en general, en la sentencia del proceso de lesividad, puede haber pronunciamiento sobre la inadmisibilidad de la acción, aun y cuando previamente la fase de trámite haya rechazado la defensa de acto no impugnabile, sea por reiteración de alegato de parte, o bien, por abordaje oficioso.

## 2. Litispendencia.

Como derivación de lo señalado en las normas antecedentes, aquellos casos en que exista litispendencia, no podrán darse admisión al análisis de fondo de la pretensión anulatoria. Sin embargo, si se comprende la finalidad del proceso de lesividad, direccionado a analizar la validez de un acto firme de contenido favorable, el único supuesto posible que se observa de cara a una potencial litispendencia, sería el referido a que exista ya una causa contencioso administrativa en la que se haya petitionado el análisis de validez de esa misma conducta administrativa.

En tal supuesto, puede ponderarse dos tratamientos procesales:

- a) Que se imponga la prejudicialidad que se configura respecto del proceso anulatorio ordinario y, por ende, la lesividad deba inadmitirse en la medida en que los efectos de que aquella primera causa antecedente, serían extensibles a la causa de lesividad.
- b) La otra opción es que, ante la afinidad de las pretensiones, que inciden sobre la misma conducta administrativa, se disponga la acumulación de los procesos, en orden a lo que estatuye el numeral 44 del CPCA. En esa hipótesis, el análisis de validez que se propone respecto de una misma conducta, justificaría la unidad procesal y, por ende, disponer la acumulación de causas.

Por ende, la temática de la prejudicialidad como criterio de inadmisibilidad de fondo extensible a la lesividad, es relativo y se supedita a las particularidades propias de cada proceso relacionado.

### 3. Cosa juzgada material.

El otro supuesto regulado por el numeral 120 del CPCA se refiere a la concurrencia de la cosa juzgada material. Dicha aplicación deriva de la lógica misma de ese instituto procesal, que implica o supone la oponibilidad de lo decidido en un proceso previo, a todo proceso ulterior cuyo objeto tenga como efecto, aun potencial, desconocer el contenido y efectos jurídico-materiales del fallo antecedente. Sobre los presupuestos de esa figura, el ordinal 64 del CPC (Ley No. 9342)

#### ***“ARTÍCULO 64.- Cosa juzgada***

*Para que se produzca cosa juzgada es necesaria la identidad de sujetos, objeto y causa, la cual puede ser declarada de oficio. Sus efectos se limitan a lo dispositivo. Producen cosa juzgada material las sentencias firmes dictadas en procesos ordinarios y las resoluciones expresamente indicadas por la ley, lo cual hace indiscutible, en otro proceso, la existencia o no de la relación jurídica juzgada. Las sentencias dictadas en los demás procesos tendrán efecto de cosa juzgada formal y la presentación de un proceso ordinario no impedirá su ejecución.”*

Desde ese plano, es menester señalar que ese instituto sería aplicable en la medida en que las mismas causas patológicas que sustentan la nulidad, ya hayan sido objeto de análisis y definición en otra causa antecedente, lo que restringe la posibilidad de ocurrencia de la cosa juzgada como factor oponible a la lesividad.

### 4. Otros supuestos de inadmisibilidad.

Pese a que el numeral 120 del CPCA lo alude a otros supuestos diversos a los ya comentados, es necesario integrar dicha norma con lo regulado en los ordinales 66.1 incisos i) y k), así como el canon 67 de esa misma normativa legal. La primera referencia se trata de las defensas de litisconsorcio, y las de prescripción y caducidad, respectivamente. Ya se ha señalado que la preclusión de la potestad de

declarar lesivo en sede administrativa el acto, es un tema asociado a la inimpugnabilidad de la conducta, que no a la caducidad de la acción. Por otro lado, es claro que la acción de lesividad se rige por la figura de la caducidad, siendo que la prescripción no es aplicable a la pretensión anulatoria. Esto lleva a que los demás aspectos por los cuales pueda disponerse una inadmisión sustancial en cuestiones de lesividad, se reserven a la caducidad de la acción y a la remota posibilidad de una transacción.

Para esos efectos, en lo que se refiere a la caducidad de la acción, debe remitirse a lo ya tratado en cuanto a ese elemento, en el cual, se ha distinguido entre la nulidad de los actos de efecto instantáneo, la de los actos de efecto continuado y las del régimen de dominio público.

En ese sentido, ante la duda sobre la caducidad aplicable, lo usual es que el tema sea reservado para ser definido en fase de sentencia. De conformidad con el numeral 66.1.k) del CPCA, la caducidad puede ser alegada en la contestación de la demanda o bien, al socaire del precepto 67.1 ibidem, en cualquier etapa del proceso, hasta antes de la terminación del juicio oral y público. Con todo, es evidente que en las modalidades procesales en las que no exista audiencia complementaria (de juicio), tal norma ha de ser interpretada en el sentido de que la defensa puede alegarse hasta antes de que el asunto quede listo para el dictado del fallo respectivo.

Según lo indica el mandato 67.2 del CPCA, si esas defensas se formulan antes de culminada la audiencia preliminar, han de ser resueltas de manera interlocutoria, sea, por la misma fase de trámite, en tanto que, si son planteadas con ulterioridad a esa audiencia, deben ser resueltas en sentencia. Ese tratamiento engarza con lo regulado por el artículo 90, cuyo inciso 1) letra d) ejusdem, impone que sea dentro de la audiencia preliminar que se resuelvan las defensas previas.

Tales regulaciones han llevado, en la praxis del proceso contencioso, a que lo usual sea que, ante el alegato de caducidad (o prescripción), incluso formulado de previo a la culminación de la audiencia preliminar, las personas juzgadoras opten por



reservar la definición de esas defensas para sentencia de fondo, argumentando que la preclusión de la potestad o derecho, no es evidente y manifiesta. Lo anterior pese que, en muchas ocasiones, las variables que convergen en el caso concreto, no impregnan de complejidad el análisis de ese factor temporal, pudiendo ser resuelto de manera interlocutoria. Desde luego que no se trata de una aplicación generalizada *in totum*, pues algunas personas juzgadoras de trámite optan, de manera debida, por afrontar ese examen, empero, es la tónica mayoritaria, dilatando la decisión de un aspecto que puede acelerar la definición del caso.

Desde la óptica del diseño del proceso contencioso, no se comparte el condicionamiento que para resolver las defensas previas señala el canon 66.1 inciso k) del CPCA, en cuanto califica que debe ser evidente y manifiesta. Lo cierto del caso es que, ante un alegato de caducidad de la acción, sea como defensa previa con la contestación de la demanda o luego de esa etapa, pero previo a la culminación de la audiencia preliminar, las competencias del juez o jueza de trámite le permiten resolver ese aspecto. Si la defensa se formula en una fase posterior a la preliminar, corresponde ser atendida por el Tribunal de Fondo. Sin embargo, limitar las potestades decisoras de la persona juzgadora de trámite por la carencia de una notoriedad en la procedencia de la caducidad, da paso a la liberalidad de criterio para dilatar esa decisión, bastando invocar dicha frase para evadir ese análisis.

La sola opinabilidad en cuanto a los hechos relevantes para establecer el *dies a quo* del término, o la invocación de múltiples (o varias) normas jurídicas posiblemente aplicables para analizar la caducidad, no es motivo de peso ni suficiente para declinar esa competencia en fase de trámite. Diverso es el caso de que exista necesidad de valoración de prueba para esclarecer esos parámetros. Pero en lo demás, no podría invocarse complejidad como causa de excusa para resolver, por el simple deber de acomodar hechos para computar plazos o términos, o por alegatos abiertamente improcedentes. Lo cierto del caso es que el CPCA concede a la etapa de trámite el poder (¡y deber!) de resolver ese tipo de cuestiones de manera interlocutoria, por lo que la negación de ese ejercicio por razones que

no evidencian complejidad que amerite análisis de fondo más profusos, no es otra cosa que una renuncia al ejercicio de las competencias asignadas.

De ahí que lo frecuente es que, en los procesos de lesividad, por evidente que sea la preclusión del derecho de incoar la causa, el tema se reserve para sentencia de fondo, sin que las partes puedan ejercer mayores acciones para combatir esta dilación.

En suma, superados esos requisitos de admisión tanto formal como sustancial, el Tribunal decisor ha de ingresar al análisis de la procedencia o no de la anulación requerida, a efectos de lo cual, ha de ponderar el tipo de vicio alegado, las causas de nulidad en que se ha sustentado el requerimiento de anulación, las situaciones jurídicas a tutelar, y otra serie de aspectos que de seguido se pasa a analizar en cuanto a la sentencia y su contenido.

## **9. Pronunciamientos judiciales sobre la pretensión de lesividad. La sentencia.**

El proceso de lesividad tiene por objeto el análisis de validez de conductas administrativas que han adquirido firmeza y cuyo contenido es favorable a un administrado (por configuración de un derecho subjetivo, sin perjuicio de la tutela de los intereses legítimos). Ya se ha señalado que se constituye en un mecanismo procesal excepcional, que permite a la Administración Pública otorgante, requerir en sede judicial la supresión por patología de esa conducta, previa declaratoria interna de lesividad por afectación a los intereses públicos, dentro de los plazos previstos por el Ordenamiento Jurídico. El objeto mismo de ese proceso hace que, por virtud del principio de congruencia procesal (artículo 119 del CPCA), la competencia decisional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa deba concentrarse en dicho examen, proclive a determinar la pertinencia y procedencia de nulidad absoluta requerida.

No obstante, dada la incidencia e impacto que el efecto de una potencial sentencia estimatoria generaría en la esfera jurídica del administrado, beneficiado en su oportunidad por una conducta favorable de la Administración Pública, que ahora precisa su eliminación, lleva a que, no en pocas ocasiones, como parte integral de ese proceso de lesividad, el objeto del debate deba incluir el análisis de la tutela y resguardo de las situaciones consolidadas o derecho adquiridos de buena fe, como pauta preambular de la protección de situaciones patrimoniales que se desprenderían de la nulidad del acto. Ese abordaje de cuestiones patrimoniales, se hace preciso además respecto de la estimación del efecto declarativo (o constitutivo) de la nulidad, de cara a que la Administración, a partir del cese de vigencia del acto, y ante el efecto retroactivo de una invalidez, puede requerir el reintegro de ventajas patrimoniales producidas indebidamente por el curso de efectos materiales y jurídicos del acto. Ello supone, el objeto de análisis de esa causa, y, por ende, de pronunciamiento en la sentencia, no se limita al examen de validez de la conducta administrativa, sino, además, como consecuencia asociada a su ciclo de vigencia, cuestiones de orden patrimonial.

Esta perspectiva se concreta, en la praxis, mediante la formulación de reconveniones por parte del administrado titular de la situación jurídica afectada. Todo lo dicho impone el necesario abordaje de esos aspectos que han de ser integrados en la decisión jurisdiccional.

### **9.1. Objeto principal de pronunciamiento: nulidad absoluta.**

De conformidad con el ordinal 119 del CPCA, la sentencia deberá resolver sobre todas las pretensiones y extremos permitidos por el CPCA. Desde ese plano, el pronunciamiento judicial debe abocarse el examen de validez o no del acto cuestionado, dentro del límite de los aspectos debatidos por las partes. Esto supone la supeditación del órgano sentenciador a las alegaciones de las partes, objeto de

la contienda y pronunciamientos oficiosos, permitidos por la normativa aplicable, acorde a la máxima procesal de congruencia.

De ahí que resulte necesario ahondar en cuanto a los aspectos asociados a la nulidad, potencialmente declarable por este medio.

**a. La declaratoria interna de lesividad como límite de análisis jurisdiccional: la congruencia entre las causas alegadas y las analizadas en sentencia.**

Ya se ha puesto en evidencia que la acción de lesividad requiere de la declaración previa de disconformidad, por parte de la jerarquía máxima suprema de la respectiva Administración Pública. Igualmente, se ha señalado que tal exigencia se constituye como requisito de admisibilidad formal de la acción de lesividad, de manera que, caso de no aportarse, bien puede ser prevenido y subsanado por la Administración Pública accionante.

Con todo, el análisis de legitimidad o no del acto que se formula en la sede contencioso administrativo a partir de la pretensión de lesividad, lejos se encuentra de constituirse en un abordaje oficioso por parte del órgano jurisdiccional, en virtud del cual, pueda disponer la eventual patología de la conducta sometida a su revisión, con independencia y desvinculación de las razones concretas en que la Administración Pública requirente ha sustentado su acción anulatoria. En efecto, la máxima de congruencia aludida y la aplicación mesurada de los principios de defensa material y debido proceso, imponen al Tribunal Contencioso Administrativo, un límite infranqueable en la ponderación de las razones de nulidad.

Desde ese plano, la declaratoria interna de lesividad no constituye un mero requisito formal, sino la expresión (sustantiva) de voluntad de parte de la jerarquía máxima suprema de la respectiva Administración Pública, de considerar lesiva, perniciosa a los intereses públicos que tutela dicha Administración, una determinada conducta que ha otorgado de manera irregular, un derecho subjetivo o situación favorable a

un tercero. Tal manifestación de voluntad debe expresar con el rigor debido, las razones concretas a partir de las cuales considera se produce dicho contraste sustancial con los intereses públicos tutelados. Ello supone, a no dudarlo, el abordaje y alegación de los defectos sustanciales del acto, que pongan en evidencia la patología de grado absoluto y que, justifique su precisión.

De esa manera, la acción de lesividad se ejerce sobre la base de motivos concretos y específicos de nulidad, que han sido previamente ponderados y analizados a lo interno de la Administración requirente. Por ende, en tesis de principio, la demanda de lesividad debe configurarse sobre la base, y en plena armonía, con los motivos expresamente rogados en el acto de declaratoria interna de lesividad. Lo anterior supone que la demanda de lesividad no podría exponer ni alegar razones de patología que no hayan sido previamente definidas y declaradas por la jerarquía suprema de la respectiva Administración, dentro del ámbito temporal que resulta aplicable para esa primera fase del proceso de lesividad.

Desde ese plano, frente a la eventual incongruencia e incompatibilidad que se presente entre ambos referentes, el órgano sentenciador deberá abordar, con exclusividad los motivos de nulidad que, de manera expresa, fueron declarados en sede interna. Ahora bien, frente a la eventual disonancia de la acción respecto de ese referente, se trata de un aspecto que bien puede ser prevenido a la parte accionante para que aclare y precise los términos de su demanda, de conformidad con lo previsto por el numeral 61 del CPCA. Sin embargo, bien puede darse el caso de que la Administración mantenga sus manifestaciones sobre causas de patología que no fueron parte de la declaración administrativa. Frente a tal posibilidad, y con independencia de que la parte accionada haya contestado o no esas alegaciones, se insiste, el análisis de fondo ha de concentrarse y limitarse a aquellos motivos que sustentaron la lesividad interna. Esto pone de manifiesto la trascendencia, para el proceso de lesividad, de la necesaria motivación (y previa declaración) de los motivos sobre los cuales se constituye la nulidad absoluta que genera como consecuencia, la vulneración de los intereses públicos, que dan base a la acción de lesividad.

Sobre ese particular, el profesor Jiménez Meza señala:

*“Por esto, no es de tanta trascendencia justificar rigurosamente que el acto sea lesivo al interés público, como señalar y motivar las posibles violaciones al ordenamiento jurídico, sin que por ello pueda alegarse, con notoria certeza, la nulidad absoluta; de lo contrario procedería el procedimiento de nulidad oficiosa. Lo primordial, entonces, para el proceso contencioso administrativo de lesividad, es la debida motivación de la declaración interna y preparatoria para la ulterior incoación de esta demanda que, en principio, supone la afectación al interés público y la violación al ordenamiento jurídico que no dan soporte alguno al nacimiento y disfrute de aparentes derechos subjetivos que en principios resultan oponibles a otros sujetos con derechos y competencias legítimas. (...)”*<sup>314</sup>

El citado autor considera que la admisibilidad del proceso de lesividad no se condiciona, a priori, de la existencia de actos viciados de nulidad absoluta, en razón de satisfacer el ejercicio fundamental de la acción procesal y la potestad contralora administrativa. Empero, precisa que no sería inadmisibile la demanda de esta naturaleza en la que, la declaración interna de lesividad no invoque la nulidad absoluta, al estimar que queda posibilita la declaración judicial, y que, en todo caso, de existir certeza sobre esa nulidad, haría que fuese evidente y manifiesta, lo que permitiría la supresión oficiosa sin necesidad de intervención judicial.<sup>315</sup>

Coincidimos con el citado autor en cuanto a que la calificación previa de la patología no es criterio que pueda llegar a condicionar el ejercicio de la acción de lesividad, pues, en definitiva, el fondo de la cuestión y, por ende, la existencia de una patología de grado absoluto, es un asunto que debe definir el órgano jurisdiccional. Empero, como se ha expuesto, la facultad prevista en el numeral 173 de la LGAP, no excluye que aún frente a ese tipo de deficiencias estructurales, la Administración pueda acudir a la sede judicial de lesividad. Así, una cosa es la dispensa de

---

314 Jiménez Meza, Manrique. Derecho Público. Tomo I. 2da Edición Ampliada y Actualizada. Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2016. Pág. 338.

315 Ibidem. Pág. 339-340.

declaratoria de ese tipo de nulidad en sede interna, y otra es la procedencia de la demanda de lesividad, la que, como se verá en el tema siguiente, parece estar reservada para patologías que puedan considerarse sustanciales.

Ahora bien, lo que resulta notorio es que la demanda de lesividad debe acompañarse de la declaratoria interna aludida, instrumento que, se insiste, delimita y precisa los motivos sobre los cuales se estima la patología del acto de contenido favorable. De ello deriva que el análisis judicial ha de centrarse en esas razones patológicas mencionadas y fijadas en el acto de declaratoria administrativa. En ese plano, Jiménez Meza parece postular una flexibilización de esa exigencia, a partir de que, a su juicio, el juzgador no se encuentra ligado a ese acto respectivo. Sobre ese particular, señala:

*“El hecho de que la Administración declare en fase administrativa la eventual presencia de nulidades absolutas en el acto propio y declaratorio de derechos, no significa que el juzgador esté ligado sustancialmente al respectivo acto administrativo que así lo disponga, por la sencilla razón de ser una conducta administrativa. Y a la inversa, si no realiza tal declaratoria de nulidad absoluta en fase administrativa, no por esto dejan de darse las nulidades absolutas por su existencia y verificación objetiva. Sin embargo, debemos siempre asumir que la Administración ha de motivar la pretensión anulatoria, con los elementos suficientes para que la autoridad judicial pueda determinar la nulidad absoluta en el acto declaratorio de derechos, como factor de importancia para correcto (sic) y justo discernimiento, con las consecuencias jurídicas del caso.*

*Sin embargo, es de buen y sano Derecho concluir, que el requisito de la nulidad absoluta para la anulación del acto propio y declaratorio de derechos, impone de la Administración, desde la resolución interna que declara la lesividad y autoriza la interposición del proceso, motivar las razones de las eventuales violaciones al ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la afectación puntual al interés público.”<sup>316</sup>*

---

316 Del autor, Op. Cit. Págs. 340-341.

Es evidente que el análisis formulado en el acto interno en el que la Administración Pública, en cuanto al grado de nulidad e implicaciones de los vicios en los que se sustenta la acción judicial, si bien habilita y autoriza la formulación de la contienda judicial, en modo alguno, condiciona el análisis de la autoridad jurisdiccional en cuanto a la ponderación de concurrencia o no de los defectos objeto de valoración. Al igual que sucede con cualquier alegato de hecho o de derecho en que se sustente determinada postura dentro de un proceso judicial, configuran justamente alegaciones que, dentro de la teoría del caso de cada una de las partes, son sometidas a conocimiento de una instancia de decisión, la que deberá ponderar, frente a cada caso, si las probanzas respaldan los asertos fácticos aducidos, así como si el Ordenamiento Jurídico aplicable al caso específico, concede la razón y ampara la postura formulada, de cara a estimar las pretensiones o bien, acoger las defensas que contra esos ruegos se formulan. Tal tratamiento no pasa por alto en las causas de lesividad. Empero, ello no dice que la simple petición de control de la actividad administrativa (art. 49 de la Constitución Política), suponga una dispensa para que las partes en conflicto, y particularmente la Administración Pública, esquiven el deber procesal de motivar las causas sobre las cuales formula una pretensión de orden anulatorio.

Así visto, esa declaratoria interna no es una simple manifestación de intención anulatoria autorización para formular la acción judicial; todo lo contrario, es el parámetro a partir del cual debe cursarse la demanda y que en orden a la congruencia procesal, demarca y delimita las razones concretas que han de ser examinadas para determinar si la conducta objeto del proceso, presenta las patologías que le hacen ilegítima y que llevan a disponer su supresión por antagonismo con el interés público. De otro modo, si se parte de la base de que es el Tribunal Sentenciador la instancia que debe examinar la legitimidad del acto administrativo, al margen y con independencia de los ruegos y alegatos de quien reclama su supresión, ningún sentido tendría la exigencia de motivación antecedente de la nulidad, pues bastaría, en ese enfoque, petitionar la revisión judicial, delegando a la instancia judicial el análisis *in totum* e integral de esas



conductas, sin necesidad de que las partes formulen causa o alegato alguno. Sería propio de un sistema de control oficioso, inquisitivo, en cuanto a las causas de nulidad, aun cuando afecto a gestión o requerimiento de revisión por parte interesada (modelo rogado). Tal visión no es la regulada en el CPCA.

Por lo opuesto, la dinámica misma de las causas contencioso administrativas exige una neutralidad y balance en las cargas procesales, derivación del debido proceso y de la justicia administrativa, que imponen, consideramos, a que el examen judicial debe realizarse dentro del ámbito de las reclamaciones expresamente elencadas por las partes litigantes, sin que pueda, de oficio, colegir defectos del acto que no han sido alegados. Ciertamente la nulidad supone una infracción al Ordenamiento Jurídico, como igualmente cierto es que el régimen jurídico tutela el derecho de acción judicial; pero ello no es óbice del cumplimiento de cargas procesales que determinan la admisión o no de posturas de los involucrados y que moldean y dan contenido y límite a la máxima de congruencia procesal.

De ahí que la justificación y exposición de las causas en que se sustenta la pretensión de lesividad se impone como rigor formal, pero a la vez sustancial, en este tipo de procesos, imponiendo los puntos sobre los cuales debe recaer el examen judicial. Bajo este esquema, no estimamos que el numeral 182 de la LGAP, ni el 90.1.b o 95 del CPCA, sean norma que permitan a la autoridad jurisdiccional, evadir semejante congruencia y demarcación, aduciendo alguna suerte de control objetivo de las conductas administrativas, pues ello no solamente produce un desbalance procesal, sino que desnaturaliza el modelo dispositivo que rige en las contiendas contencioso administrativas.

Ni la acción de lesividad puede formularse prescindiendo de declaratoria interna, ni esa declaratoria puede ser ayuna de la expresión de las razones concretas sobre las cuales se estima lesionado el Ordenamiento Jurídico y afectado el interés público. Por consecuencia, el análisis de fondo sobre la procedencia de la pretensión de lesividad, no es factible sin la claridad de los argumentos sobre los que descansa el reclamo, como tampoco puede extenderse o abarcar supuestos

que no han formado parte de la declaración administrativa que habilita la formulación del proceso.

La congruencia entre esa declaración interna y los alegatos de la demanda de lesividad ha sido objeto de análisis en la sede contencioso administrativa, tomando parecer de la postura recién expuesta. En la resolución No. 110-2019-VI de las 13 horas 50 minutos del 30 de agosto del 2019, el Tribunal Contencioso Administrativo tuvo la oportunidad de analizar esta armonía entre las razones de la lesividad administrativa y las causas patológicas esgrimidas en la respectiva demanda. En ese plano, estimó que la parte accionante, la PGR en ese caso, había esgrimido una causa de nulidad que no estaba dentro de las razones elencadas por el Jerarca Supremo de la Administración a la que representa, como uno de los motivos que justifican la declaratoria de lesividad.

Dada esa situación, el órgano sentenciador consideró que no era factible apartarse o añadir aspectos no incorporados a la declaratoria realizada por la Administración activa, en primer lugar y como el motivo más importante, porque la lesividad constituye una garantía fundamental de las personas en sus relaciones jurídico administrativas. Al socaire de los preceptos 34 constitucional, 173 y 183 de la LGAP, el Tribunal estimó que si la lesividad es una garantía frente al ejercicio de una potestad que por definición es excepcional, la forma a través de la cual se enerva este obstáculo, debe ser verificada de igual manera por el Juzgador, es decir, de modo estricto, en particular si añadimos pautas interpretativas como los principios pro persona y pro libertatis, que conllevan a favorecer aquellas hipótesis que amplíen los derechos fundamentales de las personas y a reducir aquellas que los restrinjan. De ahí que estimó que, si la Administración decide ejercer esta competencia, el acto que declara la lesividad interna, debe expresar claramente aquellos motivos por los que estima se ven afectados los intereses públicos a raíz del acto favorable que, en su momento, esa misma entidad pública le otorgó al administrado y esa competencia, no le corresponde al órgano que ejerce la defensa judicial del ente público del que se trate, sino que es una competencia que recae en el Jerarca Administrativo conforme lo estipula el artículo 34 CPCA, de modo que

es a éste órgano a quien le corresponde ponderar de manera exclusiva porque el acto favorable ahora (y no antes) resulta "lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza".

Para rechazar la tesis del Estado en cuanto a la posibilidad de alegar causas de nulidad diversas por la representación judicial de los intereses del Estado, la citada sentencia dispuso:

*"(...) Entiende esta Cámara, entonces, que si bien los artículos 1 y 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, autorizan a este órgano a llevar a cabo la defensa de los intereses del Estado y que esto, consecuentemente, le faculta para desarrollar la estrategia legal que considere más adecuada y conveniente, tratándose de acciones de lesividad, deben privar los términos en los que ha sido ejercida esta garantía constitucional por parte de la Administración activa, de modo que sus atribuciones deben limitarse al marco fijado por la declaratoria de lesividad, quedando a salvo, eso sí, el control de legalidad que de oficio puede ejercer esta jurisdicción sobre la conducta impugnada, conforme los numerales 49 constitucional, 1, 2, 36, 42 y 122 CPCA y 182 LGAP. Por consiguiente, resultando improcedente que este Tribunal entre a valorar el supuesto vicio de la motivación del acto impugnado, como uno de las razones para considerar el fallo del TFA como contrario a los intereses públicos, toda vez que no fue así ponderado por el Jerarca administrativo en la declaratoria de lesividad, se declara de oficio la inadmisibilidad parcial de la demanda en relación a este punto, pues carece del presupuesto procesal para ser incoado. Prosígase entonces con el conocimiento por el fondo de los restantes aspectos en los que se fundamenta la acción de lesividad, al cumplir ésta con los presupuestos procesales para ello."*

A partir del contenido de ese fallo y atendiendo a las razones esbozadas, se puede postular, en lo medular los siguientes aspectos:

1. Las alegaciones de nulidad que se plasman en la demanda de lesividad, deben supeditarse a los vicios que fueron expresados en el acto interno de la Administración que autoriza a la formulación del proceso y que se

constituye como la manifestación formal de voluntad del jerarca administrativo en cuanto a las razones de la disonancia con el interés público.

2. Al ser la lesividad un medio excepcional para suprimir situaciones jurídicas de contenido favorable, la interpretación de las exigencias jurídicas que le son propias ha de ampararse a la intangibilidad de actos propios y a la tutela de la máxima *pro persona* y *pro libertatis*, de lo cual, deriva congruente que el examen judicial debe estribar respecto de las causas expresamente señaladas en la declaratoria interna.
3. El acto de declaratoria interna de lesividad debe expresar de manera clara y debida las razones de hecho y de derecho que constituyen la nulidad a partir de la cual se trasgrede el interés público.
4. Las potestades de defensa judicial que pueda realizar la PGR y por extensión, cualquier patrocinio letrado de algún ente público, que le permite la formulación de la estrategia legal para la defensa de los intereses que representa, no faculta a prescindir o desconocer los motivos por los cuales se invoca la nulidad, de suerte que esa defensa debe concretarse dentro del marco fijado por la declaratoria de lesividad.
5. Las razones de lesividad que se concretan en la declaratoria interna, constituyen el marco de congruencia al que se debe someter el objeto del proceso judicial de lesividad.

Cabe señalar que esta postura aplicaría, de igual manera, para el pedimento de anulación de actos respecto de los cuales no se haya dispuesto la declaratoria interna aludida. No obstante, tal restricción no sería aplicable para las conductas conexas o derivadas del acto cuya lesividad se pretende. Lo anterior como consecuencia de los efectos de la nulidad que establece el ordinal 164.1 de la LGAP, en virtud de la cual, la nulidad de un acto supone la de aquellos ulteriores cuya existencia lógica dependa del anulado. Así, tratándose de actos de confirmación, ejecución o reiteración de uno que haya si anulado por lesividad o respecto del cual, se ejerza la acción de lesividad, si bien, en términos originales no forman parte del debate, dada esa dependencia y relación de accesoriadad, la

estimación de la lesividad supondría, por consecuencia, la patología de aquellas otras conductas, por la ausencia de la base constitutiva de su adopción.<sup>317</sup>

## 9.2. Tipos de nulidad a analizar en la lesividad.

Según lo manifiesta el profesor Jiménez Meza, la existencia misma del proceso de lesividad se sustenta en la declaratoria de una nulidad de grado absoluto y no de una mera anulabilidad, la que, en orden a la tutela de las situaciones jurídicas, no tendría la fuerza para poder suprimir un acto que ha otorgado un derecho subjetivo, dado el impacto sustantivo que ello produciría en el destinatario que ha sido beneficiado con un acto de la propia Administración Pública. En ese sentido, el citado autor precisa que este tipo de acciones son para que la Administración no pueda declarar de oficio la anulación de aquellos actos que no ostenten palmaria o notoriamente vicios de nulidad radical. Señala textualmente:

*“... Ante la duda, surge la necesaria intervención judicial para la valoración y determinación certera de poder llegarse a determinar, con cumplimiento del debido proceso de principio a fin, la existencia o inexistencia de la nulidad absoluta. El castigo anulatorio contrario al disfrute de los derechos subjetivos, declarados por la misma Administración que pretende desconocerlos y anularlos, impone la existencia objetiva de tal nulidad plena, no así la simple anulabilidad que puede ser saneada o convalidada administrativamente. El refuerzo en la protección de los derechos subjetivos, con su escudo privilegiado de defensa efectiva, no permite aceptar su desconocimiento por simples conductas adentradas en meras anulabilidades. Sería desproporcionado aceptar esta posibilidad para el desconocimiento o anulación de tales actos y, asimismo, sería contradictorio con el instituto procedimental y procesal de la lesividad,*

---

317 En la sentencia No. 70-2020-VI de las 14 horas 15 minutos del 29 de mayo del 2020, el Tribunal Contencioso Administrativo estableció la improcedencia de esa acción extensiva de conductas sobre las cuales no había recaído la acción de lesividad. A su vez, reiteró el criterio asentado en la resolución No. 110-2019-VI de ese mismo Tribunal, ya referida.

*que busca incomodar la eventual anulación de los actos propios, aun cuando la Administración deba siempre perseguir la purga o eliminación de las conductas administrativas viciadas de nulidad. (...)"*.<sup>318</sup>

Según fue anticipado en apartes previos de este abordaje, coincidimos en que el único tipo de invalidez que podría sustentar la supresión de un acto que ha otorgado un efecto favorable al administrado, la más de las veces mediante la configuración de un derecho subjetivo, es justamente la de grado absoluto. La posibilidad de que la patología relativa pueda ser superada mediante la convalidación, el saneamiento y se encuentre amparada por la presunción de legitimidad del acto, como derivación de lo regulado por el ordinal 176 de la LGAP, hacen que no tenga la potencia jurídica para colapsar el principio constitucional de intangibilidad de actos propios. Por contraste, la nulidad absoluta no ostenta esa presunción de validez, siendo que por regla legal expresa, el canon 149.3 en relación al 169, ambos de la LGAP, ni se

---

318 Jiménez Meza, Manrique. Op. Cit. Pág. 332. En ese orden resulta enfática la postura del Tribunal Supremo de España a la que refiere el autor, en cuanto a la necesaria existencia de una patología de grado absoluto como presupuesto de la lesividad, descartando la invalidez de grado relativo como justificante de esa modalidad de supresión. En la sentencia del 23 de marzo de 1993, ese Tribunal Supremo señaló: *"...Tal como viene resuelto el litigio en la sentencia apelada, el problema previo sobre el que debemos pronunciarnos es el de si al dictarse el acto se cometió alguna infracción del ordenamiento jurídico, ya que aunque los artículos 56 de la Ley de la Jurisdicción y 100 LPA no hacen referencia expresa a este requisito como presupuesto necesario para que la pretensión anulatoria pueda prosperar, sin embargo es constante la doctrina jurisprudencial que exige la concurrencia del mismo para que pueda estimarse la demanda de lesividad." (Sentencia de 6 de febrero de 1991 )92* Asimismo: *" (... ) para que una pretensión vaya dirigida a dejar sin efecto un acto propio, resulta indispensable, el que se fundamente, inicialmente, y se acredite después, en el curso del proceso que el acto o actos cuya nulidad se predica y que han sido declarados previamente lesivos no se acomoden al ordenamiento jurídico que los ampara, por cuya razón no se pueden dejar sin efecto en vía jurisdiccional, aun cuando fuesen perjudiciales para los intereses públicos, sin que los mismos contravengan la normativa que los sustentaron y en base a la cual se adoptan"*.

presume legítimo, ni se podrá ordenar su ejecución, so pena de las responsabilidades civiles, disciplinarias y penales que correspondan.

De ahí que la nulidad absoluta constituye un presupuesto infranqueable para poder llevar a la supresión de un derecho subjetivo, sin que tal consecuencia gravosa pueda concretarse a partir de una patología que no es severa y que, por tanto, no impacta el Ordenamiento Jurídico de manera sustancial, siendo innegable su irrelevancia de cara a producir semejante impacto en esferas jurídicas particulares.<sup>319</sup>

Por otro lado, siendo que la base de la lesividad, en cuanto al elemento bajo examen se refiere, es la infracción sustancial del Ordenamiento Jurídico, si bien la misma LGAP fija medidas procedimentales para disponer la nulidad *ex officio*, en la misma sede administrativa, como es el supuesto previsto en el canon 173 de esa fuente legal, el análisis de la normativa que regula la acción de lesividad, no parece descartar o negar su uso frente a actos que padezcan de nulidad absoluta, evidente y manifiesta. Siendo la lesividad un modelo procesal para disponer la supresión de actos de contenido favorable por presentar una invalidez de grado absoluto, no podría inadmitirse la pretensión anulatoria por la simple calificación del tipo o grado de nulidad absoluta que se produce.

Si la lesividad busca, entre otras cosas, no solamente el análisis de la legitimidad del conferimiento de una situación favorable, pero, además, el resguardo del debido proceso del titular de la situación jurídica a afectar, no se observa limitación alguna en que una Administración Pública acuda a este remedio, por encima de la

---

319 Jiménez Meza, Manrique, destaca esa relación fundamental y primaria en el siguiente sentido: “*Así, pues, la interconexión del acto declaratorio de derechos con la nulidad absoluta tiene tal dimensión de fuerza que no podemos concebir su anulación sin la existencia de ésta. Incluso, podríamos pensar en actos lesivos al interés público, pero que a la vez sean válidos o anulables, en cuya hipótesis no cabría el proceso contencioso administrativo de lesividad y su pretensión anulatoria, lo cual no siempre es nítido de principio para el juzgador.*” Op. Cit. Pág. 333.

posibilidad que le ofrece el mandato 173 aludido. Más simple, el que la LGAP faculte a la Administración, por la vía de la autotutela administrativa, a suprimir de manera oficiosa sus propios actos que presenten una deficiencia evidente y manifiesta, no niega, *per se*, la posibilidad de formular una lesividad contra esos actos. Lo anterior ya que los presupuestos de la lesividad no permiten derivar esa restricción de objeto. Por tanto, no son modalidades excluyentes. Incluso, dicho criterio exigiría el análisis de las causas de nulidad para definir, por criterio particular del órgano que analice cada caso, si la invalidez presentaba esos grados de evidencia y notoriedad, lo que es propio de una sentencia de fondo, caso en el cual, ningún sentido pragmático tendría semejante análisis para disponer la inadmisibilidad del ruego de lesividad y remitir a la Administración el caso para que disponga de las herramientas de la LGAP comentadas.

Desde ese plano, en sentencias recientes del Tribunal Contencioso Administrativo se ha puesto en evidencia la pervivencia de un yerro conceptual, en la medida en que se mantiene la referencia a que, dentro del elemento objetivo, el acto a suprimir puede presentar nulidad de grado absoluto o relativo. En ese sentido puede verse la sentencia No. 029-2020-VI de las 11 horas del 11 de marzo del 2020 de la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo, en la que sobre ese aspecto se ha indicado:

*“...En lo atinente a la arista objetiva, la lesividad se constituye como un mecanismo de eliminación jurídica de actos administrativos firmes de alcance particular y de contenido favorable, que sean disconformes sustancialmente con el ordenamiento jurídico, sea, los actos que padezcan de algún nivel de invalidez, sea absoluta o relativa, en cualquiera de sus tipologías (artículos 128, 158, 165 y concordantes de la citada Ley General No. 6227)”*

El detalle de ese fallo permite apreciar el defecto de criterio, en la medida en que, pese a que precisa que el acto lesivo debe presentar una disconformidad sustancial con el Ordenamiento Jurídico, dicha invalidez puede ser, indistintamente, absoluta o relativa. Es claro que la sustancialidad patológica produce y conlleva a la nulidad absoluta, dadas las condiciones y características, totalmente superables, de la



invalidez relativa. Ergo, es menester comprender que la lesividad precisa y exige de una invalidez de grado absoluto, siendo inviable que la supresión que supone la figura pueda sustentarse en una invalidez de grado relativo. Se trata de un tema de principio que ha de ser corregido en futuras decisiones judiciales sobre el tema. Con todo, no hemos detectado precedente alguno en el que la lesividad se haya constituido sobre la base de una falencia de orden relativo, proyección que, en todo caso, se insiste, sería antagónica con la lógica y sustento mismo de la figura.

Como complemento de lo expuesto, cabe destacar, nuestra LGAP fija en el numeral 165 un sistema dual de invalidez que comprende la absoluta, por ausencia de los elementos materiales del acto o bien por su imperfección de modo que impida la consecución del fin público, o bien relativa, ante la imperfección de los elementos del acto, salvo que ese defecto impida conseguir el fin, caso en el cual, se reitera, será absoluta.

Pese algunas discusiones interesantes sobre el tema, nuestro sistema ha pasado por alto el debate sobre la aplicación en el régimen local de la denominada "Inexistencia", de base francesa. En la doctrina nacional, es el profesor Ortiz Ortiz quien ha señalado algunos rasgos de esta tipología, no señalada positivamente en el contexto del numeral 165 de la LGAP, que, se insiste, se limita a señalar la absoluta y la relativa. Con todo, la inexistencia dice de un grado intenso de nulidad absoluta, por la carencia de elementos fundamentales que le hacen, jurídicamente insostenible, pese al decurso del tiempo posterior a su dictado. En cuanto a la figura, comenta el maestro Ortiz Ortiz:

*"Siempre que el ordenamiento cierra el acceso a la justicia administrativa y consagra la posibilidad de que sean eficaces, pero no impugnables, actos groseramente antijurídicos, como los absolutamente nulos que así devienen en firmes y ejecutorios- el mismo ordenamiento, a través de la jurisprudencia, busca una salida hacia la justicia y crea la figura del "acto inexistente". Contradictoria en su propio nombre, pues si el acto es inexistente no es acto, la especie ha servido en todos los sistemas esa función de escape hacia la legalidad fundamentalmente frente a dos tipos de obstáculos: la división de jurisdicciones contra el administrado, que resta poderes a cada una en beneficio de la otra y*

*deja a ambas desarmadas ante situaciones peculiares de extrema gravedad, que exigen su unificación y sobre todo la fugacidad de los plazos de caducidad para la impugnación del acto, tanto en vía administrativa como contenciosa, que frecuentemente deja incólumes actos monstruosos, por la técnica de la firmeza del acto. (...)*.<sup>320</sup>

En relación a la figura, el citado autor estima que, dado el régimen de impugnación de los actos administrativos que opera en Costa Rica, es factible que actos viciados gravemente, que constituyan verdaderos atentados contra el orden público y eventualmente contra sagrados derechos humanos, puedan verse convalidados por el tiempo que los convierte en firmes, e inimpugnables. El profesor Ortiz Ortiz denuncia en su postura que, aún después de agotada la vía administrativa, restan los plazos cortos para la interposición de la demanda contenciosa (dentro de los que cita el ejemplo de la materia de contratación administrativa). En ese sentido, cuestiona, ¿Qué hará un Juez cuando se encuentre que es ya firme y definitivo, según la Ley relatada, el acto de un Ministro que cede parte del territorio nacional a Nicaragua o que ordena un matrimonio o un divorcio? ¿Podrá convalidarse por el tiempo la expropiación y subasta de un hombre como si fuese esclavo? O una pena de muerte impuesta por un Ministro.

El maestro Ortiz concluye en los siguientes términos:

*“Mientras haya plazos en C.R. para la impugnación de un acto nulo de pleno derecho hay la posibilidad de que la jurisprudencia cree la figura del acto inexistente que será -nada más, pero nada menos- el acto nulo de pleno derecho, consentido, firme y definitivo, según el régimen legislativo del proceso contencioso, pero todavía impugnabile y cancelable, según los dictados de la justicia a menudo más imperativos que los de la ley. Diríamos que, efectivamente, en C.R. debe admitirse la categoría del "acto inexistente", entendido como aquel nulo de pleno derecho que es perpetuamente impugnabile, aislado y regido por la jurisprudencia, para las hipótesis en que ya es inimpugnabile de acuerdo con la ley. La casuística respectiva habrá de elaborarla la jurisprudencia, sobre la base de que ningún acto*

---

320 Del autor, Op. Cit. Págs. 524-526.

*atentatorio contra el orden público, el interés nacional o los derechos humanos puede ni debe ser inmune al contralor jurisdiccional, no importa el tiempo transcurrido ni los efectos reales consolidados.”<sup>321</sup>*

En un precedente aislado, la Sala Primera ingresó a aplicar la doctrina propia de ese instituto jurídico, en concreto, en el fallo No. 85-93, en los considerandos IV, V y VI analiza el régimen de esta figura, con interesante mención de sus características propias, en lo medular: es una nulidad de pleno derecho, cuando faltan alguno, algunos o todos los elementos esenciales del acto: órgano competente, manifestación de voluntad, procedimiento y forma. Ese voto detalla que tal tipología de acto no está beneficiada por la presunción de legalidad y ejecutoriedad, no puede sanearse ni convalidarse, además de que ha de ser anulado de oficio. Aunado a ello, dada la aberración que supone, puede ser anulado en cualquier tiempo por la misma Administración o los Tribunales de Justicia, ergo, es imprescriptible. No obstante, como parte de su régimen, puede ser eliminado por la Administración sin necesidad de acudir a ningún procedimiento. Señala la citada sentencia, cuya cita viene en obligada para la precisión del tema:

*“**IV.-** El derecho administrativo acepta la categoría del acto administrativo inexistente. Se manifiesta externamente como si tuviera vida, pero no vive en la realidad jurídica. Se identifica como hecho material, como expresión exterior, pero no es consecuencia de la voluntad normativa creada por el orden jurídico. Está presente cuando faltan alguno, algunos o todos los elementos esenciales del acto: órgano competente, manifestación de voluntad, procedimiento y forma. La consecuencia jurídica y material es la nulidad, de pleno derecho, de los efectos derivados del acto aparente. Puede, y debe, ser declarado nulo de oficio, pues el mismo se ha conformado contrariando el ordenamiento jurídico. El acto administrativo inexistente tiene sus propias características. No está beneficiado por la presunción de legalidad y ejecutoriedad. No puede ser considerado regular. Jurídicamente es imposible el saneamiento. La impugnación es imprescriptible. La extinción retrotrae sus efectos al momento de su exterioridad. La administración pública y la administración de justicia, de cualquier tipo,*

---

321 Ibidem.

*pueden comprobar en todo tiempo la inexistencia y declararla de oficio. El legislador ha comenzado a consagrar expresamente esta teoría, pero ha sido la jurisprudencia la encargada de definir sus contornos (particularmente el Consejo de Estado Francés), como consecuencia de una doctrina casi unánime, en Europa y América Latina pudiendo citarse -entre muchos- a Leferriere, Rivero, André de Laubadere, Auby, Mortati, Vitta, Romanelli, García de Enterría, Escola, García Oviedo, Gordillo, Dromi, Penagos y en Costa Rica Eduardo Ortiz.*

**V.-** *La patología administrativa reconoce diversos tipos de invalidez de los actos: inexistencia, nulidad y anulabilidad. Tanto la nulidad como la anulabilidad presuponen un acto administrativo: se discute su validez. La inexistencia no puede presuponer el acto pues éste carece de los requisitos necesarios para ser considerado como tal: no es un problema de validez pues también son ilegítimos. El acto nulo o anulable goza de la presunción de legalidad, es ejecutorio mientras no sea suspendido o anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa. El inexistente no puede gozar de la presunción de legalidad pues jurídicamente no tiene vida, en consecuencia, no puede producir ningún efecto. No hay violación del derecho pues los actos implican la negación de todo derecho, carecen de toda fuerza jurídica: son simplemente inexistentes.*

**VI.-** *La acción para atacar un acto inexistente es imprescriptible. Puede ser intentada por quien se sienta afectado en un derecho subjetivo o en un interés legítimo. Como carece de la apariencia de legitimidad puede ser desconocido por los particulares a quienes va dirigido. En igual forma puede ser eliminado por la Administración sin necesidad de acudir a ningún procedimiento solemne. Tanto en Francia como en España se les identifica como actos groseramente antijurídicos. La doctrina de la inexistencia cumple la función de superar ciertos obstáculos legales, sobre todo la fugacidad de los plazos de caducidad para la impugnación, tanto en vía administrativa como contenciosa, para evitar la firmeza de actos peligrosos para el orden público.”*

Como se observa, esta teoría busca desvincular la pretensión anulatoria a la caducidad de acciones procesales o procedimentales. Salvo ese precedente, la doctrina patria ha apostado por considerar el sistema dual de nulidades comentado, señalando que la nulidad absoluta comprende las características de la inexistencia.

Sin embargo, las restricciones de temporalidad para impugnar en sede administrativa o judicial un acto que presente semejante imperfección sustancial, que operan actualmente, y en virtud de las cuales, en la generalidad de las conductas, el término de caducidad para formular la pretensión anulatoria es de 1 año, salvo los actos con nulidad absoluta, cuyos efectos perduren en el tiempo, los que, se reitera, pueden ser cuestionados en tanto sigan surtiendo efectos, a tono con el precepto 40 del CPCA, pone en evidencia que la inclusión de la inexistencia dentro de la nulidad de grado absoluto, no es del todo precisa.

Si bien se comprende, la inexistencia no comparte a plenitud las condiciones de la nulidad absoluta, en los términos en que se regula en la actualidad. Ciertamente, la inexistencia es un tipo de nulidad absoluta, pero cuyas condiciones son más gravosas y a partir de las cuales, se impone una desvinculación a los plazos normales de impugnación. Así, a diferencia del acto absolutamente nulo, afecto a la caducidad anual que estatuye el canon 39 del CPCA, el acto inexistente podría ser sometido a debate judicial en cualquier momento. Podría señalarse que esa contingencia se encuentra regulada en la medida en que en tanto el acto produzca efectos, puede impugnarse, empero, a diferencia de lo preceptuado por el mandato 40 ejusdem, por cuya virtud la nulidad absoluta se dispone para que el acto cese sus efectos, en la inexistencia, si bien permite el cuestionamiento del acto en cualquier tiempo, la supresión del acto se dispone de manera retroactiva, siendo inoponibles e inconválidas los efectos que esa situación pudo haber producido.

Es en ese ámbito en el cual detectamos una diferencia sustantiva entre el tratamiento de ambas figuras, pues en la nulidad absoluta de efectos continuados que regula el artículo 40 del CPCA, los efectos materiales y jurídicos que ha producido el acto que padece de patología sustantiva, se convalidan a partir de la declaración legal de supresión hacia futuro de ese acto, producto de lo cual, si el acto se elimina para que deje de producir efectos, ello implica que los ya ocurridos no pueden ser modificados o desconocidos. Ello difiere con las implicaciones de la inexistencia, grado en el cual, esa supresión, en todos los casos es retroactiva, producto de lo cual, los efectos del (pseudo) acto no pueden tenerse como

válidamente ingresados dentro de la esfera jurídica de la persona beneficiada. Ergo, dada la magnitud del vicio constitutivo de ese tipo de “conductas”, no podría alegarse derecho adquirido o situación consolidada alguna frente a la supresión propia de la inexistencia.

La postura actual de negación de esta figura sobre la base de regulación expresa de un régimen bimodal de nulidades, la absoluta y la relativa, precisa de analizar las implicaciones aludidas a fin de definir y establecer la conveniencia o necesidad de explorar la pertinencia (y procedencia) de esta figura en nuestro contexto particularmente por la oponibilidad de efectos derivados de un acto viciado de nulidad absoluta, cuando la impugnación se formula luego del año previsto por el artículo 39 del CPCA (que coincide con el plazo previsto por el precepto 175 de la LGAP). Si bien el sistema actual posibilita la supresión del acto, el efecto material de ese sistema normativo es la consolidación de efectos derivados de una conducta cuya infracción con el Ordenamiento Jurídico, es severa. Por demás, como bien señala el profesor Ortiz, la categoría de la inexistencia es de desarrollo pretoriano, por la vía de los precedentes judiciales, dada la ausencia de regulación sobre el particular.

Por ende, el tema de aplicación o no de la inexistencia en nuestro régimen no debe ser negado ad portas con el simple alegato de la regulación dual de las invalideces que fija el canon 165 LGAP, lo que a la postre constituye un argumento de autoridad que se escuda en un esencialismo normativista por vías de supuesta interpretación literal. Estimamos, en determinados supuestos podría ser aplicable. Puede pensarse el caso de una concesión de servicio público otorgado en una zona alejada, en la que los controles son escasos, que permite el ejercicio de una actividad, mediante acto emitido por autoridad incompetente, que luego es cedida, de nuevo, sin autorización. Puede suponerse la adjudicación de una concesión de taxis o de servicios de transporte por autobús por parte de una Municipalidad. ¿El curso del tiempo valida este supuesto derecho? Se trata, se insiste, de un aspecto que escapa del objeto de esta investigación, pero que conviene poner en perspectiva de cara a abordajes que posteriormente puedan atenderse, si quiera,

en el plano académico. Por demás, no hemos detectado algún caso de lesividad en el que el tema en cuestión se haya formulado.

### **9.3. Nulidad por vicios sobrevenidos o variaciones en el Ordenamiento Jurídico.**

En lo medular, la estimación de la acción de lesividad se supedita a la comprobación de las deficiencias estructurales del acto de contenido favorable, que hayan sido objeto de declaración interna de lesividad, siempre que dicha patología sea de grado absoluto y se encuentra ejercitada dentro del ámbito temporal ya referido, inaplicable a los menesteres de dominio público, y además de orden relativo en las conductas que padezcan de nulidad absoluta de efecto continuado.

Sin embargo, ese grado de invalidez, que justifica la supresión de ese tipo de actos administrativos, no se limita a que sea, en todos los casos, *sine condictio*, una patología originaria. Tal restricción no se desprende de la literalidad de las normas que dan cabida a la lesividad, en la medida en que reserva esa pretensión al antagonismo con la juridicidad y la lesión de los intereses públicos tutelados. Así visto, la infracción sustancial con el Ordenamiento Jurídico debe ponderarse a la luz del régimen común de la nulidad absoluta que desarrolla la LGAP. Ya se ha hecho referencia a esa tipología de invalidez, tratamiento al cual se remite para evitar reiteraciones de orden innecesario en este abordaje.

Resulta relevante en este punto considerar los supuestos de la patología que se produzca de manera sobrevenida

Con todo, ya en el Capítulo II se abordó la incidencia que tiene en el régimen de validez de los actos de contenido favorable, la denominada “Nulidad Sobrevenida”, pese a lo cual, debe hacerse un breve resumen de la incidencia de tal figura en el contexto de la lesividad, como modalidad procesal de supresión de actos favorables de ilegítima configuración.

Ya se ha señalado que, de conformidad con los ordinales 165 y 166 de la LGAP, la nulidad absoluta se produce por la ausencia, real o jurídica de uno de los elementos del acto, o bien, por la imperfección sustancial de uno de esos componentes, de suerte tal que se impida la consecución del fin fijado por ley. Se insiste en que tal contradicción o disonancia respecto del Orden Jurídico aplicable, ha de ser sustantiva, esto es, que impida satisfacer el fin del acto, lesione garantías y que causaren indefensión o bien, desatiendan una formalidad que hubiera, potencialmente al menos, cambiado el contenido de la decisión. Ergo, no todo defecto o ausencia de elementos produce la nulidad absoluta, sino solamente aquella que llegue a producir un perjuicio que requiera de la debida tutela, por las infracciones a las que se ha hecho referencia en relación al fin del acto de la situación jurídica de la persona.

A modo de simple ejemplo, la ausencia de investidura en el jerarca que dicta un acto en virtud del cual se reconoce a una persona funcionaria pública, un componente salarial de prohibición, siendo que se encuentra en los presupuestos objetivos y subjetivos fijados por la Ley de Salarios de la Administración Pública, No. 2166, reformada por el Título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, No. 9635, constituye un vicio en el elemento material objetivo de la investidura. Sin embargo, a la luz de la doctrina de la función de hecho, prevista en el canon 115 de la LGAP, tal conducta, de contenido mixto (en tanto reconoce un derecho de orden salarial, pero a la vez impone limitaciones ejercicio complementario de actividades remuneradas o económicas) es totalmente válida, sin que se pueda alegar o declarar nulidad por tal cuestión. Es en cada caso que ha de ponderarse la incidencia de la falencia o imperfección de cada elemento del acto, de cara a determinar si la nulidad es superable (relativa), o si, por el contrario, por su sustancialidad, exige la eliminación del acto por la imposibilidad jurídica de enmendar o sanear los vicios de la conducta, caso de la nulidad absoluta

Igual ponderación merece la desaparición sobrevenida de uno de los elementos del acto, por la ocurrencia de una circunstancia no originaria, que impacte en el régimen de su composición estructural. Como bien señala el canon 159 de la LGAP, en tales



casos, la invalidez de grado absoluto no procede por esa sola circunstancia de supresión sobrevenida del elemento compositivo, no produce, de manera inmediata, la nulidad del acto. En ese sentido ese mandato ordena dicho efecto siempre que “... *la permanencia de dicha condición sea necesaria para la existencia de la relación jurídica creada, en razón de la naturaleza de la misma o por disposición de ley.*”

En ese orden, como se verá luego, la declaración de nulidad surte efectos a partir del hecho que la motive, sea, la circunstancia innovativa a partir de la cual se configure el vicio que da cabida a la supresión. Lo anterior resulta un orden lógico de la figura comentada, pues es hasta la ocurrencia de ese tipo de circunstancias que, el acto administrativo, que hasta antes de esa condición era válido, pierde su legitimidad normativa. De esa manera, no podría extenderse a los efectos previamente materializados, la consecuencia jurídica que se produce a partir de una situación sobrevenida. Se trata de efectos amparados al régimen de validez de ese acto, de suerte que su supresión, en tanto dispuesta con incidencia prospectiva (*ex nunc*), es para que el acto no siga surtiendo efectos. Esto es justamente el supuesto regulado en el ordinal 159.2 de la LGAP, en cuanto impone que: “*En este caso la declaración de nulidad surtirá efecto a partir del hecho que la motive*”.

Por otro lado, es evidente que, en este tipo de vicios sobrevenidos, el término de declaratoria interna de lesividad ha de computarse desde el momento en que la respectiva Administración Pública se encuentra en posibilidad objetiva de conocer la ocurrencia de la circunstancia que impacta en la validez del acto y a partir de la cual, se produce la desaparición de uno de sus elementos estructurales. Lo anterior en la medida en que, una vez esa posibilidad de conocimiento de la circunstancia emergente, la Administración puede emprender las acciones internas direccionadas a la nulidad del acto. Desde luego que, según la intensidad de ese vicio, podría utilizar el mecanismo previsto en el precepto 173 de la LGAP, cuando el defecto que se introduce en el acto, le coloque en un escenario de patología absoluta, de orden manifiesto y evidente.

Puede señalarse el caso de una persona designada en un puesto de función pública, puesto cuyo requisito es contar con título de bachillerato en educación media, requisito que comprueba en el concurso respectivo mediante el aporte de copia certificada notarialmente del título respectivo. Empero, luego, producto de una acción penal, se dispone la nulidad del título aportado, a partir de la falsedad acreditada en sede penal, de registros de notas del centro académico en el que, supuestamente, la persona postulante, había cursado sus estudios de secundaria. En tal caso, es con la notificación de la sentencia firme que declara dicha falsedad y correspondiente efecto para el título de bachillerato, que la Administración empleadora se encuentra en plena y objetiva posibilidad de conocer la causa emergente del vicio y con ello, ejercer las acciones que lleven a la supresión de la relación jurídica que nace con el acto de contenido favorable, hasta entonces, impregnado de una presunción de legitimidad.

Así, en tal supuesto, el *dies a quo* de la potestad de declaración interna corre desde la adopción del acto, sino con la posibilidad objetiva de conocer la causa que introduce el defecto, no originario.

Por otro lado, tal y como fue anticipado en el capítulo II, pero en torno a la figura de la revocación de actos, resulta relevante los casos en que la nulidad se pretenda sustentar a partir de la reforma del régimen jurídico a partir del cual se ha adoptado, previamente, un acto de contenido favorable. Cuando esa modificación al régimen jurídico que dio base a la emisión de una determinada conducta, sufra variaciones, sea imponiendo condiciones diversas a las satisfechas en su momento, cuando fue adoptado, o bien, en caso extremo, cuando ese régimen habilitante sea derogado, ¿supone un vicio sobrevenido que exige o legitima a la Administración Pública para anular esa conducta?

Nuevamente, discriminar si tal cuestión configura una causa que incide en la validez del acto o si, por el contrario, se trata, ese nuevo régimen normativo, de un asunto que ha abordarse desde el prisma de las situaciones consolidadas y, por ende, a las cuales aplica la máxima de irretroactividad en perjuicio que plasma el numeral

34 de la Carta Magna, es determinante. Esto ya que, de postular que esa cuestión importa una causal de nulidad sobrevenida, lleva a una solución diversa a si se analiza acorde a la inconveniencia de mantener la vigencia del acto. En la primera, sería factible apelar a las formas de supresión por invalidez, en tanto que, en la segunda, la vía debida para la supresión del acto sería la revocación, con las correspondientes reparaciones patrimoniales.

Sobre esta cuestión, en el Capítulo II (aparte “c. *Una modalidad excepcional de cambio de circunstancias: los cambios en el régimen jurídico.*”) anticipamos que, la derogatoria o reforma del régimen normativo, lleva a la contingencia que el acto no se ajuste al nuevo marco regulatorio, o bien, que no encuentre respaldo en el Ordenamiento Jurídico vigente. Reiteramos que la misma regulación que modifica o reforma un régimen antecedente, por rigurosidad técnica, debería anticipar la aplicación o no de la eventual retroactividad que pretenda aplicarse a las relaciones nacidas al amparo de la normativa antecedente. Sin embargo, lo frecuente es que tal proyección sea pasada por alto en la nueva normativa, dejando al campo de la interpretación judicial (o administrativa), la definición del impacto que esas nuevas ordenanzas generan en las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la ley anterior. Una vez más, pero ahora, de cara al análisis de esa incidencia para los efectos de la lesividad, reiteramos que por virtud del ordinal 34 de la Carta Magna, esa nueva regulación no podría aplicar de manera retroactiva a esas relaciones jurídicas que, en su oportunidad, se configuraron al amparo de normas que eran válidas y aplicables y a partir de las cuales, de manera legítima, ensancharon la esfera jurídica del administrado destinatario, mediante el reconocimiento constitución de un derecho subjetivo, cuyas notas caracterizantes, se reitera, son la titularidad singular, la oponibilidad de contenido legalmente habilitado, así como la exigibilidad de comportamientos concretos de terceros, para satisfacer el contenido sustancial y legítimo de tales derechos.

Desde ese prisma, de inicio, esas reformas en el régimen jurídico, no serían causas de nulidad sobrevenida y, por ende, si quisiera dejarse sin efecto esos actos favorables por estimarlos antagónicos con la legalidad, se impone la tutela de los

derechos adquiridos de buena fe, lo que supone la pervivencia de esas conductas. No obstante, cuando su existencia sea incompatible con el nuevo régimen, al punto que su persistencia, aún temporal, sea inconveniente, debe utilizarse la revocación, con las consiguientes reparaciones patrimoniales, sobre la base de la máxima de que esos derechos fueron otorgados legítimamente, y fue una actuación legislativa, solamente imputable al Estado, la que introdujo una condición de incompatibilidad emergente y de inconveniencia de mantener vigentes esos actos. Se trata de una tutela de la confianza legítima del administrado, frente a actos administrativos que, en su oportunidad, le constituyeron situaciones favorables que se han incorporado de manera debida y definitiva en su esfera jurídica.

Con todo, bien puede darse el caso que la nueva normativa fije un régimen de transitoriedad, en el que, reconociendo la existencia de situaciones previas que han configurado derechos, señale la necesidad de ajustar, en algunos supuestos, esas relaciones jurídicas, a las nuevas disposiciones.

Como primer escenario, cabe destacar que el supuesto bajo examen es atinente a las relaciones jurídicas cuya vigencia se mantenga al momento de operar la reforma normativa, siendo claro que en los actos de efecto instantáneo en los que a la data de la reforma ya haya advenido el término anual para la declaratorio de lesividad en sede administrativa, son propios de situaciones intangibles, a la luz del mencionado ordinal 34 de la Carta Magna y cuyo desconocimiento supondría la expropiación de un derecho o interés legítimo, con la correlativa responsabilidad administrativa. No vemos por ende que, en esos supuestos, pueda imponerse la lesividad.

Ahora frente a las relaciones de efecto continuado, vigente al momento de la reforma normativa, somos de la postura que no se impone una nulidad sobrevenida, sino una causa emergente de inconveniencia que lleva a la revocación del acto. Si bien puede decirse que se crea una patología del acto por no estar conforme su contenido a la legalidad, lo cierto del caso es que, al momento de adoptarse la conducta, el régimen aplicable coonestaba el contenido del acto favorable, siendo que a diferencia de la previsión del numeral 159 de la LGAP, en esos casos, el acto

reúne las condiciones aplicables al momento de su adopción, en lo que se refiere al elemento contenido. Es la reforma posterior la que impone que ante el motivo en que se encontraba el acto al momento de dictarse, su contenido ya no puede adoptarse de la misma manera. Pero ello no dice que desaparezca el contenido del acto, como elemento compositivo, sino que se refiere a una mutación del régimen jurídico que le es propio. Luego, esa reforma no puede aplicarse de manera retroactiva en perjuicio de las situaciones jurídicas consolidadas y aún más, en detrimento de los derechos constituidos de manera legítima y, por ende, de buena fe.

En favor de la tesis opuesta puede indicarse que, al socaire del numeral 132 de la LGAP, el contenido del acto ha de ser lícito y posible, por lo que, cuando se modifica el marco jurídico habilitante, pese a que, al momento del dictado, el acto era válido, a la luz de la nueva regulación ese contenido ya no es legítimo, lo que lleva a un supuesto de patología no originaria a los que refiere al cardinal 159 de la LGAP. En esa postura, los efectos jurídicos y materiales desplegados por ese acto de previo a su anulación, se encuentran amparados a la legitimidad y la situación jurídica del destinatario de esas manifestaciones formales se entiende constituida de buena fe, siendo, por ende, oponible y exigible su contenido, incluso en el ámbito patrimonial, pero ello no diría de la oponibilidad de un derecho a la inmutabilidad del Ordenamiento Jurídico. En esa línea de planteamiento, las nuevas regulaciones, introducen una causa de quebranto a los intereses públicos, facultando a la Administración a suprimir o requerir la supresión de ese acto favorable, sin perjuicio del análisis de eventuales indemnizaciones a favor del administrado afectado, a dirimir en el proceso respectivo y previa comprobación de los daños producidos por la emisión de una ley que le ha despojado de una situación jurídica concreta.

Sin embargo, a la luz de lo expuesto, no vemos que tal situación de alteraciones normativas, llegue a producir un supuesto de patología sobrevenida. En orden a la aplicación de los grados de retroactividad que han sido mencionados, de conformidad con la restricción de aplicación en perjuicio que impone el ordinal 34

de la Carta Magna, resulta evidente que las situaciones jurídicas que han sido constituidas, oportunamente, al amparo de un régimen jurídico, aun y cuando luego sea modificado, no se verían afectadas de manera retroactiva por ese nuevo ordenamiento, en cuanto a la valoración de su legitimidad. En definitiva, esas reformas o derogatorias legales, o en general, de la normativa habilitante, no incorporan una patología en el acto de contenido favorable, en la medida en que el acto que nace válido por guardar correspondencia sustancial con el ordenamiento jurídico vigente al momento de adoptarse, no se convierte en un acto inválido por la modificación de esas fuentes habilitantes, aún y cuando estas últimas proyecten un tratamiento diverso al contenido en el acto. Partiendo de la no afectación a las situaciones derivadas de un régimen antecedente, el contraste de los efectos de esas conductas respecto del nuevo marco regulatorio aplicable, hace que se produzca una divergencia grave con el interés público que nutre y ampara la reforma legislativa, lo que configura un motivo que si bien no da paso a la invalidez del acto, ciertamente lleva a que sea ajeno a la conveniencia y al mérito, por tanto, causa adecuada para dar paso a la revocación de ese acto, con independencia de cuando haya sido emitido. Es decir, frente a esos supuestos, lo debido es acudir a la figura de la revocación, que no a la anulación del acto.

La postura antagónica cercena la certidumbre jurídica, con grave detrimento de los derechos que hubieren adquirido los administrados de conformidad con la legislación anterior y conforme a la máxima de confianza legítima. Diverso es el caso de que la norma habilitante haya sido declarada inconstitucional, variación en la cual, no puede decirse que el acto fuese emitido de manera legítima, siendo que su contenido se ampara a una normativa que carece de validez. Lo anterior con la salvedad de que el Tribunal Constitucional realizara algún dimensionamiento en virtud del cual, dispusiera la pervivencia de los efectos o derechos adquiridos de los actos de contenido favorable, otorgados al amparo de esas normas invalidadas. Fuera de dicha excepcionalidad, la supresión por inconstitucionalidad de una fuente legal, genera un efecto retroactivo a la fecha de emisión de la norma, por lo que, como parte de esa declaratoria, serían igualmente ilegítimos los efectos jurídicos

derivados de esa norma, dentro de estos, los actos otorgados bajo su ámbito de vigencia y aplicación, por relación de dependencia y accesoriedad. Pese a ello, tal supresión bien puede generar derechos de orden reparatorio en cabeza del administrado que, en tanto destinatario del acto de contenido favorable, adquirió situaciones jurídicas bajo un esquema de presunción de legitimidad y de confianza legítima.

En tales casos, la eventual responsabilidad del Estado no ha de decantarse por un ejercicio legítimo, sobre la conjetura o alegación de que la supresión por invalidez constitucional de las normas es un ejercicio legítimo (sin falta), por ende, analizable al socaire de los ordinales 194 y 195 de la LGAP. En tales supuestos, se estima que la causa de la responsabilidad no es el ejercicio constitucional de control de las normas conferido por el mandato 10 de la Carta Magna, sino el haber emitido una norma contraria a ese referente normativo supremo. Bajo esa perspectiva, la responsabilidad administrativa sería plenaria, en la medida en que la causa adecuada del daño es, precisamente, un ejercicio indebido de la potestad de emisión de ley. En ese marco, en tanto la ley otorgó un derecho que luego decae por la anulación de la norma que lo otorga, se trata de una situación en la que no se correcto endilgar al administrado ninguna incorrección, siendo la fuente productora del daño de plena y total asignación al Estado. De nuevo, en virtud de la confianza legítima, la reparación de su situación jurídica, creada por una norma luego invalidada, debe ser plenaria, sin que pueda excusarse el poder público en una alegación de aparente legitimidad de la causa de la lesión.

Ahora, caso que la nueva legislación ordene el ajuste de esas situaciones jurídicas al nuevo régimen, es menester el reconocimiento de las reparaciones civiles que correspondan por dicha afectación. En esa dinámica, en el capítulo II analizamos el tratamiento frente a los supuestos de relaciones jurídicas con efectos regulados por una condición resolutoria concreta, de actos favorables cuyo régimen de vigencia se encuentre sujeto a potenciales renovaciones, y de conductas habilitantes de efectos continuados, sin sujeción a temporalidad. En tal abordaje, postulamos que, en los actos con condiciones resolutorias, la ley podría disponer

su cesación anticipada, con la respectiva orden indemnizatoria. En los segundos, lo debido es que la ley ordene que la renovación de esas relaciones jurídicas, deban someterse al nuevo régimen, caso en el cual, no se observa posibilidad de reparación alguna, al haber cesado ya el marco de vigencia del acto, y no contar con un derecho subjetivo a la renovación en las mismas condiciones originales. Por otra parte, aquellos actos cuya vigencia no se ha vinculado a un espectro temporal o provisional, es necesario que se pondere la pertinencia de la revocación o bien, que la misma ley ordene su cesación, con las indemnizaciones respectivas.

Así, en este tipo de cuestiones, se insiste, la vía de la lesividad no se constituye como la medida idónea para la supresión de esas conductas de contenido favorable que, habiéndose emitido de manera legítima, el régimen jurídico que les ampara muta, generando regulaciones que generan un contraste del contenido y efectos del acto con ese nuevo régimen normativo. Más parece que se trata de un aspecto sobrevenido que inserta una condición de inconveniencia de efectos, que exige el uso de la revocación.

#### **9.4. Análisis de pretensiones patrimoniales de y en contra de la Administración requirente.**

Se ha demarcado con toda claridad el objeto y esencia misma de la figura de la lesividad, como proceso direccionado al análisis de validez de una conducta administrativa que ha generado un efecto favorable a un administrado y que, se estima, por parte de la Administración que la ha adoptado, lesiva a los intereses públicos que tutela, como derivación de una supuesta imperfección en el régimen constitutivo del acto.

De ese modo, el fin mismo de esa figura se concentra en ese aspecto, sea, un control de legalidad de esa manifestación de voluntad administrativa. Empero, es claro que ese análisis supone una incidencia directa, o aún refleja, en una serie de cuestiones propias de la esfera jurídica de la persona beneficiada con el acto a suprimir, y que, a no dudarlo, resultan o podrían resultar impactadas a partir de la



hipotética supresión del acto a partir del cual se ha configurado la situación favorable. Esto supone que el análisis de validez del acto, si bien el tema medular del proceso de lesividad, no es el único aspecto a analizar dentro de este tipo de causas, pues los efectos de estimar la pretensión anulatoria, exige el abordaje de esas otras cuestiones asociadas e inherentes a las implicaciones de la supresión del acto favorable.

Como se mire, toda cuestión que guarde un nexo con la relación jurídica administrativa que se produce con el acto que concede el derecho (o efecto favorable), por aspectos de economía procesal, bien puede ser analizada y resuelta dentro del mismo proceso de lesividad, sin la necesidad de tramitar en otras causas, tales cuestiones derivadas de la potencial lesividad del acto. El numeral 1.1. del CPCA establece como parte de la extensión competencial de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la resolución de los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa. Por su parte, el canon 43 de esa misma codificación permite la deducción conjunta de pretensiones que no sean incompatibles entre sí<sup>322</sup>.

De igual manera, el precepto 45 del citado CPCA, en su inciso primero, ítem a), estatuye la posibilidad de acumulación de las pretensiones que no sean incompatibles entre sí y se deduzcan en relación con una misma conducta administrativa o relación jurídico administrativa. En ese orden, teniendo claro que la relación jurídico administrativa se configura por un vínculo que se produce entre una Administración Pública, en ejercicio de función administrativa, y un administrado, como destinatario del ejercicio de dicha potestad, regulada por el Derecho Administrativo, resulta evidente que las relaciones que se derivan de la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, se corresponden con este vínculo. De ahí que la definición de las implicaciones que la supresión de un

---

322 Dicho precepto señala: “**ARTÍCULO 43.-** *En la demanda pueden deducirse de manera conjunta, cualesquiera de las pretensiones contenidas en el presente capítulo, siempre que se dirijan contra el mismo demandado y sean compatibles entre sí, aunque sean de conocimiento de otra jurisdicción, salvo la penal.*”

acto de semejante alcance pueda generar en ese contexto relacional, son aspectos que, por economía y conveniencia procesal, bien pueden ser resueltos en la misma causa, que no en acciones separadas, en todo caso, afectas a la necesaria incidencia y prejudicialidad que el análisis de la pretensión de lesividad implicaría.

En efecto, es claro que la potencial nulidad del acto supondría un examen de las consecuencias de la supresión retroactiva o prospectiva que pueda llegar a producir la sentencia estimatoria. Ello implica que, no en pocas ocasiones, parte del debate aludido se relacione con menesteres de orden económico y patrimonial que la eliminación del acto genera. Veamos.

#### *A. Pretensiones restitutorias.*

Como primer aspecto asociado a lo indicado, merece mencionar las pretensiones de orden restitutorias o de devolución de los beneficios patrimoniales que el curso de vigencia y de ejecución del acto lesivo ha generado. En ese sentido, tratándose de actos en virtud de los cuales, como parte de su contenido, la Administración Pública ha debido reconocer al destinatario del acto, beneficios de contenido económico, resulta razonable considerar que además de la declaratoria de invalidez de grado absoluto, el objeto del proceso procurará la devolución de esas sumas monetarias giradas, en principio, de manera indebida.

En tales supuestos, en la medida en que la acción anulatoria se ejerza dentro de los cánones de temporalidad que permiten la aplicación del efecto declarativo y, por ende, retroactivo de la nulidad, como derivación de esa lesividad, y de conformidad con la ilegitimidad de efectos producidos por el acto, como medida de tutela a la Hacienda Pública, es menester que la Administración exija, como parte del marco petitorio, el reintegro de esos beneficios patrimoniales. Desde ese plano, el efecto pretendido con la causa de lesividad estribaría no solamente en la declaratoria de nulidad del acto, sino, además, de la declaración de ilegitimidad de los efectos producidos y con ello, la restitución a favor de la Administración de las sumas giradas o beneficios patrimoniales otorgados.

En ese sentido, puede mencionarse a modo de ejemplo, el conferimiento indebido de un componente o plus salarial indebido, en virtud del cual, se ha incrementado la remuneración salarial a determinada persona que ejerce la función pública. Es el caso del pago del componente de prohibición para ejercicio profesional alternativo a favor de una persona que ostenta el grado de bachiller profesional en derecho, pero que no se encuentra incorporada en el Colegio Profesional respectivo, por carecer de los grados académicos y condiciones de afiliación que estatuye la Ley Orgánica de esa corporación. O bien, el otorgamiento de un auxilio económico a un tercero a quien, en definitiva, se acredita el incumplimiento de los requisitos debidos para ser beneficiario. En ambos casos, los efectos del acto consistieron en el giro de fondos públicos a favor de personas que no reunían los presupuestos habilitantes necesarios, producto de lo cual, su recuperación se hace imperativa en la dinámica de la sana y debida gestión de fondos públicos.

De esa manera, como parte del objeto de la lesividad, atendiendo a la vinculación que por accesoriad presentan esos extremos económicos en torno al análisis del régimen de validez del acto sometido a debate, son cuestiones que bien pueden y deben ser resueltas dentro del proceso ordinario de lesividad. En ese orden, no vemos elemento alguno que impida, de inicio, que dentro de la lesividad se puedan atender todas aquellas cuestiones que forman parte del contexto de la relación jurídico administrativa dentro de la cual se ha adoptado la conducta de contenido favorable. Así como la adopción del acto configura dicho vínculo, su supresión genera una serie de consecuencia en las derivaciones de los efectos e impacto de esa conducta, de suerte que la lesividad exige el análisis y definición del impacto que producirá en el marco de esa relación, siempre que sean parte de las manifestaciones que las partes han sometido al debate judicial, de conformidad con el numeral 119 del CPCA.

Desde luego que, en cada caso, es menester el análisis de la factibilidad jurídica de dicha supresión retroactiva, y sin perjuicio de los criterios de dimensionamiento que puede emprender el órgano sentenciador, que define el precepto 131.3 del CPCA.

Tal ha sido el tratamiento dado en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la que se ha permitido, sin objeción, la definición de extremos económicos derivados de la invalidez.

Dentro de muchas referencias, para citar un caso, en la sentencia No. 2616-2010 de las 08 horas 28 minutos del 19 de julio del 2010, la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo entró a resolver la petición de lesividad de los pagos salariales realizados por el otorgamiento indebido del régimen de prohibición a una persona que ocupaba plaza de psicología clínica. En ese caso, el Estado solicitó además de la nulidad del acto que reconoció ese componente salarial, el reintegro de las sumas pagadas por ese concepto. Luego de la estimación de la pretensión anulatoria, y siendo que la demanda se había formulado dentro de los plazos y términos que permitían la declaración retroactiva de nulidad, el Tribunal dispuso la obligación de devolver las sumas giradas por ese concepto.<sup>323</sup> Llama la atención lo

---

323 Como sustento de fondo para amparar la orden de reintegro, pese a las alegaciones de desproporcionalidad del funcionario público judicial, se dispuso: “... *Si bien podría decirse que la recepción del plus salarial estuvo amparado a la buena fe, ciertamente no se trata de un derecho adquirido, tal y como condiciona el artículo 171 de la citada Ley General, para efectos de un posible dimensionamiento de los efectos del acto absolutamente nulo. En la especie, al tratarse de un beneficio salarial otorgado a contra pelo de la norma que lo justifica, pese a que el mismo accionado conocía de su improcedencia al no contar con el perfil subjetivo que esa legislación fija para la procedencia del plus en cuestión, estima este Tribunal, no resulta viable dispensar a la accionada del deber de devolución de los dineros recibidos por concepto de un adicional en su salario que no encontraba sustento legal ni jurídico. Del análisis de los autos se obtiene que el demandado recibió por concepto de la Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas los siguientes rubros: ¢504.874.40 (quinientos cuatro mil ochocientos setenta y cuatro colones con cuarenta céntimos) mensuales de mayo a junio de 2007; ¢530.116.52 (quinientos treinta mil ciento dieciséis colones con cincuenta y dos céntimos) mensuales de julio a noviembre de 2007; ¢557.384.64 (quinientos cincuenta y siete mil trescientos ochenta y cuatro colones con sesenta y cuatro céntimos) en diciembre de 2007; ¢590.202.64 (quinientos noventa mil doscientos dos colones con sesenta y cuatro céntimos) mensuales de enero a junio de 2008 y ¢629.303.20 (seiscientos veintinueve mil trescientos tres colones con veinte céntimos) mensuales de julio a octubre de 2008. El pago y detalle de esas sumas se tiene como un*

resuelto en cuanto a la pretensión de pago de intereses legales sobre esas sumas, extremo respecto del cual, el órgano sentenciador señaló que en orden al numeral 173 del Código de Trabajo, al tratarse de un pago indebido, condición que se puso en evidencia en la lesividad, debía descontarse a tractos y sin intereses.<sup>324</sup>

---

*hecho no controvertido y consta en el oficio 0328 AP CC 2009 SIC 5738-09 visible a folio 296 del legajo personal. La sumatoria de esas partidas arrojan el siguiente resultado: a) período de mayo a junio del 2007: ¢1.009.748.80 (un millón nueve mil setecientos cuarenta y ocho colones con ochenta céntimos); b) período de junio a noviembre 2007: ¢2.650.582.60 (dos millones seiscientos cincuenta mil quinientos ochenta y dos colones con sesenta céntimos); c) diciembre del 2007: ¢557.384.64; d) período de enero a junio 2008: ¢3.541.215.84 (tres millones quinientos cuarenta y un mil doscientos quince colones con ochenta y cuatro céntimos) y e) período julio a octubre 2008: ¢2.517.212.80 (dos millones quinientos diecisiete mil doscientos doce colones con ochenta céntimos), para un gran total de ¢10.276.144.68 (Diez millones doscientos setenta y seis mil ciento cuarenta y cuatro colones con sesenta y ocho céntimos), suma que corresponde ser reintegrada por el demandado. (...)*”.

324 Sobre el tema de los citados intereses legales, la sentencia de marras expresó: “**XII. Sobre el pedimento de intereses legales.** Sobre la pretensión de otorgamiento de interés legal sobre las sumas que deben ser reintegradas, cabe señalar que al amparo del ordinal 173 párrafo segundo del Código de Trabajo (aplicable a la especie por principio de integración): “(...) Las deudas que el trabajador contraiga con el Patrono por concepto de anticipos o pagos hechos en exceso se amortizarán durante la vigencia del contrato en un mínimo de cuatro períodos de pago y no devengarán intereses. (...)”. (El destacado es propio) Desde esta óptica, las deudas que puedan generarse por el deber de reintegro del pago indebido del incentivo de marras, al margen de que deriven de un proceso de lesividad, en realidad se trata de un pago salarial (o de un componente salarial) realizado en exceso. La sola existencia de un proceso de lesividad no desconfigura en modo alguno la naturaleza salarial del componente debatido, por lo que la norma mencionada resulta de plena aplicación. En esa línea, se está frente al supuesto de hecho previsto en la citada norma, lo que lleva a la improcedencia del pago de intereses, siendo que se trata de un aspecto sobre el cual, existe regulación expresa del legislador en sentido opuesto, que este Tribunal no puede desconocer. De ese modo, resulta improcedente desde la óptica de este Tribunal, imponer el pago del rédito legal, teniendo como sustento el parámetro normativo mencionado. Por ende, lo debido es imponer a la demandada la obligación de devolver las sumas pagadas en exceso, en los términos ya mencionados, sin que sea procedente el pago

Ese tratamiento pone en evidencia que no se ha tenido reserva alguna en condicionar la definición de esos asuntos de lesividad solamente al análisis de la validez del acto, y limitar el abordaje de otras cuestiones que, aun cuando asociadas a la relación derivada del acto lesivo, no son propiamente relativas al análisis de validez propio de la lesividad.

*B. Pretensiones de conservación o de reconvención.*

Bien se ha señalado que la lesividad tiene un objeto bastante concreto, referido a la supresión por invalidez de grado absoluto, de un acto de la propia Administración, que ha generado, de manera ilegítima, un derecho subjetivo o situación favorable. Ello genera una incidencia directa en la esfera jurídica de la persona destinataria del acto a anular por este medio, en la medida en que se busca eliminar y, por ende, cercenar una parte sustantiva de su esfera jurídica, estando un componente de contenido positivo. Esta proyección hace que, no solamente se le deba tener como parte demandada en la causa, para la tutela del debido proceso y de su situación jurídica, sino que implica, no en pocas ocasiones, que la persona administrada, pretenda que, a partir de la eventual supresión de la conducta que le ha ensanchado su esfera jurídica, se establezcan condenas a su favor o en general, ejerza pretensiones declarativas que le reconozcan alguna situación reparable.

En ese plano, no se trata de la defensa de la conducta objeto del proceso, sino de reclamaciones derivadas de la supresión misma. Es decir, a partir de la posible nulidad de un acto administrativo que le ha generado un derecho subjetivo, en este escenario, el administrado busca o pretende que dada la misma emisión del acto y atendiendo a los efectos que producido a su favor, se reconozcan reparaciones de

---

*de réditos por ese concepto, debiendo aplicarse para la devolución lo estatuido por el canon 173 del Código de Trabajo, en lo que se refiere al sistema de tractos para concretar el reintegro. La forma de pago deberá ser ponderada por la Administración Pública conforme a dicha normativa.”*

orden civil. Lo anterior sobre la base de que, en el curso de ejecución del acto, el régimen de vigencia de esa conducta le llevó a supuestos en los que, al socaire de la confianza legítima, comprometió su patrimonio o bien, consolidó determinadas situaciones jurídicas cuya supresión le van a implicar una lesión cuya casa adecuada descansa en la adopción de un acto que luego, la misma Administración Pública que lo ha emitido, busca invalidarlo.

En tal contexto, tal y como hemos señalado, de la relación de los ordinales 1, 42 y 44 del CPCA, este tipo de pretensiones de vocación indemnizatoria, bien pueden plantearse a modo de contrademanda, sin que pueda alegarse criterio jurídico alguno para restringir dicha reconvención en la causa de lesividad. Si bien el objeto inicial de este tipo de proceso se decanta por el análisis del acto de contenido favorable, las reglas que fija la normativa procesal en torno a esa figura, en modo alguno limitan la posibilidad aludida. De esa manera, no podría aplicarse una negación de esta eventualidad, siendo que, por el contrario, una reconvención en la que se pretendan reparaciones como las aludidas, forman parte de las derivaciones mismas de la relación jurídica procesal debatida, así como de la relación jurídico administrativa que se somete a escrutinio judicial. Si el acto es nulo o no, no es óbice para ponderar si, a partir de esa pretensión anulatoria, es menester reconocer a favor del administrado, potencialmente despojado de una situación positiva, determinados derechos derivados de la posición en que fue colocado a partir de la adopción de un acto que le fue favorable, y que luego, es invalidado.

Desde luego que es en el análisis de fondo que, debe ventilarse si concurren o no los supuestos de reparabilidad de las lesiones alegadas en la contrademanda, pero de inicio, la finalidad del proceso de lesividad no permite la negación de este tipo de cuestiones, las que, se insiste, deben ser abordadas dentro del mismo proceso para dar una solución integral al caso. De otra manera, limitar el objeto del proceso de lesividad únicamente al análisis de validez y someter a las partes a otro proceso, para analizar las consecuencias que esa anulación produce en la relación derivada de la vigencia del acto, no solamente no encuentra respaldo en la normativa

aplicable, sino que, además, cercena de manera abrupta la tutela judicial efectiva, la justicia pronta y cumplida, a la vez que desconocería las regulaciones mismas del CPCA sobre la acumulación de pretensiones y análisis integrativo de los diversos componentes de la relación jurídico administrativa.

Sobre ese particular, si bien el CPCA alude a la figura de la reconvención<sup>325</sup>, no contiene una norma propia que defina sus exigencias, por lo que, es menester la complementación con lo señalado en el ordinal 38 del CPC que dispone:

**“ARTÍCULO 38.- Reconvención y réplica**

**38.1 Reconvención.** *El demandado podrá reconvenir al actor, pero únicamente en el escrito donde conteste la demanda y podrá traer al proceso como reconvenido a quien no sea actor. La demanda y la reconvención deberán ser conexas o ser consecuencia del resultado de la demanda. La reconvención deberá reunir los mismos requisitos del de la demanda. Si fuera defectuoso, se prevendrá su corrección en los mismos términos de la demanda. Salvo disposición legal en contrario, la reconvención solo será admisible en procesos ordinarios.*

**38.2 Réplica.** *Si la reconvención fuera admisible, se concederá al reconvenido un plazo igual al del emplazamiento de la demanda para la réplica, la que deberá tener los mismos requisitos de la contestación.”*

Cabe poner en evidencia que ese tratamiento normativo supera la limitante de que la reconvención se dirija, únicamente, en contra de la parte accionante, ya que, esa norma estatuye la posibilidad de tener como reconvenido a un tercero

---

325 En este sentido, en varias normas se alude a la figura de la contrademanda, como parte de la sinergia usual y normal de todo proceso de orden adversarial. Para citar algunas referencias, en el ordinal 66 del CPCA, se señala que las excepciones de fondo pueden ser invocadas en la contestación de la demanda o de la contrademanda. De igual manera, a propósito del denominado proceso de fallo directo, regulado en el mandato 69 del CPCA se alude a dicha figura en cuanto a la oportunidad de las partes para gestionar esta modalidad. De igual manera, en las figuras de ampliación de la demanda o reconvención previstas en los cánones 46 54 y 68 ejusdem. Empero, no existe regulación concreta en cuanto a las especificidades de la reconvención, lo que lleva a la aplicación de la regla de complementación normativa que impone el canon 220 de esa misma legislación.



ajeno a la relación procesal originaria. Con todo, en el contexto de ese mandato, podría pensarse que esa posibilidad solamente es viable en caso de que igualmente el accionante haya sido contrademandado. Empero, ante la dinámica de los procesos contencioso administrativos, en la medida en que las pretensiones no sean incompatibles y deriven de la misma relación jurídica administrativa o conducta objeto de análisis, consideramos viable que la reconvención sobre un tercero, no dependa, en rigor, de la formulación de pretensiones en contra de la parte accionante. Vamos un ejemplo.

Supongamos que, al tenor de un Decreto Ejecutivo, en el año 2010, el INDER titula una parcela a favor de un tercero, sujeto A. Por disponer de tierras ubicadas en zona con cobertura boscosa, y atendiendo una acción formulada por la CGR, en el año 2019, la Sala Constitucional declara contrario al derecho de la Constitución esa norma y ordena la instrucción de las acciones legales de rigor para la supresión de los títulos de disposición de terrenos amparados a esa normativa, sin dimensionamiento alguno. En el año 2020, la CGR formula proceso contencioso par que se disponga la nulidad del acto que otorgó la parcela al sujeto A, demanda que formula en contra del INDER y del titular. Por haber ocupado la parcela durante 10 años, y al haber construido su vivienda en esa heredad, a la vez que se utilizaba para la producción agropecuaria como actividad de sostenimiento familiar y personal, el sujeto A reconviene al INDER y al Estado, alegando que este segundo adoptó la normativa que posibilitaba esas titulaciones y al primero, por ser quien emitió el título de asignación de uso y le colocó en una situación gravosa que le genera un detrimento patrimonial.

En tal caso, ¿podría limitarse la contrademanda a que se formulen pretensiones en contra de la CGR, quien ha fungido como accionante? ¿Es factible la reconvención en contra de una parte coaccionada? En rigor, no habría ruego alguno que pueda formularse en contra de esa parte demandante (CGR), siendo que la causa dañosa es atribuible al INDER, al haber titulado al amparo de una norma administrativa que así lo habilitaba. Por otra parte, la emisión de la fuente habilitante de la titulación que, a la postre, resultó ser ilegítima, fue emitida por el Estado. Fue precisamente

en aplicación de ese acto de alcance normativo que se emitió un acto concreto de aplicación que busca suprimirse en sede contencioso administrativa.

A nuestro modo de ver no sería pertinente inadmitir esa contrademanda y obligar a la parte a presentar un nuevo proceso, siendo que, estaría afectado por la prejudicialidad que aquel primero le produciría. Tal postura, se insiste, escindiría la unidad de la relación jurídica y desconocería la máxima de economía procesa, concentración y celeridad, desconociendo la posibilidad del resolver de manera unitaria, esa contienda, dando una decisión integral al conflicto y evitando fallos contradictorios.

Lo mismo cabría alegar en cuanto a la contrademanda en la lesividad, pues bien puede darse el caso que la pretensión anulatoria permita a la parte accionada emprender reclamaciones en contra, tanto del accionante, como de otra Administración que ha concurrido en la adopción de esa conducta, a modo de instancia preparatoria, o frente a la cual, pueda ejercerse algún tipo de reclamo derivado de esa supresión. Sería el caso de las acciones de lesividad que determinada Administración promueve a partir de actos vinculantes dictados por la CGR. En tal escenario, la contrademanda podría plantearse tanto en contra de la Administración requirente, como de la instancia que, en ejercicio de tutela administrativa, haya impuesto la formulación de la causa de lesividad.

Como se ha señalado, se expone a las partes al sinsentido de tener que formular un proceso diverso, para ponderar cuestiones que derivan de la misma relación jurídica. En la precitada sentencia 043-2016-VI de las 14 horas 40 minutos del 15 de marzo del 2016, el Tribunal Contencioso Administrativo se abocó a analizar un caso en el cual, el destinatario de un acto favorable de titulación de parcela por parte del INDER, optó por no ejercer la reconvención frente a una causa de lesividad, sino, plantear un nuevo proceso en el que pretendía la reparación indemnizatoria derivada de los efectos de la citada supresión. En la acción formulada el 07 de octubre del 2014, el administrado peticionó los siguientes extremos:

*“... se condene a la parte accionada a los siguientes extremos: a) Indemnización por el despojo de la parcela 1000 del bloque 7 del proyecto de titulación Los Chiles, a que se refiere el plano catastrado A-786140-2002, **en virtud de la lesividad declarada que constituyó un despojo del bien que se encontraba en dominio de mi representada (sic), previos avalúos por parte del Ministerio de Hacienda, según lo establecido en la Ley de Expropiaciones.** b) **Daño sufrido que se produjo, como corolario del proceso de lesividad, graves daños morales,** por el tipo de acciones que adoptó el Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) hoy Instituto de Desarrollo Rural (INDER) que constituye tanto un daño moral subjetivo. (...)”.* -El resaltado es suplido-

Como se observa, el objeto de ese proceso se limitó a analizar la procedencia de daños derivados de la estimación de la lesividad, siendo que, en orden a lo expuesto, bien pudo haber sido un aspecto a resolver dentro de aquella causa primaria. En definitiva, en ese fallo, se dispuso el rechazo del reclamo de pago de la heredad, pues se trataba de un bien demanial que fue titulado de manera indebida, por lo que, dicha reparación hubiera supuesto el reconocimiento del derecho de propiedad otorgado, de manera ilegítima, al accionante.<sup>326</sup> Por demás, el daño moral subjetivo fue otorgado, al estimar que la causa dañosa era imputable

---

326 En el considerando VIII de esa sentencia, como sustento de dicho rechazo, en lo medular se indicó: *“...Por ende, la anulación dictada dentro del fallo No. 51-2013 de la Sección IV de este Tribunal, por las razones señaladas, hace abiertamente improcedente la pretensión del accionante, siendo que en el fondo se busca que este cuerpo colegiado ordene la expropiación de un bien que per se, es un bien dominical, y que si bien es cierto fue poseído por el actor, ello no hace surgir un derecho de dominio a su favor, que sea oponible frente al Estado (o ante el INDER) como base de un reclamo indemnizatorio como el formulado en este proceso. La afectación a cosa pública que presenta ese bien inmueble, por imperativo de la Ley Forestal, hace inviable que le sea compensado el valor venal de esos terrenos, por lo que, en cuanto a ese rubro, la demanda deberá ser desestimada. En todo caso, nótese que la sentencia dictada dentro del proceso de lesividad, dispuso la invalidez del título de inscripción de manera retroactiva, lo que implica la imposibilidad de debatir en esta causa el reconocimiento de la situación jurídica que se analiza. Ergo, esa partida debe ser desestimada.”*

al INDER, al haber otorgado la titulación a favor del actor, lo que le colocó en una situación de confianza legítima, siendo que era a esa Administración a quien correspondía el análisis de validez y pertinencia de otorgamiento del derecho de dominio. Ello llevó a generar al demandante una situación jurídica frente a la cual, no se pudo acreditar mal fe en la adquisición del título ni en el ejercicio de la ocupación y disposición del inmueble, razones sobre las cuales, se sustentó la reparación por lesión extra patrimonial reclamada.<sup>327</sup>

---

327 Sobre este punto, para mejor comprensión de las razones dadas por el Órgano Sentenciador para amparar ese daño, cabe transcribir la motivación sustancial de ese criterio, en tanto pone en evidencia la antijuridicidad de las conductas de la Administración otorgante como causa de la lesión moral subjetiva y la ausencia de mala fe en el proceder del administrado. En lo esencial, ese criterio pone de manifiesto que se expuso al accionante a ese padecimiento, cuando la causa adecuada era totalmente evitable a partir del ejercicio debido de las potestades administrativas con fundamento en las cuales, se configuró el derecho otorgado. Así, en el considerando IX de esa resolución, en lo relevante se expresó: “...Lo anterior pone en evidencia que si bien fue el accionante quien instauró el trámite de titulación de esa parcela, la entidad competente para disponer esa titulación era precisamente el INDER, a efectos de lo cual, era debido que realizara en su oportunidad, un análisis del cumplimiento debido de las diversas exigencias que a esa fecha imponía el Ordenamiento Jurídico para la procedencia de ese tipo de gestiones. Ello incluía la verificación del conjunto de circunstancias que luego fueron el motivo de la declaratoria de lesividad en sede administrativa. Desde ese plano, no es de recibo ni atendible el alegato del INDER que expone que el mismo accionante debía saber que el terreno titulado era Patrimonio Natural del Estado y que, por ende, debió negarse a suscribir la escritura de traspaso a su favor. Tal argumento resulta a todas luces infundado y llevaría a desconocer del deber del INDER de ajustar sus conductas a legalidad en lo que se refiere al otorgamiento de ese tipo de actos de titulación. De igual manera, ese alegato pretende hacer ver una supuesta mala fe del petente, condición subjetiva que este Tribunal no colige del trámite dado a su petición de titulación. (...) A juicio de este Tribunal, a diferencia de lo afirmado por el INDER, el hecho de que el actor conociera de las condiciones de cobertura boscosa del bien en cuestión, no es indicativo per se, de la existencia de una mala fe en su posesión o en la formulación de las peticiones para titular la parcela. No era el accionante quien debía negarse a otorgar una escritura que le permitía obtener el dominio de una franja de terreno, sino el INDER quien debía ponderar de previo a otorgar ese título de propiedad, que esos terrenos, por sus condiciones naturales, era parte de la categoría tutelada por el

---

*ordinal 13 de la Ley Forestal y que, por ende, al ser Patrimonio Natural del Estado no podía ser trasladada a dominio de los particulares. No obstante, al haber otorgado la titulación pretendida desde el año 2003, generó en la esfera jurídica del accionante, una situación jurídica que, a no dudarlo, fue adquirida de buena fe, sin que el INDER haya aportado elemento o argumento solvente alguno que permita derribar esa presunción. Ciertamente, al haberse estimado la demanda de lesividad, es claro que ese acto otorgado en el 2003 a favor del accionante padecía de nulidad de grado absoluto, lo que implica la imposibilidad de que esa titularidad se mantenga, o bien, que el valor comercial del inmueble le sea cancelado. Sin embargo, ello no elimina que la tenencia del bien producto de ese acto fuese de buena fe, generando en la esfera del accionante un sentido de arraigo y de pertenencia por un plazo de casi 7 años, siendo que pese haberse titulado en el mes de octubre del 2003, no fue sino hasta la emisión del artículo número 17 de la sesión ordinaria 016-2010 del 03 de mayo del 2010, que la Junta Directiva del INDER dispuso declarara lesivo esos actos. Para esta Cámara, la ocupación y tenencia de esa parcela por ese lapso, sin que pueda presumirse la mala fe de parte del actor, lleva a una fuente de padecimiento interno de carácter emocional, por la supresión del derecho de propiedad del inmueble, que si bien se sustenta en bases lícitas y legítimas, tiene como antecedente un acto favorable de la misma Administración Pública, dictado con omisión y descuido del control legal que es parte de sus competencias y potestades, mediante falencias que le son atribuibles de manera exclusiva a ese ente público y no al petente como argumenta el INDER. En efecto, la causa del padecimiento moral subjetivo en este caso se asocia al otorgamiento de un acto que le permite al accionante obtener la titulación de un bien que, por sus condiciones, era parte del demanio público, permitiéndole el ejercicio de un derecho de dominio por más de seis años, lo que, con claridad, por reglas de experiencia humana, genera sensaciones de pertenencia y arraigo. Con la supresión de ese título, por causas legalmente válidas, se somete al accionante a una perturbación anímica, inducida por las inadvertencias y deficiente criterio técnico y legal externado con anterioridad por el INDER, al haberle otorgado un título y luego suprimirlo, padecimiento extra patrimonial que, en orden a las consideraciones de este cuerpo colegiado, merece ser indemnizado como tutela debida y protección de la situación jurídica del accionante. A diferencia de lo que esgrime el ente accionado, no se trata de un interés ilegítimo, pues la indemnización en cuestión no es por concepto de la ocupación o propiedad de un bien demanial, sino por los efectos y consecuencias de haber dictado un acto que generó un estado de buena fe en el actor. Así las cosas, atendiendo al plazo de ocupación y a las condiciones del inmueble, atendiendo además a que el accionante sometió esa parcela al régimen de pago por servicios forestales, estima este Tribunal que lo debido es conceder una compensación económica por esos padecimientos. Con todo, la suma pretendida por este concepto se estima desbordada*

En definitiva, la permisibilidad de la reconvencción en los trámites de lesividad, así como del análisis de todo tipo de pretensión que guarde relación con el objeto de ese proceso, configura una posibilidad con plena habilitación legal en el contexto del CPCA, pero que además, encuentra lógica en la necesidad de una decisión integral, unitaria, eficiente y célere de la situación jurídica debatida, lo que incluye, todos sus componentes y aristas, referente que incluye, se reitera, toda cuestión asociada a los efectos de la supresión del acto de contenido favorable.

## 10. ¿Lesividad vía contrademanda?

El CPCA sostiene la imposibilidad de formular la pretensión de lesividad vía contrademanda. Así lo impone de manera tajante el numeral 34,5 del CPCA en cuanto señala: “*La pretensión de lesividad no podrá deducirse por la vía de la contrademanda*”. Tal restricción no se plasmaba de manera expresa en la anterior LRJCA.

---

*(¢50.000.000.00), en la medida en que el accionante no aporta detalle que permita establecer los parámetros sobre los cuales justifica esa cuantía. En ese sentido, cantidad, en orden a los juicios de razonabilidad y proporcionalidad que han de imperar en la tasación del daño moral subjetivo, considerando los aspectos antes señalados relativos al plazo de ocupación y la vigencia de la titulación realizada a favor del accionante, así como de las causas que llevaron a determinar la invalidez de ese registro, se fija una indemnización de ¢2.000.000.00 (dos millones de colones), la que se considera congruente con el mérito de los autos y los aspectos analizados en el presente asunto.”* Nótese la valoración de la conducta del adquirente como criterio de ponderación para el análisis de daños, aspecto que resulta fundamental en el abordaje del dimensionamiento de los procesos de lesividad y potenciales reconvencciones, dado que, la concurrencia de la buena fe daría paso al reconocimiento de derechos patrimoniales tutelables, aspecto a dirimir en cada caso, pero que, en definitiva, guarda especial relevancia en el contexto de una decisión integral de la contienda y el resguardo de las situaciones jurídicas de las personas, sin perjuicio de la protección del interés público que habilita y sustenta la pretensión de lesividad.

Dada esa regulación, es claro que, en tesis de principio, dentro de la misma causa, no podría sostenerse la pretensión de lesividad por la vía de la reconvención. Ello supone que, frente al ejercicio del derecho de acción de parte de un administrado, en el cual, reclame frente a la Administración Pública que le ha emitido un acto de contenido favorable, determinada prestación derivada de un acto firme, o bien, cuestione algún componente del acto favorable con el que no se encuentre conforme, no cabría que esa unidad administrativa se opusiera a esas pretensiones sobre la base de alegaciones de patología del acto habilitante.

Lo anterior llevaría a que, desde el plano práctico, cuando la Administración Pública emisora de esa conducta y que, viene obligada a las prestaciones o contenido derivado de ese acto, estime que tal manifestación formal presenta una ilegitimidad de base que lleva a una nulidad absoluta, debe presentar una causa de legalidad en proceso separado, a fin de cuestionar la validez de esa conducta y lograr su supresión. Como se ha señalado, esa eventualidad puede darse en varios contextos:

- Que el administrado presente una petición de ejecución de acto firme y favorable, dada la indolencia de la Administración otorgante en la concreción de los efectos del acto.
- Que la acción del administrado pretenda que se ordene a la Administración otorgante a adoptar determinada conducta, sea formal o material, de acción o abstención que, se estima debida como derivación del contenido oponible que se desprende del acto de contenido favorable.
- Que la demanda del administrado tenga por objeto cuestionar un componente del acto con el que no concurre, pero sin perjuicio del contenido favorable ya reconocido. Ejemplo de ello sería el otorgamiento de una concesión por un plazo menor al que el administrado considera debido.

Frente a esas hipótesis, se insiste, la única forma posible para combatir la validez de la situación jurídica que el administrado pretende oponer, sería mediante la formulación de una causa ordinaria de lesividad, en la que se impugne o cuestione

el acto favorable que pretende hacer valer el administrado. En tal caso, es evidente que esa acción de lesividad generaría un efecto de prejudicialidad frente a las demás causas emprendidas por el destinatario del acto benevolente, siendo que, la estimación o análisis de las pretensiones de esa parte, estarían supeditadas, indefectiblemente, a los resultados del análisis de validez de esa conducta primigenia. De ahí que esas contiendas, aun cuando opuestas con antelación a la lesividad, se vean impactadas por el proceso de lesividad.

Sin embargo, ello no dice de la necesaria suspensión procesal en cada uno de los casos señalados. Es dentro de cada contienda que debe examinarse las bondades de disponer la suspensión por dicha prejudicialidad. De inicio, es cuestionable condicionar la orden de ejecución de acto firme y favorable por la formulación de un proceso de lesividad, por cuanto esa modalidad no dice de un proceso ordinario, sino de una vía de ejecución para tutelar la condición de ejecutoriedad de los actos administrativos. Sin embargo, bien podría disponerse dentro de la causa de lesividad, la suspensión de efectos de la conducta, como cautelar necesaria, acorde a los parámetros fijados por los ordinales 19 y 21 del CPCA.

Análisis diverso parece darse en la hipótesis de orden de adopción de conductas concretas derivadas del contenido oponible del acto, o bien, de la petición de modificación favorable del acto afirmativo. En esas variaciones, se antoja más racional la suspensión de las causas por la dependencia lógica que se presenta respecto del análisis de validez que propone la acción de lesividad.

Atendiendo a lo expuesto, dada esa relación y afinidad de objeto entre ambas causas, no vemos limitación legal alguna para que, en esos escenarios, pueda apelarse a una acumulación de ambos procesos, sustentada en la unidad de la relación jurídica debatida. Esto tendría como beneficio el evitar fallos o pronunciamientos potencialmente contradictorios, con el correspondiente riesgo para la seguridad y certidumbre jurídica. Siendo así, sea, observando la viabilidad jurídica y la conveniencia de una acumulación en esos casos, pierde sentido práctico la negación legal de formular la pretensión de lesividad vía contrademanda.



En definitiva, si concurren los presupuestos procesales para plantear la reconvención con pretensión de lesividad, es decir, si se ha declarado internamente por el superior jerarca supremo, si se han satisfecho los plazos debidos y las rigurosidades procedimentales para esos efectos, ¿qué sentido práctico lleva esa limitante? A la postre, si pese a cumplirse esos elementos se niega tal posibilidad, se llega al extremismo de imponer a la Administración la carga de formular una nueva causa judicial que impacta en el proceso ya instaurado, con las vicisitudes ya mencionadas.

Se comprende que esa acción del administrado no debe constituir una oportunidad para cuestionar la legitimidad del acto habilitante o favorable, sin embargo, se insiste, si se satisfacen todas (y sin excepción) las exigencias propias de la pretensión de lesividad al momento de formular la contrademanda, es dudosa la lógica y rigor técnico de esa restricción. Sin duda, un tema a revisar para impregnar de dinamismo y completez las relaciones procesales que dimanen de este tipo de actos de contenido favorable y que permitan una decisión integral y definitiva del conflicto.

## **11. El dimensionamiento como potestad judicial.**

El contenido de la relación jurídico administrativa que se configura a partir de la emisión del acto de contenido favorable, sufre un impacto radical y sustantivo por la supresión de esa conducta, merced de la pretensión de lesividad. Atendiendo a las particularidades que ya se han puesto de manifiesto en el examen de los elementos del instituto de la lesividad, es claro que esa relación supone el otorgamiento de una situación de poder, (aunque igualmente puede ser de ventaja, a nuestro modo de ver), que habilita al administrado a ejercer determinado tipo de comportamientos que son parte natural del contenido oponible de dicha situación. En ocasiones, con frecuencia, ese derecho o situación favorable, supone beneficios

de orden patrimonial o prestaciones por parte de la Administración Pública otorgante.

Es justamente el impacto que produce la supresión de ese segmento de la esfera jurídica de la persona beneficiada con la conducta administrativa, lo que impone la tutela del debido proceso y del derecho de defensa, a la vez que habilita el ejercicio de reconvenciones para pretender el resguardo de potenciales lesiones patrimoniales o extra patrimoniales que puedan desprenderse del reconocimiento de un derecho o interés, que luego son eliminados por la vía de la lesividad. Frente a ello, la configuración de los efectos propios del ciclo de vigencia del acto, congruentes con el contenido de esa voluntad administrativa, lleva a analizar la eventual necesidad de ponderar un eventual dimensionamiento en la supresión del acto favorable. Pese a que la nulidad absoluta se impone como presupuesto infranqueable de la lesividad, bien pueden presentarse situaciones en las que, el beneficio fue obtenido de buena fe, ante lo cual, es menester analizar el impacto que la anulación producirá en la esfera jurídica del administrado, concretamente en cuanto a las consecuencias propias del régimen de patología de las conductas públicas.

Ya se ha señalado que la acción anulatoria propia de la lesividad, se encuentra sujeta a factores de temporalidad, los que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- a. Actos viciados de nulidad absoluta, de efecto instantáneo: deben ser declarados lesivos dentro del año posterior a su adopción, y la demanda respectiva se encuentra afecta a una caducidad de un año, computado a partir de dicha declaratoria interna.
- b. Actos viciados de nulidad absoluta, de efecto continuado: pueden ser cuestionados en tanto subsistan sus efectos. Empero, una vez declarada en sede interna la lesividad, opera la misma regla de caducidad anual.
- c. Actos viciados de nulidad absoluta, relativos a materia demanial: no opera límite temporal alguno.

Sin embargo, según la acción de ejerza dentro del año posterior a la adopción del acto, o bien, en los supuestos b) y c) señalados, se ejerza en tanto pervivan los efectos del acto (caso del supuesto b), o en cualquier tiempo (supuesto c), así serán los efectos de la eventual sentencia estimatoria de la pretensión de invalidez. Como se ha explicado en el aparte del elemento temporal y a propósito del régimen de invalidez, al socaire de los ordinales 34,1, 39,2, 40 del CPCA, en relación con el precepto 171 de la LGAP, solamente la nulidad declarada dentro del proceso incoado dentro del año posterior a la oportuna declaratoria interna de lesividad, tiene la virtud de producir un efecto retroactivo. De otro modo, transcurrido el año para declarar lesivo en sede administrativa el acto, si bien puede formularse la demanda de lesividad en los supuestos recientemente señalados (b y c), la demanda será para efectos de la inaplicabilidad a futuro de esas conductas.

Lo anterior lleva a entender que el efecto retroactivo de la declaratoria de nulidad absoluta, se limitaría a los casos en que la respectiva declaratoria por el jerarca máximo supremo, se exprese dentro del cauce anual ya indicado, y la demanda respectiva sea formulada dentro del ámbito previsto por el numeral 39 del CPCA. En los demás casos, se configura una excepcionalidad, cual es, que, pese a la nulidad de grado absoluto, la supresión es de orden prospectivo, por lo que, los efectos consumados del acto, previos a esa supresión, no serían invalidados por la estimación judicial. Por ende, esos efectos, consumados en el curso de la vigencia del acto, son jurídicamente oponibles, luego, tutelables, al no estar afectos a la patología de orden retroactivo que, en tesis de inicio, supone la nulidad absoluta, pero que, para esta hipótesis, encuentra una relativización.

En ese orden, en aquellos casos en que la nulidad absoluta puede generar un efecto retroactivo, el numeral 131 del CPCA reconoce al órgano jurisdiccional la potestad de dimensionamiento de la sentencia, al señalar: *“Si es necesario para la estabilidad y la seguridad jurídica, la sentencia deberá graduar y dimensionar sus efectos en el tiempo, el espacio o la materia”*.

De igual manera, el mandato 171 de la LGAP, ya comentado líneas atrás, regula que la declaración de nulidad absoluta tiene efecto declarativo retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. La interrelación de ambas normas posibilita que, frente a la eventual declaratoria de lesividad de un acto de contenido favorable, en los casos en que los efectos propios del fallo estimatorio, impone esa supresión de efecto retroactivo (*ex tunc*), la sentencia de fondo pueda dimensionar o modular esa declaratoria, a fin de concretar el resguardo de situación jurídicas que se han materializado a la luz de un estado de buena fe del administrado.

Es claro que, en virtud de esa posibilidad aludida, no podría mantenerse dentro de la esfera jurídica de la persona, el efecto propio del contenido del acto, sea, mantener la situación jurídica favorable que le fue, impropia otorgada, pues ello supondría vaciar el efecto directo y el sentido lógico de la lesividad. Si esta pretensión busca la supresión por patología de un acto favorable, la concurrencia de los presupuestos que llevan a estimar la demanda, exige, sin duda, la eliminación del acto respectivo, a fin de que la situación creada se haga cesar. Empero, cuando el acto ha venido cumpliendo un ciclo de efectos, cabe cuestionarse si es factible, por la vía del dimensionamiento, la conservación de algunos de esos efectos, o si, por el contrario, el juicio de nulidad absoluta que llevó a la supresión, implica, en todos los casos, la retroacción de efectos y con ello, la obligación de desconocer los efectos materiales o jurídicos producidos por el acto y que han ensanchado la esfera del particular, al margen de que se hayan producido de buena o de mala fe.

En ese sentido, la posibilidad de remover los efectos favorables que se han producido en la esfera jurídica de la persona, mediante la adopción de un acto ilegítimo, sin lesionar la teoría de la intangibilidad de actos propios y sin desmeritar las situaciones consolidadas, fue objeto de análisis por parte de la Sala Constitucional en la sentencia número 2017-15945 de las 11:40 horas del 04 de octubre de 2017. En ese voto, analizó la constitucionalidad, -entre otras normas- del artículo 34 CPCA, en virtud de la impugnación formulada por un sindicato judicial que cuestionaba la posibilidad que el proceso de lesividad representaba

para el Estado, de desconocer actos que habían reconocido derechos típicamente laborales y que, por consiguiente, habían conformado derechos adquiridos de los trabajadores, por lo que estimaba a esta figura como un uso abusivo del Derecho. En dicho fallo, la Sala Constitucional desestimó la acción de inconstitucionalidad al estimar que la acción de lesividad está diseñada para salvaguardar la legalidad de la actividad administrativa, al mismo tiempo que garantiza el respeto a los derechos del administrado que deriva situaciones jurídicas favorables, de las manifestaciones de voluntad de la Administración. Expresó en cuanto a ese punto:

*“...La Sala advierte que no puede dejarse de lado que en el proceso de lesividad subyace un acto viciado, contrario al ordenamiento jurídico, de ahí su nulidad. Lo que el legislador hace, en claro ejercicio y reflejo de su potestad legislativa, es definir quién, cuándo y cómo, esa nulidad es declarable siendo que la regulación del tema genera, a su vez, claridad al administrado y conlleva o aspira a la realización del valor seguridad jurídica. El legislador podía discriminar por los bienes tutelados, por los sujetos afectados o beneficiados, por la entidad del acto viciado, casos y tiempos en que se puede o no, declarar administrativa o judicialmente la nulidad. El sistema escogido por el legislador en este caso, es intermedio en el sentido que no cohonesto la firmeza y eficacia definitiva de actos nulos, que devinieron inimpugnables, pero tampoco genera la incertidumbre de que cualquier acto administrativo firme pueda ser anulado en cualquier momento. **Esta vía intermedia fija requisitos estrictos de fondo, de tiempo, de sujetos y de procedimiento para obtener la declaración de nulidad y limita los efectos de la anulación a futuro, lo que excluye de plano el alegato de la irretroactividad o lesión a derechos adquiridos y situaciones consolidadas. En suma, que las normas impugnadas establecen un mecanismo, de los muchos que pudo haber perfilado el legislador en ejercicio de su potestad legislativa, para restablecer la vigencia de los valores del ordenamiento jurídico cuando han sido violados groseramente, permitiendo, de algún modo en verdad excepcional y limitado, especialmente en cuanto a sus efectos futuros, reparar vicios que aparentemente serían irreparables bajo el principio de intangibilidad de actos propios no obstante que ello conlleve declarar como mal concedidos o reconocidos derechos a los administrados.** La Sala no encuentra que, de suyo, para declarar nulos derechos mal establecidos a los administrados, se tenga que violentar*

*la pléyade de importantes principios constitucionales que el accionante invoca en el libelo de interposición de la presente acción, sino que, todo lo contrario, se sobreentiende que el procedimiento anulatorio debe conllevar el necesario respeto a todos los derechos del administrado quien, individualmente, podrá tener acceso al expediente, al contradictorio y demás garantías pertinentes que las normas en cuestión no conculcan, dejándolo a salvo de la arbitrariedad y del ejercicio abusivo o desviado del poder público. De otro modo dicho, la Administración puede, a la luz de las normas aquí cuestionadas, pretender la anulación de actos anómalos que favorecieron indebidamente al administrado, pero para hacerlo ha de seguir estrictamente el camino y las vías legales que, precisamente, normas como las que se impugnan, definen y clarifican en aras de la seguridad jurídica tanto de la Administración como de los administrados...”*  
(Resaltado no es del original).

En esa línea, puede afirmarse que la lesividad no tiene por fin el desconocimiento o supresión de ningún derecho subjetivo que hubiera entrado de manera irreversible en el patrimonio de una persona, sino, el restablecimiento de la legalidad en la actividad administrativa, mediante su ajuste al marco del ordenamiento jurídico a través de un procedimiento garantista y respetuoso del debido proceso y del derecho de defensa. Empero, esa finalidad de armonizar la conducta administrativa a la legalidad, no deja de lado la posibilidad de la tutela subjetiva, pues precisamente es en virtud de ese resguardo, que bien pueden formularse pretensiones de tutela de aspectos patrimoniales por parte de la parte accionada, quien, beneficiada por un acto firme, ahora sufre un impacto por la cesación de efectos de ese acto habilitante.

Desde ese plano, debe discriminarse que, en los actos de efecto instantáneo, la estimación de la pretensión de lesividad, supondrá, en todo caso, la retroactividad de efecto y, por ende, la recuperación de cualquier ventaja patrimonial que ese acto haya concedido al destinatario, como a la vez, la supresión de toda situación jurídica conexas y asociada a esa conducta favorable. En los supuestos de actos de efecto continuado, tal cuestión es opinable.

En la sentencia No. 2616-2010 de las 08 horas 28 minutos del 19 de julio del 2010, la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo se refirió sobre tal cuestión. Se trataba de un caso en el que se había otorgado de manera indebida, un pago por el plus salarial de incentivo a los profesionales en ciencias médicas, a un funcionario del Poder Judicial, por el lapso del 23 de mayo del 2007 al 31 de julio del 2008, pago que fuese reconocido en un acto de fecha 02 de octubre del 2008 por parte del Consejo Superior. La pretensión formulada por el Estado no solamente se direccionaba a la anulación de esa conducta, sino, además, a la orden de devolución de las sumas pagadas por ese concepto.<sup>328</sup> Pretensiones frente a las cuales, en lo medular, el accionado alegaba una buena fe en la recepción del pago salarial, a la vez que señaló la desproporcionalidad de requerirle el reintegro de sumas que fueron giradas de manera espontánea por el propio empleador público.<sup>329</sup> En la sentencia aludida, el Tribunal estimó que al margen del reconocimiento oficioso del plus salarial de marras, los efectos mismos de la nulidad

---

328 Las alegaciones del Estado señalaban que, la Ley de Incentivos a los profesionales en ciencias médicas, Ley No. 6836 del 22 de diciembre de 1982, que establece una serie de beneficios salariales para los profesionales en ciencias médicas que laboran en el sector público no resulta de aplicación al demandado, ya que el numeral 40 de la Ley General de Salud establece que solo son profesionales en ciencias médicas quienes ostenten una licenciatura o grado superior en las especialidades que esa norma señala, dentro de las cuales se enuncia la psicología clínica. El legislador no reconoce cualquier especialidad en psicología como ciencia médica, sino solo le otorga ese carácter a la psicología clínica. Así lo establece la Ley No. 6836 que indica que los beneficios solo son aplicables a los psicólogos clínicos.

329 El demandado adujo, el acto que se solicita anular no fue forzado ni tuvo intervención a efecto de obtener el nombramiento, pues fue una iniciativa exclusiva de la Administración. Consideró injusto e irracional que se le pretenda culpar de una conducta en la que no tuvo participación, a la vez que irrazonable y desproporcionado ordenar la devolución de lo pagado, ya que el Poder Judicial sabía que no tenía el grado académico de psicólogo clínico, y aun así lo nombró. Destacó además que, realizó funciones propias del cargo, cumpliendo con las condiciones y requerimientos del puesto, por lo que, en aplicación del principio de igualdad en la remuneración salarial, derivado del canon 57 de la Carta Magna, debían pagarle su salario por las funciones realmente realizadas.

absoluta obligaban al reintegro de esas sumas, so pena de vulnerar los efectos retroactivos de esa categoría patológica.<sup>330</sup>

---

330 Sobre el particular dispuso:

*“XI.- Sobre el reintegro de las sumas pagadas por concepto de prohibición. La determinación de nulidad de las conductas cuestionadas en este proceso lleva al examen de la pertinencia o no de imponer el deber de devolución de las sumas recibidas por el pago del rubro de prohibición. En este orden, el accionado alega que la obligación de devolver las sumas pagadas es desproporcionada e irrazonable. Dice haber prestado sus funciones por lo que existe un uso abusivo por parte del Poder Judicial. Lo analizado en los apartes previos en lo que atina a la invalidez absoluta de las conductas objeto de examen en este proceso, llevan a concluir que las sumas erogadas a favor del demandado no pueden tenerse como bien recibidas. La existencia de vicios que determinan la nulidad absoluta de las conductas cuestionadas, de conformidad con los ordinales 169 y 171 de la Ley General de la Administración Pública, suponen la supresión de sus efectos de manera retroactiva a la fecha de emisión de esas conductas. La presunción de validez del acto administrativo que dimana del numeral 176 del cuerpo legal aludido y que tiene como efecto colateral la protección de los efectos generados por el acto en el curso de su eficacia, solo es aplicable para la nulidad relativa, (en la cual, a tono con el precepto 167 ibidem, no se da la ausencia, sino la imperfección de uno de los elementos constitutivos del acto), no así en la nulidad absoluta, en la que, la acción es declarativa, por tanto, retroactiva a la fecha de emisión del acto. En el sub-exámene, se insiste, la invalidez es de grado absoluto, razón por la cual, no puede considerarse que las actuaciones objeto de controversia puedan tener como válidamente incorporadas a la esfera jurídica del señor xxx, el pago del incentivo de la Ley No. 6836 en el período que va desde el 23 de mayo del 2007 al 31 de julio del 2008. Para lo anterior no es óbice que la asignación del citado beneficio fuese consecuencia de un acto inicialmente promovido por la misma Administración. Si bien podría decirse que la recepción del plus salarial estuvo amparado a la buena fe, ciertamente no se trata de un derecho adquirido, tal y como condiciona el artículo 171 de la citada Ley General, para efectos de un posible dimensionamiento de los efectos del acto absolutamente nulo. En la especie, al tratarse de un beneficio salarial otorgado a contra pelo de la norma que lo justifica, pese a que el mismo accionado conocía de su improcedencia al no contar con el perfil subjetivo que esa legislación fija para la procedencia del plus en cuestión, estima este Tribunal, no resulta viable dispensar a la accionada del deber de devolución de los dineros recibidos por concepto de un adicional en su salario que no encontraba sustento legal ni jurídico. Del análisis de los autos se obtiene que el demandado recibió por concepto de la Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas los siguientes rubros:*



En este caso, el Tribunal aplicó de manera tajante e incuestionable la regla de regresión de efectos de la nulidad absoluta, señalando que no era dable reconocer derecho alguno o conservar ninguna situación, pues ello llevaría a la legitimidad de efectos derivados de un acto ilegítimo.

Frente a ese tipo de situaciones, es claro que la recepción de ventajas patrimoniales como derivación de la ejecución y vigencia de un acto que padece de nulidad de grado absoluto, si bien puede darse el caso que se hayan recibido de buena fe por parte del destinatario, en definitiva, no pueden ser considerados legítimos. La legitimidad o no de los derechos o situaciones producidas no debe ser examinada desde la arista de la buena o mala fe, sino desde la validez o no de esas

---

*¢504.874.40 (quinientos cuatro mil ochocientos setenta y cuatro colones con cuarenta céntimos) mensuales de mayo a junio de 2007; ¢530.116.52 (quinientos treinta mil ciento dieciséis colones con cincuenta y dos céntimos) mensuales de julio a noviembre de 2007; ¢557.384.64 (quinientos cincuenta y siete mil trescientos ochenta y cuatro colones con sesenta y cuatro céntimos) en diciembre de 2007; ¢590.202.64 (quinientos noventa mil doscientos dos colones con sesenta y cuatro céntimos) mensuales de enero a junio de 2008 y ¢629.303.20 (seiscientos veintinueve mil trescientos tres colones con veinte céntimos) mensuales de julio a octubre de 2008. El pago y detalle de esas sumas se tiene como un hecho no controvertido y consta en el oficio 0328 AP CC 2009 SIC 5738-09 visible a folio 296 del legajo personal. La sumatoria de esas partidas arrojan el siguiente resultado: a) período de mayo a junio del 2007: ¢1.009.748.80 (un millón nueve mil setecientos cuarenta y ocho colones con ochenta céntimos); b) período de junio a noviembre 2007: ¢2.650.582.60 (dos millones seiscientos cincuenta mil quinientos ochenta y dos colones con sesenta céntimos); c) diciembre del 2007: ¢557.384.64; d) período de enero a junio 2008: ¢3.541.215.84 (tres millones quinientos cuarenta y un mil doscientos quince colones con ochenta y cuatro céntimos) y e) período julio a octubre 2008: ¢2.517.212.80 (dos millones quinientos diecisiete mil doscientos doce colones con ochenta céntimos), para un **gran total de ¢10.276.144.68** (Diez millones doscientos setenta y seis mil ciento cuarenta y cuatro colones con sesenta y ocho céntimos), suma que corresponde ser reintegrada por el demandado. De conformidad con el numeral 123 del Código Procesal Contencioso Administrativo, dicha suma dineraria deberá ser indexada conforme al índice de precios al consumidor (IPC) fijado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), desde el momento en que cada pago fue erogado hasta la firmeza del presente fallo, aspecto el cual, se establecerá en fase de ejecución de sentencia.”*

consecuencias jurídicas y materiales. De otro modo, el objeto de la lesividad solamente sería extensible, a la supresión del acto y a los efectos que pudiera llegar a producir a futuro, dando respaldo y reconociendo, por ende, los efectos propios de un acto que se ha estimado absolutamente nulo.

En esa línea se pronunció el Tribunal Contencioso Administrativo en la sentencia No. 2432-2009 de las 09 horas 45 minutos del 03 de noviembre del 2009, Sección VI, en la que, en cuanto a esas cuestiones señaló:

*“... En este orden, la accionada alega que las sumas no deben ser reintegradas al estado por haberse recibido de buena fe y por tener un derecho subjetivo y una situación jurídica consolidada. Lo analizado en los apartes previos en lo que atina a la invalidez absoluta de las conductas objeto de examen en este proceso, llevan a concluir que las sumas erogadas a favor de la demandada no pueden tenerse como bien recibidas o bien, amparadas a lo que se alega como un derecho adquirido o situación consolidada. La relevancia de tales conceptos no se contraponen a la presente situación. La existencia de vicios que determinan la nulidad absoluta de las conductas cuestionadas, de conformidad con los ordinales 169 y 171 de la Ley General de la Administración Pública, suponen la supresión de sus efectos de manera retroactiva a la fecha de emisión de esas conductas. La presunción de validez del acto administrativo (in favor acti) que dimana del numeral 176 del cuerpo legal aludido y que tiene como efecto colateral la protección de los efectos generados por el acto en el curso de su eficacia, solo es aplicable para la nulidad relativa, (en la cual, a tono con el precepto 167 ibidem, no se da la ausencia, sino la imperfección de uno de los elementos constitutivos del acto), no así en la nulidad absoluta, en la que, la acción es declarativa, por tanto, retroactiva a la fecha de emisión del acto. En el sub-exámene, se insiste, la invalidez es de grado absoluto, razón por la cual, no puede considerarse que las actuaciones objeto de controversia puedan tener como válidamente incorporadas a la esfera jurídica de la señora Molina Soto, el pago de la prohibición en el período que va desde el primero de mayo del 2005 al 29 de abril del 2007. Para lo anterior no es óbice que la asignación del citado beneficio fuese consecuencia de un acto inicialmente promovido por la misma Administración de manera oficiosa. Por un lado, la demandada luego voluntariamente formuló la renuncia al pago de dedicación exclusiva y aceptó el pago de prohibición. De igual forma, si bien podría decirse que*

*la recepción del plus salarial estuvo amparado a la buena fe, ciertamente no se trata de un derecho adquirido, tal y como condiciona el artículo 171 de la citada Ley General, para efectos de un posible dimensionamiento de los efectos del acto absolutamente nulo. En la especie, al no haberse configurado un derecho de esa naturaleza, estima este Tribunal, no resulta viable dispensar a la accionada del deber de devolución de los dineros recibidos por concepto de un adicional en su salario que no encontraba sustento legal ni jurídico. (...).”*

Con todo, en el caso concreto de pagos de naturaleza salarial, ese mismo precedente reconoció que el reintegro debe realizarse de conformidad con las pautas dadas por el ordinal 183 del Código de Trabajo, sea, mediante tractos y sin el pago de interés legal.<sup>331</sup> Cabría cuestionarse si en las relaciones jurídicas en las que el acto lesivo haya generado ventajas patrimoniales traducibles en obligaciones dinerarias, el reintegro de esas sumas implica el pago de intereses o si por el contrario, cuando haya mediado buena fe en la obtención de esos beneficios, pueda

---

331 En el citado fallo se señaló sobre el rubro de intereses: “...Al amparo del ordinal 173 párrafo segundo del Código de Trabajo: “(...) *Las deudas que el trabajador contraiga con el Patrono por concepto de anticipos o pagos hechos en exceso se amortizarán durante la vigencia del contrato en un mínimo de cuatro períodos de pago y no devengarán intereses.* (...)”. (El destacado es propio) Desde esta óptica, las deudas que puedan generarse por el deber de reintegro del pago indebido de prohibición, al margen de que deriven de un proceso de lesividad, en realidad se trata de un pago salarial (o de un componente salarial) realizado en exceso. La sola existencia de un proceso de lesividad no desconfigura en modo alguno la naturaleza salarial del componente debatido, por lo que la norma mencionada resulta de plena aplicación. En esa línea, se está frente al supuesto de hecho previsto en la citada norma laboral, lo que lleva a la improcedencia del pago de intereses, aún en los supuestos de allanamiento, siendo que se trata de un aspecto sobre el cual, existe regulación expresa del legislador en sentido opuesto, que este Tribunal no puede desconocer. De ese modo, resulta improcedente desde la óptica de este Tribunal, imponer el pago del rédito legal, teniendo como sustento el parámetro normativo mencionado. Por ende, lo debido es imponer a la demandada la obligación de devolver las sumas pagadas en exceso, en los términos ya mencionados, sin que sea procedente el pago de réditos por ese concepto, debiendo aplicarse para la devolución lo estatuido por el canon 173 del Código de Trabajo, en lo que se refiere al sistema de tractos para concretar el reintegro. La forma de pago deberá ser ponderada por la Administración Pública conforme a dicha normativa. ...”

prescindirse de ese componente financiero. Parece una medida que ha de valorarse en cada caso concreto, pero que, a priori, parece ajustarse a un análisis debido de las implicaciones de la nulidad y la manera en que se adoptó el acto habilitante.

Por demás, se insiste, en los casos en que la acción de lesividad se formule contra actos de efecto continuado, pero posterior al año de adopción de la conducta, la supresión lo es la para la inaplicabilidad a futuro del acto, ante lo cual, los efectos y situaciones producidas de previo a la respectiva declaratoria de nulidad, han de ser conservados, siendo que la sentencia debe precisar tal aspecto, a efectos de evitar confusiones en cuanto a las consecuencias de esa supresión. Lo anterior, se insiste, por así imponerlo el mismo ordinal 34 en relación al 40 del CPCA. Se trata de un aspecto que, en caso de ser omitido en el fallo respectivo, bien puede requerirse su complementación mediante la vía de la gestión de aclaración y adición. Ahora, si la sentencia opta por disponer la supresión de esos efectos, aun cuando se esté dentro de este supuesto concreto, es un tema que ha de ser cuestionado en sede casacional, como vicio de fondo por violación directa de ley, en concreto, por indebida aplicación o falta de aplicación de aquellos mandatos, s pena de que la sentencia adquiera firmeza y con ello, perviva una decisión judicial que si bien, es contraria a la ley, dada la inercia de la parte afectada, le resulta oponible y por ende, le impondría las obligaciones asociadas a esa declaratoria.

En suma, debe postularse de manera genérica la posibilidad de insertar en el fallo del proceso de lesividad, condiciones de dimensionamiento, aspecto en el cual, son las partes del caso las principales llamadas a aportar los elementos de juicio que posibiliten la inserción de este tipo de referencias, sin perjuicio de la potestad oficiosa que sobre ese particular tiene el órgano judicial.<sup>332</sup>

---

332 Para efectos de la ponderación de ese dimensionamiento, es frecuente relacionar la figura de la buena fe con el desarrollo del principio de confianza legítima, estableciendo que dicha confianza conlleva a la tenencia de la buena fe en la recepción de efectos de la

---

conducta. Sobre ese particular, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, en la Sentencia No. 95 de 30 de setiembre de 2013, sobre ese principio expuso: "El Principio de Confianza legítima, ha sido descrito por el jurista nacional Jinesta Lobo de la siguiente forma: "El principio de la confianza legítima, junto con el de buena fe en las relaciones jurídico-administrativas dimana del principio de seguridad jurídica, esto es, la certidumbre en las relaciones con los poderes públicos, saber, el administrado, a qué atenerse con éstos, quienes deben evitar las situaciones objetivamente confusas y mantener las situaciones jurídicas aunque no sean absolutamente conformes con el ordenamiento jurídico" (El destacado es nuestro) (Jinesta Lobo (Ernesto)). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Página 276. Tal principio refiere a la conducta de la Administración pública que produce una expectativa en el Administrado, no solo mediante sus actuaciones en el ejercicio de su poder, sino de sus manifestaciones y relaciones en general. La representación de la institución bancaria insiste que la actora no tiene a su haber derecho alguno, criterio contrario concluye ésta cámara, quedó acreditado que previa calificación la actora se encontraba inscrita en un Registro de proveedores, lo que le concedía la posibilidad conforme al rol de la asignación de servicios de realizar avalúas y peritajes como lo venía realizando desde hacía varios años, bajo una relación de confianza como el mismo personero institucional lo acepta, por lo que resulta evidente para este Tribunal el quebranto de dicho principio y resulta de aplicación. En torno a este principio, la Sección Segunda de este Tribunal ha considerado lo siguiente: "(...) *Este principio, no es más que un derivado del constitucional de seguridad-consistente en el saber a qué atenerse-. Sin duda alguna, se trata, también, de una manifestación del principio general de la buena fe, que tiene aplicación en todos los campos del derecho, incluido, desde luego, el Derecho Administrativo y Municipal. La doctrina del Derecho Público ha abierto espacio a la aplicación del principio de la confianza legítima cuando hay signos externos de la Administración que le permiten concluir al particular, razonablemente, que su actividad es legítima. Debe existir, por ello, un acto administrativo que otorgue confianza, en términos que le permita pensar que sus expectativas son razonables, Paralelamente, debe haber surgido una situación jurídica individualizada, en cuya estabilidad confía el administrado que, ha cumplido con los deberes y obligaciones correspondientes, es decir, cree firmemente, -a partir de los signos que ha recibido de la administración-, que su actuación se encuentra ajustada al bloque de legalidad, que no ha querido infringir. Ahora bien, la inobservancia de este principio tiene consecuencias resarcitorias para el ente público, si con ello se frustran expectativas legítimas y derechos subjetivos, sin acudir a los causes (sic) establecidos (doctrina de los numerales 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública).*" (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda No. 330- 2005 de las 1:50 horas del 22 de julio del 2005).

En esa dinámica, la concurrencia de buena fe o confianza legítima en la recepción de efectos de la conducta no es parámetro suficiente para mantener vigentes los efectos materializados de la conducta que se estima absolutamente nula. Desde luego que cuando se infiera mala fe en esa relación administrativa, por estar el destinatario del acto en posibilidad objetiva de conocer la ilegitimidad del ensanchamiento de su situación jurídica, tal dimensionamiento es insostenible. Empero, no bastaría la buena fe para sostener esos efectos, siendo que, se reitera, en cada caso debe valorarse la conveniencia o no de mantener ese cuadro de efectos, a fin de impregnar el contenido de la sentencia estimatoria de algún viso de proporcionalidad y equidad en el pronunciamiento judicial, estimando que, no en pocas ocasiones, es la misma Administración la que ha colocado a la persona administrada en la compleja situación de tener que reintegrar ventajas patrimoniales, obtenidas al socaire de la confianza legítima. Se trata de la delicada valoración y ponderación de dos extremos jurídicos, sea, el resguardo de la legalidad mediante la retroactividad de efectos de la declaratoria de nulidad absoluta, y, por otro lado, la consideración de efectos negativos que esa supresión genera en la esfera jurídica de quien, de buena fe, obtuvo esas ventajas patrimoniales. Como se ha señalado, los precedentes de la Jurisdicción Contencioso Administrativo se han inclinado por aquel primer valor categórico, pero, en definitiva, el régimen normativo posibilita potenciales dimensionamientos en ese tipo de causas.

## **12. Modelos procesales para ejercer la acción lesiva.**

No existe una forma procesal pre determinada para conducir las pretensiones de lesividad. Son las particularidades de la causa en sí la que determina la orientación del litigio acorde a las diversas posibilidades que en estas lides establece la normativa procesal contenciosa. En este orden, son los motivos de invalidez que fundamentan la acción los referentes que determinarán esta posibilidad, así como el contenido del acto y las implicaciones o intensidad de afectación en los intereses

públicos. De igual modo, la relevancia de ese aspecto podrá generar variaciones en el curso del proceso, como de seguido se indica.

El CPCA fija un proceso común que transcurre por etapas cada una de las cuales, en tesis de principio, constituye la antesala de la siguiente. En lo medular, el proceso inicia con una fase de admisibilidad, en la que el juzgador de trámite determina la procedencia formal de la demanda, luego de lo cual, otorga traslado. Dado el traslado de la demanda y el espacio de réplica, el asunto pasa a una fase de conciliación, renunciable por naturaleza, una vez lo cual, es la audiencia preliminar la etapa que permite el sanear, abreviar y ordenar el proceso, conociendo de los diversos aspectos que señala el canon 90 del CPCA –en lo fundamental-. En esa audiencia preliminar, se determina si el proceso pasa a audiencia complementaria (juicio oral y público) o bien, se direcciona al proceso de puro derecho (art. 98.2 CPCA), siendo el criterio discriminante la admisibilidad o no de prueba que requiera trámite de evacuación dentro de audiencia, de modo que, ante esa eventualidad, el proceso se llevará a juicio, o bien, de no haber prueba evacuable, pasa a puro derecho. Una vez realizado el juicio, el Tribunal cuenta con un plazo de cinco días hábiles para el dictado del fallo, salvo que el asunto sea declarado de especial complejidad, en cuyo caso, el plazo para comunicar –que no para dictarla-, será de quince días hábiles.

Así, en general, el proceso, luego de pasar el umbral de admisibilidad, pasa por tres posibles etapas, sea, conciliación, preliminar y juicio oral y público, en el caso del proceso común. En este sentido, este proceso común es el aplicable cuando por el tipo de vicios esgrimidos, sea necesario evacuar probanzas que llevan a acreditar la invalidez que se alega como base de las pretensiones de lesividad. Así las cosas, a modo de ejemplo, si se ofrece como probanza de la nulidad deposición de algún funcionario que haya participado directa o indirectamente en la emisión de la conducta (figura prevista en el art. 83.1 CPCA), el criterio técnico de un perito, reconocimiento judicial, entre otras, el principio de contradictorio exige la realización de una audiencia de juicio para evacuar esas pruebas, el asunto se realiza por esta vía del proceso común. Resulta claro con todo, como derivación del principio de

inmediación que se impone en las fases de oralidad del proceso contencioso, para el establecimiento de la verdad real de los hechos, el juzgador que vaya a resolver por el fondo el asunto debatido, ha de ser quien realice la evacuación de los elementos de convicción (art. 85 CPCA).

Cuando luego de la fase de admisión de pruebas solo existan elementos de índole documental, y en general, prueba que no requiera ser evacuada, el asunto se reconduce por la vía del denominado proceso de puro derecho, previsto en el numeral 98.2 del CPCA. En tales casos, conforme lo dispone ese mandato, en la misma audiencia de trámite, las partes rinden sus conclusiones orales ante el juez de trámite, quien, finalizado el debate, remite los autos a la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo, para que se proceda a la emisión del fallo respectivo en el plazo de quince días hábiles. Cabe señalar, a diferencia del proceso común, el plazo para resolver el proceso de puro derecho no se encuentra previsto en el CPCA, sino en el Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, mandato 82.4. Es con fundamento en esa particularidad que la Sala Primera ha señalado que el plazo para emitir sentencia en el proceso de puro derecho no es perentorio, sino solo ordenatorio, por lo que, en tesis de principio, el fallo dictado fuera de ese plazo no sería inválido desde el plano procesal, ante la eventualidad prevista en el precepto 137 inciso g) del CPCA, norma que sanciona como defecto procesal en sede de casación, la transgresión a las normas para dictado de sentencia.<sup>333</sup> Atendiendo a la reforma

---

<sup>333</sup> La fijación del plazo para dictar sentencia en puro derecho vía reglamentaria viene a configurar un tratamiento que se sustenta en la conveniencia de contar con un plazo mayor en estos casos dada la importante cantidad de asuntos que se tramitan por esta vía. Compartimos la posición de Sala Primera en cuanto a que las reglas previstas para el dictado de sentencia en el canon 111 CPCA, son atinentes con exclusividad a los procesos en que se realice audiencia de juicio. Ello se justifica en el principio mismo de inmediación y en la necesidad de que una vez concluido el debate, los juzgadores pasen de inmediato a la etapa de deliberación para adoptar la voluntad colegiada, a fin de no perder el conocimiento inmediato del caso, debiendo resolverlo en el plazo de cinco días de previo a ingresar a conocer otras causas. Ello no sucede en el plano del proceso de puro derecho en el que, el



realizada al numeral 111 del CPCA por parte de la Ley No. 9784 del 12 de noviembre del 2019, aún en proceso de juicio, la emisión de la sentencia fuera de los plazos debidos, no produce la nulidad del fallo, cuando sí la responsabilidad disciplinaria de las personas integrantes del órgano colegiado. Dicha reforma superó la sanción de nulidad que establecía la versión original de ese mandato, la cual, carecía de sentido práctico al potenciar la nulidad por la nulidad misma, sin distinguir los casos en que esa adopción inoportuna no generaba una lesión a la intermediación, de los casos en que esa afectación se producía.<sup>334</sup>

---

Tribunal sentenciador no evacua pruebas, siendo estas documentales, por lo que ese componente de intermediación se encuentra ausente. De ahí que no sean aplicables reglas procesales que son disímiles para esa modalidad.

334 Sobre el plazo para el dictado de sentencia en procesos de juicio oral y público, cabe destacar que con la reforma realizada por la Ley No. 9212 del 25 de febrero del 2014 al ordinal 111 del CPCA, tratándose de casos declarados muy complejos, el plazo para resolver es de 15 días hábiles posteriores a la culminación del juicio, con la indicación, según la norma, de que el fallo será emitido por escrito. Nótese que, a diferencia de la versión anterior de la norma, los 15 días aludidos son para emitir el fallo, no así para emitir y notificar, lo que lleva a entender que, emitido dentro de ese plazo, acorde a la Ley No. 8687, el Tribunal cuenta con un plazo de cinco días hábiles luego de la emisión del fallo, para su comunicación. La versión previa de esa norma (art. 111 CPCA), en su inciso primero señalaba que, ante declaratoria de caso complejo, la sentencia debería notificarse en el plazo de 15 días. Como se observa, son presupuestos diversos, sea, en un inicio, los 15 días eran un límite para emitir y notificar, empero, en la actualidad, ese plazo es solamente para la emisión del fallo escrito y acorde a lo ya expuesto, a partir de ese momento, un plazo máximo de cinco días para notificar. La vulneración al plazo para fallar lleva a la nulidad de la resolución, tratamiento que no comparte el NCPC, en la medida en que, del análisis de las reglas de emisión de sentencia, dispuestas en el canon 61 y de la lectura de las causales de casación por vicios procesales, ordinal 69.2, no se desprende que el dictado extemporáneo de la sentencia produzca su nulidad como acto procesal, cuando sí la eventual responsabilidad disciplinaria de los integrantes del Tribunal Colegiado. En cuanto al tema de la nulidad de la sentencia acorde al CPCA, puede verse el reciente voto No. 127-F-TC-2017 de las 13 horas 40 minutos del 31 de octubre del 2017, en el cual, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de las competencias propias del Tribunal de Casación (transitorio I del CPCA), dispuso la nulidad de una sentencia del Tribunal Contencioso por haberse dictado y notificado al día 16 de culminado el juicio. Se trata de un caso extremo que

En los procesos de lesividad, por lo general, el debate pasa a ser eminentemente jurídico, por lo que, con frecuencia, es el proceso de puro derecho el que resulta asumiendo este tipo de causas.

Ahora bien, cuando el acto cuya supresión se pretende se encuentre asociado a supuestos de urgencia, necesidad o especial trascendencia para el interés público, las proyecciones de la relación jurídico administrativa exigen una tramitación más breve del proceso para posibilitar la resolución de la controversia en un menor tiempo. En esa dinámica, el numeral 60 del CPCA regula el denominado proceso

---

pone en evidencia las bondades o perjuicios de esa nulidad, pues la vulneración al plazo lo fue solamente por un día. Esa decisión contiene voto salvado del Magistrado William Molinari Vílchez, quien estimó que, para efectos de poder declarar la nulidad procesal, era menester que la parte reclamante acreditara el perjuicio y la indefensión que el vicio alegado le ha producido, bajo la aplicación de la sustancialidad de las nulidades, máxima en la dinámica del derecho procesal. El voto salvado puso en evidencia la naturaleza instrumental de las normas procesales, medios de satisfacción del derecho sustantivo, así como la necesaria ponderación de la tutela al principio de justicia pronta y cumplida y el principio de conservación de los actos procesales. A no dudarlo, es un tema que, a juicio de este autor, exige y amerita un análisis a fondo y una eventual reforma, pues si bien el fallo extemporáneo puede generar responsabilidad disciplinaria del tribunal colegiado, no en todo supuesto puede hablarse de un perjuicio al justiciable o infracción al principio de inmediación, de suerte que no hay nulidad en todos los casos. Compartimos la línea del NCPC, que no sigue la postura del CPCA en cuanto a la nulidad expuesta, siendo que esa supresión del fallo implica, por aspectos eminentemente formales (salvo que se acredite lo opuesto), un detrimento al derecho a un fallo pronto y oportuno, pues esa nulidad exigiría regresar el caso al Tribunal para se realice nuevamente un juicio oral, con los riesgos derivados de ese reenvío (irreproductibilidad de las pruebas, por ejemplo), los costos derivados de una nueva audiencia, así como la mora normal que implicaría esa programación de un nuevo juicio y el dictado del fallo. En un escenario conservador, ello dilataría al menos 1 año para obtener un nuevo fallo. De nuevo, un tema que, sin lugar a dudas, es menester replantear, pero que nos parece, ha de llevar a una reforma para eliminar la consecuencia anulatoria del fallo. De igual manera, la eventual responsabilidad de los funcionarios no ha de tenerse como consecuencia automática, pues es menester valorar las condiciones que llevaron al dictado dentro de ese plazo, así como la dilación en que se ha incurrido, a la vez como la concurrencia de dolo o culpa grave en ese funcionamiento, a tono con las reglas del ordinal 199 de la Ley No. 6227 (LGAP).

preferente, de procedencia ante la existencia de alguno de esos tres supuestos aludidos –que no los tres necesariamente-. En tal caso, el diseño procesal es idéntico al proceso común, en cuanto a etapas se refiere, con la precisión que, ante la necesidad de un fallo en menor plazo, se produce una reducción sustancial de los plazos regulados para cada etapa procesal. La subsanación de la demanda ha de realizarse en 24 horas, el traslado de la demanda es de cinco días, para citar algunos casos. Asimismo, opera una concentración de la audiencia de trámite y la de juicio, siendo que no se realizan de manera separada por el juez encargado de cada etapa, como en el proceso común, sino que se realiza una audiencia única en la que se conocen los aspectos del numeral 90 del CPCA, y de ser necesario, se evacua la prueba. Tal audiencia la realiza el mismo Tribunal que resuelve por el fondo, que, a la fecha, trata de una competencia asignada únicamente a la Sección Sexta del Tribunal Contencioso Administrativo. Cabe destacar, tal audiencia no es exigible en todos los casos, sino solo cuando deba conocerse alguno de los temas enunciados en el citado precepto 90 CPAC, lo que incluye la proposición de prueba que pueda llegar a ser evacuable.<sup>335</sup>

En el proceso preferente, en orden a los señalado por el artículo 60.6 del CPCA, la sentencia deberá dictarse en un plazo máximo de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en que se decidió darle trámite preferente al proceso o, en su caso, a partir de la celebración de la última audiencia. Como variación importante debe acotarse, el Tribunal Contencioso ha establecido la posibilidad de extender ese plazo a quince días hábiles, cuando se trate de un asunto de especial complejidad, aplicando para ello la regla prevista en el numeral 111 ibidem. Vale precisar, en la audiencia única, caso de que no existe prueba evacuable, el

---

335 En esa línea, el inciso segundo del artículo 60 del CPCA, en lo relevante enuncia: “...Cuando resulte necesario, el tribunal dispondrá celebrar una única audiencia en la que se entrará a conocer y resolver sobre los extremos a que alude el artículo 90 de este Código, se evacuará la prueba y oirán conclusiones de las partes. De no haber pruebas por evacuar se prescindirá de la audiencia oral y pública. Únicamente cuando surjan hechos nuevos o deba completarse la prueba a juicio del tribunal, podrá celebrarse una nueva audiencia.”

preferente será de puro derecho, sin embargo, el plazo de sentencia no será el fijado por reglamento para esa modalidad de puro derecho, sino el del proceso preferente.

Finalmente, ante la posibilidad de que el tema debatido sea estrictamente jurídico y no sea necesario evacuar prueba alguna o exista elemento que amerite realizar una audiencia preliminar para sanear, ordenar o abreviar el proceso, las partes puede acudir al denominado fallo directo. Se trata de una variación regulada en el precepto 69 ejusdem en el cual, a petición expresa de una parte, aceptación expresa de su contraria, las partes requieren que el tema se resuelva sin realizar audiencia alguna, lo que supone por derivación lógica, que las audiencias no se hayan realizado, pues de lo contrario, esa modalidad sería inviable.<sup>336</sup> Además de la propuesta de las partes, el juzgador de trámite debe estimar que es viable el fallo directo, motivando la inexistencia de aspectos que requieran de realización de audiencia<sup>337</sup>. De nuevo, el tema corresponde con exclusividad ser resuelto por la

---

336 En este caso, las audiencias que condicionan el proceso de fallo directo se limitan a la preliminar y la de juicio, por lo que no incluye la de conciliación. En esta línea, aún de haberse realizado la audiencia de conciliación, si las partes lo peticionan y el juzgador lo estima factible, puede conducirse el proceso por esta vía, lo que ciertamente no es posible en el caso de las otras audiencias señaladas.

337 Cuando en el proceso existan cuestiones que exijan realizar la audiencia preliminar, pese a que las partes lo hayan peticionado, el asunto debe rechazarse, como sería el caso de defensas previas o proposición de prueba evacuable. Ello resulta congruente con la naturaleza misma del proceso, sea, debe posibilitarse el fallo directo, ergo, el asunto debe estar listo para resolver por el fondo, lo que no ocurre cuando se propone prueba que requiera de audiencia o exista necesidad de sanear el proceso. Así lo ha señalado el Tribunal Contencioso en múltiples ocasiones. En el auto de las diez horas veinte minutos del diecinueve de agosto del dos mil nueve, dictado en el expediente 08-001067-1027-CA señaló: “... *el Juez Tramitador deberá realizar un control de la legalidad del proceso, y deberá analizar, en criterio de este Tribunal, aspectos como si es necesario ir a una audiencia preliminar, ya que los hechos no están claros; las pretensiones necesitan depuración; existencia de prueba pericial o testimonial que amerite la posibilidad de efectuar un juicio oral y público; o la necesidad de realizar un análisis de pertinencia y*

Sección Sexta del Tribunal, instancia que cuenta con un plazo legalmente impuesto de cinco días hábiles, supuesto en el cual, no se ha estimado que quepa la ampliación por especial complejidad ya comentada, plazo que se computa desde la notificación a las partes de que el asunto ha quedado listo para el dictado del fallo. Con todo, es claro que el plazo corre para el órgano decisor, desde la remisión efectiva del expediente, pues de lo contrario se haría correr un plazo para completar un trámite sin que exista posibilidad material para hacerlo.

Como se observa, según se trate de la complejidad o no del asunto, su relevancia para el interés público o bien, el tipo de prueba aportada y argumentación para sustentar los motivos de invalidez del acto objeto de reclamo, el CPCA ofrece posibilidades variadas que permiten una justicia más pronta y cumplida, todas ellas ajustables a la pretensión de lesividad. Resulta evidente, no obstante, que en todas ellas el juzgador competente ha de cotejar el cumplimiento de los presupuestos de la lesividad ya analizados, a fin de establecer la admisibilidad de la acción y sin los cuales, no podría dictarse fallo estimatorio.

### **13. Efectos de la sentencia estimatoria dictada dentro del proceso de lesividad.**

Como se ha señalado, la lesividad recae sobre un acto firme declaratorio de derechos, que sea inválido. Ya se ha indicado que la aplicación de la figura en la jurisprudencia patria, en lo fundamental, ha considerado que el acto debe surtir un

---

*utilidad de la prueba documental ofrecida, entre muchos otros temas, que es necesario que el Juez Tramitador analice, a efecto de pueda determinar si el proceso se encuentra listo para el dictado de la sentencia, en virtud de que no existe ningún aspecto que subsanar o depurar, y a efecto de no causar menoscabo a las garantías procesales fundamentales de las partes. Lo mismo sucede en los casos en que se hayan formulado defensas previas que deban ser resueltas bien en la audiencia preliminar, o bien de manera interlocutoria. Son estas etapas que han de consumirse para que el asunto efectiva y realmente pueda entenderse listo para dictar sentencia.”*

efecto favorable, sin abordar en cada caso si esa consecuencia deriva o no de un derecho subjetivo, aun cuando por tesis de principio, tal efecto dimana de un derecho de esa índole, aun cuando no de manera exclusiva. Asimismo, que esa patología debe ser de grado absoluto, siendo que la relativa no genera la necesidad de la supresión al no ser defecto que lleve a la anulabilidad del acto.<sup>338</sup>

---

338 Cabe destacar, nuestra LGAP fija en el numeral 165 un sistema dual de invalidez que comprende la absoluta, por ausencia de los elementos materiales del acto o bien por su imperfección de modo que impida la consecución del fin público, o bien relativa, ante la imperfección de los elementos del acto, salvo que ese defecto impida conseguir el fin, caso en el cual, se reitera, será absoluta. Pese algunas discusiones interesantes sobre el tema, nuestro sistema ha pasado por alto el debate sobre la aplicación en el régimen local de la denominada “Inexistencia”, de base francesa. Para los efectos puede verse el análisis realizado por Ortiz Ortiz en su obra, *La vía de Hecho*. En un precedente aislado, la Sala Primera ingresó a aplicar la doctrina propia de ese instituto jurídico, en concreto, en el fallo No. 85-93, en los considerandos IV, V y VI analiza el régimen de esta figura, con interesante mención de sus características propias, en lo medular: es una nulidad de pleno derecho, cuando faltan alguno, algunos o todos los elementos esenciales del acto: órgano competente, manifestación de voluntad, procedimiento y forma. No está beneficiado por la presunción de legalidad y ejecutoriedad, no puede sanearse ni convalidarse, además de que ha de ser anulado de oficio. Aunado a ello, dada la aberración que supone, puede ser anulado en cualquier tiempo por la misma Administración o los Tribunales de Justicia, ergo, es imprescriptible. No obstante, como parte de su régimen, puede ser eliminado por la Administración sin necesidad de acudir a ningún procedimiento. Como se observa, esta teoría busca desvincular la pretensión anulatoria a la caducidad de acciones procesales o procedimentales. Salvo ese precedente, la doctrina patria ha apostado por considerar el sistema dual de nulidades comentado, señalando que la nulidad absoluta comprende las características de la inexistencia. No es este el momento para abordar el tema, sin embargo, nos parece, el tema de aplicación o no de la inexistencia en nuestro régimen no debe ser negado ad portas con el simple alegato de la regulación dual de las invalideces que fija el canon 165 LGAP, lo que a la postre constituye un argumento de autoridad que se escuda en un esencialismo normativista por vías de supuesta interpretación literal. Estimamos, en determinados supuestos podría ser aplicable. Puede pensarse el caso de una concesión de servicio público otorgado en una zona alejada, en la que los controles son escasos, que permite el ejercicio de una actividad, mediante acto emitido por autoridad incompetente, que luego es cedida, de nuevo, sin autorización. ¿El curso del tiempo valida este supuesto

La diferencia en cuanto al tipo de invalidez que se reproche sobre el acto es determinante para efectos de establecer la posibilidad de ejercitar acciones de lesividad fuera de los espacios temporales a que hace referencia el numeral 34 en relación al 40 del CPCA. Desde este plano, como se ha tratado ya, el numeral 34 de la codificación aludida establece un plazo de un año posterior al dictado del acto para su declaratoria interna de lesividad y luego de ese instante, 1 año para formular la acción contenciosa (art. 39 ibidem), con las salvedades propias del régimen demanial en los que no existe sujeción a plazo dada la imprescriptibilidad de los bienes dominicales. Sin embargo, se insiste, frente a los actos absolutamente nulos, la acción de lesividad se desliga del elemento temporal referido, pudiendo ejercitarse en cualquier tiempo mientras perduren los efectos del acto, en este caso, para su inaplicabilidad futura.

Debe por ende abordarse el examen de la retroactividad o no de la supresión que pueda disponerse en sede judicial. El tema puede generar confusión por la referencia genérica que realiza en inciso segundo del artículo 39 del CPCA en cuanto señala: *“2) La nulidad declarada en el proceso incoado, dentro del plazo establecido en el presente artículo, tendrá efectos retroactivos. La misma regla se aplicará para el caso del proceso de lesividad interpuesto dentro del año previsto en el artículo 34 de este Código.”* Una lectura precipitada de la norma podría llevar al equívoco de entender, bajo una aplicación gramaticalista, que, al margen del tipo de nulidad, la acción lesiva emprendida dentro de los cauces temporales comentados, produce un efecto retroactivo. Tal afirmación resulta errada. Veamos.

Ciertamente, tal tratamiento sería totalmente factible tratándose de procesos de lesividad cuyo objeto sea un acto que presente nulidad absoluta y que haya sido impugnado dentro del año tantas veces referido. En efecto, acorde al numeral 171

---

derecho? Dejamos de lado por el momento ese interesante tema, seguramente, para ser tratado en otro ensayo.

LGAP la nulidad absoluta atiende a una acción declarativa, por lo que sus efectos necesariamente son retroactivos (*ex tunc*). Ello deriva de la imposibilidad del acto absolutamente nulo de producir efectos jurídicamente amparables, conforme se expresa con claridad en los ordinales 146.3 en relación al 169, ambos LGAP. Si bien el acto produce efectos materiales, no son jurídicamente reconocidos, lo que se pretende corregir mediante la retroactividad de la supresión, es decir, el acto absolutamente nulo se tiene por defectuoso desde su emisión, caso de que el motivo de nulidad fuese originario, o bien, desde que se produce el evento que incorpora la imperfección o desaparición de uno de sus elementos esenciales, como es el caso de la nulidad sobrevinida a que alude el canon 159 LGAP. En el primer estadio propuesto, el acto será declarado lesivo, por la concurrencia de la nulidad absoluta, lo que supone la aplicación de la regla prevista en el citado precepto 39.2 CPCA, que en ese orden viene a ser una reiteración en la norma procesal del tratamiento de fondo que realiza el canon 171 LGAP.

Con todo, se insiste en lo señalado en el punto 4.4. anterior, en la supresión de ese tipo de conductas, el juzgador se encuentra plenamente facultado para dimensionar los efectos retroactivos de la supresión, a fin de tutelar las situaciones jurídicas consolidadas, o bien derechos adquiridos de buena fe. Esta posibilidad es totalmente factible a la luz de lo preceptuado por el mandato 171 LGAP, norma que resulta aplicable por extensión a las reglas de la lesividad. Tal dimensionamiento se encuentra además previsto en el canon 130 en relación al 131.3 del CPCA, norma que, si bien aluden a la anulación de los actos de alcance general, contiene el principio general fijado por la LGAP. Desde ese plano, la sentencia podría dimensionar los efectos de esa anulación para la conservación de determinado conjunto de efectos del acto cuando considere, de manera justificada desde luego (deber de motivación de las sentencias conforme al canon 57 CPCA), la concurrencia de las situaciones mencionadas, las cuales, quedarían excluidas de ese marco de retroactividad.

Lo analizado evidencia excepciones en la regla de la anulación *ex tunc*, incluso en la nulidad absoluta. En el caso de la denominada nulidad por causa sobrevinida,



el canon 159 LGAP señala: “1, *La nulidad del acto podrá sobrevenir por la desaparición de una de las condiciones exigidas por el ordenamiento para su adopción, cuando la permanencia de dicha condición sea necesaria para la existencia de la relación jurídica creada, en razón de la naturaleza de la misma o por disposición de ley.* 2. *En este caso la declaración de nulidad surtirá efecto a partir del hecho que la motive.*”

En estos casos, con claridad, se constituye una excepción a las reglas ya tratadas. Por un lado, es evidente que el plazo para combatir el acto no se computa desde la emisión de la conducta, por razones obvias, el acto originariamente no era patológico, siendo que el defecto sobrevino en el curso de la ejecución y eficacia del acto, como sería el caso de un nombramiento de un funcionario que cumple con los requisitos académicos atinentes a la plaza y luego se determina la falsedad de los atestados presentados, v.gr., título profesional, o bien, es invalidado por otra Administración o autoridad judicial. En tales casos, el acto se emite válidamente, pero tal condición desaparece cuando se incorpora ese elemento novedoso. Acá, el plazo para reprochar el acto opera desde la concurrencia de la causal sobrevenida. En tales casos, ejercitada la acción judicial en tiempo, aplicaría la regla de la retroactividad, entendiendo como punto de partida la ocurrencia del hecho, tal y como lo indica de manera diáfana el precepto objeto de referencia, inciso segundo.

La regla puede sintetizarse de manera simple: en la nulidad absoluta, el acto en tesis de principio, con la excepción señalada de la patología sobrevenida, el acto formal se emite con vicios sustanciales que le hacen inválido absolutamente, se trata de una deficiencia originaria, por lo que sus efectos no se consideran jurídicamente amparables, de ahí la retroactividad que establecen las normas aludidas, como mecanismo normativo que busca desconocer los eventuales efectos que esos actos absolutamente nulos pudieron haber generado. Ello implica, como regla primaria, en la nulidad absoluta, el reconocimiento de esa patología radica sobre una circunstancia originaria, lo que supone, el acto no es nulo porque el juez o la misma Administración así lo dispone, sino que esa invalidez es

declarada por el pronunciamiento judicial. El fallo declara que el acto era nulo desde su emisión, por lo que se trata de un simple reconocimiento de una situación ya dada *ex ante*. En el caso de la nulidad relativa, el acto es nulo porque la sentencia así lo dispone, pero hasta tanto no se disponga ese efecto constitutivo, el acto se considera válido. Es decir, el acto es nulo porque el juzgador así lo constituye.

En cuanto a los actos absolutamente nulos que pese haber transcurrido el plazo de un año para declararlos lesivos, siguen surtiendo efectos, los que, en orden a lo ya expuesto, puede cuestionarse mientras perduren esos efectos, la sentencia estimatoria deberá ingresar al examen de si efectivamente evidencian nulidad absoluta. En el caso de la nulidad absoluta, tal y como lo señala esa misma normativa, la sentencia que declare con lugar la acción lo será para disponer la supresión del acto absolutamente nulo, pero únicamente para su inaplicabilidad futura. Constituye por tanto una excepción a la regla de retroactividad fijada por el canon 171 LGAP para este tipo de patología. Similar aplicación corresponde a los actos nulos emitidos en materia demanial (que incluye la variable ambiental debe añadirse), los que, si bien no tienen sujeción a tiempo para su reproche, si son cuestionados fuera del año comentado, su nulidad es prospectiva y no retroactiva.

Cabe reiterar que, en los casos de la nulidad absoluta opera un régimen complejo tratándose de la lesividad en los siguientes términos:

- a. Nulidad absoluta declarada en proceso incoado dentro del año previsto en el artículo 34 CPCA: efecto retroactivo con posibilidad de dimensionamiento de efectos para la tutela de situaciones jurídicas consolidadas o derechos adquiridos de buena fe.
- b. Nulidad absoluta de efectos continuados declarada en proceso incoado fuera del año previsto en el numeral 34 y 39 CPCA: efecto prospectivo.
- c. Nulidad absoluta en régimen demanial: puede ser atacada en cualquier tiempo, pero la retroactividad de la declaratoria depende de que la acción se formule dentro del año. Fuera de ese año posterior a la emisión de la conducta, la formulación de

la acción anulatoria puede llegar a producir la supresión de la conducta, únicamente para su inaplicabilidad futura.

Por otro lado, parte de los efectos de la sentencia estimatoria estriba en la posibilidad de imponer al destinatario del acto –demandado en la lesividad-, como derivación de la retroactividad y fuera de los casos de dimensionamiento para tutelar situaciones consolidadas y derechos adquiridos de buena fe, de realizar determinadas conductas a favor de la Administración como podría ser el caso de devolución de sumas pagadas en exceso. A nuestro juicio, tal posibilidad es inherente y consecuencia natural del efecto retroactivo de la nulidad, que busca volver las cosas a su estado anterior por la negación de los efectos materiales del acto. A su vez, el artículo 122 incisos a, b y h permiten imponer esas conductas al particular. Las implicaciones del proceso de lesividad buscan en muchas ocasiones la tutela de intereses económicos de una Administración, por lo que, si la nulidad estriba precisamente en la concesión de un pago o derecho económico producto del cual se han erogado sumas concretas que son antijurídicas, el efecto de esa nulidad absoluta supone, en tesis de principio, la devolución de esas sumas. Lo opuesto llevaría a convalidar los efectos de ese acto absolutamente nulo, siendo entonces inútil la figura de lesividad cuando el beneficio consistió en el giro único e instantáneo de una suma dineraria. Se insiste, en tales casos, la finalidad de la figura no es solo disponer la nulidad del acto que concede el pago, y que ha agotado sus efectos, sino, además, recuperar montos que corresponde a la hacienda pública.

Desde luego que en estos campos puede decirse de la concurrencia de los presupuestos para disponer un dimensionamiento de cara a tener por ingresadas de buena fe las sumas giradas en las relaciones funcionariales. Varias tesis pueden visualizarse en esta hipótesis.

Por un lado, entender que, en efecto, se trata de una suma ingresada en la esfera patrimonial del individuo de buena fe, siendo un beneficio económico reconocido por la misma Administración, que, por tal, no debe ser reintegrado. La crítica a esa

postura sienta las bases de la segunda posición, sea, que, pese a ser suma ingresada de buena fe, los efectos retroactivos suponen la necesidad de devolución. En esta línea, podríamos aportar, al margen de la buena fe o no del destinatario de los efectos de acto, lo cierto del caso es que se trata de sumas giradas de manera indebida, por ende, de un beneficio patrimonial sin justa causa, a la postre, un detrimento financiero para la administración giradora de los fondos. Desde esa óptica, la falta de recuperación de esas sumas atentaría contra el régimen de hacienda pública. Empatamos por el momento con esta última posición. Desde luego que la dinámica misma de este tipo particular de relaciones posibilita que el deber de reintegro no se concrete en un solo pago, sino, atendiendo a la buena fe del funcionario y su situación financiera, pactar el pago a tractos de esa obligación, tal y como en efecto lo proyecta el ordinal 173 del Código de Trabajo, aplicable a las relaciones de empleo público.

En el caso de las sumas que deban ser reintegradas en las relaciones de empleo público, según lo ha establecido la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo, esas erogaciones no están sujetas al pago de interés legal, aunado a que pueden ser canceladas a tractos, conforme lo establece el mandato 173 del Código de Trabajo. Desde luego que, en estos casos de pagos salariales en exceso o componentes salariales indebidos, debe el juzgador sopesar la buena fe del destinatario a fin de establecer si opta por utilizar la posibilidad de dimensionamiento ya señalado, lo que ha de ser ponderado en cada caso.

Finalmente, en cuanto a este aparte, una vez firme la sentencia, la Administración puede acudir a los mecanismos de ejecución que ofrece el CPCA, tema que por el momento solo se enuncia por lo amplio de su contenido.

Cabe señalar, la obligación pecuniaria de devolución de las sumas giradas en exceso, o de manera indebida, tema que no se reserva a relaciones de empleo administrativo, pues como adelante se analizará, puede darse en cualquier relación jurídico-administrativa, como sería el caso del otorgamiento de un beneficio fiscal, trata de un derecho disponible que, por ende, puede ser sujeto a conciliación o a

conciertos para materializar esa devolución. Ello implica, la Administración acreedora puede pactar mecanismos de pago a tractos. Cabe la duda de si la Administración puede condonar esas obligaciones pese haber declaración jurisdiccional de existencia del deber de reintegro. Sobre el tema, se estima, ello atentaría contra el deber de probidad en la función pública y el resguardo de la hacienda pública (artículo 8 de la Ley No. 7428).

A modo de simple referencia analógica, en materia tributaria, el numeral 50 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, restringe la condonación de obligaciones fiscales a existencia de ley habilitante. Ello refleja el deber de los funcionarios públicos de recuperar los montos girados de manera indebida, o bien, los propios de obligaciones pecuniarias declaradas a favor de la Administración. Ello no implica la imposibilidad de disponer sobre los réditos de esa obligación principal, tema en el que estimamos, no se impone la restricción referida sobre el principal, pues bien puede constituirse en un mecanismo de negociación que por criterio de costo-beneficio permita una recuperación más efectiva y pronta de las sumas debidas.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la sentencia, si bien la relación jurídica que se configura a partir del acto favorable que se esgrime en la lesividad, es de orden individual, al tenor del ordinal 130.2 del CPCA, cuando se disponga la nulidad de ese tipo de actuaciones, esa declaración de patología de grado absoluto genera un efecto oponible, no solamente entre las partes (relación Administración-administrado), sino, además, a todas las personas vinculadas con esa conducta. Esto conlleva a que la configuración de relaciones conexas que tengan como base directa o indirecta de consideración el acto que se ha anulado por esa vía, se verían impactadas por la estimación de la pretensión de lesividad. Esto deriva de la implicación lógica que la supresión del acto hace que este desaparezca del mundo jurídico, efecto que no puede generarse en relación a una sola parte, sino que es extensible a todo potencial destinatario o relacionado directo o indirecto con esa conducta.



### CONCLUSIONES GENERALES CAPÍTULO 3.

- La lesividad es un medio judicial de supresión de conductas firmes de contenido favorable.
- Su contenido sustancial y esencial se direcciona al control objetivo y subjetivo de las conductas favorables.
- La legitimación activa debe analizarse en orden al tipo de conducta sobre la cual recae la pretensión.
- En los actos sometidos a control no jerárquico, la legitimación activa se supedita a si ese control es monofásico o bifásico.
- En los actos complejos, es necesaria la concurrencia de los entes públicos cuya voluntad concurrió con la emisión del acto. *Caso sui generis*.
- En los actos de control no jerárquico bifásico o monofásico interinstitucional, el A quo no puede utilizar la vía de lesividad, debiendo acudir a un proceso anulatorio interadministrativo.
- En materia municipal, la legitimación activa recae en la Alcaldía Municipal. El TCA no ha debatido sobre este aspecto, cuando la lesividad la formula el Concejo Municipal.
- La lesividad, por su dimensión subjetiva, debe formularse en contra de la persona titular de la situación jurídica a impactar.
- La competencia jurisdiccional para conocer de la pretensión de lesividad, recae sobre el TCA. El Código Procesal Agrario podría abrir supuestos de competencia para actos del INDER.
- Existen una serie de actos o conductas que no pueden ser sometidas a lesividad, según la doctrina, pero que, en el régimen local, tal restricción es refutable. (Ej.: conductas materiales, contratos administrativos, condicionados)

- El concepto de derecho subjetivo desarrollado por la Sala Primera en el voto 1332-2010, si bien desarrolla con bondad técnica el concepto, incorpora limitaciones en su contenido sustantivo.
- Este concepto, en los términos fijados por la Sala I, introduce un riesgo de inmunidad de conductas favorables.
- La interpretación que ha dado el TCA al elemento objetivo de la lesividad, no se ha limitado al concepto de derecho subjetivo, sino al contenido favorable del acto.
- La lesividad exige que la nulidad sea absoluta, pues la de grado relativo no supone infracción sustancial con la legalidad.
- Las reformas realizadas por el CPCA al régimen de reproche de la invalidez administrativa, abre la puerta a la discusión de la inexistencia, dadas las diferencias que presenta con la nulidad absoluta.
- La acción de lesividad se encuentra sujeta a requisitos de admisibilidad formal cuya desatención, lleva al archivo de la acción.
- La declaratoria interna de lesividad en actos de órganos persona, presenta el mismo dilema de invasión competencial comentado para el art. 173 LGAP.
- La lesividad se encuentra sujeta a dos términos diversos: a. Declaratoria Interna y, b: Presentación de la demanda.
- La desatención del término a), conlleva a la inadmisibilidad de la demanda por acto no impugnado, en tanto que el término b), se asocia a la caducidad de la acción.
- La lesividad en materia demanial no se encuentra sujeta a plazo.
- En actos de efecto continuado, la acción anulatoria pervive en tanto subsistan los efectos del acto. Empero, la nulidad será para la inaplicabilidad a futuro de la conducta.



- La demanda de lesividad permite la formulación de reconvenções para tutela de situaciones patrimoniales. Son de aplicación las reglas de acumulación fijadas por el CPCA, a la vez que se trata de aspectos propios de la relación jurídica primaria (cap. I)
- El CPCA restringe la lesividad por el contrario demanda, empero, en la praxis, los procesos son acumulables y en todo caso, se impondría una prejudicialidad de la lesividad hacia el otro proceso.
- El CPCA confiere al TCA la facultad de dimensionamiento en sus fallos. Con todo, debe examinarse con cautela el tipo de nulidad y plazos de ejercicio de la acción.
- La sentencia estimatoria en procesos de lesividad puede proyectarse a otros debates, siempre que se relacionen de manera directa o indirecta con la conducta suprimida o debatida.

## **CAPÍTULO IV.**

### **LESIVIDAD TRIBUTARIA. ANÁLISIS CRÍTICO.**

**CONTENIDO TEMÁTICO.** 1. Nociones introductorias. 2. Nociones básicas de la obligación tributaria. Conceptos básicos. a. Configuración de la Obligación Tributaria. 3. Actos usuales de bondades fiscales. 3.1. Exenciones. 3.1.1. Breve alusión a la interpretación de las normas de exención como base de ponderaciones sobre patología en los actos de otorgamiento concreto. 3.1.2. Lesividad versus determinaciones fiscales. Mecanismo debido en uso de exenciones. 3.2. Fraccionamientos. 3.3. Consultas tributarias. 3.3.1. Cambio de criterio ante consulta ya resuelta. 3.4. Resoluciones definitivas en sede apelativa. Régimen recursivo. 3.4.1. Control apelativo de órganos de la Administración Tributaria Central. 3.4.2. Control apelativo de órganos de la Administración Tributaria Descentralizada. 3.4.3. Delimitación de competencias del TFA en régimen recursivo. Trámite de lesividad. 3.5. Actos favorables en trámites de solicitudes 102 del CNPT. 3.6. Actos dictados en procedimientos sancionatorios. 4. Regulación jurídica del proceso de lesividad tributario. 4.1 Generalidades. 4.2. Elemento subjetivo. 4.3. Elemento objetivo. La relativización del concepto de acto de contenido favorable: la denominada lesividad objetiva. Concepto y tratamiento jurisprudencial. 4.4. Elemento temporal. 4.4.1. Breve referencia al debate legislativo del numeral 41. A. Primera postura: Prescripción de la acción anulatoria sobre conductas tributarias. B. Segunda postura: La caducidad de la acción es equivalente a la prescripción del derecho debatido. 4.4.2. Impacto del factor temporal en el proceso de lesividad. A. Doble regulación de los plazos aplicables a la lesividad. B. Unicidad del plazo para formular lesividad tributaria. 4.4.3. Inicio del cómputo del plazo para la declaratoria de lesividad. 4.4.4. Regulación del elemento temporal en pretensiones anulatorias en otros regímenes. 4.5. Propuesta de reforma regulatoria en cuanto al elemento temporal. PRIMERA PROPUESTA. Eliminación del trato especial en materia tributaria. SEGUNDA PROPUESTA. Aplicación de la caducidad en materia fiscal. Precisión en cuanto al plazo de lesividad. TERCERA PROPUESTA. Creación de término especial para nulidades en materia tributaria. 4.6. Efectos de la sentencia en el proceso de lesividad tributaria. 4.6.1. Inadmisibilidad. A. Falta de declaración interna de lesividad. B. Indebida declaración interna de lesividad. C. Declaración extemporánea de lesividad interna. D. Presentación de la demanda fuera del plazo legal. E. Lesividad contra actos no susceptibles de impugnación. 4.6.2. Improcedencia de la lesividad. 4.6.3. Estimación de la demanda.

#### **1. Nociones introductorias.**

En los apartes precedentes se ha ingresado al examen de la composición básica del concepto de RELACIÓN JURÍDICO ADMINISTRATIVA y más específicamente del contenido sustantivo y proyecciones de la SITUACIÓN JURÍDICA TUTELABLE. En ese sentido, en el capítulo I se hizo un abordaje de las potestades administrativas y de la diversa tipología de la situación jurídica de las personas, tanto a nivel individual como supraindividual. Por otro lado, en el capítulo II se analizó lo propio en cuanto a las formas administrativas de supresión oficiosa de conductas de contenido favorable (revocación y la nulidad absoluta evidente y manifiesta), para ingresar en el capítulo III en el régimen jurídico de la lesividad.

La definición y abordaje de esos elementos se hace un elemento necesario de cara a ingresar a analizar la temática de la lesividad en el campo tributario, en la medida en que configuran contenidos de base para su exploración en la dinámica de las conductas fiscales que generan o producen un contenido favorable en la esfera jurídica de los sujetos pasivos o fiscalizados. Desde la arista de la situación jurídica y la esfera jurídica, de seguido se pasará a desarrollar el contenido básico de la relación jurídica que se define a partir de la configuración de una obligación fiscal a partir de la cual se desprenden deberes formales y materiales de los sujetos obligados, y en cuya sinergia, se constituyen situaciones de contenido favorable que, no en pocas ocasiones, genera un dilema en la percepción de Fisco, que le orienta hacia la adopción de medidas para suprimir esas conductas previas. En ese contexto, es menester abundar en la especificidad de esas relaciones en orden a definir y establecer la naturaleza favorable o no de las diversas conductas que dicta la Administración Tributaria, así como si esos actos conceden o no un efecto propio de un derecho subjetivo. Ello es determinante para inferir el grado de oponibilidad y de estabilidad de esas conductas por parte del sujeto pasivo hacia el Fisco, así como para establecer las herramientas jurídicas con que cuenta este último para corregir (si cabe el término) el contenido favorable (y presuntamente ilegítimo) de esos comportamientos.

Luego, la precisión de ese aspecto permite identificar el tipo de acciones internas que debe emprender la Administración, ponderando la aplicabilidad o no de las

acciones ya tratadas en el capítulo II. De otro modo, como derivación de lo regulado en el numeral 165 del CNPT, el análisis de base de la lesividad, como proceso judicial, emprendida en el capítulo III, es fundamental para comprender y atender los aspectos particulares que identifican la lesividad en materia fiscal.

## **2. Nociones básicas de la obligación tributaria. Conceptos básicos.**

### **a. Configuración de la Obligación Tributaria.**

Las relaciones que se producen en el entorno fiscal dependen de la configuración de un conjunto de circunstancias a partir de las cuales, surge un elemento de vinculación que habilita a las Administraciones Tributarias al ejercicio de las competencias y potestades propias de ese campo, referidas a la gestión, determinación, fiscalización, recaudación y sanción. Las relaciones fiscales participan de las denominadas relaciones generales de sujeción, en la medida en que no precisan, para su concreción, de vínculos intensos de base contractual o derivados de actos de habilitación administrativa, ni relaciones internas entre el sujeto pasivo y el Fisco. Por el contrario, la generalidad de esas relaciones se sustenta en la abstracción de los presupuestos condicionantes que le habilitan y que son independientes de esas relaciones intensas. Si bien en su contexto pueden producirse vínculos intensos, mediante algunas figuras que plasman una relación más cercana y específica entre la Administración y el sujeto pasivo, como es el caso de los conciertos fiscales, los contratos de régimen fiscal preferente de exportaciones, exoneraciones, régimen de zona franca, acuerdos de fraccionamiento de pagos, entre otros, lo usual es que las relaciones jurídicas de orden fiscal se desprendan de la aplicación del marco general previsto por las normas que rigen la materia.

En definitiva, la relación que se produce en ese contexto, se condiciona a la concurrencia de un elemento constitutivo infranqueable, sea, LA OBLIGACIÓN

TRIBUTARIA. Es a partir de ese nexo legalmente establecido, que encuentra base legitimante el ejercer propio del Fisco, y, por tanto, para el despliegue de sus potestades administrativas. De paso, dicha relación es la que impone los deberes de orden formal y material al sujeto pasivo, que le exige determinados comportamientos. Con todo, si bien esa relación implica habilitación de potestades administrativas (desarrolladas en el Reglamento de Procedimientos Tributarios, Decreto 38277-H), tanto para verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones fiscales, tanto a nivel cualitativo –calificación de conductas- como cuantitativo –determinación de la obligación material-, como para establecer la existencia de obligación fiscal frente a sujetos que no han cumplido con las obligaciones derivadas de esa condición (omisiones fiscales formales y materiales), igualmente supone un conjunto de deberes en cabeza del administrado, pero igualmente, un haz de derechos y garantías que el Ordenamiento Jurídico confiere frente a esas relaciones en concreto.

Por ejemplo, en los denominados tributos de aplicación progresiva, en los cuales, se establecen escalas o estratos de riqueza a partir de los cuales se establece determinado nivel de tributación, sea sobre el exceso respecto del estrato previo, o bien, sobre una base bruta de riqueza, ciertamente la norma fiscal impone una obligación tributaria que de manera abstracta, supone un vínculo con el Fisco, sea, una relación jurídico administrativa de orden tributario, que conlleva deberes de declaración y de pago de la carga económica. Sin embargo, esa misma regulación compone un derecho de no cancelar el tributo cuando el sujeto se encuentre en los supuestos o tramos de exoneración total o parcial. Se trata de un derecho de orden genérico, oponible de manera directa a la Administración, a quien, como derivación de la legalidad administrativa que impera en esa materia, no requiere ni precisa de gestión de parte interesada para la aplicación de las bondades económicas que, de manera abstracta, fija la norma, siempre que esa bondad no se encuentre condicionada a determinadas formalidades que debe petitionar el sujeto pasivo.

En lo fundamental, esa relación tributaria se activa a partir de la concurrencia material de un presupuesto jurídico o material que fija una norma fiscal, de orden

legal, y que, si bien asigna a la Administración una serie de poderes de actuación, igualmente le impone deberes. De igual modo, y por la simbiosis propia de esas relaciones, surgen deberes al sujeto obligado, pero igualmente derechos que son oponibles al Fisco y que este debe tutelar.

Como se ha señalado, ese vínculo tiene como génesis la definición de un presupuesto legalmente fijado a partir del cual se despliega dicha sinergia. En ese sentido, el numeral 11 del CNPT define la obligación tributaria en el siguiente sentido:

*“Artículo 11.- Concepto. La obligación tributaria surge entre el Estado u otros entes públicos y los sujetos pasivos en cuanto ocurre el hecho generador previsto en la ley; y constituye un vínculo de carácter personal, aunque su cumplimiento se asegure mediante garantía real o con privilegios especiales.”*

La norma aludida pone en evidencia la composición de ese instituto en cuanto a una serie de elementos estructurales de orden subjetivo (activo y pasivo), así como objetivo. En cuanto a este último, remite al HECHO GENERADOR como elemento esencial para la materialización de la obligación fiscal. Como se ha señalado, este tipo de ligamen surge una vez que se configura esa condición objetiva, al margen de la concurrencia o no de otra serie de condiciones a partir de las cuales pueda entenderse por concretado ese presupuesto. Esto supone que la sola configuración del presupuesto de hecho o de derecho que fija el Ordenamiento Jurídico como elemento imponible, hace nacer la sujeción tributaria y a partir de esta, los derechos y obligaciones que son propios del sujeto pasivo. Es decir, dicho ligamen es independiente de toda actuación pública adicional para formalizarlo, siendo que, basta que el sujeto incurra en la conducta prevista por la norma para tipificar el tributo y con ello, habilitar al sujeto activo a requerir las prestaciones materiales o formales, pero a la vez, faculta al sujeto pasivo a requerir y auto aplicar las bondades que la misma norma tributaria le fija.

En ese sentido, el numeral 31 de ese cuerpo legal define el hecho generador como “... *el presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación.*”

Desde ese plano, la configuración de ese elemento permite la oponibilidad de los efectos derivados de la relación tributaria, sea por el requerimiento de las diversas obligaciones que se imponen al sujeto pasivo, o bien, por el ejercicio de las garantías y beneficios que el mismo Ordenamiento Jurídico atribuye al sujeto obligado respecto de esa relación en particular.

En esa dinámica, la obligación tributaria hace surgir deberes de orden formal y material al sujeto pasivo. Las primeras, le imponen el deber de declaración, registro de documentos y respaldos de las operaciones gravadas, respaldo y actualización de información, colaboración informativa, declaración fiscal. Se trata de conductas que tienen por objeto el establecimiento de parámetros de información y registro que permitirán a la Administración Tributaria, el eventual ejercicio de sus potestades determinativas para verificar el correcto y debido cumplimiento del deber contributivo, en términos cualitativos y cuantitativos. Por su parte, las obligaciones materiales se refieren al pago de la deuda fiscal, traduciéndose en el aporte monetario del sujeto pasivo, acorde a los parámetros de cálculo (determinativos) que le impone la ley del tributo respectivo. Sobre la desatención del primer tipo de obligaciones se imponen las infracciones administrativas que se regulan a partir del ordinal 70 del CNPT, ordinariamente consistentes en multas económicas, y de manera excepcional, con el cierre de negocios (art. 86 ejusdem), en tanto que la desatención de las obligaciones materiales, supone el pago de intereses legales y multas.

No es objeto de este abordaje ingresar a detallar las implicaciones de las obligaciones aludidas, sino simplemente poner en evidencia que la relación tributaria supone una sinergia entre la Administración y el sujeto pasivo, de orden complejo, en la cual, concurren, de manera recíproca, derechos y obligaciones que se relativizan o agudizan según se trate del tipo de vínculo que se pueda establecer

en la dinámica de esas relaciones. Esto es determinante en la medida en que los vínculos fiscales participan de relaciones de orden complejo en la cual, interactúan una serie de conductas de los sujetos involucrados, y de especificidades procedimentales en la determinación y control fiscal.

En ese complejo entramado de potestades fiscales (de gestión, interpretación, determinación, fiscalización y recaudación) y de obligaciones tributarias (formales y materiales), el Ordenamiento Jurídico reconoce a favor del sujeto pasivo una serie de derechos y garantías. Precisamente, el artículo 2 de la Ley No. 9069 del 10 de septiembre del 2012 (Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria), incluyó el título VI al CNPT, denominado “DERECHOS Y GARANTÍAS DEL CONTRIBUYENTE”.

A partir del ordinal 166 ejusdem, se regulan los derechos y garantías básicas de los sujetos destinatarios de la potestad fiscal, que, por ende, constituyen límites al ejercicio de las diversas competencias propias del quehacer administrativo tributario.<sup>339</sup> Dentro de ese conjunto de derechos de orden general, se establecen los siguientes:

**1) Derecho al debido proceso y al derecho de defensa de los sujetos pasivos en los procedimientos ante la Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal**

---

<sup>339</sup> Sobre ese particular, el párrafo inicial del ordinal 166 del CNPT señala:

*“Artículo 166.- Objeto y campo de aplicación. El presente capítulo regula los derechos y las garantías fundamentales de los sujetos pasivos del cumplimiento de la obligación tributaria, ya sea en su condición de contribuyentes, responsables y de toda persona física o jurídica a la cual la ley creadora del tributo le asigne el cumplimiento de deberes u obligaciones, sea como retenedores, obligados a ingresar a cuenta, sucesores de la deuda tributaria, representantes legales o voluntarios y obligados a suministrar información o a prestar colaboración a las direcciones generales de Aduanas, Hacienda, Tributación, así como de la Dirección General de Policía de Control Fiscal del Ministerio de Hacienda, todos los cuales se denominan en el presente título como "contribuyentes". (...)”*



Administrativo, y a la exención en el pago de impuestos de timbres y de cualquier otra naturaleza, que graven las gestiones y las actuaciones ante tales órganos de los citados sujetos.

**2)** Derecho a ser informado y asistido por la Administración Tributaria en el ejercicio de sus derechos o en relación con el cumplimiento de sus obligaciones y deberes tributarios, así como del contenido y el alcance de estos.

**3)** Derecho a obtener, de forma pronta, las devoluciones de ingresos indebidos y las devoluciones de oficio, más los intereses que correspondan, de conformidad con la normativa aplicable al efecto.

**4)** Derecho a consultar, en los términos previstos por la normativa aplicable, a la Administración Tributaria y a obtener respuesta oportuna, de acuerdo con los plazos legales establecidos. Tratándose de solicitudes que consisten en un mero derecho a ser informado, la respuesta debe ser obtenida dentro del plazo de diez días hábiles desde su presentación.

**5)** Derecho a una calificación única de los documentos que sustenten sus peticiones y a ser informado por escrito de los requisitos omitidos en la solicitud o el trámite o que aclare la información.

**6)** Derecho a conocer, cuando así lo solicite, el estado de tramitación de los procedimientos en que sea parte.

**7)** Derecho a conocer la identidad de las autoridades y personas del servicio de la Administración Tributaria, bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos de gestión, fiscalización y recaudación tributaria, en los que tenga la condición de interesados.

**8)** Derecho a no aportar los documentos ya presentados y recibidos, que deberían encontrarse en poder de la administración actuante, salvo razones justificadas.

**9)** Derecho, en los términos legalmente previstos, al carácter confidencial de los datos, informes y antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria, que solo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos, sin que puedan ser

cedidos o comunicados a terceros, salvo en los supuestos previstos expresa y específicamente en las leyes.

**10)** Derecho a ser tratado con el debido respeto y consideración por el personal al servicio de la Administración Tributaria.

**11)** Derecho a formular, en los casos en que sea parte, alegaciones y aportar documentos que deberán ser tomados en cuenta por los órganos competentes en la redacción de las resoluciones y los actos jurídicos en general.

**12)** Derecho a ser oído en el trámite de audiencia con carácter previo al dictado de la resolución o acto que tendrá efectos jurídicos para los sujetos pasivos, de conformidad con la ley.

**13)** Derecho a ser informado de los valores y los parámetros de valores que se empleen para fines tributarios.

**14)** Derecho a ser informado, al inicio de las actuaciones de comprobación y fiscalización llevadas a cabo por la Administración Tributaria, acerca de la naturaleza y el alcance de estas, a que no puedan ser modificados sus fines sin previo aviso, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones, y a que se desarrollen mediante los procedimientos y plazos previstos en la ley.

**15)** Derecho a que la Administración Tributaria le advierta de manera explícita, concluida la actualización fiscalizadora y antes de dictado el acto final, de las consecuencias jurídicas y económicas que conlleva la aceptación de la determinación de oficio o de las infracciones cometidas, tanto en cuanto al tributo a pagar, como a los accesorios.

**16)** Derecho de hacerse acompañar por un profesional competente en materia tributaria, para que le aconseje y asesore en el proceso, sin que esto constituya una obligación del contribuyente.

Con todo, es menester precisar que lo anterior dice de un conjunto de garantías de orden genérico a favor del sujeto pasivo, sea, constituyen parámetros que han de

orientar el proceder administrativo en la configuración de las relaciones fiscales. Empero, para efectos de su incidencia en el presente abordaje, es necesario precisar que dichos “derechos” no deben asociarse con el concepto de “DERECHO SUBJETIVO”, al que se ha hecho referencia en el capítulo I. Todo lo contrario, la especificidad de contenido del derecho subjetivo, como concepto, supone el conferimiento de una situación jurídica, que, dentro de los límites que impone el Ordenamiento Jurídico, habilita a su titular concreto, para desplegar determinadas conductas, que aquellas normas le permiten, (o, al menos, no restringen), a la vez que le posibilita la exigibilidad y requerimiento de conductas de contenido activo u omisivo a terceros, incluso por medios coactivos. Ergo, el citado término dice de una situación jurídica positiva (aunque como derivación de sus proyecciones aplicativas, impone, no en pocas ocasiones, obligaciones determinadas), de orden individual, que nace de la concreción de una relación concreta y específica. De suerte que las referencias procedimentales señaladas, lejos se encuentran de pertenecer a esta categoría, dado su carácter abstracto y genérico.

Dicha precisión exige discriminar y separar los derechos y garantías aludidos, de los derechos subjetivos que pueden llegar a concretarse en el contexto de las relaciones fiscales. Si bien aquellos primero conceden beneficios al sujeto pasivo, no lo hacen de manera concreta e individual, sino a modo de pautas de garantía para mantener equidad y debido proceso en las determinaciones fiscales y demás trámites que son necesarios para la definición de los aspectos relevantes de este tipo de relaciones. Así, no tienen la virtud de producir situaciones concretas que puedan llegar a producir alguna oponibilidad de comportamiento.

Ahora bien, atendiendo a la configuración del HECHO GENERADOR, es que, en consecuencia, se desprende o no de la existencia de la obligación jurídico tributaria. Más simple, hay obligación fiscal siempre que se haya concretado de manera específica, la conducta que tipifica el hecho imponible; de otro modo, la conducta de la persona administrada, no introduce ese vínculo. Tal concepto hace nacer el haz de obligaciones del sujeto pasivo, pero a la vez, la condiciones en que se produce ese elemento, le pueden llegar a permitir la oponibilidad de situaciones que

la misma normativa fiscal impone a su favor, como es el caso típico de las exenciones fiscales. Dentro de este ámbito, así como la concurrencia de los presupuestos materiales propios del elemento objetivo hace nacer el deber fiscal, asimismo la materialización de las condiciones objetivas o subjetivas que imponga la normativa aplicable, confiere al sujeto pasivo determinadas bondades propias de la exoneración (de grado total o parcial), que le libera del deber material.<sup>340</sup>

---

340 Aunque no es resorte de este desarrollo, es necesario precisar que en la definición del hecho generador y la correlativa obligación tributaria, la Administración Tributaria cuenta con una cláusula general propia de su poder de imperio, que le permite interpretar las formas jurídicas y actividades realizadas por el Sujeto Pasivo, a efectos de establecer si son formas legítimas o si, por el contrario, son operaciones de elusión fiscal ilegítima, sea, evasión tributaria. Se trata del principio de realidad económica que le habilita a prescindir de las formas jurídicas utilizadas por las partes fiscalizadas y ajustar esos comportamientos a la realidad subyacente de los respectivos negocios jurídicos. Así se regula en el precepto 8 del CNPT. De igual manera, el ordinal 12 bis de esa legislación, inserta en las potestades fiscales la norma anti-elusión, que permite, se insiste, esa recalificación. De nuevo, lejos está de tratarse de una potestad irrestricta; por el contrario, es menester la motivación debida de la conducta administrativa que desconozca los negocios de las personas particulares, y opte por la mencionada recalificación. Así fue examinado, entre otras, en la resolución No. 255-2012-VI de las 16 horas del 07 de noviembre del 2012, del TCA, Sección VI. En dicho precedente, sentó las bases de una verdadera garantía de neutralidad y legalidad administrativa al imponer reglas claras para el uso de esas potestades. Señaló en lo relevante:

*“VIII.- Si bien se mira, el criterio de realidad económica (regulado en los numerales 8 y 12 del Código Tributario), constituye una herramienta que habilita a la Administración Tributaria para prescindir de las formas alegadas por las partes e ingresar a ponderar en el marco de la relación económica, la incidencia y alcances efectivos de ésta, a fin de alcanzar una mayor aproximación a la determinación de la concurrencia de los hechos que permiten establecer si ocurrió un hecho generador diverso al alegado por las partes involucradas. Sería el ejemplo de un supuesto contrato de crédito pagado a un socio de una sociedad de capital que en realidad se emite como estrategia para encubrir una distribución de utilidades, o bien, un documento que consigna como donación lo que en realidad ha sido una venta onerosa de un bien. Busca, en estricto sentido, desentrañar la realidad material subyacente en el negocio y de esa manera, definir si la forma utilizada es un escudo para minimizar las cargas impositivas, caso en el cual, se deberá ajustar ese deber a su correcto cauce, o si, por el contrario, es un acto lícito y legítimo, y no solo una apariencia formal. Para ello, la Administración Tributaria*

---

*cuenta con amplias (que no ilimitadas) facultades de fiscalización e investigación, para definir el correcto cumplimiento (cuantitativo y cualitativo) de las cargas impositivas y con ello, determinar si las acciones de sujeto pasivo son prácticas elusivas que buscan reducir o bien pretender aparentar de inexistente la obligación tributaria. Tales potestades le permiten, en caso de determinar la existencia de ardidés o tácticas de evasión fiscal, inferir el alcance real de las proyecciones económicas de las operaciones en el fondo realizadas y hacer un traslado de cargos tributarios, que da inicio a un procedimiento para reajustar la base de cálculo y la tarifa del gravamen, sin perjuicio de la apertura de las causas correctivas (sancionatorias) que sean de rigor. En el fallo No. 32 de las 10 horas 30 minutos del 20 de marzo de 1992, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, sobre este tema indicó: "Asimismo, para mayor ilustración, cabe señalar que lo normal, tratándose de procedimientos elusivos de tributos, es que éstos adopten una apariencia disconforme con su real naturaleza. Precisamente, para obviar tales procedimientos, la legislación tributaria ha recogido el principio de la realidad económica, como instrumento de interpretación, en el artículo 8, párrafo 2, del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Se desprende de la integración de dicha norma con el artículo 12 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que esta última es aplicable aun cuando las partes hayan adoptado una forma jurídica de convención no totalmente clara para la administración tributaria, pues ésta podrá prescindir de esa forma para desentrañar el alcance que en la esfera tributaria pudiere tener el contrato suscrito entre el contribuyente y un tercero, ajeno a la obligación impositiva. Se obvia de esa manera cualquier procedimiento elusivo perjudicial para el fisco, que ostente el carácter de un convenio o contrato." Como lo ha señalado esa misma sala casacional en el fallo No. 825-F-2006 de las 08 horas 45 minutos del 27 de octubre del 2006, es un instituto (la realidad económica) que presupone un sistema de presunción que faculta a la Administración Tributaria a interpretar las formas jurídicas para desprender la objetiva valoración de los hechos y, por ende, de la realidad que se pretende ocultar. Sin embargo, dado el tratamiento de la carga probatoria al que se ha hecho referencia, lo que desde luego incide en la motivación y, por ende, en la validez de los actos tributarios, este principio no puede transformarse en un instrumento de legitimación de enriquecimientos sin causa de las arcas del Estado, o bien de tratamientos arbitrarios que permitan legitimar acciones sustentadas en presunciones no amparadas en argumentos o elementos concretos, o demostrados de manera fehaciente. Desde este plano, el agente público debe transitar con cuidado a través de las pruebas y la realidad que subsiste en el fondo del cuadro fáctico, para dilucidar la verdad real de los hechos (la realidad económica). Para esto, es fundamental que aborde con precisión, si las figuras utilizadas son mecanismos de elusión que, en el fondo, ocultan una realidad material distinta a la formal cuya intencionalidad última es la reducción de las cargas contributivas, o si, por el contrario, existe una armonía entre ambas realidades y no se genera ningún quebranto a los deberes tributarios. Tal conjetura no puede sustentarse*

Desde ese plano, es dentro del contexto de las relaciones que nacen a partir y desde la constitución del hecho generador, sea de la norma de imposición o de la de exoneración, que adquiere relevancia el análisis de las conductas de contenido favorable para el sujeto pasivo que haya adoptado la propia Administración Tributaria, así como los remedios legítimos para poder suprimir actos que hayan concedido de manera irregular esas bondades. En rigor, en la mayoría de ocasiones, las vías de reclamo en contra de los actos administrativos tributarios, se concretan a partir de las medidas recursivas de los sujetos pasivos destinatarios. Empero, esta aplicación es propia de los actos de contenido desfavorable. El objeto de este análisis se concreta a los actos de contenido favorable que, la AT estima se han adoptado con infracción al Ordenamiento Jurídico, por ende, aquellos cuya supresión requiere de la tutela del debido proceso de sus destinatarios y de la máxima de intangibilidad de actos propios. En esa dinámica, es menester precisar los diversos tipos de actos (de contenido favorable) que pueda emitir el Fisco en el marco de las relaciones consultivas, determinativas o sancionatorias, y en cada una de esas especies, la rigurosidad o no de sendas procedimentales para alterar el contenido sustancial de las mismas.

---

*en meras apreciaciones subjetivas, sino en una ponderación integral de las pruebas aportadas u obtenidas en el procedimiento de fiscalización, siendo que la negación del valor probatorio de elementos documentales, no puede, en todos los casos ser desconocido por una mera sospecha. Resulta de rigor en tales casos, apoyarse en criterios sólidos que permitan establecer las causas por las cuales, ha de desconocerse el alcance formal de esos elementos, así como los argumentos que permitan establecer las causas que sostienen la interpretación dada a esas transacciones. Lo opuesto llevaría a una arbitrariedad en el ejercicio de tales potestades, a la postre, un abuso de poder que no encuentra respaldo en nuestro ordenamiento. Así, esto es indispensable para luego inferir con certeza razonable, si la relación jurídica suscrita entre privados es un *fraus legis*, o si más bien, se trata de un negocio sin efecto lesivo para los intereses del fisco. (...)*”

### 3. Actos usuales de bondades fiscales.

#### 3.1. Exenciones.

Como se ha señalado, una vez que se configura el hecho generador previsto por la ley, nace la obligación tributaria. De este vínculo jurídico emergen derechos y obligaciones para el sujeto pasivo, así como potestades y deberes para la AT. Desde la arista del SP, se imponen, se insiste, dos categorías raíz de obligaciones, a saber: LAS MATERIALES Y LAS FORMALES. Como se ha señalado, la **relación jurídica tributaria** se encuentra integrada por el conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originados por la aplicación de los tributos y de la cual pueden derivarse obligaciones materiales y formales para el obligado tributario y para la Administración. Esto pone de relieve que trata de un vínculo jurídico administrativo de orden y composición compleja, plurifásica, en la que inter actúan diversos tipos de obligaciones y deberes necesarios, tanto para hacer nacer el deber de pago del tributo, definir su base cuantitativa (imponible), como para permitir su aplicación efectiva.

Desde ese plano, interesa, como marco previo al tema en desarrollo, las propias del SP.

Las OBLIGACIONES MATERIALES son propias del ligamen de crédito que surge entre el sujeto pasivo u obligado, quien en esa condición, se constituye en el deudor de dicho gravamen y la AT, como sujeto activo, en ese tanto, acreedor del tributo.<sup>341</sup>

---

341 En ese sentido el numeral 15 del CNPT define al sujeto pasivo como: “*Artículo 15.- Concepto. Es sujeto pasivo la persona obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea en calidad de contribuyente o de responsable.*”

Por su parte, el canon 99 ejusdem, en su párrafo primario define al Sujeto Acreedor o AT como: “*Se entiende por Administración Tributaria el órgano administrativo encargado de gestionar*

En ese sentido, el deber materia, cuyo sustento es la existencia de un deber de contribuir, se concreta en un deber de pagar el tributo, sea, de ingresar al flujo financiero de la respectiva AT acreedora, el dinerario correspondiente a la cuota tributaria que corresponda en cada caso concreto. Más sencillo, el deber materia, no es otra cosa que la obligación de ingresar los montos respectivos por concepto de los tributos a cancelar, o bien, de toda obligación, que aún accesoria, suponga un deber de ingreso de dinerario.

Entendiendo el deber material como una obligación de PAGO, dentro de esta categoría puede distinguirse la principal de las accesorias. La primera dice del deber de cancelar el tributo dentro del plazo que se defina en cada tipo fiscal. Las accesorias, por su parte, imponen al sujeto pasivo un deber que no se relaciona con el pago del tributo propiamente, sea, no se vinculan con la producción del hecho generador, o bien, surgen como derivación y consecuencia de comportamientos asociados al deber de pago principal. En la primera hipótesis se tienen los pagos anticipados o denominados pagos a cuenta, que aplican en el sistema de la renta por actividad lucrativa, en tanto que el segundo tipo se manifiesta, con mayor claridad, en el pago de los intereses y la mora en caso de incumplimiento tributario.

Por otro lado, las OBLIGACIONES FORMALES, son impuestas por la normativa a los obligados tributarios, deudores o no del tributo y cuyo cumplimiento está relacionado con el desarrollo de actuaciones o procedimientos tributarios. En lo medular, este tipo de deber se refiere a conductas relacionadas con la emisión y llevamiento de registros de información de relevancia fiscal, siendo relevantes como antecedentes y fuentes de datos que permitan, luego, la verificación del correcto ejercicio del deber contributivo principal. A juicio del TCA, consisten en relaciones que se basan en el esquema potestad-deber, de carácter administrativo y que generan deberes u obligaciones de hacer, de no hacer o de tolerar. Son ejemplos de estos deberes, entre

---

*y fiscalizar los tributos, se trate del fisco o de otros entes públicos que sean sujetos activos, conforme a los artículos 11 y 14 del presente Código.”*



otros, el de registrarse, declarar y el de llevar los libros de contabilidad al día.<sup>342</sup> Este tipo de obligaciones se enlista en el precepto 128 del CNPT y su infracción conlleva, la más de las ocasiones, a la imposición de multas que se configuran sobre un porcentaje del salario base fijado por la Ley No. 7333, sin perjuicio de supuestos en los cuales, la desatención a la obligaciones de entrega de comprobantes o de presentación de declaraciones, supone la sanción de cierre de negocios.<sup>343</sup> Así, las obligaciones formales, son deberes de producción, suministro y entrega de información o datos relevantes del sujeto pasivo, que resultan de utilidad para el ejercicio y concreción de las potestades determinativas.

Esta aclaración de la tipología de los deberes derivados de la OBLIGACIÓN TRIBUTARIA, es relevante para comprender el impacto y efecto que, en el contexto de ese vínculo administrativo, produce la figura de las EXENCIONES FISCALES. A decir del ordinal 61 del CNPT, dicha figura se traduce en la dispensa legal del deber de contribuir.<sup>344</sup> Si bien la norma aludida indica, en su rigor gramatical, que consiste en la dispensa legal de la obligación tributaria, es necesario precisar que dicha dispensa, recae, únicamente, en lo que se refiere a las obligaciones de tipo material, usualmente, la principal. Sin embargo, en modo alguno, salvo regla legal expresa, las exenciones pueden tenerse como una dispensa del cumplimiento de las obligaciones de tipo formal, en la medida en que, como se ha señalado, ese tipo de deberes, sientan las bases informativas para el ejercicio de la potestad de control fiscal intensivo, mediante los procedimientos determinativos, de manera que, constituyen referencias documentales o de información a partir de las cuales, puede verificarse la

---

<sup>342</sup> En esa línea puede verse el fallo 1222-2010 del TCA, Sección VI, de las 10 horas 40 minutos del 05 de abril del 2010.

<sup>343</sup> Caso de la sanción de cierre de negocios prevista en el precepto 86 del CNPT.

conurrencia efectiva de las condiciones fijadas por el Ordenamiento Jurídico para el otorgamiento o aplicación de una exención.

Esto deriva de que, en las exenciones, se ha producido y materializado el hecho generador que hace nacer la obligación tributaria, a partir de lo cual, en los casos dispuestos por ley, el legislador tributario renuncia a la potestad de recaudación respecto de las personas que se encuentren en esas condiciones preestablecidas. Esto a diferencia de la figura de la NO SUJECCIÓN, en la cual, no hay obligación tributaria al no haberse concretado el hecho generador. Puede decirse que las no sujeciones no son resorte del principio de reserva de ley, sino de la interpretación en contrario, por exclusión, del ámbito de cobertura del hecho generador fijado por la ley. A partir de ello, el efecto de no sujeción no requiere de ley que así lo indique, a diferencia de las exenciones, pues, se insiste, se desprenden de su exclusión lógica del ámbito del hecho imponible.

Así visto, en la no sujeción, no se verifica el hecho imponible, por tratarse de presupuestos que caen fuera de su órbita, aunque guarden proximidad con él. Por lo general, las normas que fijan una no sujeción tributaria, complementan la delimitación del hecho generador, pero en un sentido negativo, esto es, limitándose a aclarar que determinadas hipótesis no están comprendidas en la descripción del hecho generador. Ahora bien, ambas figuras (no sujeción y exención) presentan como efecto similar la no obligatoriedad del pago de un tributo. Sin embargo, tal consecuencia se sustenta en condiciones diversas: en la no sujeción, no existe hecho generador, por ende, no hay obligación tributaria; en tanto que, en la exención, esa consecuencia material deriva de regla legal que así lo ha definido, pese a que hay obligación tributaria por haberse configurado el hecho imponible.

El TCA ha expresado sobre ese particular:

*“... De lo dicho queda claro, no puede confundirse la "exoneración" con la "no sujeción", en tanto ésta última se refiere a la no realización del hecho imponible descrito en la norma tributarias, es decir, no nace la obligación formal ni material tributaria. Así pues, resulta material y*

*jurídicamente imposible que, tratándose de un mismo tributo y sujeto pasivo, se den al mismo tiempo la exoneración y la no sujeción, como parece argüir la representación del Instituto Costarricense de Electricidad, demandante en este proceso.” 345*

De lo dicho se colige la diferencia básica entre ambas figuras, sea, en lo fundamental, en la no sujeción, no se configura el hecho generador, por lo que, no nace la obligación tributaria. Ergo, al no existir relación fiscal entre las partes, el administrado no debe, si quiera, satisfacer deberes de tipo formal, como tampoco los materiales. Por su parte en la exención, como lo estipula el canon 62 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el legislador dispensa al sujeto pasivo del deber material de contribuir (de manera total o parcial), pero perviven los deberes formales, dado que, a diferencia de la otra figura, se configura la conducta que tipifica el hecho generador, por lo que existe obligación tributaria.

En ese sentido preceptúa el ordinal 62 del CNPT:

*“Artículo 62.-Condiciones y requisitos exigidos*

*La ley que contemple exenciones debe especificar las condiciones y los requisitos fijados para otorgarlas, los beneficiarios, las mercancías, los tributos que comprende, si es total o parcial, el plazo de su duración y si al final o en el transcurso de dicho período se pueden liberar las mercancías o si deben liquidar los impuestos, o bien, si se puede autorizar el traspaso a terceros y bajo qué condiciones.*

*Serán nulos los contratos, las resoluciones o los acuerdos emitidos por las instituciones públicas a favor de las personas físicas o jurídicas, que les concedan beneficios fiscales o exenciones tributarias sin especificar que estas quedan sujetas a lo dispuesto en el artículo 64 de la presente ley.*

*En todos los casos, las personas físicas o jurídicas que soliciten exenciones deberán estar al día con todas las obligaciones tributarias administradas por el Ministerio de Hacienda y deberán estar al día con*

---

345 Así lo expresó en la sentencia No. 92-2019-VI.

*las obligaciones ante la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), de conformidad con lo establecido en el artículo 74 de la Ley N.º17, Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, de 22 de octubre de 1943, como condición para su otorgamiento.*

*El incumplimiento, determinado dentro de un debido proceso seguido al efecto, de cualquier obligación tributaria administrada por el Ministerio de Hacienda o de cualquier obligación con la Caja Costarricense de Seguro Social será causa de pérdida de cualquier exención que haya sido otorgada.”*

No obstante, la claridad de diferencia sustancial entre ambos institutos, es usual que nuestra legislación tributaria incurra en confusiones o referencias indebidas. Así puede verse en el artículo 3 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, No. 7092, que se titula “Actividades no sujetas”, norma en la que alude a actividades o relaciones en las que se concreta el hecho generador del impuesto a las utilidades por el uso de factores de producción, y sobre las cuales señala que no se encuentran afectas al impuesto. En rigor técnico, dicha norma, en cuanto a esas actividades que suponen la ocurrencia del hecho imponible, es evidente que la referencia gramatical a “actividades no sujetas”, debe entenderse como indicativo de exención, sea, como supuestos en los cuales, pese a ocurrir el hecho generador, la ley dispensa del deber de pago del tributo, pero en las cuales, sobrevive el deber de registros formales y suministro de información. Otra norma que refleja una confusión radical sobre esas figuras, es la Ley del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, No.7509, en cuyo artículo 4, inciso a), en cuanto a los bienes de los entes públicos, señala:

*“ARTÍCULO 4.- **Inmuebles no afectos al impuesto.** No están afectos a este impuesto: a) Los inmuebles del Estado, las municipalidades, las instituciones autónomas y semiautónomas que, por ley especial, gocen de exención. (...)”*

Como se observa, la norma establece una supuesta no sujeción, es decir, casos en los que no se configura el hecho generador, condicionada a una exoneración o exención. Esa regulación es por demás confusa, en la medida en que, se insiste,

condiciona la no sujeción a una exención, cuando es claro que son conceptos excluyentes. Si hay una exención es porque hay hecho generador ocurrido, ergo, nace la obligación tributaria, según lo definido por el ordinal 11 del CNPT. Por ende, si en la no sujeción no hay hecho generador, la no imposición no puede nacer de una exención. Se trata de una falacia circular, que pone en evidencia el manera equívoco e ilógico de los conceptos. Si la lógica de esa norma es que los bienes del Estado y sus instituciones, que, por ley, tengan exención, no se trata de una no sujeción, sino de una exoneración. Por otro lado, si la pretendido es no gravar la propiedad pública o bienes demaniales, el hecho generador debe mutar para que el tributo recaiga sobre la propiedad inmobiliaria privada o fiscal (en el caso de los bienes de entes públicos no afectos a un uso público, según doctrina del artículo 261 del Código Civil), parámetro lingüístico que excluiría, de por sí, los bienes dominicales, los cuales, al estar excluidos del ámbito del hecho imponible, no estarían afectos. Así, se acredita lo innecesario de regulaciones sobre no sujeciones o afectación, las que, en nuestro régimen, son más propias de regímenes de exoneración. Es decir, se ha confundido la figura de la no sujeción o afectación con la exoneración, utilizadas de manera indistinta (y errónea) para producir el efecto de dispensar del deber contributivo a determinados supuestos.

Pues bien, hechas estas aclaraciones, es claro que las exenciones suponen un efecto favorable para el sujeto pasivo, en la medida en que se le exime, de manera total o parcial, al pago de los tributos sobre los cuales, expresamente se ha otorgado la exención. Empero, este tipo de aplicaciones, si bien, en determinados supuestos pueden aplicarse de manera directa por el sujeto pasivo, o agente de retención, como es el caso del impuesto al salario, o al impuesto sobre las utilidades, en otras relaciones fiscales, cuando así lo fije la Ley, la aplicación de ese régimen benevolente exige de la acreditación de parte del sujeto pasivo, ante la AT, de una serie de aspectos y condiciones *sine qua non*, a fin de que aquella le conceda u otorgue la correspondiente exoneración. Se trata de las denominadas EXENCIONES SUBJETIVAS, entendidas como aquellas que se asignan o declara de manera *intuitu personae*, previa verificación de las condiciones subjetivas que establece la ley

respectiva. En este tipo, es a partir del otorgamiento de esa condición que es factible la oponibilidad del efecto reductor de la obligación tributaria, sea total o parcial. Es decir, en estos casos, la aplicación de la exoneración requiere, a modo de presupuesto sine qua non, de la adopción de un acto por parte de la AT, en el que se conceda al sujeto pasivo ese régimen en particular.

Sobre este aspecto, cabe aclarar que este tipo de actos que concede, de manera genérica la potencial aplicación de un régimen benevolente en cuanto a las obligaciones materiales de orden fiscal, no conlleva, de manera automática, a la validez de las deducciones aplicadas de manera concreta a cada relación fiscal. Lo anterior en la medida en que, este tipo de exenciones se conceden de manera genérica al sujeto pasivo, pero es dentro de cada determinación fiscal que deberá establecerse si frente a esa obligación tributaria en particular, concurren o no las condiciones que son propias de la exoneración subjetiva que se ha otorgado. Por ejemplo, si la exención se ha conferido atendiendo a determinada naturaleza de actividades o funciones, pero el contribuyente realiza de manera concurrente, actividades de otra índole a las que han sustentado el beneficio, es claro que debe aplicar una regla de separación contable de ingresos y, asimismo, separar ese detalle para efectos de sus declaraciones fiscales y la correlativa aplicación de la exoneración otorgada, ya que, no podría aplicarse ese beneficio a ingresos que son propios de actividades para las cuales la exención no fue otorgada. En tal hipótesis, ante la eventual fiscalización, la AT podría ajustar la base imponible, sin que, en tal supuesto, la exención subjetiva pudiese amparar la indebida aplicación del sujeto pasivo.

De ahí que este tipo de exenciones requiere de un acto individual de conferimiento del régimen, base habilitante de aplicaciones concretas ulteriores, pero que, se insiste, la validez de aquel no presupone, per se, la de aquellas situaciones específicas.

En el caso de las exenciones objetivas, que no requieren de acto individual de reconocimiento. Es mediante los procedimientos determinativos de control fiscal que, se verifica el debido cumplimiento de los parámetros objetivos legales que hacen

legítima la aplicación de la exención. Por el contrario, en las subjetivas, la aplicación de ese régimen merece, de manera impostergable, el otorgamiento de un acto individual que declara el derecho de beneficio del régimen de exención. En tales casos, en tanto siga vigente ese acto, el sujeto pasivo se encuentra dispensado del deber de contribuir materialmente, sea de manera total o parcial.

Desde la arista de las formas de supresión *ex officio*, de ese tipo de conductas, debe remitirse a lo ya expuesto en el capítulo II, si la causa justificante de esa decisión estriba en patologías evidentes o manifiestas, o bien, si es por cuestiones propias de la revocación. En el caso que la cesación de la vigencia del acto se produzca por el fenecimiento de su régimen de eficacia, no será necesaria forma de supresión por causas de patología, siendo que se trata de una forma de supresión del acto. La discusión puede centrarse en la viabilidad o no de su prórroga, pero ello no tendría relación con la revisión oficiosa de conductas, sino con la potestad administrativa de decidir la renovación de un determinado régimen fiscal.

En lo que interesa a la figura de la lesividad, en tanto los efectos del acto de otorgamiento de exoneración subjetiva pervivan, se está frente a un acto de efectos continuados, en el cual, sería de aplicación la posibilidad prevista en los ordinales 34.1 en relación al 40 del CPCA. Bien podría alegarse que el conferimiento de este tipo de beneficios es propio de lo que se ha denominado una situación jurídica objetiva<sup>346</sup>, empero, disintimos de tal visión. Si bien es cierto ese acto habilita aplicaciones singulares posteriores, dicha conducta mantiene una vigencia en el tiempo, umbral dentro del cual, justamente, caben dichas especificidades. Este tipo de exenciones se confiere condicionadas a un margen de temporalidad, por lo que, cada uso concreto supone una aplicación individual de ese acto favorable, lo que pone en evidencia que se trata de un acto de efecto continuado. Precisamente ese efecto continuado es dar

---

<sup>346</sup> Sobre el debate que se ha presentado en cuanto a esta naturaleza jurídica y el impacto que presenta para efectos de la impugnabilidad o no de ese tipo de conductas, véase el desarrollo que se ha establecido en el capítulo III y las diversas posturas que se han expresado en el Tribunal Contencioso Administrativo.

la base jurídica a la aplicación individual de la exención, cuando se materialice el hecho generador que daría nacimiento a la obligación tributaria dentro de la cual, se aplica la exención. De ahí que en tanto esa oponibilidad perviva, su marco de eficacia se mantiene, lo que dice de la posibilidad de que sean cuestionados (esos actos), a la luz de la doctrina que amparan los ordinales 34.1 en relación al 40 del CPCA.

### **3.1.1. Breve alusión a la interpretación de las normas de exención como base de ponderaciones sobre patología en los actos de otorgamiento concreto.**

Con todo y lo expuesto, es necesario señalar que la lesividad se constituye como el remedio legalmente establecido para el análisis de validez de este tipo de actos que otorgan o respaldan aplicaciones de exoneraciones. En efecto, sea que se trate de la valoración del acto de constitución de una exoneración subjetiva, o bien, que se trate del análisis de un acto determinativo que ha respaldado la aplicación de una exención objetiva, que, luego, se estima indebido, es la lesividad el remedio procesal para revertir los efectos de esas conductas.

De ahí que no en pocas ocasiones, el debate en torno a la legitimidad de las exenciones, se concentre en la interpretación de la norma legal que la sustenta, así como de los presupuestos o condiciones que impone la ley para su ocurrencia. Esto se puede destacar en el referido ejemplo de la exención (¿o no sujeción?) a favor del ICE en cuanto al impuesto sobre bienes inmuebles, regulado en la Ley No. 7509. Según sean las pautas hermenéuticas utilizadas para analizar el contenido de la norma, se puede llegar a establecer diversas posturas: a) Que, al tratarse de una nueva regulación, la exención otorgada para la anterior Ley del Impuesto Territorial, derogada por la Ley del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, en la medida en que esta última no expresó dicha exoneración, a la luz del ordinal 62 del CNPT, se trata de un sujeto no dispensado del deber material; b) Que, la exención conferida por la anterior normativa, se extiende a las nuevas regulaciones, pues si el legislador pretendía suprimirla, así lo hubiera expresado. A esta tesis se abona, un potencial



alegato de similitud de la estructura impositiva y la finalidad pública del citado ente público (empresa pública); y, c) Que, lo que la normativa establece no es un régimen de exenciones, sino de no sometimiento a esa carga fiscal, sea, una no sujeción, como lo concluyó la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

La pluralidad de posturas sobre un mismo tema, pone en evidencia la necesaria referencia, aun leve, de los medios de interpretación de las relaciones fiscales de exención, como plataforma de consideración para los casos en que, dentro del proceso de lesividad, se establezca como causal patológica, una ponderación que se estime antagónica con el Ordenamiento Jurídico. En ese sentido, los precedentes de la Jurisdicción Contencioso se han ocupado de sentar pautas para definir los caminos interpretativos en este tipo de situaciones.

Como aspecto primario, cabe destacar que, en lides fiscales, el numeral 6 del citado Código establece las formas en que debe interpretarse la normativa atinente a las relaciones fiscales. Señala ese precepto:

*"Las normas tributarias se deben interpretar con arreglo a todos los métodos admitidos por el Derecho Común. La analogía es procedimiento admisible para llenar los vacíos legales, pero en virtud de ella no pueden crearse tributos ni exenciones."*

De esa ordenanza deviene con total claridad, la inexistencia de axiomas prestablecidos en cuestiones interpretación tributaria, sea a favor o en contra de una de las partes relacionadas en la obligación. Es decir, ni la norma sustenta un supuesto principio "IN DUBIO PRO FISCO", como tampoco soporta o da cabida a una aplicación de valores "UN DUBIO PRO CONTRIBUYENTE". Con todo, es necesario señalar que en la ponderación del contenido de las relaciones fiscales, es necesario considerar el haz de garantías que el mismo CNPT establece y reconoce a favor de la parte pasiva de la relación, así como el deber del Fisco de sustentar con el rigor de mérito, las decisiones que supongan la imposición de cargas al administrado, sea creando, modificando o extinguiendo sus situaciones

jurídicas.<sup>347</sup> De igual manera, lo anterior no es óbice para la aplicación de los deberes formales que son propios al sujeto pasivo, como es el caso del llevamiento de registros de información y demás, que permitan el ejercicio determinativo<sup>348</sup>, así como el correspondiente análisis de las cargas probatorias que impone el ordinal 140 del CNPT.

Empero, el tema que se aborda no es propiamente los principios o pautas valorativas a la especie del contenido de la relación fiscal, sino, si para efectos de establecer la validez del acto de exoneración, su contenido es congruente con las normas que le dan cabida. En esa dinámica, se insiste, la normativa tributaria debe aplicarse conforme a los mecanismos de interpretación normal, sin que pueda, *a priori*, dar sustento a “*pseudo-máximas*” de interpretación tales como *in dubio pro fisco*, *pro contribuyente*, y otras por el estilo, que pretendan imponer una forma preestablecida de visión del Derecho y que fijen, siquiera en el plano dogmático, principios que deban imponerse en este ejercicio intelectual del operador jurídico. Desde ese plano, las normas deberán ser interpretadas acorde a las formas de comprensión usuales, lo que depende de cada caso concreto. En efecto, la determinación del mecanismo interpretativo aplicable frente a una determinada situación jurídica, es un tema que ha de valorarse en cada caso concreto. En la

---

347 Ese deber de motivación encuentra respaldo no solamente en la doctrina general del canon 136 LGAP, sino, en la particularidad de la materia tributaria, en la letra del ordinal 187 del CNPT, cuyo párrafo primero señala sobre ese particular:

***“Artículo 187.- Motivación de los actos.***

*Los actos jurídicos y las actuaciones materiales de la Administración Tributaria deben ser motivados, cuando establezcan deberes u obligaciones a cargo de los contribuyentes. La motivación consistirá en la referencia explícita o inequívoca a los motivos de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión. La falta de motivación de un acto o de una actuación material de la Administración, en los términos expresados, causa su nulidad. (...)*”

348 En ese sentido, puede verse el ordinal 128 del CNPT.

dinámica propia del Derecho Administrativo, al tenor del artículo 10 de la LGAP, debe atenderse a la finalidad misma de la norma, regla que igualmente impone el canon 10 del Código Civil.<sup>349</sup> Así, el operador jurídico ha de acudir a los mecanismos de interpretación que sean pertinentes en cada caso concreto, sin que pueda partirse, como criterio genérico de base, que la interpretación debe atender a una forma específica.

En el caso concreto de las normas fiscales, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha fijado una serie de proyecciones en cuanto a su interpretación. En el fallo No. 399-F-2006, de las 10 horas 40 minutos del 28 de junio del 2006 señaló:

**"V.- Interpretación de las normas tributarias y exenciones. Finalidad.** *La labor hermenéutica de las normas que regulen las relaciones tributarias, debe realizarse dentro de los cauces de las reglas de la interpretación jurídica, comunes a todas las ramas del derecho*

---

349 En esa línea, merece traer a colación lo dicho por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el fallo 145 de las 10 horas 15 minutos del 22 de febrero del 2008, en la cual, sobre el tema de la interpretación de las normas tributarias indicó: "(...) *De allí que la labor hermenéutica de las normas que regulan las relaciones tributarias, debe realizarse dentro de los cauces de las reglas de la interpretación jurídica, comunes a todas las ramas del derecho acudiendo a sus diversos métodos, a fin de precisar los alcances y particularidades de un determinado mandato, de modo que la formulación hipotética, aplicada a la praxis diaria, cumpla su cometido intrínseco y el fin que ha dispuesto el legislador para su emisión. (...) En esta labor, de acuerdo al principio de igualdad constitucional, es claro que el intérprete debe ponderar las diversas variables que convergen en cada situación, dentro de ellas, la naturaleza de la disposición, procurando que su uso, en la forma y alcances que establezca, sea igual para todos los casos similares y evitar una aplicación material que burle la finalidad misma de su contenido. Los medios de que el operador jurídico se sirve para llevar a cabo este proceso, son substancialmente: filológico o gramatical, lógico, histórico, sociológico y finalista. El artículo 10 del Código Civil, al cual remite el canon 6 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, en relación a la interpretación de las reglas tributarias, contempla estos elementos ... La exégesis de las normas tributarias, debe analizar en cada caso, el contenido de la norma, para establecer los cauces debidos de su aplicación, a tono con los parámetros ya señalados, a fin de que el mandato cumpla su cometido, se satisfaga la finalidad inmersa en la manifestación legislativa, sea imponer cargas tributarias, establecer marcos de beneficios y demás asuntos inherentes a la relación jurídico tributaria que de aquella se desprenda."*

*acudiendo a sus diversos métodos, a fin de precisar los alcances y particularidades de un determinado mandato, de modo que la formulación hipotética, aplicada a la praxis diaria, cumpla su cometido intrínseco y el fin que ha dispuesto el legislador para su emisión. (...) Desde este plano, las normas tributarias no pueden ser consideradas excepcionales o bien, limitativas de los derechos de los particulares, dado que ese carácter llevaría a que su aplicación y por tanto su interpretación, fuese igualmente restrictivo. Tampoco resulta acertada esa forma interpretativa dentro del contexto de las disposiciones que establezcan exenciones o beneficios fiscales. (...) Esta Sala, hasta la fecha, había sostenido la tesis de que, conforme a lo dispuesto por el Código referido y el régimen jurídico propio de las exenciones, su interpretación debe ser restrictiva, en razón de que del contexto de los numerales 5, 6 en relación al citado ordinal 62, todos de aquel cuerpo legal, se desprende la protección al principio de legalidad en materia de exenciones, mediante la imposibilidad de interpretar ampliativamente las normas a ellas referidas. En este sentido entre muchas, sentencia no. 162, de las 15 horas 22 minutos del 25 de setiembre de 1991, no. 93 de las 15 horas 30 minutos del 28 de agosto de 1996, no. 86 de las 15 horas del 19 de agosto de 1998 y no. 318 de las 9 horas del 19 de mayo del 2004. No obstante, con su nueva integración, y luego de una profunda reflexión del punto, llega a un criterio distinto al referido. La naturaleza y objeto de las normas del tipo aludido, en los términos ya expuestos, así como su régimen jurídico, no implica ni justifica que deban ser interpretadas con un prisma diferente al de las otras disposiciones tributarias, sea, con criterios especiales, pues, a fin de cuentas, se reitera, son todas componentes de un mismo sistema que busca, en su dimensión teleológica, la equidad en las cargas contributivas. Para ello es necesario, en algunos casos, implementar normas que, en el fondo, busquen el cumplimiento de los diversos principios con los que el constituyente ha revestido el sistema fiscal. (...) No obstante, el principio de legalidad tributaria al que están sujetos, no puede constituirse en un condicionante válido que justifique una interpretación especial (restrictiva), sino que debe ser ponderado en su correcta dimensión, esto es, solo por vía legal pueden crearse, su fuente de origen debe reunir las condiciones señaladas en el numeral 62 del citado Código y solo surten efectos si ocurre el hecho que ha sido preestablecido para su ocurrencia. Por tanto, la legalidad tributaria así vista, no es justificante de una consideración restrictiva de las gracias fiscales.”*

La citada postura de la instancia casacional apela a una interpretación de orden restrictivo, lo que desprende de la aplicación del principio de reserva de ley que opera en materia tributaria, en cuanto al establecimiento de los medios de formas de reducción o extinción de los tributos.<sup>350</sup> En el caso de las exenciones, ya se ha comentado, el precepto 62 del CNPT ordena que sea la ley que crea la exención, la fuente que especifique las condiciones y los requisitos fijados para otorgarlas, los beneficiarios, las mercancías, los tributos que comprende, si es total o parcial, el plazo de su duración, y si al final o en el transcurso de dicho período se pueden liberar las mercancías o si deben liquidar los impuestos, o bien si se puede autorizar el traspaso a terceros y bajo qué condiciones. Lo anterior supone, la norma tributaria que fije beneficios fiscales, debe ser clara en su contenido, de manera que fije de manera diáfana el sujeto a favor de quien se emite, tributos exonerados, y demás elementos sustanciales que el citado precepto 62 de marras, siendo claro que, por virtud de relaciones analógicas, no pueden establecerse este tipo de beneficios fiscales.<sup>351</sup>

---

350 Sobre el alcance de ese principio de reserva de ley puede verse de Sala Primera el fallo No. 5 de las 15 horas 30 minutos del 5 de enero del 2000, o bien, los votos Nos. 8271-2001, 8580-2001 y 5504-2002, todos de la Sala Constitucional, que detallan el carácter relativo del citado principio de reserva de ley tributaria.

351 En el precitado fallo 399-2006, ese alto Tribunal sobre el tema tratado dispuso: “*Ahora bien, esta última característica aludida (se refiere a la prohibición de analogía) supone que las exenciones y beneficios tributarios solo pueden concederse si el hecho concreto que se invoca, corresponde al supuesto fáctico de la norma autorizante y su otorgamiento es factible acorde al parámetro fijado por el legislador en la fuente de su creación. Por ende, cuando la norma imponga de forma clara e indubitable condiciones concretas para el disfrute o recepción de los efectos benevolentes del régimen fiscal, en su aplicación estos parámetros no podrán ser eludidos en tanto son parte inexorable del hecho condicionante que el ordenamiento ha fijado. Así visto, el efecto condicionado se producirá, cuando esos presupuestos fácticos estipulados en el mandato se hayan satisfecho. De este modo, el juzgador debe analizar en cada caso, con el cuidado de rigor, si el supuesto de hecho propuesto por el sujeto pasivo encuadra y coincide con el hecho exento dispuesto por la norma que prevé el beneficio, dentro de su contenido material. En esta confrontación, en tesis de principio, resulta improcedente ampliar los efectos*

Ahora bien, lo señalado no supone, ni por asomo, una carta abierta que permita sostener una suerte de regla general de interpretaciones extensivas o ampliativas frente a las normas de beneficios tributarios. Empero, la finalista puede constituirse en un remedio válido para comprender este tipo de relaciones, con la reserva que, esa visión finalista debe encontrar respaldo dentro del ámbito semántico de la norma. Se insiste, la norma tributaria, incluso la de exenciones, debe interpretarse con arreglo a los mecanismos normales de interpretación, según corresponda en cada caso contexto. Para ello, hay que tener claridad, cualquier práctica interpretativa ha de partir del contexto gramatical de las normas. Esto no implica que la comprensión de la norma sea en todos los casos dentro de la forma denominada "interpretación literal". Por el contrario, la norma como expresión de lenguaje (jurídico en este caso) constituye a su vez el punto a partir del cual el operador jurídico inicia su ejercicio analítico frente a casos reales en los que ha de ser aplicada, pero a su vez, consiste en el límite de la decisión de ese intérprete autorizado (en razón de que su decisión busca la solución de un caso concreto mediante la aplicación de la norma analizada).

La validez de las eventuales interpretaciones respecto de determinado canon se encuentra condicionada a la posibilidad de sustentar ese sentido u orientación comprensiva en el ámbito de permisibilidad gramatical de la norma. El derecho consiste en un lenguaje (con pretensiones de tecnicidad) dentro del cual, ciertos términos ostentan algún grado de especialización "técnica" y que guardan algún grado de comprensión común dentro de los operadores jurídicos, producto de la connotación convencionalista de ese lenguaje. Con todo, es claro que, dado el carácter polisémico del lenguaje, un mismo término, frase o norma, puede tener un sentido diverso según se trate de quien se aboque a interpretarla. En esos casos en que el término no resulta conceptualmente unívoco, cada intérprete busca la

---

*de la norma a extremos que ella no contempla, ni que deriven de su contenido, como igualmente inviable por imperio de ley lo son las prácticas analógicas en este tipo de situaciones, pues surge el riesgo de incorporar dentro del hecho exento, supuestos que no contempla la ley, lo que atentaría contra el precitado principio de reserva legal que impera en estos campos."*

comprensión de lo que en su caso particular considera el verdadero sentido de la norma y, por ende, la forma en que ha de aplicarse en el caso concreto. Se insiste, dentro de esa dinámica, como primer paso en esa tarea hermenéutica, es indispensable ingresar a definir si la posición postulada por determinado intérprete es factible dentro del ámbito gramatical. Es decir, es necesario precisar los posibles sentidos jurídicos del precepto normativo. Desde ese plano, si la posición postulada atiende a un ánimo finalista, pero no encuentra respaldo en la composición gramatical de la norma, debe distinguirse lo que la norma permite de lo que el intérprete desea como regulación. Ciertamente la labor del agente jurídico es aplicar el derecho en la realidad (*law in action*) a los casos concretos que conozca, para lo cual, es innegable, la aplicación del derecho es una opción que ese intérprete realiza de los sentidos posibles de la norma. No obstante, se reitera, los marcos finalistas solo son viables en la medida en que la norma (como expresión de lenguaje), permita diversos sentidos posibles.

### **3.1.2. Lesividad versus determinaciones fiscales. Mecanismo debido en uso de exenciones.**

Al tenor de lo expuesto, es necesario discriminar los casos en que la exención ha sido producto de un acto firme de contenido favorable, de cuando ese efecto benevolente se ha producido por la actuación misma del sujeto pasivo. Esto es fundamental para establecer si el procedimiento determinativo puede constituirse como un remedio para corregir la indebida aplicación de una exención o si, por el contrario, la AT debe emprender la lesividad para esos efectos.

Tratándose de exenciones que han sido aplicadas directamente por el sujeto pasivo, ante el deber de iniciativa que le es propio, bien por tratarse de una exoneración de tipo objetivo, o ante la aplicación concreta de la exención subjetiva, es claro que la AT no requiere del proceso de lesividad para establecer la improcedencia total o parcial de esa reducción en la carga contributiva. En efecto, en ese tipo de casos, es evidente que la AT no ha otorgado un acto firme de contenido favorable, sino que el efecto reductor de la obligación tributarias se ha

derivado de una acción propia del sujeto pasivo. Por ende, a partir del ejercicio de las competencias determinativas, propias de la fiscalización intensiva, es que el Fisco puede iniciar las actuaciones de comprobación y control tributario, mediante el cual, puede establecer si las declaraciones presentadas por el obligado tributario son congruentes con la realidad de sus transacciones gravadas.

En ese sentido, es dentro del procedimiento determinativo que la AT puede ajustar la base imponible, caso que acredite o pondere que, en el caso concreto, no se daban los presupuestos para aplicar la exención. Lo anterior por estimar que el sujeto pasivo no se encontraba dentro del presupuesto habilitante de la exención objetiva, o bien, por una aplicación indebida del régimen de exenciones subjetivas u objetivas. En esa dinámica, bastaría emitir el acto final ajustando la obligación tributaria, sin que sea necesario acciones de nulidad concomitantes. En ese plano, es el sujeto pasivo quien debe emprender las sendas reclamatorias en contra de esa conducta, bien mediante la formulación de los recursos ordinarios que le habilita el CNPT o a través de la acción judicial que tenga por objeto el análisis del ejercicio debido de las potestades determinativas.

Caso distinto opera cuando la aplicación de la exención deriva, directa y expresamente, de un acto administrativo emitido por esa misma Administración Pública. En esa hipótesis, tratada anteriormente, es claro que en la medida en que el efecto de dispensa o de reducción del deber material, deriva de un acto emitido por el Fisco, no es mediante el ejercicio determinativo que puede desconocer el contenido de ese acto previamente adoptado. En tales casos, es menester acudir a las formas de supresión de las conductas favorables, la más de las ocasiones, mediante la técnica de la lesividad, sin perjuicio de la utilización del mecanismo previsto en el ordinal 173 de la LGAP, siempre que concurran los presupuestos que da cabida a esa figura.

Desde ese plano, en caso que la AT pretenda desconocer las implicaciones y efectos de semejante declaración favorable, mediante ajustes fiscales derivados de sus potestades determinativas, alegando una suerte de inoponibilidad de efectos de aquella disposición, a no dudarlo, estaría lesionando y quebrantando la intangibilidad de actos propios, en detrimento del ordinal 34 de la Constitución



Política. No obstante, como se verá infra, hay regulaciones, altamente cuestionables, que permiten al Fisco, desconocer, siquiera relativamente el contenido y eficacia de actos previos, firmes, que han concedido bondades a sus destinatarios. Es el caso de las consultas tributarias.

Sin embargo, parece definitivo que la AT no podría ajustar la base imponible de una obligación tributaria en cuya determinación y liquidación se ha aplicado el contenido de un acto de reconocimiento u otorgamiento de una exención subjetiva, o bien, en la que ha validado previamente la aplicación de una de orden objetivo, bajo la justificación de que sus potestades de fiscalización, en tanto vigentes, son oponibles y prevalecen frente a aquellos actos. Si bien el ejercicio de las potestades de fiscalización y control intensivo permiten el análisis de la legitimidad cualitativa y cuantitativa de las declaraciones del sujeto pasivo, en orden a establecer el debido y correcto cumplimiento de los deberes materiales, cuando el debate se centre en la desaplicación de la exención concreta, debe acudir a los mecanismos de anulación oficiosa. Más simple, en tales hipótesis, las potestades determinativas no se constituyen en un instrumento debido para desconocer las implicaciones de un acto previo, de contenido favorable, siendo que, la inoponibilidad de la exención subjetiva otorgada debe sustentarse en la supresión antecedente del acto que la ha otorgado, por causales de patología constitutiva. En esa variación, es menester, igualmente, ponderar la buena fe del sujeto pasivo, en orden a la potencial aplicación de intereses o partidas semejantes, calculadas sobre la base de las diferencias determinadas.

No hemos detectado aplicaciones en semejante sentido por parte de la AT, empero, como escenario teórico, se estima necesario dicha precisión, de cara a establecer categorizaciones válidas y útiles para el tratamiento debido de las figuras atinentes al tema tratado.

Por otro lado, cabe mencionar, el ejercicio de la pretensión de lesividad, incluso contra actos de exoneraciones, se encuentra sujeto al ámbito de temporalidad que es propio de ese tipo de proceso y que se analizará adelante. En ese sentido, debe distinguirse la potestad de la AT de determinar y cobrar las sumas relacionadas con regímenes de exoneraciones indebidamente aplicados, de la potestad de requerir

la anulación de los actos propios que hayan concedido este tipo de beneficios. Así, el numeral 47 de la Ley Reguladora de Todas las Exoneraciones Vigentes, No. 7293 establece:

*“Artículo 47.- La emisión del acto administrativo declaratorio de una exención suspenderá el plazo de prescripción de la determinación y cobro de los tributos inicialmente dispensados y de los intereses y recargos concomitantes.”*

Dicho mandato fija la suspensión de la prescripción determinativa y de cobro tributario, respecto de obligaciones fiscales en las que se haya dictado un acto que haya concedido una exención. Empero, ello no dice que igualmente se suspenda el plazo para disponer las acciones judiciales que busquen la nulidad de esa conducta favorable. Se trata de situaciones diversas. En rigor, cuando se declare la invalidez del acto de exención, se levanta la causa suspensiva del cómputo prescriptivo y, por ende, correría el lapso aplicable (*dies a quo*), pero ello no dice que tal hipótesis deba equipararse a una apertura indefinida de potestad anulatoria.

### **3.2. Fraccionamientos.**

Se ha señalado que, una vez configurado el hecho generador previsto por la norma, respecto de cada tributo en particular, nace la obligación tributaria y con ello, el potencial deber material siempre que, una vez aplicada la tarifa a la base imponible, derive la carga del sujeto pasivo de cancelar una cuota tributaria. Esto supone que la configuración del hecho generador hace nacer la obligación tributaria, pero no toda obligación supone el deber material de pago, sino solamente en aquellas aplicaciones en que la aplicación de las fórmulas de cálculo imponga un deber de ingresar recursos al Fisco.

Ahora, según se desprende del ordinal 39 del CNPT352, los tributos deben ser cancelados en el lugar, fecha y mediante las formas que establezca la ley o que bien, en su defecto, se regulen de manera reglamentaria. Cuando la ley ni indique la fecha de pago, el numeral 40 ejusdem, párrafo inicial precisa: “... *Cuando la ley tributaria no fije plazo para pagar el tributo debe pagarse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que ocurra el hecho generador de la obligación tributaria.*”

Frente al deber de pago, o bien, frente a la desatención del cumplimiento de deberes materiales, el canon 38 del CNPT, posibilita al sujeto pasivo, requerir al Fisco la suscripción de un fraccionamiento o arreglo de pago. Con todo, esa norma fija presupuestos condicionantes para esos efectos en el siguiente sentido:

*“Artículo 38.- Aplazamientos y fraccionamientos. En los casos y la forma que determine el reglamento, la Administración Tributaria podrá aplazar o fraccionar el pago de las deudas tributarias, incluso por impuestos trasladables que no hayan sido cobrados al consumidor final, y siempre que la situación económico-financiera del deudor, debidamente comprobada ante aquella, le impida, de manera transitoria hacer frente al pago en tiempo.”*

El Reglamento de Procedimientos Tributarios define el fraccionamiento como la “*Autorización otorgada por la Administración Tributaria al obligado tributario, para hacer el pago de una deuda tributaria líquida y exigible, en varios tractos.*”<sup>353</sup> Tal figura supone, por ende, la suscripción de un “acuerdo” entre las partes, mediante

---

352 Señala ese precepto:

*“Artículo 39.- Lugar, fecha y forma de pago. El pago debe efectuarse en el lugar, la fecha y la forma que indique la ley o, en su defecto, el reglamento respectivo. La Administración Tributaria estará obligada a recibir pagos parciales.”*

353 Así lo estatuye el artículo 2 del citado Reglamento, Decreto Ejecutivo No. 38277-H. De igual manera, define la facilidad de pago en el siguiente sentido: “*Facilidad de pago. Es el aplazamiento o fraccionamiento de pago de las deudas tributarias.*”

el cual se verifica la imposibilidad material y objetiva del sujeto pasivo de hacer frente a la deuda fiscal, se manera total o parcial, a partir de lo cual, se habilita un sistema de pagos a tractos. El análisis de la norma legal permite desprender que se trata de una facultad de la AT, más no de un derecho del sujeto pasivo, en la medida en que el Fisco bien podría rechazar la solicitud, con la debida motivación, cuando factores de conveniencia así lo determinen. Lo anterior ya que, en rigor, los emplazamientos suponen la renuncia al ingreso inmediato de los fondos correspondientes a la deuda tributaria. Empero, es claro que, ante la insuficiencia acreditada del sujeto pasivo, la lógica determina la conveniencia de suscribir un arreglo en esos términos, lo que genera un ingreso constante, aspecto más favorable que acudir a las vías de apremio patrimonial que fija el mismo CNPT, o que bien, tendrían que ejercitarse en la sede judicial de cobro (monitorio).

De esa manera, la solicitud de fraccionamiento relativiza el deber de pago, en la medida en que supone un compromiso de hacer las erogaciones respectivas en los términos y la regularidad pactadas o bien, aceptadas por la misma AT. Incluso, el mismo ordinal 127 del RPT, establece que una vez concluidas las actuaciones de comprobación previa, el sujeto pasivo debe hacer el ingreso respectivo, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la aceptación de la regularización o de la notificación del acto administrativo de liquidación de oficio, según corresponda; con la salvedad que dentro de esa mismo lapso, haya rendido garantía o bien, haya solicitado ante la Administración Tributaria una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de pago. Igual efecto establece el ordinal 159 ejusdem en cuanto al deber de pago derivado de la aceptación de propuesta de regularización por parte del obligado fiscal, lo regulado por el numeral 161 del RPT en torno a las sanciones previstas en los incisos b) y c) del mandato 81 del CNPT, la regularización posterior a la manifestación de disconformidad de la propuesta de regularización, regulada en el precepto 164 del RPT, entre otras normas.

Así visto, el acto administrativo que otorga un fraccionamiento de pago al sujeto pasivo, supone, sin duda, uno de contenido positivo, por cuanto le releva del deber de pago inmediato total de la obligación fiscal, para concederle el derecho de hacer

cumplimiento de la obligación material de manera fraccionada. Ciertamente ese plan de pagos supone, igualmente, un compromiso en cabeza del sujeto pasivo, quien se obliga a cumplir con ese fraccionamiento, pero, en lo relevante, le concede una situación de contenido favorable.

Por su parte, el mismo RPT regula a partir del canon 186, lo relativo al trámite de solicitud y correspondiente otorgamiento de los aplazamientos o fraccionamientos de pago. En ese sentido, el ordinal 188 de la norma administrativa aludida, regula una serie de supuestos en los cuales el fraccionamiento no sería factible. Dicho precepto enlista dentro de este tratamiento los siguientes supuestos:

a) Las deudas tributarias por concepto de especies fiscales o timbres, aranceles, contribuciones, tasas y cánones que sean requisito para la validez de un acto jurídico, el otorgamiento de una concesión, o el disfrute de un servicio público.

b) Las deudas tributarias menores a un salario base. En este supuesto, la norma administrativa opta por un criterio de trascendencia de la cuantía de la obligación, estimando que las deudas inferiores al salario mínimo, no presentan, a priori, una imposibilidad de ser canceladas en un solo tracto. Sobre este particular, el numeral 187 del RPT establece un criterio de calificación de deudores atendiendo a los 100 salarios base, siendo el rango 1 quienes se encuentren con deudas superiores a ese referente de cálculo. Con todo, ese mismo precepto señala que mediante resolución general la Administración Tributaria podrá variar los montos de los rangos establecidos en este Reglamento, así como establecer mediante resolución general, un monto mínimo para el otorgamiento de facilidades de pago. De ahí que este criterio de marras, bien puede ser modulado por resolución de la AT.

c) Las deudas que hayan sido trasladadas a la Oficina de Cobro Judicial. No se observa limitación racional alguna para restringir los arreglos o fraccionamientos frente a deudas que hayan sido remitidas a cobro judicial. Incluso, el otorgamiento de esta figura implica y supone la aceptación de la deuda, pero, además, el compromiso del sujeto pasivo de cancelar esos pasivos, bajo un esquema de pago

programado. Desde el prisma de la recaudación fiscal, este mecanismo permite un ingreso fiscal de manera más segura y eficiente que las sendas del cobro judicial.

d) Las deudas tributarias que hayan sido objeto de denuncia penal conforme a los supuestos del delito tributario establecidos en el artículo 92 del Código.

Esta norma pone en perspectiva la potencialidad de conflictos en el análisis de la validez de actos que concedan u otorguen fraccionamientos, en cuanto a la asignación del beneficio de facilidades de pago a obligaciones sobre las cuales no es factible ese tratamiento. Sin embargo, es cuestionable que la suscripción de un fraccionamiento en contravención de este precepto analizado, suponga, indefectiblemente, una nulidad de grado absoluto. A la postre, si se ha otorgado el fraccionamiento y el sujeto obligado ha satisfecho los compromisos asumidos, no se observa el deterioro para los intereses del Fisco, ya que, en virtud de ese instrumento, se produce un ingreso a los recursos públicos, potenciando la recaudación. De ahí que de cara a ponderar la eventual pretensión anulatoria por el otorgamiento de un fraccionamiento en los términos señalados, es imperativo que se acredite con la solvencia debida, la afectación sustantiva que esa aplicación tendría para los intereses fiscales, lo que requeriría de la demostración del beneficio indebido a favor del obligado, con detrimento para la recaudación fiscal o medidas de apremio patrimonial que puedan llevar a hacer efectiva de manera más célere esa obligación.

Por otro lado, el mismo canon 188 ejusdem reconoce la posibilidad del fraccionamiento en los supuestos de las deudas correspondientes a impuestos trasladables o a retenciones o percepciones, en las siguientes condiciones:

a) Si fueron cobradas, retenidas o percibidas, solo se aprobará el fraccionamiento de pago por un máximo de doce períodos acumulados, siempre y cuando no haya disfrutado de una facilidad de pago en los tres años anteriores al de la solicitud.

b) Si no fueron cobradas, retenidas o percibidas, no habrá restricción para el otorgamiento de un fraccionamiento de pago, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en el presente Reglamento.

La norma precisa que esas condiciones no garantizan el otorgamiento del aplazamiento, de lo que se desprende que, aun concurriendo esas condiciones, es facultad del Fisco otorgar este beneficio. Ergo, en estas hipótesis a falta de respuesta dentro de los plazos aplicables no conlleva al silencio positivo, sino que, por virtud del artículo 102 del CNPT, se impondría, en esas cuestiones, el silencio negativo, como denegación ficta. El precepto 190 inciso primero del RPT fija una serie de requisitos de orden formal para las solicitudes de marras, en el siguiente orden:

- a) Presentar el formulario de solicitud debidamente lleno y suscrito por el obligado tributario o su representante legal, con los requisitos y por los medios que establezca la Administración Tributaria.
- b) Indicar lugar o medio para recibir notificaciones, cuando corresponda.
- c) Justificar detalladamente la causal que incide en la situación económica financiera y que le impide transitoriamente pagar la deuda tributaria en el plazo de ley.
- d) Haber presentado la declaración tributaria auto liquidativa o el formulario de autoliquidación de sanciones cuando corresponda.
- e) Aportar Estado de Flujos de Efectivo proyectados con indicación de los supuestos utilizados en su elaboración, por parte de un Contador Público autorizado.

Ese mismo mandato establece que en el caso de los deudores rango 1 (deuda que exceda los 100 salarios base), deba presentar, además, una garantía.

La lista enunciada no es óbice para que el Fisco, caso de estimarlo necesario para esclarecer la situación del sujeto requirente, pueda exigir el aporte de requisitos adicionales, relacionados a la información financiera del petente, detalle que deberá aportarse dentro del plazo de diez días hábiles, con posibilidades de prórroga, a petición de parte.

El otorgamiento de este tipo de beneficios debe ponderar otra serie de exigencias sustanciales que estatuye el canon 194 ejusdem, a saber:

- 1) No haber incumplido fraccionamientos o facilidades de pago que hayan sido otorgadas previamente, dentro del plazo de tres años previos al nuevo trámite.
- 2) Encontrarse al día con las obligaciones formales que le sean atinentes y aplicables.
- 3) El interesado deberá adjuntar el comprobante de la autoliquidación y pago de la sanción administrativa por morosidad en el pago. En su defecto, de no haber cancelado la sanción, dicho monto debe ser incluido en la solicitud de fraccionamiento de pago.

En tesis de inicio, dicho tipo de gestiones deben ser atendidas y resueltas en el plazo de diez días hábiles, como derivación de lo preceptuado por el canon 195 del RPT. Sin embargo, se insiste, al no existir norma expresa que asigne un efecto de silencio positivo a la potencial indolencia administrativa, es claro que se trata de un plazo meramente ordenatorio, cuya infracción no produciría patología alguna, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias del funcionario incumplimiento. Ergo, a la luz del canon 102 del CNPT, la infracción de este lapso conlleva la denegación ficta de la gestión, siendo que, en todo caso, el acto dictado fuera de ese espacio, sería igualmente legítimo.

Ahora bien, este tipo de actos de otorgamiento de beneficios de pagos, si bien suponen un efecto positivo en la esfera jurídica del sujeto pasivo, que es oponible al Fisco, consistente en la posibilidad del pago fraccionado de la deuda, lo que veda toda posibilidad de requerimiento del pago total de la obligación sobre la cual se ha otorgado ese beneficio, así como cualquier tipo de apremio patrimonial por ese concepto.

En ese sentido resulta relevante la referencia a lo regulado por el precepto 193 del RPT, norma que define los efectos de la solicitud de fraccionamiento de pago, dentro de los cuales expresa el efecto interruptor de la prescripción de las



potestades determinativas, la suspensión del plazo de sanciones por morosidad, entre otras 354 , efectos que, con claridad, no produce el rechazo de esa solicitud.355 356

---

354 Señala ese precepto en su rigor literal:

*“Artículo 193.- Efectos de la solicitud de un fraccionamiento de pago.*

*La interposición de una solicitud de fraccionamiento de pago surte los siguientes efectos:*

*1) Interrumpe la prescripción de la deuda tributaria.*

*2) Suspende el cómputo de la sanción por morosidad en el pago de la deuda tributaria, únicamente cuando es aprobada la solicitud de fraccionamiento de pago.*

*3) No interrumpe la instrucción y aplicación de la sanción de cierre de negocio establecida en el artículo 86 del Código, siempre que la infracción se haya configurado con anterioridad a la interposición de la solicitud de fraccionamiento de pago.*

*4) Suspende el cobro de la deuda tributaria a que se refiera, más no será motivo para levantar los embargos decretados en vía administrativa hasta que sea aprobada la facilidad de pago.”*

355 Cabe señalar que el numeral 198 del RPT precisa los efectos de esa denegatoria señalando:

*“Artículo 198.- Efectos de la denegatoria de la solicitud.*

*Los efectos de la notificación del oficio que deniegue la solicitud de facilidad de pago son:*

*1) Se tiene por no interrumpido el cómputo de la sanción por morosidad.*

*2) Procede la aplicación de sanciones correspondientes a infracciones relacionadas con la deuda tributaria sometida a la facilidad de pago.”*

356 Por otro lado, el RPT en su artículo 196 establece la inimpugnabilidad de lo decidido en torno a la solicitud de facilidades de pago, tratamiento altamente cuestionable, dado el impacto y efecto que esa decisión puede generar en el sujeto pasivo que lo requiere. Así, aun concurriendo los supuestos del artículo 194 y demás del RPT, e incluso frente a un acto carente de motivación, el régimen procedimental niega esa posibilidad, generando un serio quebranto

Empero, en el fondo, el contenido de ese acto es de naturaleza mixta, en cuanto a la vez impone una obligación que el mismo sujeto pasivo ofrece y asume, cual es respetar el plan de pagos que le ha sido otorgado. De esa manera, es un acto que se encuentra supeditado a una condición resolutoria, consistente en el cumplimiento en la regularidad y cuantía de los pagos pactados. En ese orden, la infracción a esa exigencia, habilita a la AT a dejar sin efecto, *ipso iure*, el contenido del acto en cuestión, sin que ello suponga lesión al debido proceso o a la intangibilidad de los actos propios, por ser una condición consustancial a la razón misma de ese tipo de relaciones administrativas.

En suma, la lesividad sería necesaria en los fraccionamientos, solamente en los casos en que el acto de otorgamiento del beneficio fuese ilegítimo, a reserva de que se especifique y aclare con la debida contundencia, las razones de la afectación a los intereses económicos del Fisco, pues como se ha señalado, aun otorgando ese plan de pagos a un sujeto obligado que no reuniera las condiciones normativas para obtener dichas ventajas, si ha mantenido la regularidad en los pagos a los que se ha comprometido, debe potenciarse la recaudación que se deriva de esa práctica, por encima de la aleatoriedad de un cobro judicial o administrativo. Lo anterior no determina que, en ningún caso, se daría cabida a la lesividad, sino que, estaría reservada a casos excepcionales de acreditación de afectación de los intereses fiscales, más allá del aspecto recaudatorio. Puede ser el caso de una empresa con un flujo de ingresos y actividad económica solvente que pretenda usar el fraccionamiento como estrategia financiera para no afectar su flujo de caja. En esos casos, si se acredita la posibilidad de esa empresa de cancelar la obligación en un solo tracto, se daría una afectación sustancial al Fisco, por la implementación de un ingreso a tractos, en un escenario en el que es factible el ingreso unitario del monto adeudado.

---

a la interdicción de la arbitrariedad de la potestad administrativa. El carácter facultativo de esa potestad no dice de su falta de reproche, siendo planos diversos.

### 3.3. Consultas tributarias.

En torno a la figura de la consulta tributaria, cabe destacar que, una de las competencias sustantivas de la Administración Tributaria es la interpretación administrativa de las diversas normas y situaciones relacionadas con los vínculos fiscales. Se trata de una figura relevante para la certidumbre del sistema fiscal, en la medida en que, siendo un esquema en el que, algunas manifestaciones impositivas se rigen por un principio de auto determinación, auto declaración y auto liquidación, en virtud del cual, al tenor del numeral 120 del CNPT, el deber de iniciativa determinativa corresponde al sujeto pasivo<sup>357</sup>, la consulta de la manera en que la norma tributaria debe ser aplicada o interpretada en casos concretos, constituye una base de confianza y de certeza para la cultura fiscal y las conductas de los sujetos obligados. Esto adquiere aún mayor relevancia si se considera que la desatención de obligaciones formales o materiales, puede llevar a la imposición de cuantiosas multas, como es el caso del numeral 81 ejusdem, en cuanto a la infracción de omisión de ingresos o inexactitud. Desde ese plano, la figura de marras permite al sujeto pasivo cuestionar al Fisco su postura respecto de determinado tratamiento impositivo, de cara a contar con la claridad debida para poder adoptar sus decisiones de relevancia económica, en orden a la configuración de las obligaciones tributarias y sus alcances.

---

<sup>357</sup> En ese sentido, el canon 120 aludido establece que la determinación de la obligación tributaria corresponde, en primer término, al sujeto pasivo, siendo que, una vez satisfecho o desatendido ese deber fiscal, la Administración ingresa a revisar esa determinación o a establecer la que corresponde. Señala el precepto en cuestión:

*“Artículo 120.- Deber de iniciativa. Ocurridos los hechos previstos en la ley como generadores de una obligación tributaria, los contribuyentes y demás responsables deben cumplir dicha obligación por sí mismos, cuando no proceda la intervención de la Administración Tributaria. Si esta intervención correspondiere, deben indicar los hechos y proporcionar la información necesaria para la determinación del tributo.”*

Ergo, en el ámbito de las relaciones jurídico tributarias que se generan entre la Administración Tributaria y los sujetos pasivos (o responsables), como derivación de la certeza y seguridad jurídica, a efectos de dar una mayor claridad y precisión a los alcances y proyección al contenido de los deberes formales y materiales de los sujetos obligados, el ordenamiento jurídico confiere una serie de potestades al Fisco que buscan precisamente delimitar los alcances de las normas que regulan las relaciones obligaciones señaladas. En esa dimensión, el numeral 99 del CNPT concede una competencia genérica para dictar normas generales que faciliten la aplicación correcta de las normas tributarias, mediante la emisión de directrices interpretativas o criterios institucionales que tienen por objeto delimitar la forma en que determinada norma tributaria ha de ser entendida en contextos generales.

Sin embargo, tales manifestaciones son de alcance general, siendo que no en pocas ocasiones, es menester el análisis de cuestionamientos concretos atinentes a relaciones económicas específicas, de sujetos interesados en la comprensión y conocimiento precedente de los criterios particulares potencialmente aplicables a una relación concreta, específica y actual. De ahí que al tenor del ordinal 199 del CNPT, se confiere la posibilidad a los sujetos pasivos para gestionar formal consulta sobre el criterio que ha de aplicarse a determinada situación tributaria, específica y concreta, en la que tenga algún grado de duda razonable respecto de la manera en que ha de procederse a efectos de cumplir con sus obligaciones formales o materiales.

El numeral 119 aludido regula los elementos mínimos y marco procedimental de este instituto, en el siguiente orden:

***“Artículo 119.- Consultas***

*Quien tenga un interés personal y directo puede consultar a la Administración Tributaria sobre la aplicación del derecho a una situación de hecho concreta y actual. A ese efecto, el consultante debe exponer en escrito especial, con claridad y precisión, todos los elementos constitutivos de la situación que motiva la consulta y debe expresar, asimismo, su opinión fundada. La nota o el escrito en que se formule la*

*consulta debe ser presentada con copia fiel de su original, la que debidamente sellada y con indicación de la fecha de su presentación debe ser devuelta como constancia al interesado.*

*También, y con arreglo al procedimiento que se disponga reglamentariamente, se podrán presentar consultas tributarias por correo electrónico, en cuyo caso, tanto el documento que contiene la consulta como el correo electrónico mediante el cual se remita deberán ser firmados digitalmente por quien presenta la consulta o, tratándose de personas jurídicas, por su representante legal. La respuesta se remitirá por este mismo medio al consultante.*

*La contestación a las consultas tributarias escritas tendrá carácter informativo y el interesado no podrá entablar recurso alguno contra dicha contestación; podrá hacerlo contra el acto o los actos administrativos que se dicten posteriormente en aplicación de los criterios manifestados en la contestación.*

*La consulta presentada antes del vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada o, en su caso, dentro del término para el pago del tributo, exime de sanciones al consultante por el excedente que resulte de la resolución administrativa, si dicho excedente es pagado dentro de los treinta días siguientes a la fecha de notificada la respectiva resolución.*

*Para evacuar la consulta, la Administración dispone de cuarenta y cinco días y, si al vencimiento de dicho término no dicta resolución, se debe entender aprobada la interpretación del consultante, si este la ha expuesto.*

*Dicha aprobación se limita al caso concreto consultado y no afecta a los hechos generadores que ocurran con posterioridad a la notificación de la resolución que en el futuro dicte la Administración.*

*No obstante, la Administración Tributaria no tendrá la obligación de responder las consultas planteadas de conformidad con este artículo, cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias:*

**a)** *Que el solicitante haya obtenido ya un criterio de la Administración Tributaria sobre la misma materia.*

*b) Cuando la Administración Tributaria se haya pronunciado sobre el asunto, con ocasión de una actuación de comprobación al solicitante.*

*c) Cuando el solicitante esté siendo objeto de un procedimiento de comprobación de sus declaraciones tributarias o se le haya informado del inicio de tal procedimiento, y la Administración entienda que la materia objeto de consulta forma parte de las cuestiones que tendrán que aclararse en el curso de dicho procedimiento.*

*Es nula la consulta evacuada sobre la base de datos inexactos proporcionados por el consultante.*

No es objeto de este desarrollo ingresar a fondo en la dinámica de esta figura, de suyo extensa y opinable. Basta dejar sentadas algunas consideraciones de su regulación para poner en evidencia como se ha constituido en un instituto en el cual, el efecto favorable que pueda llegar a producirse por la respuesta de la Administración consultada, no se encuentra respaldado por la certidumbre jurídica, pudiendo ser desconocido sin trámite adicional.

Atendiendo a la estructuración y contenido de la citada regulación (119), resulta notorio que la finalidad de esta figura no es otra que, delimitar la interpretación y aplicación de una determinada norma tributaria a un caso concreto, según el sentido que le otorgue el Fisco, a fin de conceder al sujeto pasivo, un criterio respecto del tema consultado que le otorgue seguridad en su proceder.

A diferencia de su regulación anterior, dado que ese mandato fue reformado por la Ley No. 9069, en la redacción actual, el consultante no puede impugnar el criterio vertido en sede administrativa, debiendo esperar a que se emita acto en el cual se aplique el criterio. Como se verá más adelante, a partir de esa negación recursiva, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha negado la impugnación judicial de esas conductas, criterio sobre el cual se volverá infra. Por ende, lo resuelto dentro de trámite de consulta genera un criterio al que debe someterse el sujeto pasivo, en la medida que fija la manera en que su situación tributaria ha de ser entendida conforme a las normas que la regulan. De otro modo, caso de contar con conocimiento de ese criterio y actué de manera diversa o contraria, podrá ser un

motivo a ponderar en la eventual aplicación de infracciones administrativas. Desde ese plano, a diferencia de las posturas que adelante se analizarán, es un acto que produce un efecto propio, oponible al sujeto pasivo, pero, además, al Fisco. De ahí que la referencia del numeral 119 del CNPT al carácter “meramente informativo”, debe ser analizada más allá del mero ámbito semántico para dar la proyección y contenido debido a esa figura.

La consulta tributaria es trámite diverso a las simples peticiones administrativas, reguladas en el precepto 102 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Sus exigencias son diversas dada la especialidad y especificidad de lo peticionado, así como son distintos los plazos con que cuenta la Administración.<sup>358</sup> En cuanto a sus requisitos de admisibilidad, la normativa aplicable, sea, tanto el 119 del CNPT, como en el Reglamento de Procedimientos Tributarios (RPT), fijan los siguientes: a) Indicar el nombre del o los interesados en el caso; b) Plantear la situación de hecho concreta y actual, sobre datos exactos; c) Exponer con claridad y precisión todos los elementos constitutivos de la situación que motiva la consulta; d) Exponer los argumentos que respaldan su opinión fundada; e) Indicar el o los tributos afectados y los respectivos períodos fiscales; f) Señalar medio para recibir notificaciones; y finalmente, las consultas interpuestas por escrito deben ser presentadas en original y una copia.

Por demás, este tipo de trámite se encuentra afecto a supuestos de legitimación definidos por la ley. En ese orden, el sujeto consultante ha de contar con un interés personal y directo, a la vez que la situación consultada debe ser actual y concreta. En cuanto al requisito de SITUACIÓN CONCRETA, se entiende como aquella en la que se individualiza en todas sus características particulares. Por su parte LA

---

<sup>358</sup> En la resolución No. 36-2019-VI de las 15 horas del veintidós de marzo del dos mil diecinueve, el Tribunal Contencioso Administrativo puso de manifiesto esas diferencias, dentro de un caso en el cual desaplicó la regulación del ordinal 119 del CNPT, al ser, realmente, una simple gestión.

ACTUALIDAD se presenta cuando la situación consultada se desarrolla u ocurre en el presente o cuando su inicio es inminente. 359

A partir de ello, el RPT establece condiciones de actualidad para ponderar el análisis de la consulta:

a) No es admisible la consulta que versa sobre hechos o situaciones pasadas. Se entiende que un hecho o situación es pasada, cuando se refiera a hechos

---

359 Sobre la exigencia de actualidad como requisito de la consulta, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el fallo No. 456 de las 10 horas 10 minutos del 30 de junio del 2005 indicó: *"En este punto cabe cuestionarse qué es lo que determina la actualidad de la consulta. La situación fue regulada a partir del numeral 122 del Reglamento General de Gestión Fiscalización y Recaudación Tributaria de 7 de febrero del 2001, el cual, sin embargo, no resulta aplicable, pues su vigencia es posterior a la consulta. Con todo, debe considerarse que la obligación de satisfacer el tributo aún no había surgido, pues tal evento ocurría hasta el 1 de octubre de ese año y persistía la posibilidad de realizar un pago a cuenta, el cual podría haberse hecho efectivo si la Administración hubiere respondido en tiempo la gestión y a ello debe añadirse que el ajuste correspondiente podía realizarse en el pago final. Es decir, la petición fue formulada antes del vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada, y restaba la posibilidad de realizar un pago anticipado del tributo (supuestos del segundo párrafo del ordinal 119), lo cual obliga a concluir que, contrario a lo aseverado por el Tribunal, la consulta gozaba de actualidad, pues la obligación tributaria aún no había nacido y persistía la posibilidad de realizar un pago parcial y la cancelación final."* Sobre ese mismo aspecto, el canon 22 del Decreto Ejecutivo No. 29264-H señala: *"Para esos efectos, se entenderá que una situación de hecho es concreta cuando se individualiza en todas sus características particulares identificativas y es actual cuando se desarrolla u ocurre en el presente o cuando su inicio es inminente. En particular: i. No es admisible la consulta que versa sobre los hechos o situaciones pasadas. Se entenderá que un hecho o situación es pasada cuando se refiera a hechos generadores de obligación tributaria cuyo plazo para declarar o para pagarla haya expirado. ii. Tratándose de una actividad o negocio en marcha, la existencia de hechos o situaciones pasadas no impedirá la consulta sobre hechos o situaciones futuras, aunque el punto a consultar se refiera a ambos tipos de situación. En tal caso, los efectos de la consulta sólo cubrirán los hechos o situaciones actuales o futuras. iii. Tratándose de una actividad o negocio en proyecto, la consulta será admisible si se demuestra razonablemente haber dado pasos claros hacia la iniciación de la actividad o negocio."*



generadores de la obligación tributaria, cuyo plazo para declarar o para pagar haya expirado.

b) Tratándose de una actividad o negocio en marcha, la existencia de hechos o situaciones pasadas no impide la consulta sobre hechos actuales o situaciones futuras, aunque el punto a consultar se refiera a ambos tipos de situación. En tal caso, los efectos de la consulta solo cubren los hechos o situaciones actuales o futuros.

c) Tratándose de una actividad o negocio en proyecto, la consulta será admisible si se demuestra razonablemente haber dado pasos claros hacia la iniciación de la actividad o negocio.

Presentada la consulta, y siempre que no sea procedente declararla inadmisibile, la Administración Tributaria puede realizar una prevención de 10 días hábiles, la cual, suspende plazo para resolver. La desatención de dicha advertencia no implica la inadmisibilidad del trámite, sino, permite que se ingrese a resolver con los elementos que constan en el expediente. Por demás, la Administración cuenta con facultad de no resolver la consulta y, por ende, disponer su inadmisibilidad en los siguientes supuestos: a) Existencia de criterio previo sobre la misma materia; b) Pronunciamiento sobre el asunto por actuación de comprobación al solicitante; c) Solicitante se encuentre dentro de procedimiento de comprobación de sus declaraciones tributarias o se le haya informado del inicio de tal procedimiento, y la Administración entienda que la materia objeto de consulta forma parte de las cuestiones que tendrán que aclararse en el curso de dicho procedimiento.

En lo tocante a las condiciones de la consulta, la ley le asigna un carácter informativo, bajo la lógica que simplemente orienta y comunica al sujeto pasivo o consultante sobre el criterio del Fisco ante la situación actual y concreta que le ha presentado a su opinión, a partir de lo cual, se define su irrecurribilidad administrativa directa, aún y cuando esa impugnación puede ejercerse de manera refleja, en contra del acto de aplicación del criterio. Ahora, aspecto particular es que, cuando la consulta sea presentada antes del vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada o, dentro del término para el pago del tributo,

se exime de sanciones al consultante por el excedente que resulte de la resolución administrativa. Lo anterior, siempre que, en virtud del acto de ajuste fiscal, el pago debido sea realizado dentro de los treinta días siguientes a la fecha de notificada la respectiva resolución.

En cuanto al plazo con que cuenta la Administración para resolver la consulta, el numeral 119 del CNPT establece un total de 45 días, cuyo vencimiento determina tener por aprobada la postura del consultante. Desde luego que lo anterior es procedente siempre que esa postura haya sido expresada, pues de otro modo, el trámite sería inadmisibile.

Una situación que merece referencia en cuanto a esta exigencia del criterio de actualidad, se produce cuando la consulta es formulada respecto de un elemento que resulta relevante para la determinación, declaración o liquidación de un tributo en específico (el que sea), pero su presentación se concreta en fechas próximas al límite del cumplimiento formal o material, pero fuera de los 45 días hábiles con que cuenta el Fisco para resolver la consulta. En ese sentido, al establecerse como límite temporal de presentación el vencimiento del plazo para declarar o cancelar el tributo, y considerando que la Administración Tributaria cuenta con un plazo de 45 días hábiles para pronunciarse, pueden generarse varias situaciones:

- a) que la consulta sea presentada dentro de un plazo superior a 45 días previos al vencimiento del plazo para declarar o pagar;
- b) que la consulta se formule dentro de un plazo igual o inferior a los 45 días previos al fenecimiento del lapso para declarar o cancelar la carga económica.

En el primer caso, es claro que la Administración debe emitir su criterio previo al advenimiento de los límites temporales para concretar el cumplimiento de los referidos deberes formales y materiales, o en su defecto, la interpretación del requirente se entiende acuerpada por el acto presunto (silencio positivo), por lo cual, las actuaciones sustentadas en ese criterio se entienden por válidas.

En el segundo escenario, la Administración podría resolver antes de que se venza el plazo de declaración, sea, antes de los 45 días con que cuenta para responder,

en cuya hipótesis, aplica el mismo tratamiento dado en la hipótesis previa, por lo que, caso de haberse adoptado acto expreso, la conducta fiscal del sujeto pasivo debe ajustarse a lo indicado en la resolución de consulta, so pena de incurrir en los incumplimientos que puedan establecerse en sede sancionatoria. O bien, caso de haberse generado la anuencia presunta dado el silencio administrativo, respaldar su declaración en el contenido de la postura mostrada en el trámite de consulta.

Por otro lado, en ese supuesto de análisis, la Administración Tributaria puede resolver dentro del plazo de 45 días, en cuyo caso, es evidente que, a ese instante, ya sobrevino el plazo para que el sujeto consultante realice la declaración o pago del tributo. En tales casos, la consulta debe ser resuelta, y si la respectiva resolución que contiene el criterio institucional, determina un incremento en la deuda tributaria, concreción del hecho generador, caso de considerar el petente que no se configura en su caso, o bien, establece el deber de contribuir, siendo que la postura del consultante era que no debía satisfacer dicha obligación (por supuesta no sujeción o aplicación de exención, por ejemplo), se exime de sanciones al consultante por el excedente que resulte de la resolución administrativa, si esta carga económica se cancela dentro de los 30 días siguientes a la fecha de notificación de ese acto. Lo anterior implica que, en este último supuesto, no existe pérdida de actualidad de la consulta por haberse presentado la declaración o haber realizado el pago, siempre que la consulta fuese presentada antes del vencimiento de esos plazos. Lo contrario llevaría a sostener la posición que la consulta como mínimo, ha de ser presentada 45 días antes del vencimiento del plazo fijado por la ley al tributo sobre el cual se presente la consulta, para formular este trámite, pues si el plazo para declarar o pagar se vence dentro de los 45 días con que cuenta la Administración para resolver, la solicitud pierde interés actual o actualidad.

Dicha postura supondría la aplicación de una exigencia de temporalidad u oportunidad que la normativa regulatoria de la consulta no establece, ni encuentra respaldo en el mismo parámetro gramatical de la norma 119 del CNPT. Incluso, la misma redacción de esa norma que expone la inaplicación de las multas para las consultas sobre las cuales recaiga resolución de incremento del deber contributivo,

cuando se pague en los treinta días siguientes, solamente tendría aplicación lógica y racional, para los casos en que la consulta fuera presentada dentro del plazo inferior a los 45 días contados desde la presentación a la fecha de vencimiento para presentar la declaración o pagar el tributo, pues de otro modo, siempre existiría pronunciamiento de la Administración Tributaria antes del advenimiento de esas etapas.

Así visto, la actualidad en el trámite de consulta estriba en la existencia de una situación fáctica concreta, que sea presente, ergo, que no estribe sobre situaciones pasadas, entendiendo por situación pasada, aquella que se refiera a hechos generadores de la obligación cuyo plazo para declarar o pagar no haya expirado, a la fecha en que se presenta la consulta.<sup>360</sup> Por ende, si en la fase de tramitación de la consulta, y en tanto se emite la resolución correspondiente, el sujeto pasivo cumple con el deber formal o material (según corresponda), ello no supone la pérdida de actualidad de esa gestión, manteniéndose el deber de la Administración de resolver sobre el fondo del tema sometido a su opinión. Sin embargo, ha de precisarse, la sola formulación de la consulta antes del vencimiento de los plazos señalados, no es óbice para el cumplimiento de los deberes tributarios formales o materiales, según corresponda; es decir, ese trámite no libera al sujeto pasivo del deber de satisfacer esas obligaciones, de modo que la liberación de las sanciones solo sea factible y pertinente cuando presentada la consulta, y la declaración o pago oportuno, se determine un incremento al haberse rechazado la propuesta interpretativa. Tal liberación no opera cuando los deberes han sido desatendidos. Por otra parte, corresponderá a la Administración en cada caso, ponderar si la consulta se constituye en un abuso procesal o en prácticas dilatorias, así como

---

<sup>360</sup> Así lo establece el artículo 60 inciso a) del RPT al señalar: “*a) No es admisible la consulta que versa sobre hechos o situaciones pasadas. Se entiende que un hecho o situación es pasada, cuando se refiera a hechos generadores de la obligación tributaria, cuyo plazo para declarar o para pagar haya expirado.*”

analizar si cumple con las exigencias pertinentes, todo lo cual, ha de ser establecido de manera motivada en el acto administrativo que disponga su rechazo.

A la luz de lo anterior, es notorio que, el requisito de actualidad debe considerarse en el contexto específico de cada situación jurídico tributaria sometida a conocimiento de la potestad consultiva bajo examen, para lo cual, debe entenderse por actual la situación de hecho concreta producida antes del vencimiento o expiración del plazo para efectuar la declaración o liquidación del tributo, aún si esa consulta es formulada dentro del plazo de 45 días previos al advenimiento del plazo fijado por el Ordenamiento Jurídico para cumplir con esos deberes. De lo contrario, la ley habría impuesto como condición de temporalidad de la consulta, que se presenten, al menos, 45 días de previo al vencimiento del plazo aplicable para cumplir con el deber fiscal propio de la relación u obligación tributaria sobre la cual recae la consulta. Así, los principios de confianza legítima y seguridad jurídica llevan a una interpretación que no restrinja las consultas por ese aspecto de proximidad del plazo aludido. Por las mismas razones, es evidente que, estarían excluidos del parámetro de la consulta, situaciones acaecidas con posterioridad a esos momentos determinantes para el cumplimiento del deber formal o material en virtud del cual, se formula la consulta, siendo que, en esos términos, carecería de actualidad para ese período fiscal, sin perjuicio de poder ser formulada, con incidencia para el próximo período a satisfacer.

Ahora, como se ha indicado anteriormente, cuando la consulta reúna los requisitos formales de admisibilidad y transcurrido el plazo de 45 días, la Administración no haya emitido y notificado resolución formal, se debe tener por “aprobada” la postura del consultante, a partir de lo cual, se entiende que se produce, en ese supuesto concreto, un Silencio Positivo. Nótese que no basta que se adopte el acto, sino que para los efectos del cumplimiento del deber jurídico que impone la norma en cuestión, se requiere de la comunicación debida de ese acto, de conformidad con lo estatuido por el canon 140 de la LGAP. Empero, tanto el CNPT como el RPT asignan un efecto *sui generis* a dicho acto presunto. Veamos.

Para evacuar la consulta, la Administración dispone de cuarenta y cinco días y, si al vencimiento de dicho término no dicta resolución, se debe entender aprobada la interpretación del consultante, si este la ha expuesto. Sin embargo, es menester precisar que como correspondencia y relación lógica a las condiciones de que la consulta sea concreta y actual, esa “aprobación” presunta se aplicaría, únicamente, al caso concreto consultado, por lo que, por un lado, no podría constituir una habilitación genérica para las relaciones fiscales del consultante, de situaciones que puedan considerarse similares. Por otro lado, no es una fuente que pueda tenerse como oponible a relaciones fiscales de terceros, bajo el alegato de paridad de trato o de razón. Así, aún y cuando se trate de supuestos de hecho que dan base a la consulta, que sean similares o con bastante semejanza, los efectos de la consulta son atinentes únicamente al sujeto consultante.

Lo anterior debe ser mencionado ya que, dado el carácter concreto y específico de la consulta tributaria, el contenido de determinado criterio, no podría extenderse a supuestos o sujetos diversos, en la medida en que presentan condiciones subjetivas diversas a las que han dado base a la consulta. De ahí que no sean procedentes figuras como la prevista en el ordinal 116 del CPCA, que regula la denominada “equiparación de acto administrativo dictado a favor de tercero”. 361

En esa línea, los alcances del acto presunto que deriva de la inercia formal de la Administración se limitan al caso concreto. Con todo, el numeral 119 del CNPT señala una proyección que constituye una diferencia con el régimen normal del silencio positivo que fue abordada en el Capítulo III de este desarrollo. En efecto, en sus condiciones generales y normales, a la luz de los numerales 329.3 en relación al 331 de la LGAP, y según el tratamiento que realiza el precepto 7 de la

---

361 En este sentido puede verse la sentencia No. 127-25017-VI de las las 09 horas 25 minutos del veinticuatro de octubre del dos mil diecisiete, del Tribunal Contencioso Administrativo. De esa misma instancia y en el mismo sentido, la No. 093-2013-VI.

Ley No. 8220, una vez recaído el silencio positivo, la Administración no podría dictar acto contrario a la postura de la persona administrada o que, en general, afecte o desatienda la situación jurídica creada a partir de la aceptación presunta de su gestión. El desconocimiento de los efectos del silencio positivo exigiría, los procedimientos formales para suprimir ese acto y con ello, impactar la esfera jurídica de la persona. Incluso, un acto denegatorio o negativo que sea emitido una vez acaecido y acreditado el silencio positivo, sería, a no dudarlo, absolutamente nulo.

No obstante, pese que es claro que la derivación de la aceptación presunta propia de la consulta tributaria, es atinente a un caso y especie concreto, constituye una consecuencia que el Ordenamiento Jurídico asigna a la indolencia administrativa, y que está llamada a crear un escenario de certeza y seguridad jurídica en la esfera del sujeto pasivo. Sin embargo, pese a la genérica inmutabilidad relativa de esos actos de contenido favorable, y, se insiste, a la restricción de acto ulterior que desconozca los efectos del acto presunto, el artículo 119 comentado habilita a la Administración a emitir ese acto, con el poder y resistencia de afectar el contenido del silencio positivo. En ese sentido, ese mandato señala que los efectos de la aprobación presunta se entienden limitados al caso concreto, así como que no afecta a los hechos generadores que puedan ocurrir con posterioridad a la notificación de la resolución que en el futuro dicte la Administración.

Esa regulación parece establecer la habilitación para que, aún aplicable el silencio positivo, la Administración emita acto expreso respecto de la consulta concreta, y, en tal supuesto, afectar con efecto constitutivo, las situaciones jurídicas propias de hechos generadores que se hayan concretado una vez que se emite el acto extemporáneo. Es decir, la norma de comentario crea una figura *sui generis* de acto presunto con condición resolutoria, condición consistente en que la misma Administración que por su inercia generó la aplicación del acto presunto, responda el trámite fuera de plazo. A nuestro modo de ver, tal regulación configura un relativismo de orden negativo a las implicaciones del silencio positivo, que, en el fondo, le desaplica, con grave riesgo para la seguridad jurídica.

Se comprende el alegato de quebranto para los intereses fiscales que puede producir una consulta sobre un tema en el que, se ha tenido por habilitada la postura interpretativa de la parte consultante, dada la aplicación de la figura del silencio positivo. Pero tal aspecto no introduce diferencia alguna con las demás materias en las que, precisamente el antagonismo y contraste con los intereses públicos, es justamente la causa que legitima la formulación de la presentación de la pretensión de lesividad o bien, de la supresión oficiosa de actos de contenido favorable. Por demás, siendo que, la postura predominante es la irrecurribilidad del acto de consulta, se afecta sustancialmente la figura del sujeto pasivo, en principio beneficiado por el acto presunto, en la medida en que se le despoja del efecto favorable que esa aplicación supone, para pasarle, sin trámite alguno, a un estadio en el que, cuenta con un acto denegatorio o negativo que, no puede combatir, por las razones ya expuestas. Trata, ni más ni menos, de una infracción directa a la intangibilidad de los actos propios, por la sola falacia naturalista de afectación a intereses fiscales. Es decir, la regla parece ser que la materia fiscal constituye un ámbito privilegiado que habilita potestades arbitrarias de la Administración, que le permiten impactar las situaciones jurídicas de manera inmediata, sin la necesidad de satisfacer las garantías que otras Administraciones, deben cubrir en sus respectivos campos competenciales. En esencia, el ejercicio de esa potestad prevalece sobre principios de certeza jurídica, confianza legítima y los derechos de las personas administradas.

En lo atinente a los efectos de la resolución dictada en sede de consulta tributaria, la norma 119 del CNPT precisa que ostenta un carácter meramente informativo, a partir de lo cual, restringe su impugnación en sede administrativa. No obstante, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado que, dada la redacción actual de esa norma, esos actos tampoco pueden ser reprochados en sede judicial, es decir, son actos de trámite sin efecto propio, por tanto, excluidos del control judicial. Así fue expresado, entre otros, en los fallos Nos. 112-F-S1-2016 y 288-F-S1-2017. En esas sentencias, el órgano casacional estableció cuatro contextos posibles frente a las gestiones de consultas fiscales:



- 1) el rechazo “*ad portas*” por falta de requisitos;
- 2) el rechazo expreso, por no compartir la interpretación realizada;
- 3) su aprobación expresa;
- 4) su “aprobación tácita” (sic) por ausencia de respuesta en el plazo de ley.

Así, la Sala de Casación estableció que solamente los supuestos 3 y 4 generan efectos propios favorables, a partir de lo cual, ha sostenido la negación de debate judicial de los supuestos de denegación de consulta, sea por inadmisibilidad o bien, por resolución expresa denegatoria. Tal tratamiento nos parece antagónico con el elenco de derechos y garantías del contribuyente.

En el ámbito de las relaciones jurídico tributarias que se generan entre la Administración Tributaria (Fisco) y los sujetos pasivos (o responsables), como derivación de la certeza y seguridad jurídica, a efectos de dar una mayor claridad y precisión a los alcances y proyección al contenido de los deberes formales y materiales de los sujetos obligados, el ordenamiento jurídico confiere una serie de potestades al Fisco que buscan precisamente delimitar los alcances de las normas que regulan las relaciones obligaciones señaladas. Dentro de esa dinámica, parte sustancial de las competencias asignadas a la Administración, se insiste, se direccionan a dictar normas generales que faciliten la aplicación correcta de las normas tributarias. Se trata de una competencia genérica contenida en el canon 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y que posibilita, de manera oficiosa, la emisión de directrices interpretativas o criterios institucionales que, tienen por objeto la delimitación y precisión de la manera en que determinada norma tributaria debe ser entendida, o bien, los alcances de determinada obligación fiscal. Esa misma competencia sustantiva sienta las bases lógicas para que, por razones de certeza jurídica, los sujetos pasivos puedan requerir a las Administraciones Tributarias su criterio en torno a una situación concreta y actual, respecto de la cual, tenga algún grado de duda razonable respecto de la manera en que ha de procederse, a efectos de cumplir con sus obligaciones formales o materiales.

En ese orden, fue con la reforma realizada por la Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria, No. 9069, del 10 de septiembre del 2012, publicada en el Alcance No. 143 a La Gaceta No. 188 del 28 de septiembre del 2012, que se introdujo una serie de modificaciones al régimen legal de las consultas fiscales<sup>362</sup>, dentro de estas, la inimpugnabilidad apelativa de lo resuelto en ese trámite. Aún en la versión vigente de dicho mandato, es innegable que, la finalidad de la figura de la consulta tributaria es delimitar la interpretación y aplicación de una determinada norma tributaria a un caso concreto, según el sentido que le otorgue el Fisco, a fin de conceder al sujeto pasivo, un criterio respecto del tema consultado, que le otorgue seguridad en su proceder. A diferencia de lo establecido por la Sala de Casación, lo que se defina en la sede de la consulta, le genera un impacto e incidencia en su esfera jurídica. Si bien, a partir del acto de consulta, el sujeto pasivo puede actuar apegado al criterio externado por la Administración, con

---

<sup>362</sup> La versión precedente de la norma no incluía una restricción expresa de inimpugnabilidad administrativa, ni la mención de un pseudo efecto meramente informativo. Dicha norma señalaba:

*“Artículo 119.- Consultas. Quien tenga un interés personal y directo, puede Consultar a la Administración Tributaria sobre la aplicación del derecho a una situación de hecho concreta y actual. A ese efecto, el consultante debe exponer en escrito especial, con claridad y precisión, todos los elementos constitutivos de la situación que motiva la consulta y puede así mismo expresa su opinión fundada. La nota o escrito en que se formule la consulta debe ser presentada con copia fiel de su original, la que debidamente sellada y con indicación de la fecha de su presentación, debe ser devuelta como constancia al interesado./ La consulta presentada antes del vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada o, en su caso, dentro del término para el pago del tributo, exime de sanciones al consultante por el excedente que resulte de la resolución administrativa, si es pagado dicho excedente dentro de los treinta días siguientes a la fecha de notificada la respectiva resolución. / Para evacuar la consulta la Administración dispone de cuarenta y cinco días y, si al vencimiento de dicho término no dicta resolución, se debe entender aprobada la interpretación del consultante, si éste la ha expuesto. / Dicha aprobación se limita al caso concreto consultado y no afecta a los hechos generadores que ocurran con posterioridad a la notificación de la resolución que en el futuro dicte la Administración. / Es nula la consulta evacuada sobre la base de datos inexactos proporcionados por el consultante.”*

independencia de su contenido, o bien, separarse de aquel y optar por una conducta diversa, lo cierto del caso es que, en su correcta comprensión, lo decidido por el Fisco, en ese tipo de trámites, orienta o condiciona la conducta del sujeto pasivo. Desde ese plano, en la medida en que el acto administrativo disponga una negación de la postura interpretativa de la parte requirente, criterio que es requisito de admisión de la consulta, le impacta de manera negativa, a partir de lo cual, las reglas elementales del debido proceso imponen que dicho pronunciamiento pueda ser reprochado en sede judicial. No se trata de un simple acto de trámite, sino de una manifestación de voluntad administrativa que sienta una pauta de conducta fiscal que, caso de ser desatendida, podría llevar a imponer sanciones administrativas en detrimento del contribuyente. Negar la impugnación judicial de esa manifestación de contenido negativo bajo el alegato que no produce un efecto externo o propio, implica negar la razón misma de la consulta y someter al sujeto pasivo a una potencial imposibilidad de combatir ese criterio, pues se encontraría condicionado a que sea objeto de una fiscalización y en ese ejercicio, aplicándose el juicio plasmado en la consulta, se le imponga un incremento en la cuota tributaria. Es decir, si se rechaza la postura del consultante, de cara a poder impugnar esa decisión, de manera refleja, debería desatender la resolución administrativa y esperar a ser determinado, para que, una vez emitido el acto final, en el cual, producto de la aplicación del criterio del Fisco, se le imponga una mayor carga económica y solamente en ese supuesto, podría impugnar de manera indirecta el acto de consulta. Luego, si el Fisco no llega a establecer acciones de fiscalización en su contra, o bien, si el sujeto pasivo optó por actuar conforme al criterio administrativo, es dudosa la posibilidad de poder impugnar esa manifestación, ya que, respecto de ese extremo, el acto no le será desfavorable, por haber actuado acorde a lo consultado. En suma, se somete a una aleatoriedad y eventualidad, el ejercicio del derecho recursivo contra ese tipo de determinaciones interpretativas.

Se reitera, la finalidad de la figura de la consulta tributaria es delimitar la interpretación y aplicación de una determinada norma tributaria a un caso concreto, según el sentido que le otorgue el Fisco, a fin de conceder al sujeto pasivo un

criterio respecto del tema consultado, que le otorgue seguridad en su proceder. Ahora, considerando ese *desideratum*, lo resuelto dentro de trámite de consulta genera un criterio al que debe someterse el sujeto pasivo, en la medida que fija la manera en que su situación tributaria ha de ser entendida conforme a las normas que la regulan. Se trata de un instituto que permite al sujeto pasivo requerir a la Administración sobre un pronunciamiento previo en cuanto a la comprensión y/o alcances de una norma tributaria al caso concreto.<sup>363</sup> Con todo, cabe indicar, la consulta tributaria constituye un mecanismo que permite a los sujetos pasivos contar con claridad y certidumbre en los actos que deban adoptar frente a los deberes formales y materiales de las obligaciones tributarias. El sistema tributario costarricense se fundamenta en un esquema de autodeterminación, autodeclaración y autoliquidación, lo que supone que es el sujeto pasivo quien en primera instancia delimita el contenido y cuantía de sus obligaciones fiscales, las declara y las cancela, y luego de ello, emergen las potestades de fiscalización de las Administraciones Tributarias. Dependiendo del correcto ejercicio de los deberes fiscales del contribuyente, así la Administración puede realizar determinaciones que incrementen la base imponible, incluyan rentas o actividades no declaradas por el sujeto pasivo y eventualmente, no solo ajustar el deber contributivo, sino, además, ejercitar las potestades sancionatorias externas, sea por la concurrencia de infracciones administrativas o delitos tributarios.

De esa manera, el trámite de consulta permite al contribuyente contar con un pronunciamiento de la Administración Fiscal que, sin paso a dudas, le indica y entera sobre la manera en que, en el caso concreto consultado, deberá actuar para proceder conforme a sus deberes tributarios. Luego, de actuar de manera contraria pese a que mediante ese trámite le fue indicado cosa diversa, se evidencia con mayor rigor el incumplimiento fiscal, o bien, si actúa en los términos que la Administración le indicó, ese cumplimiento, al estar amparado al criterio del órgano

---

<sup>363</sup> En este sentido puede verse, entre muchas, lo resuelto por la Sección II del Tribunal Contencioso Administrativo, en el fallo No. 225 de las 10 horas del 23 de junio del 2009.

o instancia consultada, será de buena fe e impregnado de confianza legítima, por lo cual, resulta inviable que con ulterioridad se le reprochen eventuales desatenciones fiscales, siempre que las condiciones fácticas de la declaración, sean las mismas que las sometidas a consulta, pues de ser variables o diferentes, aquel criterio no será aplicable. Esto ya que la decisión pública atendería a la consulta de situaciones concretas, de manera que, al ponderar los presupuestos fáctico-jurídicos sometidos a conocimiento de la Administración, sea, a, b y c, se emite la decisión X. Luego, si la situación efectiva que da base a la declaración es disímil a la consultada (v.gr. b, c y d), o no concurren esos aspectos que han sido expuestos en el trámite (no a, no b, no c), la decisión X, no resulta ya aplicable u oponible, por lo que, en ese caso, ese criterio ya no ampararía al sujeto pasivo. Lo opuesto llevaría a un abuso de derecho y a extender por la vía de la conjetura, lo resuelto en cuanto a una consulta concreta, a presupuestos condicionantes que no estaban presentes al momento de ser emitido el efecto condicionado, externado vía consultiva.

Desde este plano, si bien puede decirse que lo resuelto en la consulta no genera un derecho subjetivo perfeccionado, pues las condiciones entre la consulta y la declaración pueden variar, ciertamente, genera un efecto de certeza a favor (o en contra) del consultante, que luego no puede ser desconocido, y que lleva a que si la declaración o determinación se realiza al tenor de lo evacuado en la consulta, no sea procedente requerir comportamientos diversos a los orientados por la misma Administración Tributaria. Lo contrario llevaría al sin sentido de que pese a contar con una pauta interpretativa formalmente emitida por autoridad competente, respecto de situaciones concretas, la Administración puede desconocerla e imponer no solamente aumentos en la cuota tributaria al contribuyente, sino eventualmente aplicarle intereses, multas y sanciones administrativas, llevando en esa hipótesis, a una arbitrariedad e inequidad en perjuicio del administrado, quien en esa línea, ajustó su comportamiento a lo que en su momento le indicó el Fisco. Se insiste, ello siempre que las condiciones consulta-declaración fuesen las mismas.

Desconocer lo resuelto en un trámite de consulta tributaria, vaciaría la finalidad misma de ese trámite y llevaría al ilógico de contar con una opinión administrativa que, en definitiva, no genera certeza, pues puede ser luego desconocida, incluso, en cuanto a las situaciones que fueron consultadas. De ahí que una de las exigencias de la consulta tributaria sea la actualidad de la incógnita y su relación con un período fiscal y tributo determinado, según se indicó.

Ahora, si bien el numeral 119 del CNPT asigna una función informativa al acto de consulta y señala de manera expresa su irrecurribilidad administrativa, es necesario distinguir la posibilidad (o no) de impugnación en sede administrativa de ese tipo de actuaciones que emiten criterios interpretativos tributarios, con la posibilidad de cuestionar en sede judicial ese tipo de actos. En efecto, la negación de una no supone, de manera automática, la improcedencia de la otra. En rigor, son vías de impugnación diversas, pues existen conductas públicas que aun cuando puedan impugnarse en el curso del procedimiento administrativo, no son cuestionables en sede contencioso administrativa, por ser actos de mero trámite sin efecto propio, v.gr., traslado de cargos en un procedimiento administrativo (art. 345.1 LGAP en relación al 36.c del CPCA). De igual modo, por diseño legislativo, se pueden dar casos de conductas no cuestionables en sede administrativa, pero recurribles en sede judicial, como es el caso de las decisiones que se dicten en rechazo y las deportaciones ordenadas por autoridad competente, o contra la denegatoria de visa dictada por parte de la Comisión de Visas Restringidas y Refugio, según lo establecido en el numeral 222 de la Ley General de Migración y Extranjería, No. 8764, o los reglamentos municipales, según ordinal 163.d del Código Municipal.

Ciertamente son referencias ajenas a la materia fiscal, sin embargo, ponen en perspectiva que no existe, en todos los casos, una inter dependencia de ambas instancias recursivas. En efecto, la negativa expresa de impugnación administrativa de un acto público, no lleva, por automatismo, a negar, *a priori*, su posible cuestionamiento en sede judicial. La revisión administrativa busca que el jerarca natural acorde a las potestades del ordinal 102 incisos b) y d) de la LGAP, revise la conducta del inferior -a gestión de parte- para analizar si se ajusta a legalidad, o

bien, el contralor no jerárquico -art. 181 ibidem, como aplica en menesteres tributarios-, ejerza la competencia especial que le ha sido conferida para revisar en alzada mediante recurso vertical, una conducta de un órgano que no es su inferior o subordinado. Sin embargo, la revisión judicial, a tono con lo preceptuado en el canon 49 de la Carta Magna busca ejercer control de validez de la función administrativa, para tutelar las situaciones jurídicas de las personas. Asimismo, según lo señala en canon 1.1 del CPCA, tiene por fin resolver los distintos aspectos de la relación jurídico administrativa.

Ahora bien, a tono con el mandato 36 inciso c) del CPCA, la pretensión debe formularse contra actos finales, firmes o de trámite con efecto propio. De lo dicho se desprende que no toda conducta puede ser cuestionada en sede contencioso administrativa, sino solo aquella que forme parte de esas categorías formales. De ese modo, la impugnación de un acto de mero trámite solo es factible cuando se cuestione el acto final que lo contemple, a tono con lo regulado por el precepto 163.2 LGAP. 364

Pues bien, en menesteres tributarios, lo cierto del caso es que el control de validez en sede judicial de un acto administrativo, no depende de que la normativa especial le confiera al destinatario del acto la posibilidad de cuestionarlo administrativamente, sino de que ese acto surta un efecto externo, actual o potencial en una esfera jurídica destinataria, sea que se trata de un acto de trámite

---

364 Como se ha indicado previamente, en los casos en que pervive –de maneras ilegítima- el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, solo es factible la impugnación de actos firmes -pues el final no supone el cumplimiento de esa exigencia-, lo que queda reservado a la materia de contratación administrativa, en la fase precontractual y contractual (que no de ejecución) siempre que la objeción al cartel, la apelación a la adjudicación o el refrendo del contrato, deba ser conocido u otorgado por la Contraloría General de la República. Igualmente, en impugnación de decisiones municipales, cuando el recurso de alzada corresponda ser resuelto por la Sección III de este Tribunal, actuando en esos casos como contralor no jerárquico, o bien, cuando el Juzgado de Trabajo, realice ese mismo control administrativo en régimen de empleo público municipal; así como los casos de contratación municipal en cuya dinámica deba conocer la Contraloría General de la República en los términos supra citados.

con efecto propio, de uno final o de uno firme. Tal tipología ha de ponderarse acorde a la sustancia del acto, que no a partir de una simple denominación legislativa de características del acto, como es la referencia de vocación informativa, preparatoria, definitiva, etc. En el caso de la consulta tributaria, al margen que se le denomine como uno de carácter informativo (denominación que no tenía la versión del art. 119 del CNPT antes de la reforma de la Ley No. 9069), lo cierto del caso es que como se ha expuesto, dentro del esquema tributario nacional, dado que las cargas fiscales, han de ser cumplidas (determinadas, declaradas y liquidadas), en primera instancia, por acciones propias del sujeto pasivo o responsable, lo resuelto en cuanto a la consulta tributaria genera un efecto propio en la esfera jurídica del contribuyente, en la medida en que constituye un acto que de manera directa orienta el comportamiento fiscal, siendo que atendiendo a lo resuelto en ese trámite, las obligaciones formales o materiales se despliegan de una u otra forma.

En concreto, si la Administración impone determinado comportamiento ante la consulta y el sujeto pasivo atiende ese acto, no se impondrá, en tesis de inicio, efecto lesivo alguno, salvo que la consulta contuviere datos inexactos o bien, el supuesto de hecho consultado no es coincidente con el que dio paso a la determinación, declaración o liquidación. Por el contrario, si opta por actuar contra aquel criterio, es claro que las potestades de fiscalización podrían llevar a incrementar las cargas fiscales de esa persona e imponer sanciones, salvo que se acredite que esa conducta fiscal particular, atendió a la concurrencia de elementos diversos a los consultados. Visto así, ese trámite genera un efecto propio al consultante, que si bien podría cuestionarse si constituye un derecho o una expectativa (pues la aplicación del criterio depende de la configuración de todos los elementos consultados fáctico-jurídicos), en definitiva, cuenta con un efecto propio, en tanto orienta la conducta del tercero y compone un parámetro para luego establecer si se ha contribuido con arreglo a una buena fe o si existe intención de disminuir ilegítimamente cargas fiscales, pese a la existencia de un criterio previo de la Administración Tributaria en un caso particular.



Siendo así, la posibilidad de analizar en sede judicial lo resuelto en este tipo de consultas, permite obtener certidumbre sobre la validez de tal criterio de cara al cumplimiento de deberes tributarios, pues de otro modo, se expondría al sujeto pasivo a la obligación de acatar un criterio administrativo que no comparte, sin posibilidad de cuestionarlo siquiera en sede judicial, y que generará efectos en su esfera jurídica, pues condiciona su proceder, ya que si opta por desconocer el criterio, se expondrá a intereses, multas y recargos. Si bien podría decirse que el criterio consultado puede cuestionarse si en definitiva el Fisco lo utiliza en la determinación tributaria, en ese caso, impugnando tanto el acto consultivo como el determinativo, no resulta lógico ni razonable dilatar un examen que bien puede realizarse *a priori*, dados los efectos que esa conducta normativa genera, y así definir la validez o no del criterio interpretativo, el que, se insiste, resulta fundamental para las acciones posteriores de determinación.

Como dato histórico, cabe destacar que de previo a la reforma practicada por la Ley 9069, la impugnación de ese criterio de la Administración Tributaria, era impugnable ante el Tribunal Fiscal Administrativo. Incluso, antes de la reforma de la mencionada Ley No. 9069, ello se desprende del ordinal 165 *ibidem*, cuando el tema hubiera sido remitido en apelación al Tribunal Fiscal Administrativo.

En suma, a nuestro modo de ver, lejos se encuentra la consulta fiscal de ser un simple acto de trámite con vocación informativa, sino que constituye una manifestación de certeza jurídica, útil y funcional para la orientación de la conducta del sujeto obligado, que le impone, so pena de agravar su desatención, pautas de comportamiento fiscal. Desconocer esta función es negar la esencia misma de la consulta y relativizar los derechos y garantías del sujeto pasivo, pues en ese caso, poca o nula utilidad tendrá la consulta, frente al riesgo de obtener criterio denegatorio y no poder cuestionar esas decisiones. A no dudarlo, lo resuelto dentro de trámite de consulta genera un criterio al que debe someterse el sujeto pasivo, en la medida que fija la manera en que su situación tributaria ha de ser entendida conforme a las normas que la regulan. Se trata de un instituto que permite al sujeto pasivo requerir a la Administración sobre un pronunciamiento previo en cuento a la

comprensión y/o alcances de una norma tributaria al caso concreto. De ahí que se considera que lo que en ese trámite se disponga en sede administrativa es perfectamente cuestionable por el gestionante en sede judicial. Exigir que exista un acto determinativo o de fiscalización por no haber aplicado lo resuelto por el Fisco en el trámite de consulta, expone al sujeto pasivo a una negación de su derecho de peticionar la revisión de las conductas públicas, y otorga al acto de consulta un carácter de incuestionable, y, por ende, de obediencia impostergable que el ordenamiento jurídico no le asigna ni establece.<sup>365</sup>

### **3.3.1. Cambio de criterio ante consulta ya resuelta.**

En otro orden de efecto, el caso concreto de las consultas, las regulaciones del ordinal 119 del CNPT fijan un tratamiento *sui generis*, por demás excepcional, por cuanto posibilita a la Administración modificar sus criterios previos, emitidos en la fase consultiva, sin necesidad de acudir a las vías de supresión oficiosa que establece el Ordenamiento Jurídico. Como punto de partida, cabe reiterar que la reforma realizada al canon 119 del CNPT, mediante la Ley No. 9069, señaló que las consultas fiscales tienen efectos meramente informativos, a partir de lo cual, la

---

<sup>365</sup> Se trata, como se observa, de una carga gravosa que no ha de ser impuesta al accionante y que atenta contra las garantías del contribuyente. La negación del efecto externo del acto emitido en el trámite de consulta tributaria, haría inconsistente el tratamiento de aprobación presunta que opera en estas lides cuando luego del plazo de 45 días para resolver, no se emite acto. No llevaría sentido tener por aprobada la interpretación del consultante si ese acto no generara un efecto externo en la orientación de la conducta del sujeto pasivo. Lo mismo cabría señalar si el acto expreso accede a la posición del consultante. De negarse el efecto que ese acto produce, llevaría a que luego se pueda cambiar de criterio, para esa misma situación especial y concreta consultada, exponiendo al sujeto pasivo a sanciones tributarias o pago de intereses, a contra pelo de la certeza jurídica y confianza legítima. Es decir, se aceptaría que cuando accede a lo consultado o sobreviene el acto presunto, genera efectos externos, pero no cuando se responde expresamente en contra de lo consultado. Ello implica conferir valor externo cuando no habría razón para impugnar y restar esa condición, cuando es pertinente ejercer los derechos reaccionales de impugnación.

Sala Primera ha considerado que no generan un efecto propio. Tal noción, no compartida por este autor, relativiza el efecto del acto que, para los efectos de impregnar de certidumbre jurídica al sistema tributario, externa un criterio formal de la Administración Tributaria respecto de la manera en que determinada situación concreta y actual debe ser entendida o interpretada, lo que, a no dudarlo, orienta de manera directa la conducta del sujeto pasivo. Así, en tanto la consulta otorgue la razón al consultante, sus actuaciones en orden al cumplimiento de los deberes formales y materiales se entienden ajustados al criterio administrativo de la autoridad competente, ergo, serán actuaciones legítimas. Luego, ese acto administrativo es vinculante para la autoridad fiscal, según se desprende del canon 61 del Reglamento de Procedimientos Tributarios (RPT), en el caso concreto consultado.<sup>366</sup> Lo anterior implica que, si bien no produce un derecho subjetivo, en definitiva, genera un efecto favorable al consultante, a modo de referente de respaldo de sus actuaciones. De esa manera, ese criterio, favorable al sujeto pasivo, ampara sus conductas.

Ahora, es bastante cuestionable el supuesto efecto informativo de esos actos, cuando son vinculantes para el Fisco. Dicha oponibilidad de contenido hace bastante dudoso que el efecto sea meramente informativo, lo que pone en evidencia la indebida y antitécnica regulación de esa figura, con la evidente pretensión de restarle contundencia a esos trámites, y facilitar al Fisco su desvinculación con los criterios externados, en detrimento de la seguridad jurídica

---

366 Señala ese precepto aludido:

*“Artículo 61.- Efectos de la consulta.*

*La respuesta a la consulta tiene carácter informativo y este criterio solo surte efecto vinculante para la Administración Tributaria en el caso concreto consultado.*

*La respuesta a la consulta evacuada sobre datos inexactos proporcionados por el consultante no surte efectos jurídicos para la Administración.”*

que debe nutrir el sistema tributario, así como en clara infracción de la confianza legítima.

Atendiendo a ese efecto favorable, la misma certidumbre jurídica supondría la necesidad de emprender sendas procedimentales, formales, para modificar o suprimir ese criterio, que, se insiste, ha sustentado las conductas del sujeto pasivo. Sin embargo, el ordinal 68 del RPT abre una riesgosa posibilidad para que, el Fisco simplemente notifique al consultante el cambio de su criterio, afectando las relaciones que puedan derivar de hechos generadores producidos luego de esa nueva visión del caso consultado. En ese sentido señala ese mandato:

*“Artículo 68.- Efectos del cambio de criterio de la Administración Tributaria y recursos.*

*La Administración Tributaria puede cambiar su criterio en cualquier momento en relación con lo consultado, para lo cual debe notificar al consultante sobre dicho cambio.*

*Contra la resolución que cambie el criterio no cabe recurso alguno. El cambio de criterio surte efectos únicamente respecto de los hechos generadores de la obligación tributaria cuyos plazos para declarar o pagar no estén vencidos.*

*No obstante, tratándose de sujetos obligados a retener, percibir o cobrar los tributos, el cambio de criterio no afecta los hechos generadores ya ocurridos; salvo que a juicio de la Administración Tributaria se cause un perjuicio al consultante, en cuyo caso, solo aplicaría para períodos futuros.”*

Nótese que esa norma no solamente faculta al Fisco al cambio abrupto de criterio, sino que, además, niega el ejercicio del derecho de reproche (recurso) contra esa decisión innovativa. Suponemos que la razón de esa denegatoria estriba en la supuesta carencia de efectos propios del acto de consulta, empero, es más que evidente la lesión al derecho de defensa y del debido procedimiento que se concreta en este tratamiento, y que deriva, consideramos, de un uso inadecuado de los fines de la figura, la que, con esa proyección, es totalmente contraproducente a la finalidad de seguridad jurídica. De nuevo, la única forma de que el sujeto pasivo pueda impugnar esas conductas, sería junto con el acto determinativo en que se

aplique esa interpretación, lo que supondría que, de cara a ostentar la legitimación para impugnarlo, la auto determinación del contribuyente fuera ajustada por el Fisco usando el criterio emitido en el trámite de consulta. Es decir, de cara a poder impugnar ese acto, debe exponerse a no aplicar el criterio fiscal, pues de otro modo, si lo aplicara, la determinación no le sería negativa y, por ende, no tendría legitimación para debatir el acto final. Lo anterior salvo que, quien ingrese a resolver sobre un eventual reproche, aún y cuando el acto determinativo no fuese desfavorable, comprenda a fondo la presente problemática, lo que deja, de nuevo, a contingencias aleatorias y subjetivismos, el acceso a la justicia administrativa en este tema.

Una postura garantista sobre esta cuestión llevaría a considerar que, por la vía de la intangibilidad de los actos propios, es necesario que el Fisco instruya un procedimiento que permita la mutación del criterio consultado, a fin de evitar lesiones a las situaciones jurídicas que se han configurado a favor del sujeto pasivo y como presupuesto que permita tener una noción clara del asunto y con ello, evitar el riesgo de colocar al administrado en situaciones de potencial incumplimiento fiscal.

En suma, la figura de la consulta tributaria cuenta con particularidades muy concretas a partir de las cuales, pese a su finalidad y relevancia en el sistema tributario, con la regulación y postura interpretativa dominante por parte de la Administración y de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, no es un acto cuya modificación o supresión exija la pretensión de lesividad, bastando la emisión de un nuevo acto. Con todo, esa nueva decisión no tendría la virtud de afectar las obligaciones fiscales cuyo hecho generador hubiera surgido al socaire de la postura inserta en el acto consultivo previo, siendo aplicable a las obligaciones generadas con ulterioridad y a partir de esa nueva interpretación. Lo anterior no es óbice para que, mediante procedimientos determinativos y con la debida motivación, la Administración pueda llegar a establecer que los datos suministrados en la consulta y que, han sustentado determinado comportamiento iscal, no era exactos o existentes y con ello, dar paso a un ajuste de la deuda tributaria.

### **3.4. Resoluciones definitivas en sede apelativa. Régimen recursivo.**

En el contexto práctico, un importante porcentaje de casos que representan una pretensión de lesividad en materia tributaria, tienen por objeto el cuestionamiento de actos emitidos en sede apelativa por el Tribunal Fiscal Administrativo. Desde ese plano, frente a conductas determinativas o bien, derivadas del ejercicio de la potestad sancionatoria, es frecuente que, en la sede vertical, el jerarca impropio monofásico modifique la conducta del órgano *a quo* y a partir de ello, confiera o conceda un efecto favorable al sujeto pasivo.

Dicha estimación, si bien no concede un derecho subjetivo en sentido directo, en definitiva, otorga un efecto favorable, al disponer la nulidad total o parcial del acto revisado. Justamente, dicho efecto benevolente es la razón de ese tipo de procesos de lesividad, en los que se busca una declaración de invalidez del acto del TFA y con ello, de la legitimidad del acto dictado por la Administración Tributaria.

Desde ese plano, el canon 156 del CNPT, establece la competencia apelativa del TFA respecto de las resoluciones administrativas mencionadas en los artículos 29, 40, 43, 102, 146, y en el párrafo final del artículo 168 de esa codificación. No interesa a los efectos de este desarrollo el detalle del trámite apelativo, sino, solamente, poner en evidencia la competencia revisora de ese órgano y sus potestades, respecto de conductas concretas, no así respecto de todo acto que cause estado o que genere un efecto en la esfera jurídica del sujeto pasivo.

Con todo, cabe señalar, aún de manera breve, dicha medida vertical debe ser formulada dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que fueron notificados. En tal caso, la Administración Tributaria requerida, que conozca del asunto emplazará a las partes para que, dentro del plazo de treinta días, se apersonen ante el Tribunal Fiscal Administrativo. Lo anterior a efectos de presentar alegatos y probanzas que estimen pertinentes.

Como fue señalado en el capítulo II de este desarrollo, en menesteres de los recursos ordinarios en sede administrativa, se impone la máxima de taxatividad impugnaticia, a partir de lo cual, dentro del procedimiento administrativo, solamente caben los recursos que de manera expresa se encuentren reconocidos por ley, contra los actos a los que se haya reconocido ese tipo de medida revisora. En el campo tributario, la especificidad de la materia se encuentra regulada por el CNPT, normativa que impone un tratamiento diverso al general que fijan los ordinales 343 y siguientes de la LGAP. En efecto, acorde a lo estatuido por el mandato 347 de la LGAP, es potestativo formular el recurso de revocatoria, apelación o ambos a la vez, con la precisión que será inadmisibile el presentado luego de los plazos de formulación, que, en ese marco general, es de tres días. En ese sentido, cuando se opte por presentar ambas medidas ordinarias, la apelación será tramitada cuando la revocatoria se haya desestimado.<sup>367</sup> El tema se regula, además, a partir del ordinal 85 del RPT.

La regulación del CNPT presenta un trato diverso a este régimen recursivo, en la medida en que el numeral 145 de esa fuente legal estatuye que, contra el acto determinativo, cabrá el recurso de revocatoria, el que debe presentarse dentro del plazo de 30 días hábiles. Se trata de una medida de orden facultativo que debe ser presentado ante la Administración que ha emitido el acto final.

En ese sentido, el numeral 145 del CNPT precisa que caso de formularse la revocatoria, debe hacerse de previo a la formulación del recurso de apelación. Lo anterior ya que ese mandato señala que, si dentro del plazo de 30 días hábiles para recurrir, se han presentado ambos recursos aludidos, se dará trámite al presentado en primer tiempo, con la correspondiente declaratoria de inadmisibilidat del

---

<sup>367</sup> Estatuye el citado precepto 347 de la LGAP: “Artículo 347.- 1. Los recursos podrán también interponerse haciéndolo constar en el acta de la notificación respectiva. 2. Es potestativo usar ambos recursos ordinarios o uno solo de ellos, pero será inadmisibile el que se interponga pasados los términos fijados en el artículo anterior. 3. Si se interponen ambos recursos a la vez, se tramitará la apelación una vez declarada sin lugar la revocatoria.”

segundo aportado. Es decir, si se formula revocatoria una vez que ya fue presentada la apelación, aquella medida horizontal será inadmitida, en tanto que, si la apelación se interpone luego de haber presentado la revocatoria, esa medida vertical será inadmitida. Sin embargo, esa inadmisibilidad de la apelación no es óbice para presentarla, nuevamente, caso de que la revocatoria sea rechazada. Esto implica que la presentación de una revocatoria con apelación subsidiaria ante la Administración decisora de la etapa determinativa, no llevará el cauce normal de pronunciamiento previo de la revocatoria y posterior remisión, de ser el caso, a la instancia apelativa. Por el contrario, la Administración Determinativa solamente se pronuncia sobre la revocatoria, siempre que se haya presentado antes de presentarse la apelación y, esta última, debe trasladarse al TFA.

Cabe destacar que la interposición de la medida de revocatoria interrumpe los plazos para ejercer la potestad apelativa, por lo que, se insiste, una vez rechazada la revocatoria, se reabre el plazo de 30 días hábiles para la sede vertical.<sup>368</sup> Por

---

<sup>368</sup> En ese sentido, es necesario la cita de la norma 145 del CNPT, que señala:

*“Artículo 145.- Recurso de revocatoria. Contra el acto administrativo de liquidación de oficio, emitido con la disconformidad del sujeto fiscalizado, cabrá el recurso de revocatoria, bajo las siguientes condiciones: a) Este recurso será potestativo y, si se optara por interponerlo, se deberá presentar dentro de los treinta días hábiles siguientes a la notificación del acto de liquidación de oficio, ante el órgano de la administración territorial o de grandes contribuyentes, que lo haya dictado, el cual será competente para resolverlo. b) De interponerse el recurso de revocatoria, deberá presentarse antes del recurso de apelación para ante el Tribunal Fiscal Administrativo, a que se refiere el artículo 146 de este Código. En caso de que dentro del plazo establecido para recurrir se hayan interpuesto el recurso de revocatoria y también el recurso de apelación, se tramitará el presentado en primer lugar y se declarará inadmisibles el segundo. La declaratoria de inadmisión del recurso de apelación, por aplicación de esta disposición, se entenderá sin perjuicio del derecho que le asiste al interesado de interponer el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal Administrativo, contra la resolución que resuelva el de revocatoria, si así lo decide. c) La revocatoria somete a conocimiento del órgano competente, para su resolución, todas las cuestiones que ofrezca el expediente, planteadas en el recurso. d) La resolución que lo*



su parte, el canon 146 ejusdem fija un plazo de 30 días hábiles para la resolución de esa medida de impugnación, plazo que, desde luego, es ordenatorio, al no plasmarse regulación alguna que fije sanción de nulidad o consecuencia jurídica diversa, como sería el caso de estimación presunta del recurso, o caducidad del trámite.

Ahora bien, la apelación respecto de los actos determinativos, o bien, contra la resolución denegatoria del recurso de revocatoria, se encuentra regulado en el numeral 146 del CNPT, norma que remite a lo estatuido a partir del artículo 156. Ya en esa sede, la Administración Tributaria que conozca del respectivo procedimiento, debe emplazar a las partes para que, dentro del plazo de treinta días, se apersonen ante el TFA, con el propósito de que presenten, las alegaciones y elementos de convicción que estimen necesarios o pertinentes para la defensa de sus derechos.

Un aspecto a destacar es la regulación de la apelación de hecho que, de conformidad con el mandato 147 ejusdem, procede cuando sea denegada una apelación por la Administración Tributaria, siendo que, en tales casos, el sujeto pasivo o parte interesada, puede acudir ante el TFA a ejercer esa posibilidad. En este sentido cabe aclarar que si bien ese numeral remite a las regulaciones de los ordinales 877 a 882 del Código de Procedimientos Civiles, la regulación actual, que resultaría congruente con el supuesto de hecho que regula esa norma, es el

---

*resuelva ha de emitirse dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de su presentación. / El recurso de revocatoria interrumpe los plazos para el ejercicio de otros recursos, que volverán a contarse, inicialmente, desde la fecha en que se haya practicado la notificación expresa de la resolución que corresponda.”*

numeral 68 del Código Procesal Civil, No. 9342, que trata la figura de la apelación por inadmisión.<sup>369</sup>

En términos de procedimiento, el artículo 87 inciso 3) del RPT precisa:

*“3. El recurso de apelación para ante el Tribunal Fiscal Administrativo, deberá presentarse ante el órgano de la Administración Tributaria*

---

369 Señala el numeral 68 del Código Procesal Civil vigente:

***“ARTÍCULO 68.- Apelación por inadmisión.***

***68.1 Procedencia y plazo.*** *Procederá el recurso de apelación por inadmisión contra la resolución que deniegue un recurso de apelación.*

*Deberá presentarse en el acto si se le denegó en audiencia o, dentro del tercer día, si se trata de una resolución escrita.*

***68.2 Requisitos y procedimiento.*** *La gestión deberá realizarse ante el mismo tribunal que denegó el recurso y expresará con claridad las razones por las cuales se estima ilegal la denegatoria.*

*Cuando la apelación por inadmisión se refiera a la denegatoria de una apelación que debió admitirse con efecto diferido, el tribunal de primera instancia se limitará a permitir la interposición del recurso de apelación por inadmisión, el que quedará reservado para que sea resuelto y tomado en consideración en el momento en que el superior se pronuncie sobre el recurso interpuesto contra la sentencia definitiva, siempre que subsista el interés del apelante por inadmisión.*

*Cuando se refiere a la denegatoria de una apelación que debió admitirse en efecto no diferido, alegada la apelación por inadmisión, el tribunal de primera instancia remitirá el expediente al superior de forma inmediata.*

***68.3 Efectos de la interposición y resolución.*** *La interposición del recurso de apelación por inadmisión no suspende el curso normal del procedimiento, salvo que el tribunal disponga expresamente lo contrario.*

*Si la apelación fuera improcedente, el superior confirmará el auto denegatorio. Si la declara procedente, revocará el auto denegatorio y admitirá la apelación. Sin necesidad de resolución expresa, las partes deberán comparecer ante el superior a hacer valer sus derechos dentro del quinto día.”*

*Territorial, la Dirección de Grandes Contribuyentes Nacionales o de la Dirección de Fiscalización que emitió el acto recurrido, quien deberá remitirlo al Tribunal Fiscal Administrativo dentro de los cinco días hábiles siguientes al de su recepción, junto con el expediente administrativo y los expedientes accesorios, si los hubiera. Si se presenta directamente en la sede del Tribunal Fiscal Administrativo, ese órgano colegiado deberá comunicarlo en el mismo plazo a la Administración Tributaria que lo dictó, requiriéndole la remisión del expediente.”*

Ahora bien, desde el plano temporal, el TFA cuenta con un plazo de seis meses para emitir el acto definitivo, siendo que la infracción a ese plazo no genera nulidad del acto dictado fuera de plazo. Sobre la posible concurrencia de una suerte de caducidad del procedimiento por la infracción de ese plazo semestral previsto por el numeral 163 del CNPT, que coincide con el plazo de caducidad previsto por el numeral 340 de las LGAP, cabe señalar lo siguiente.

Si bien el numeral 163 del CNPT impone al TFA un plazo de seis meses para resolver las medidas apelativas sometidas a su conocimiento, plazo que incluso coincide con el fijado por el ordinal 340 de la LGAP, la superación de ese lapso, en sede recursiva, no lleva a la aplicación de la figura de la caducidad y, por ende, no produce la nulidad del acto dictado fuera de ese plazo, en esa sede. En efecto, sobre el plazo con que cuenta ese jerarca impropio para atender ese tipo de recursos ordinarios, el precepto 163 del CNPT estatuye en su párrafo in fine:

*“Los actos que resuelvan recursos interpuestos contra resoluciones determinativas de tributos, deben dictarse dentro de los seis meses siguientes al vencimiento del plazo para interponerlos, cuando se presenten los alegatos y las pruebas dentro del plazo señalado por el artículo 156 del presente Código. En los casos en que los sujetos pasivos presenten pruebas de descargo fuera de dicho plazo, se dictará la resolución determinativa dentro de los seis meses posteriores a la recepción de estas.”*

Por un lado, pese al lenguaje imperativo de la norma, la regulación propia de la fase apelativa en el procedimiento tributario, sea en fase determinativa o en la sancionatoria, no establece una sanción de nulidad por la emisión del acto definitivo fuera de los cánones temporales aludidos, producto de lo cual, se entiende que se

constituye en un plazo ordenatorio. De ahí que la vulneración de ese elemento no llevaría, per se, a una patología en el acto dictado por el TFA. Por otro lado, se insiste, la caducidad del procedimiento es una forma de terminación anticipada del procedimiento administrativo. Si bien se mira, el procedimiento se encuentra llamada a culminar por medios normales, teniendo por tal el acto final que decide sobre el fondo del asunto, o bien, por otros mecanismos que, de manera anticipada, sea, de previo al dictado del acto de fondo, le ponen término. Dentro de este ámbito, la Ley General de la Administración Pública regula las figuras del desistimiento y la renuncia (artículos 337-339), así como la caducidad del trámite (ordinales 340-341 ejusdem). Empero, como se indica, la terminación “normal” del procedimiento se concreta mediante el acto final, mismo que es impugnado mediante los recursos ordinarios que correspondan en cada caso, según la regulación aplicable.

Nótese que el numeral 261.1 de la LGAP, señala que el procedimiento deberá concluirse, por acto final, en el plazo de dos meses. Posteriormente, el canon 345.1 de ese mismo cuerpo legal destaca que: *“En el procedimiento ordinario cabrán los recursos ordinarios únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.”* Lo anterior permite afirmar que la fase apelativa es una instancia de revisión del acto final o de la decisión que le puso fin, pero consiste en una fase ulterior en la que ya no resultan aplicables los mecanismos de terminación anticipada del procedimiento.

En rigor, respecto de los recursos ordinarios, a la luz de la doctrina del numeral 261 incisos 2 y 3 de la LGAP en relación con el precepto 31.6 del Código Procesal Contencioso Administrativo, la inercia formal de la Administración Pública lleva a la aplicación del silencio negativo, como denegación ficta de la gestión impugnativa, para los efectos de formular los recursos verticales, o bien, acudir a la instancia judicial. Empero, esa inercia no supone, ni por asomo, que deba archivarse el procedimiento en su integralidad, en la medida en que, se insiste, en esa fase de revisión ordinaria, ya se ha dictado un acto final que ha externado y manifestado la voluntad administrativa respecto del caso concreto. Es decir, aún de tener por archivado el recurso, ello no llevaría a desconocer el acto final que ha dado base a

esas medidas recursivas. De ahí que no pueda afirmarse que la caducidad en cuestión sea un mecanismo que pueda generarse en la fase recursiva y que, a partir de ello, exija el archivo de todo el procedimiento, aún y cuando exista ya un acto expreso.

A mayor aporte de reflexiones en cuanto a este punto, en la sentencia No. 1520-F-S1-2010, de las nueve horas diez minutos del dieciséis de diciembre de dos mil diez, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia analizó la posibilidad de aplicar a la materia tributaria la figura de la caducidad del procedimiento, concluyendo en su improcedencia, bajo la consideración de que, al no estar regulada en el CNPT, reflejaba una intención (en negativo) de la ley, de no permitir esta figura. Se trata de una postura por demás opinable, que, dicho sea de paso, no se comparte, en la medida en que la negación por omisión regulatoria, atenta contra las reglas de complementación e integración que el mismo CNPT establece respecto de los parámetros de la LGAP. De haber sido la *ratio legis* la restricción de esta figura, así se hubiera expresado, empero, tal restricción no se encuentra presente en esas regulaciones, de manera que tal derivación interpretativa de la instancia casacional, desconoce tal regla de complementación e integración, potenciando la incertidumbre que campea en esta materia tributaria.

Pues bien, en ese ejercicio concreto, en la medida en que la decisión emitida por el TFA suponga una revocatoria o anulación del acto final que expresa el criterio de la Administración Tributaria, voluntad contralora a partir de la cual, se produce un efecto favorable al recurrente, es que la Administración a quo debe emprender las acciones jurídicas en contra de ese acto definitivo, a efectos de buscar su supresión y con ello, eliminar la bondad que esa estimación recursiva pudo haber generado en la esfera jurídica del sujeto pasivo.

Para ello se hace necesario distinguir los casos en que el TFA se constituye como contralor impropio de la misma Administración Tributaria Central, de los supuestos en que esa instancia vertical se aboca a conocer apelaciones en contra de decisiones de las Administraciones Tributarias descentralizadas, caso este último

en el cual, las vías o acciones legales son diversas a las propias para las relaciones apelativas emprendidas con la Administración Central. Veamos.

### **3.4.1. Control apelativo de órganos de la Administración Tributaria Central.**

Como se ha mencionado, el término Administración Tributaria, es definido por el canon 99 del CNPT como “...*el órgano administrativo encargado de gestionar y fiscalizar los tributos, se trate del fisco o de otros entes públicos que sean sujetos activos...*”. Desde ese plano, cuando el ejercicio de las potestades fiscales derive de un órgano dependiente del Ministerio de Hacienda, el control apelativo que realiza el TFA, se ejerce dentro de un mismo esquema orgánico, en el que ambos órganos, tanto el *A quo* como el *Ad quem*, son dependientes, jerárquicamente, de dicha cartera ministerial.

En ese sentido, frente al acto final que se dicte en los procedimientos determinativos o bien en los sancionatorios, por vulneración al régimen de infracciones administrativas (concepto del art. 69 ejusdem), es claro que, en la medida en que el acto dictado en sede recursiva, sea, el acto definitivo, establezca un contenido diverso del presentado en el acto del *a quo*, sea por supresión o variación, en virtud de la cual se asigne un efecto favorable al recurrente, es la misma Administración Centralizada la que debe emprender las acciones anulatorias, sea en sede administrativa o bien, en sede judicial, mediante el proceso de lesividad.

En efecto, bien puede cuestionarse que la generalidad de las decisiones del TFA puedan llegar a producir un efecto constitutivo de un derecho subjetivo, empero, es claro, como se ha señalado en este desarrollo, que el elemento objetivo de los mecanismos de supresión oficiosa que puede utilizar la Administración, sea en sede interna o judicial, no debe asociarse a la tipología de configuración de los beneficios producidos en la esfera jurídica del destinatario, sino de la consecuencia favorable,

como efecto genérico. Justamente, adelante se analizará la figura denominada “LESIVIDAD OBJETIVA”, misma que se ha entendido como habilitante del mecanismo lesividad en materia fiscal, contra actos de contenido favorable, no generados por derechos subjetivos. Como se verá infra, se trata de una justificación para utilizar la figura en ámbitos en los que, se reitera, ya de por sí es factible, pues este mecanismo de supresión no se limita a los beneficios derivados de derechos subjetivos, sino a todo acto de contenido favorable. Adelante retomaremos este aspecto.

En lo fundamental, en este tipo de relaciones, se insiste, en tanto el TFA es dependiente del Ministerio de Hacienda y el acto final, que se busca respaldar, ha sido adoptado por un órgano de esa misma Administración Central, es evidente que la eventual lesividad que pueda formularse contra el acto del contralor no jerárquico, debe seguir las pautas de lesividad, genéricas, expuestas en el capítulo antecedente (Cap. 3). Esto supondría que, para los efectos del ordinal 34 del CPCA, la declaratoria de lesividad debe ser realizada por el jerarca de esa cartera ministerial y luego, trasladar el expediente respectivo a la PGR, a efectos de que proceda a plantear la correspondiente pretensión de lesividad. Luego se bordarán especificidades sobre la lesividad de actos dictados en materia tributaria, en cuanto al elemento objetivo y el elemento temporal.

Basta señalar, en este punto, que el detalle relevante en cuanto a la categorización bajo examen, estriba justamente en que esas conductas del TFA, deben ser declaradas lesivas por el jerarca máximo supremo, sea, la figura de titular ministerial. El objeto de esa lesividad será, precisamente, establecer la validez o conformidad sustancial con el Ordenamiento Jurídico, de las actuaciones del control apelativo.

#### **3.4.2. Control apelativo de órganos de la Administración Tributaria Descentralizada.**

La armonía de lo tratado en el punto precedente en torno a la pretensión anulatoria respecto de las relaciones de control vertical frente a actos finales de órganos de la Administración Tributaria Central, no guarda igual condición en lo relativo a las apelaciones que conozca el TFA en cuanto a conductas de órganos de las Administraciones Tributarias Descentralizadas. En ese tipo de relaciones, acorde a lo ya desarrollado en el capítulo antecedente, es claro que resulta inaplicable (e inoponible) el principio de “no controversia competencial del inferior con el superior”. En ese plano vale reiterar lo ya expuesto en el sentido que la doctrina que nutre el numeral 75 de la LGAP, no limita en modo alguno la posibilidad de que esas instancias a quo, puedan refutar e impugnar los actos definitivos emitidos por el TFA. Lo anterior ya que, se reitera, no existe una relación de subordinación jerárquica en tales casos, propia de la autotutela administrativa, sino, una relación de tutela administrativa concretada en el control por la vía recursiva que se impone, legalmente, en menesteres fiscales. Se trata de una relación derivada de una potestad y competencia de control no jerárquico, en la que se asigna a una instancia distinta al jerarca natural, el poder de revisión vertical de las conductas finales de un órgano, o ente, del que no es jerarca propio.

En ese entendido, no existe razón lógica ni orgánica que suponga una imposibilidad de la instancia revisada, de cuestionar las decisiones del órgano revisor, cuando esas conductas definitivas, supongan, a juicio de la primera instancia, una infracción al Ordenamiento Jurídico y en concreto, a los intereses públicos, económicos o fiscales que el a quo se encuentra llamado a tutelar. Es ese esquema concreto que resulta necesario aclarar –y precisar-, las condiciones y términos en que pueden establecerse las vías de reclamo e impugnación de los actos del TFA. Para tales efectos, lejos de imponerse una restricción en el ejercicio de la pretensión anulatoria contra tales actos definitivos, el numeral 165 del CNPT reconoce expresamente esa posibilidad. Empero, es necesario detallar lo regulado por el ordinal 165 del CNPT, normativa que establece las pautas aplicables para el sometimiento a control judicial, de las actuaciones del TFA. Señala ese precepto:

*“Artículo 165.- Trámite.*



*Contra los fallos del Tribunal Fiscal Administrativo, el interesado podrá iniciar un juicio contencioso-administrativo, de acuerdo con las disposiciones del Código Procesal Contencioso-Administrativo.*

*Cuando la dependencia o institución encargada de aplicar el tributo estime que la resolución dictada por el Tribunal Fiscal Administrativo no se ajusta al ordenamiento jurídico, podrá impugnarla de acuerdo con las disposiciones del Código Procesal Contencioso-Administrativo; para ello, deberá adjuntar la autorización escrita emanada del Ministerio de Hacienda, si se trata de la Administración Tributaria.*

*Para lo anterior, el órgano o la entidad encargada de aplicar el tributo deberá presentar, al referido Ministerio o autoridad, un informe motivado que indique las razones por las que estima conveniente impugnar la respectiva resolución administrativa. El Ministerio o la entidad competente deberá decidir sobre la procedencia de la impugnación, previo dictamen del órgano legal correspondiente.”*

Nótese que, por un lado, ese mandato permite a los sujetos pasivos, la posibilidad de formular un juicio contencioso administrativo en contra de los fallos del TFA, acorde a las ordenanzas del CPCA. Se trata de un postulado que reconoce una facultad de las personas administradas, existente al margen de ese enunciado. Es decir, los fallos del TFA, al ser actos administrativos, son de por sí impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin que sea necesario que esa norma reconozca tal cuestión. Sin embargo, la posibilidad de cuestionar esos fallos supone que la demanda debe ejercitarse por la persona legitimada en contra del Estado, dada la pertenencia orgánica del TFA al Gobierno Central. Empero, tal cuestión debe ajustarse y analizarse a las reglas de legitimación pasiva que estatuye el ordinal 12 inciso 7) del CPCA, pues según sea el contenido del acto de ese contralor no jerarca, y la instancia sobre la cual ejerza sus competencias revisoras de legalidad, así la demanda debe formularse en contra de un acto, de otro, de una Administración o de otra.

Para ser más concreto, el numeral 12 inciso 7) aludido señala en su rigor literal:

**“ARTÍCULO 12.-** *Se considerará parte demandada:*

1.- (...)

*7.- Cuando una entidad dicte algún acto o disposición, que en virtud de un recurso administrativo no jerárquico -facultativo u obligatorio- deba ser conocido por parte de un órgano del Estado o de otra entidad administrativa, se tendrá como parte demandada:*

*a) El Estado o la entidad que dictó el acto, cuando este ha sido confirmado.*

*b) La entidad que, conociendo el recurso, anula, revoca o reforma la conducta cuestionada.”*

Esa norma permite desprender que cuando la conducta del *Ad quem* sea confirmatoria, la demanda debe cursarse en contra de la Administración a quo. Lo anterior al margen de que la demanda se dirija en contra del acto final o del definitivo que ha agotado la vía administrativa. En ese plano vale recordar lo que establece el precepto 33 del CPCA, en el siguiente sentido:

**“ARTÍCULO 33.-**

*1) Cuando se opte por el agotamiento de la vía administrativa, la demanda se dirigirá, indistintamente, contra el acto que sea objeto de los recursos ordinarios, contra el que resuelva estos recursos expresamente o por silencio administrativo o contra ambos a la vez.*

*2) No obstante, si el acto que decide el recurso ordinario reforma el impugnado, la demanda se deducirá contra aquel, sin necesidad de recurso alguno.”*

Luego, la relación de ambos preceptos permite definir diversos escenarios. Primero, se insiste, si la conducta del TFA es denegatoria del recurso, es notorio que los derechos reacciones de impugnación del recurrente, llevarán a cuestionar, bien el acto final, el definitivo, o ambos. En esa primera hipótesis, en tanto el acto denegatorio es a su vez confirmatorio delo final impugnado, al margen de qué acto sea el cuestionado, a la luz de las reglas de legitimación del ordinal 12.7 del CPCA, la demanda debe dirigirse en contra de la instancia a quo.

Ello supone que, si la apelación ha sido formulada en contra de un acto de la Administración Tributaria Centralizada, la demanda debe tenerse por formulada en

contra del Estado. Sin embargo, cuando el ejercicio apelativo de contenido confirmatorio se haya realizado respecto de una Administración Descentralizada, esa misma regla de legitimación procesal lleva a que, la parte pasiva de la causa sea la instancia a quo. Es decir, en esos supuestos, la demanda debe direccionarse en contra del ente que se ha constituido como Administración Fiscal y que ha emitido el acto final.

En ese segundo supuesto cabe cuestionarse si la legitimación pasiva vendría condicionada por la decisión del sujeto pasivo, accionante, en cuanto al acto contra el cual formula la demanda. De esa manera, podría especularse que, si la demanda es planteada en contra del acto final, debe demandarse al ente descentralizado. Luego, si la demanda es contra el acto del TFA (definitivo), a opción del demandante, la acción obligaría a tener como demandado al Estado. Si la acción se formula contra ambos actos, se debe integrar tanto al ente como al Estado, en litisconsorcio pasivo necesaria. Sin embargo, la definición de las reglas de legitimación pasiva, se impone a la posibilidad de establecer la demanda, indistintamente, en contra de cualquier de los actos mencionados. En efecto, en rigor, cuando el acto del TFA sea confirmatorio de la decisión determinativa o sancionatoria (final) de la Administración Tributaria Descentralizada, indistintamente del acto cuestionado, la acción debe formularse en contra del ente descentralizado, en la medida en que su conducta contiene el efecto inicial que ha sido prohijado por el contralor no jerarca.

Cosa diversa sucede cuando la decisión del TFA es modificativa o anulatoria del acto final, dado que, en ese caso, al socaire del canon 12.7, letra b) del CPCA, la demanda se debe entablar en contra del Estado, por una razón lógica y fundamental, cual es que, el acto final, tal y como fue emitido, ha sido ora anulado, ora modificado, por lo que, no es razonable sostener la validez de una conducta que luego fue alterada, por las vías indicadas. Ergo, la Administración que lo ha emitido no debe comparecer a la causa, sino la que ha adoptado el acto definitivo que introdujo una alteración o modificación respecto de las condiciones producidas por el acto final. De ahí que, con independencia de la instancia controlada, sea

centralizada o descentralizada, en tal variación, es el Estado quien debe asumir la defensa del caso.

Ahora bien, esas indicaciones son aplicables a las acciones de los sujetos pasivos en contra de las conductas del TFA, empero, las reglas son diversas tratándose de las acciones de los entes descentralizados a quienes el TFA analiza sus conductas vía apelativa. En esos casos, ya se ha indicado que cuando la apelación sea respecto de un acto de una Administración Tributaria Centralizada y el acto del TFA sea contrario a los intereses del Estado, debe emprender la acción de lesividad, previa declaración del titular del Ministerio de Hacienda. No obstante, en cuanto a la revisión de las Administraciones Descentralizadas, es evidente que el ente revisado no puede emprender una lesividad en contra de los actos del TFA, por la elemental razón de que la pretensión anulatoria no recaería en contra de una conducta suya, propia, sino de un acto dictado por otra dependencia administrativa que no forma parte de su estructura orgánica.

En ese punto, vale enfatizar y reiterar que la lesividad es un mecanismo judicial de revisión de conductas propias, ergo, es la misma Administración Pública que ha emitido un acto favorable, quien procura su revisión en sede judicial, por considerar el acto contrario a los intereses públicos que debe tutelar. Por ende, no puede considerarse proceso de lesividad el que procura la anulación de la conducta de otra Administración Pública, aun cuando se trata de un acto que se emite en ejercicio de poderes de control revisor. Así, en esa dinámica, acorde a lo desarrollado en el Capítulo 3, esa Administración controlada, debe formular un proceso anulatorio inter administrativo en contra de la Administración contralora, cuyo objeto será el análisis de validez de ese acto definitivo y firme.<sup>370</sup>

---

<sup>370</sup> Es claro que para los efectos del artículo 12.3 del CPCA, debe ser parte pasiva dentro de la causa, la persona a cuyo favor se ha emitido el acto de apelación, a modo de litisconsorte pasivo necesario, por virtud del artículo 71 del CPCA. De otro modo, se le sometería a la supresión de una conducta que le ha generado un efecto favorable, sin parte de la causa en la que se dispone

Pese a lo expuesto, el ordinal 165 del CNPT, presenta una redacción que puede potenciar posturas anti técnicas y carentes de la comprensión de la sustancia misma de la lesividad. En sus párrafos segundo y tercero, la norma aludida postula:

*“... Cuando la dependencia o institución encargada de aplicar el tributo estime que la resolución dictada por el Tribunal Fiscal Administrativo no se ajusta al ordenamiento jurídico, podrá impugnarla de acuerdo con las disposiciones del Código Procesal Contencioso-Administrativo; para ello, deberá adjuntar la autorización escrita emanada del Ministerio de Hacienda, si se trata de la Administración Tributaria.*

*Para lo anterior, el órgano o la entidad encargada de aplicar el tributo deberá presentar, al referido Ministerio o autoridad, un informe motivado que indique las razones por las que estima conveniente impugnar la respectiva resolución administrativa. El Ministerio o la entidad competente deberá decidir sobre la procedencia de la impugnación, previo dictamen del órgano legal correspondiente.”*

La reiteración de ese contenido se ha indispensable para la debida continuidad del presente análisis. Esa redacción podría dar pie a una interpretación diversa a la recién expuesta. Nótese que el párrafo segundo alude a la dependencia o institución encargada de aplicar el tributo, instancia que, en caso de no coincidir con el análisis efectuado por el TFA, puede impugnar esa conducta conforme a las reglas del CPCA, para lo cual, debe aportar la autorización del Ministerio de Hacienda. Ese mandato precisa, de seguido, que tal exigencia es requerida si se trata de la Administración Tributaria. Dos opciones derivan de esa redacción:

- Una: que la referencia al concepto “ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA”, se refiere a la Administración Centralizada. En ese caso, sería congruente deducir que la autorización a la que se hace referencia, es de por sí, la exigencia que impone el numeral 34 del CPCA para los efectos del trámite de lesividad. Es decir, en ese supuesto, dicha autorización consistiría en

---

esa consecuencia, aspecto que, sin duda, supondría una flagrante vulneración al derecho de contradictorio y al debido proceso.

la declaración interna de lesividad de parte del jerarca supremo, requisito de admisión de la acción de lesividad.

- Otra: que la referencia a institución y al concepto de “ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA”, lo es acorde al significado legal del numeral 99 del CNPT, sea, cualquier unidad administrativa que gestione el tributo respectivo. Esto supondría la aplicación del supuesto normativo no solamente a la Administración Centralizada, sino, igualmente, a las Administraciones Tributarias Descentralizadas. En esa segunda postura, entonces, indistintamente de la naturaleza orgánica de la Administración Fiscal, la impugnación judicial de las conductas del TFA, requerirían de la anuencia previa del Ministerio de Hacienda.

Dentro de esta segunda proyección, con claridad, la exigencia de un dictamen favorable del Ministerio de Hacienda, como condición de la formulación de un proceso anulatorio inter administrativo, sería totalmente contraproducente y una limitación ilegítima al ejercicio de las acciones judiciales que la misma norma reconoce a favor de esos entes descentralizados. La otra opción sería considerar que la norma regula una lesividad *sui generis*, en la que, la declaratoria interna de patología del acto debe ser adoptada por la jerarquía del Ministerio de Hacienda, pero la legitimación activa en sede judicial recae a favor del ente cuya conducta final fue sometida a revisión del TFA. De nuevo, tal tratamiento no se aviene a la figura procesal de la lesividad, diseñada como un mecanismo de supresión de conductas propias, siendo que, en esa noción, la pretensión recaería sobre un acto que no es propio, sino ajeno. Por ende, tal postura no es atendible.

En ese plano, la referencia al término ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA parece evocar a la de orden centralizado, a la cual, se impondría la exigencia lógica, congruente con la figura de la lesividad, del dictamen afirmativo del Ministerio de Hacienda, pero que, en definitiva, no sería aplicable a las entidades descentralizadas sobre las cuales, el TFA ejerce control apelativo.

Lo regulado en el párrafo tercero del citado mandato 165 del CNPT, si bien de manera confusa, parece dar alguna señal (leve, pero señal, a fin de cuentas), que permite sostener lo afirmado. En efecto, nótese que el citado texto (párrafo tercero) estatuye una referencia al órgano o entidad encargada de aplicar el tributo, instancias que deben remitir un informe motivado con indicación de las razones que sustentan la postura de nulidad “... *al referido Ministerio o autoridad...*”. Luego, señala que “...*El Ministerio o la entidad competente deberá decidir sobre la procedencia de la impugnación, previo dictamen del órgano legal correspondiente.*”

Atendiendo a esa regulación, en la medida en que se hace referencia al órgano o entidad encargada de la gestión fiscal, y luego se relaciona con el Ministerio o entidad competente para decidir la procedencia de la impugnación, es lógico concluir que la exigencia del dictamen autorizante del Ministerio de Hacienda es de rigor para los órganos de la Administración Central, en tanto que, en los casos de los entes descentralizados, la acción judicial debe estar antecedida de la jerarquía de esa Administración. No obstante, es menester separar los medios judiciales para concretar esa impugnación. Lo anterior ya que, se reitera, si es la misma Administración Tributaria Central la que busca la impugnación del criterio del TFA, será el proceso de lesividad el medio debido para esos fines. Por contraste, si se trata de una Administración Tributaria Descentralizada, con la anuencia de la jerarquía interna, la pretensión de anulación debe formularse no mediante un proceso de lesividad, incompatible con el tipo de relación procesal que se debate, sino, mediante un proceso anulatorio inter administrativo, como se ha señalado.

Al tenor de lo expuesto, la redacción actual del canon 165 del CNPT presenta graves falencias en el ámbito del rigor técnico y la certidumbre jurídico que debe prevalecer en estas lides. En su versión vigente, dicha norma potencia confusiones en su marco interpretativo, que podrían llevar a imponer exigencias impertinentes e insostenibles frente a la impugnación de las conductas del TFA, a la vez que resulta una norma de poca precisión y definición conceptual en cuanto a las figuras y supuestos de hecho que regula. Se estima que es necesaria una reforma que venga a aclarar la aplicación del régimen jurídico procesal que es aplicable a este

tipo de cuestiones, y que sea congruente con la aplicación actual que a dichos procesos formulados por los entes descentralizados en contra de los actos del TFA, ha sostenido la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así, por ejemplo, en la sentencia No. 0134-2014-VI de las once horas del veintinueve de agosto del dos mil catorce, la Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo, sobre esa distinción señaló, de manera concreta:

*“... Cabe precisar que en este tipo de relaciones de control no jerárquico, en caso de que la Administración a quo no se encuentre conforme con lo resuelto en sede apelativa externa, por considerarlo contrario al ordenamiento jurídico o intereses públicos, deberá acudir, caso de tratarse de la Administración Central, a un proceso de lesividad, o bien, cuando se esté frente a administraciones descentralizadas, a un proceso inter-administrativo, conforme a las regulaciones que establece sobre el particular el Código Procesal Contencioso Administrativo. (...)”<sup>371</sup>*

De esa manera, acorde al análisis expuesto y las variaciones señaladas, se propone la siguiente propuesta de reforma a la citada legislación:

**“REFORMA:**

Art.\_\_\_\_ Se reforma el artículo 165 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios para que, en lo sucesivo, se lea de la siguiente manera:

*“Artículo 165.- Trámite.*

*Contra los fallos del Tribunal Fiscal Administrativo, el interesado podrá iniciar un juicio contencioso-administrativo.*

---

<sup>371</sup> En ese mismo sentido puede verse el fallo No. 015-2018-VI de las nueve horas cincuenta minutos del veintiuno de diciembre del dos mil dieciocho, de esa misma Sección VI del Tribunal Contencioso Administrativo.



*Cuando la dependencia o institución encargada de aplicar el tributo estime que la resolución dictada por el Tribunal Fiscal Administrativo no se ajusta al ordenamiento jurídico, podrá impugnarla según lo dispuesto en el Código Procesal Contencioso-Administrativo.*

*Cuando se trate de los órganos de la Administración Tributaria Central, el Estado deberá utilizar el proceso de lesividad, de conformidad con el artículo 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo, previa declaratoria, del jerarca del Ministerio de Hacienda, sobre la lesividad del acto a los intereses fiscales o económicos del Estado.*

*Cuando la impugnación sea formulada por una Administración Tributaria Descentralizada, podrá formular las acciones judiciales respectivas en contra del acto del Tribunal Fiscal Administrativo, de acuerdo con las disposiciones del Código Procesal Contencioso Administrativo.”*

### **3.4.3. Delimitación de competencias del TFA en régimen recursivo. Trámite de lesividad.**

Precisado lo anterior, es evidente que en el conocimiento de los recursos verticales que forman parte de su competencia, el TFA puede estimar las alegaciones y agravios de la parte recurrente y con ello, generarle un estado favorable, al desvincularle de las implicaciones del acto determinativo o del sancionatorio que, habiendo emitido la AT, ha sido sometido a control recursivo ordinario. Es justamente dentro de esta dinámica que adquiere especial relevancia el concepto de la denominada LESIVIDAD OBJETIVA, que introduce, sin rigor técnico, a nuestro modo de ver, una diferencia en la materia fiscal respecto de todo otro quehacer administrativo.

En efecto, según se puede apreciar en el Capítulo 3, como derivación de la postura que sostiene de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia desde el precedente 1332-2010, los actos que acogen una medida recursiva no son pasibles de ser suprimidos por la vía de la lesividad, en la medida en que son actos cuyo

contenido no es propio de un derecho subjetivo, según la proyección pragmática que de ese concepto ha externado ese alto órgano de casación. Ya hemos señalado la necesidad del ensanchamiento del ámbito objetivo en la lesividad, pretensión que permite anular cualquier acto de contenido favorable, al margen de que tal consecuencia derive o sea propia de un derecho subjetivo o un interés legítimo, simple o de carácter reforzado. De todas maneras, se ha ingresado a postular un tratamiento más ensanchado del concepto de derecho subjetivo, de suerte que aún en un esquema de interpretación gramaticalista, la lesividad se pueda constituir en una herramienta posible para que la misma Administración Pública busque la declaratoria de invalidez, de esos actos que conceden una situación oponible en su contra.

Desde ese plano, resultaría redundante e innecesario ingresar a ponderar, nuevamente, tales cuestiones. No obstante, la postura de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que veda la lesividad en ejercicios recursivos en toda otra materia ajena a la Tributaria, acece de una base justificante racional y sólida. Negar la pretensión de lesividad a este tipo de actos en recursiva, restringe y materialmente suprime el control administrativo y judicial de actos que, aunque inválidos de manera sustancial, se estiman irreprochables, al no existir remedio jurídico para su supresión. Se trataría por ende de una excepción no regulada, a la imposibilidad de ejecutoriedad y eficacia de los actos absolutamente nulos, a la vez que una desaplicación a la regla de no presunción de validez de ese tipo de patologías, por la única e insuficiente razón, de que, supuestamente, no otorgan o conceden un derecho subjetivo. Se insiste, la lesividad garantiza el debido proceso del destinatario del acto favorable. Dice de un esquema de garantía derivado del ordinal 34 de la Constitución Política, luego, si es un mecanismo debido para la supresión de actos que otorgan derechos subjetivos, no se observa defecto o limitación alguna para anular actos que otorguen situaciones positivas o favorables de menor jerarquía. No guarda sentido postular la posibilidad de anular actos que otorgan derechos, pero la imposibilidad de anular actos que conceden otro tipo de ventajas.

Empero, en el ámbito tributario, se ha dado cabida a esta revisión judicial, bajo la comprensión que, en esta materia, el numeral 165 del CNPT, habilita una lesividad que prescinde de ese elemento cualificador, tema que, como se ha señalado, no precisa la norma. Retomaremos este debate en el elemento objetivo.

Con todo, es menester precisar que, en este tipo de medidas recursivas, las competencias del *Ad quem* quedan reservadas a los agravios expresamente formulados por la parte impugnante. Según fue tratado en el Capítulo 3, esta delimitación viene impuesta por la doctrina del numeral 181 en relación al 183 de la LGAP. Cabe insistir en la postura concurrente que sobre esta delimitación competencial fuese explicada, en cuanto a la eventual habilitación del contralor no jerarca de ingresar a valorar de oficio patologías relativas a los elementos sujeto, procedimiento o forma, de conformidad con el canon 182 de la LGAP. Empero, la permisibilidad del ordinal aludido parece más propia de las potestades jerárquicas naturales, reguladas en el mandato 101 en relación con el 180 ejusdem, así como de la revisión judicial de las conductas administrativas. En el caso de los contralores no jerárquicos, por el contrario, el mismo precepto 180 de esa LGAP señala que, si bien ese tipo órgano puede anular la conducta administrativa, lo hace dentro del contexto de los límites que le impone el mismo Ordenamiento Jurídico, siendo que, de seguido, el canon 181 ibidem, impone la regla de la competencia en relación, a partir de lo cual, el ejercicio revisor depende del recurso de parte interesada y en cuanto a los vicios expresamente alegados.

Sobre ese particular, recientemente, el Tribunal Contencioso Administrativo se ha pronunciado sobre esa posibilidad. En la sentencia No. 001-2020-VI del 04 de enero del 2021, la Sección VI de esa autoridad jurisdiccional, atendió una pretensión de lesividad respecto de una resolución de la Sala II del TFA, en la cual, declaró de oficio la prescripción de la potestad sancionatoria de la AT, al estimar que resultaba aplicable la regla que en esa dinámica regula el numeral 43 del Código Procesal Penal. Para el TFA, dada la regla de integración que estatuye el artículo 155 del CNPT, ante la laguna normativa en materia tributaria, era factible esa aplicación,

producto de lo cual, dispuso anular la sanción impuesta, considerando la prescripción que estimó en el caso.

El debate suscitado en el proceso de lesividad, en uno de sus primeros motivos, gravitaba en torno a la posibilidad de declarar la extinción de esa potestad sancionatoria, mediante la vía de la oficiosidad. En definitiva, en la sentencia aludida, el TCA dispuso acoger el reclamo de lesividad, y declarar la nulidad absoluta del acto administrativo objeto del proceso. En lo relevante expresó:

*“... Por el contrario, si bien existe norma expresa que fija un plazo límite para ejercer dicha potestad (art. 74 CNPT), la dinámica misma de ese tipo de procedimientos, impone que el análisis de la prescripción sea regido por un principio dispositivo, bajo un esquema rogatorio. Así las cosas, frente a esta categoría de procedimientos, no es aplicable la regla de declaratoria oficiosa de prescripción prevista en el numeral 42 del Código Procesal Penal, al tratarse de un mandato aplicable a supuesto diversos a los que se examinan y que no resulta congruente con los principios propios del Derecho Administrativo, que rigen la legalidad administrativa. A la postre, utilizar esa analogía, llevaría a introducir una forma de extinción de infracciones administrativas, diversa a la que se regula de manera expresa en el CNPT, contrario a lo estatuido por el precepto 6 de esa normativa fiscal. De igual manera, cabe destacar que el ejercicio revisor que realiza el TFA es propio de un órgano contralor no jerárquico, en virtud de lo cual, al tenor de la doctrina que imponen los ordinales 181 y 183 de la LGAP, sus competencias se limitan a los motivos y agravios expresamente formulados. De ahí que, al tratarse de una competencia en relación, no sea dable la declaratoria oficiosa de la prescripción, al ser un tema que excede las potestades que le demarca la legislación aplicable. Así puede verse, v.gr., en el precedente No. 03-2016-VIII de las 09.30 horas del 11 de enero del 2016 de este Tribunal Contencioso Administrativo. Por ende, la postura de sostenida por la Sala Segunda del TFA en la 756-S-2018, en la cual, aplicó esa potestad oficiosa, justificando su proceder en el numeral 42 del Código Procesal Penal, presenta una invalidez de grado absoluto, al implementar reglas jurídicas que no son atinentes a los procedimientos sancionadores administrativos. (...)”.*

Para tal conclusión, el TCA realizó un análisis a partir de las reglas de prescripción atinentes a los menesteres determinativos y a los sancionatorios, separando esos

supuestos de la prescripción aplicable a los delitos tributarios, materia en la cual, de manera directa, aplica la normativa especial penal, de conformidad con la remisión que realizan los ordinales 89 y 91 del CNPT.<sup>372</sup> Desde ese plano, en lo que atañe a esas primeras categorías, estimó que las normas regulatorias de la figura de la prescripción extintiva, no habilitaban una declaratoria de oficio de la prescripción, al suponer, en las determinativas, una forma de extinción de obligaciones pecuniarias, sin alegato de parte pasiva. En las cuestiones sancionatorias, estimó, supondría una renuncia de potestades de imperio, sin norma habilitante, contrario a la doctrina propia de los mandatos 59 y 66 de la LGAP.

En torno a ese tema, cabe señalar, el numeral 74 del CNPT establece un régimen de prescripción de las infracciones administrativas tributarias de 4 años, computados a partir del día siguiente a la fecha de la infracción.<sup>373</sup> El análisis de

---

<sup>372</sup> En ese orden, establece el canon 91 aludido:

*“Artículo 91.- **Reglas de prescripción.** La prescripción de los delitos tributarios se regirá por las disposiciones generales del Código Penal y las del Código Procesal Penal.”*

<sup>373</sup> Véase que la norma establece en ese tema:

*“Artículo 74.- Plazo de prescripción. El derecho de aplicar sanciones prescribe en el plazo de cuatro años, contado a partir del día siguiente a la fecha en que se cometió la infracción.*

*La prescripción de la acción para aplicar sanciones se interrumpe por la notificación de las infracciones que se presumen y el nuevo plazo comienza a correr a partir del 1º de enero del año siguiente a aquel en que la respectiva resolución quede firme.*

*En los supuestos del inciso 1 subincisos a) y b) del artículo 81 de este Código, la prescripción de la acción para aplicar sanciones se interrumpe por la notificación de la infracción que se presume y el nuevo plazo comienza a correr a partir del 1º de enero del año siguiente a aquel en que el acto administrativo de liquidación de oficio quede firme.*

*El cómputo de la prescripción de la acción para aplicar sanciones se suspende por la interposición de la denuncia del presunto delito de defraudación, establecido en el artículo*

tal precepto lleva a inferir la inexistencia de permisibilidad expresa que habilite a la AT para tener por fenecidas sus potestades sancionatorias. Ante esa supuesta laguna normativa, y de cara a ponderar la eventual integración de la regla de prescripción de oficio que establece el ordinal 43 del Código Procesal Penal, resultaba fundamental analizar lo señalado en el numeral 155 establece:

*"Artículo 155.- Orden de aplicación. En materia de procedimiento, a falta de norma expresa en este Código, se deben aplicar las disposiciones generales de procedimiento administrativo y en su defecto, las de los Códigos de Procedimientos Civiles o Penales, según el caso de que se trate."*

Este mandato pone en evidencia que, a falta de regulación expresa dentro del CNPT, en menesteres procedimentales, es necesario acudir a la integración con las ordenanzas de la Ley General de la Administración Pública, como primer conjunto normativo de aplicación. Solamente en caso de persistir laguna, aun aplicando esa normativa, serán de aplicación de las reglas del Código Procesal Civil o del Código Procesal Penal, según sea el caso. Esta integración exige considerar que a la luz de lo preceptuado por los ordinales 7 y 9 de la LGAP, el ordenamiento jurídico administrativo está integrado por el conjunto de fuentes escritas y no escritas que le son propias, lo que permite tener como fuente aplicable de ese ordenamiento sectorial, no solamente las fuentes formales normativas, tales como la Constitución Política, la ley, las normas administrativas y demás actos de menor jerarquía, sino además, como piedra angular de esa integración, las fuentes no escritas, tales como la jurisprudencia, doctrina, principios generales del derecho. En esa línea, la misma LGAP en su canon 7, precisa el papel y preponderancia de dichas fuentes al establecer que fungen como herramientas que permiten la

---

*92 del presente Código. Se entenderá no producida la suspensión del curso de la prescripción, si la acusación formal ante el juez competente no se presenta por parte del Ministerio Público en el plazo máximo de cinco años, contado a partir del 1° de enero del año siguiente a aquel en que se presentó la denuncia."*

interpretación, delimitación y alcance de las fuentes escritas, adquiriendo el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, rol que igualmente asumen en caso de ausencia, que no de insuficiencia de aquellas fuentes.<sup>374</sup>

En ese sentido, esas fuentes no escritas resultan aplicables antes de las fuentes escritas del Derecho Privado, poniendo en evidencia la autosuficiencia y autonomía (autopoiesis) del Derecho Administrativo.

De ahí que ante la duda de emitir pronunciamiento de oficio respecto de algún extremo propio de la relación administrativa debatida, como en el caso comentado, referido a la posibilidad de disponer un archivo oficioso de un procedimiento sancionatorio, por la consideración de haber ocurrido la prescripción del ejercicio de la potestad correctiva, es necesario analizar, en primera instancia, la normativa propia del procedimiento sancionador tributario y en caso de haber laguna normativa, acudir a las fuentes del Derecho Administrativo.

En el debate de la prescripción oficiosa, el CNPT no establece regla expresa que permita o faculte a la Administración Tributaria, a declarar de manera oficiosa la preclusión del ejercicio de sus potestades, sea que se refiera a cuestiones determinativas o sancionatorias administrativas. Sobre tal aspecto, el Tribunal Contencioso Administrativo apuntó, tal cuestión tampoco encuentra con regulación expresa en la dinámica de la Ley General de la Administración Pública, normativa que, por el contrario, pone de manifiesto que, las potestades públicas y su ejercicio,

---

374 Señala en precepto 7 de la Ley No. 6227:

*“Artículo 7º.- 1. Las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.*

*2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.*

*3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior.”*

son imprescriptibles (art. 66), a la vez que impone la máxima de que, el acto dictado fuera de plazo es válido para todo efecto legal, salvo regla expresa en contrario. A tono con lo indicado por ese órgano jurisdiccional, la regla de validez de los actos extemporáneos, no implica la negación de reglas concretas que impongan la prescripción de algunas competencias concretas, como es el caso de las prescripciones fiscales reguladas en los numerales 51 y 74 del CNPT, o bien, la ya comentada figura del silencio positivo. De ese modo, las reglas derivadas de la doctrina del ordinal 66 de la LGAP, permitirían sostener la imposibilidad de declinar, de oficio, de la potestad sancionatoria administrativa, salvo regla expresa en contrario que habilite tal posibilidad.

Pese a ello, es menester ponderar la eventual aplicación supletoria del Código Procesal Civil o del Código Procesal Penal. El mismo artículo 155 del CNPT establece que la integración de esas fuentes regulatorias depende de cada caso concreto, por lo que es preciso y necesario analizar la naturaleza primaria de la relación debatida, a fin de establecer qué fuente es la atinente a cada especie. En ese abordaje, el mismo CNPT, clasifica los ilícitos tributarios en infracciones administrativas y delitos tributarios (art. 65). Las primeras son competencia de la misma Administración Tributaria, en tanto que los segundos son resorte del Poder Judicial, mediante la jurisdicción penal. A partir de ello, es claro que las infracciones administrativas se rigen por el tratamiento propio de los procedimientos administrativos, en tanto que, a los delitos fiscales, son aplicables las reglas del proceso penal.

Esta demarcación expresada por el Tribunal Contencioso Administrativo, fija un primer parámetro a considerar para definir las reglas aplicables en el asunto comentado, ya que la especificidad de cada una de esas categorías lleva a identificar las normas y principios de cada una de ellas, acorde a la particular naturaleza jurídica de cada figura. La consideración del Tribunal Contencioso Administrativo sobre ese particular, fue que, si la intención del legislador fuese la aplicación inmediata de las reglas del proceso penal a la dinámica procedimental de las infracciones administrativas, así se hubiera expresado, empero, el CNPT



optó por un sistema gradual, de aplicación supletoria de otras fuentes normativas, dentro de las cuales, apela en primera instancia a las fuentes de los procedimientos administrativos. En esa línea, destacó el carácter independiente de esa rama del Derecho Administrativo, dentro de este, el Tributario, y los principios propios que lo nutren. 375

De lo dicho se desprende que, tratándose de la potestad sancionatoria administrativa, como manifestación del *ius puniendi*, la Administración se encuentra regida por los principios propios del procedimiento administrativo, lo que llevó a ese Tribunal a estimar que del análisis de la normativa propia del CNPT no permite establecer norma habilitante, en ese marco jurídico, que regule de manera expresa una potestad de declaratoria *ex officio* de la prescripción de las obligaciones fiscales, como tampoco de la potestad sancionatoria.

En lo esencial, en el precitado fallo No. 001-2021-VI, el Tribunal Contencioso señaló que, de la ponderación de las potestades determinativas, así como de las sancionatorias por infracciones administrativas, no existe normativa expresa que trate la facultad u obligación de disponer la declaratoria de prescripción, sin alegato de parte interesada. Sobre esa postura, coincidimos en que dada la regla de integración fijada por el precepto 155 del CNPT, en causas determinativas, al

---

375 En ese orden, el ordinal 9 señalado establece:

*"Artículo 9°.-*

*1. El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.*

*2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios."*

estimar la naturaleza pecuniaria de la obligación fiscal, el tratamiento que hace la normativa civil sobre la prescripción extintiva o liberatoria.

En cuanto a las cuestiones sancionadoras administrativas, el fallo destaca que, al tratarse de una manifestación de una potestad administrativa, por virtud del ordinal 66 de la LGAP, la declaratoria de preclusión de ejercicio de esa potestad sancionatoria, impone la existencia de una norma expresa para el fenecimiento de esa potestad, norma que se encuentra positivizada en el canon 74 del CNPT. Sin embargo, esa Cámara advierte que, ese mandato no habilita la declaratoria de oficio de ese efecto liberatorio, a partir de lo cual, estimó que, a tono con las pautas de ese instituto jurídico, solamente puede ser declarada a instancia de parte interesada. Vale destacar el criterio sentado en dicho fallo en cuanto a la improcedencia de una modalidad no reconocida legalmente, de discrecionalidad administrativa para establecer el fenecimiento de la deuda tributaria por este medio.

Resulta notorio que, al ser un medio de extinción de obligaciones fiscales, a la luz del canon 35 ejusdem, precisa de norma expresa para que pueda disponerse de oficio, a partir de lo cual, por aspectos de certeza jurídica, no puede dejarse a la liberalidad del órgano administrativo, la definición de aplicar o no esta modalidad. Se trata de una cuestión sobre la cual debe imperar la seguridad jurídica. Sobre este aspecto, la sentencia de marras señala que no existe un derecho semejante en el capítulo de “Derechos y garantías del contribuyente”, a la vez que el reconocimiento legal del principio de aplicación de la norma más favorable, no lleva a sostener la legitimidad o bien, la exigibilidad de este tipo de pronunciamientos, al margen de requerimiento expreso de parte interesada.

De otro modo, resulta evidente que, de aplicarse ese tratamiento cuestionado, ante ejercicios determinativos o sancionadores, el Fisco no tendría más remedio que declinar el ejercicio de su potestad administrativa y declarar la deuda, o la falta, prescrita, sin siquiera ejercer la apertura de los respectivos procedimientos, aspecto el cual, es claro que atentaría contra la doctrina del precepto 66 de la LGAP, a la vez que impondría un trato *sui generis*, a la figura de la prescripción negativa,

negando, solamente para la dinámica tributaria, el carácter dispositivo y rogatorio de esa figura. En definitiva, el Tribunal estimó inaplicable la regla prevista en el mandato 42 de la normativa procesal penal.<sup>376</sup>

---

376 El desarrollo medular de este análisis se inserta en las siguientes consideraciones:

*“En efecto, tanto a nivel de las potestades determinativas como las represivas externas propias del régimen de las infracciones administrativas, no se observa normativa expresa que trate la facultad u obligación de disponer la declaratoria de prescripción, sin alegato de parte interesada. De ahí que, ante la regla de integración, es claro que, en cuestiones determinativas, considerando la base misma de la obligación, de naturaleza pecuniaria, las reglas de la prescripción negativa que precisa la normativa Civil, no permitan sustentar una extinción oficiosa de la deuda tributaria por la vía de la prescripción. Ahora, en las lides sancionatorias de las infracciones administrativas, al tratarse de una manifestación de una potestad administrativa, por virtud del ordinal 66 de la LGAP, la declaratoria de preclusión de ejercicio de esa potestad sancionatoria, exige de la existencia de norma expresa, la cual, justamente se encuentra en el ordinal 74 del CNPT. Empero, ante el efecto liberatorio que supone dicha prescripción de infracciones administrativas, es consideración de esta Cámara, que a falta de regla expresa que imponga a la Administración la declaratoria de oficio de una prescripción, tal cuestión debe ser expresamente alegada por parte interesada. Nótese que no sería legítimo postular una suerte de "discrecionalidad" en la definición de si se dispone o no, de oficio, la prescripción, pues de existir regla expresa sobre ese particular, no sería un contenido discrecional, sino, reglado, en la medida en que establecida la concurrencia de los presupuestos que le dan cabida, la Administración tendría que declararla. No obstante, en tanto la parte investigada no oponga dicho alegato, pervive la legitimidad del ejercicio sancionador administrativo. Véase que no existe un derecho o garantía a favor del contribuyente infractor, de obtener el beneficio de la extinción de la potestad sancionatoria, mediante una declaración oficiosa de la Administración. Si bien la adición realizada por la Ley No. 9069 del 10 de septiembre del 2012 del Título VI, denominado "DERECHOS Y GARANTÍAS DEL CONTRIBUYENTE", reconoce la aplicación de la regla de uso de la normativa más favorable (ver art. 169 del CNPT), ello no dice de la pertinencia de ese tipo de pronunciamientos oficiosos. Tal visión supondría que ante el análisis de un caso en el que se determine, a priori, que ha fenecido el plazo fijado por el Ordenamiento Jurídico para instruir el procedimiento sancionatorio, tal instrucción no debe llevarse a cabo y, por el contrario, la Administración debe declarar prescrita su potestad, sin siquiera aperturar el expediente. Por el contrario, si bien existe norma expresa que fija un plazo límite para*

A lo resaltado, cabría insistir, el ejercicio revisor que realiza el TFA es propio de un órgano contralor no jerárquico, en virtud de lo cual, al tenor de la doctrina que imponen los ordinales 181 y 183 de la LGAP, sus competencias se limitan a los motivos y agravios expresamente formulados. De ahí que, al tratarse de una competencia en relación, no sea dable la declaratoria oficiosa de la prescripción, al ser un tema que excede las potestades que le demarca la legislación aplicable.

Todo lo anterior pone de manifiesto que, en este ejercicio apelativo, no es dable el abordaje oficioso de incorrecciones que no hayan sido alegadas por las partes recurrentes, siendo, por ende, un motivo sobre el cual se ha sustentado la pretensión de lesividad por parte del Estado, frente a las actuaciones que, como en el caso recién analizado, emprendió el TFA.

Ahora bien, a partir de lo expuesto, deriva que las decisiones dictadas en sede vertical por el TFA, en la medida en que no sean compartidas por la jerarquía máxima del Ministerio de Hacienda, y produzcan, como consecuencia, un beneficio al sujeto recurrente, sea porque anulan las determinaciones fiscales, sanciones o actos de posible control, sometidos a valoración de esa instancia administrativa, dan cabida a la formulación del proceso de lesividad. Se reitera que, aún la desconcentración que ostenta ese Tribunal Administrativo, la lesividad se constituye en una excepción a la imposibilidad de control de oficio que plasma el

---

*ejercer dicha potestad (art. 74 CNPT), la dinámica misma de ese tipo de procedimientos, impone que el análisis de la prescripción sea regido por un principio dispositivo, bajo un esquema rogatorio. Así las cosas, frente a esta categoría de procedimientos, no es aplicable la regla de declaratoria oficiosa de prescripción prevista en el numeral 42 del Código Procesal Penal, al tratarse de un mandato aplicable a supuesto diversos a los que se examinan y que no resulta congruente con los principios propios del Derecho Administrativo, que rigen la legalidad administrativa. A la postre, utilizar esa analogía, llevaría a introducir una forma de extinción de infracciones administrativas, diversa a la que se regula de manera expresa en el CNPT, contrario a lo estatuido por el precepto 6 de esa normativa fiscal.”*

canon 83 de la LGAP, restricción aplicable en sede administrativa, pero, en definitiva, a tono con el régimen actual, no aplicable a la revisión judicial de esas conductas.

Cabe recordar que cosa diversa acontece con las apelaciones de actos dictados por Administraciones Tributarias descentralizadas, pues en esa hipótesis, la lesividad no se constituye en la herramienta que permita a esas entidades, requerir la anulación de un criterio vertical que les parece antagónico con la legalidad administrativa. En esos casos, es el proceso interadministrativo el que permite esa revisión judicial, dentro del cual, la demanda ha de cursarse en contra del Estado, instancia que bien podría acoger las pretensiones deducidas o mantener la postura del TFA. En definitiva, aunque en ambos tipos procesales se formula la pretensión anulatoria, el tratamiento de los requisitos de admisibilidad son diversos, pues en el supuesto objeto de tratamiento, la demanda no es formulada por el Estado, sino por el ente revisado disconforme, a la vez que, en esa variación, no debe acompañarse la declaratoria de lesividad, ni del jerarca de la cartera de Hacienda, ni del máximo jerarca del ente público. Esto ya que, esa declaratoria interna se impone como requisito de ingreso, solamente para la acción de lesividad, no así para los procesos interadministrativos.

Por demás, es notorio que el TFA no será parte dentro del proceso de lesividad, ni siquiera, un amigo de la curia, dado que, la legislación procesal no habilita esa posibilidad de participación, por ser un órgano del Ministerio de Hacienda.

Por otra parte, cabe destacar que la estimación de la demanda de lesividad en contra de las decisiones del TFA, no implica, como regla de principio, la declaratoria de validez del acto de la Administración A quo. En efecto, la sola circunstancia de acoger las causas de invalidez que dan base a la demanda de lesividad, no implica, *per se*, que el acto del inferior administrativo, sea válido. Tal debate es ajeno al proceso de lesividad, que tiene por objeto, se insiste, el análisis del acto firme de contenido favorable. Desde esa arista de análisis, no sería dable ingresar al análisis

de una pretensión declarativa como la señalada, para establecer un reconocimiento de validez de aquel acto final.

En efecto, sin perjuicio de lo establecido en el ordinal 42 del CPCA, que permite la acumulación de pretensiones que no sean incompatibles, en procesos de lesividad no se estima debido ni pertinente que la misma Administración Pública accionante, requiera la declaratoria de validez del acto final. Se trata de un aspecto que escapa al objeto y esencia misma de esa tipología. Distinto es el caso que, a partir de la petición de lesividad, la parte accionada formule reconvención para que se declare la invalidez del acto final. En ese supuesto, como parte integral de la causa, caso de acogerse la pretensión de lesividad en contra del acto firme, es menester ingresar a valorar la legitimidad o no del acto final, como parte de la unidad de la relación jurídico administrativa que está siendo sometida a debate, de conformidad con el artículo 1 del CPCA. Pero ello es distinto a que se pretenda el análisis de validez de una conducta que no ha sido objeto de impugnación. En ese plano, el control contencioso administrativo respecto de los actos administrativos, es de orden negativo, es decir, se aboca al análisis de validez de conductas que han sido impugnadas por parte interesada, por lo que el análisis positivo o afirmativo no se encuentra previsto en dicha regulación procesal.

Cabe aclarar que para lo anterior no es óbice que, en determinados supuestos, en el proceso de lesividad se requiera la anulación no solamente del acto firme, sino de otro conjunto de actos de trámite que le han sustentado. Si bien la lesividad, desde la arista objetiva recae sobre actos firmes, a la luz del ordinal 163.2 de la LGAP, cuando ese acto firme ha sustentado, como es usual, en una serie de actos de procedimiento o de trámite sin efecto propio, el análisis y eventual supresión de aquellos no se contraponen a la lógica de la lesividad por cuanto, justamente, la causa de invalidez puede configurarse a partir de ese acto interno. Es decir, bien puede darse el caso que la causa de nulidad del acto firme se haya producido en ese acto de trámite, deficiencia que ha introducido en el procedimiento de emisión del acto firme, un defecto de tal sustancialidad, que le afecte de manera insalvable. En esa hipótesis, la causa de nulidad es producida por el acto de trámite, el que,

por presentar esa misma patología originaria, bien puede ser anulado por este remedio judicial.

La postura contraria llevaría a negar la posibilidad de anular esas conductas, pese a que pudieran haberse constituido como motivo del vicio que da base a la nulidad, generando estados de incertidumbre en torno a si la estimación de la pretensión de lesividad supone, necesariamente, la nulidad de todo el procedimiento, o solamente del acto final. Este factor es determinante para la claridad de las implicaciones del fallo anulatorio dictado en sede judicial, pues bien, puede darse el caso que los vicios del acto firme sean de orden formal, no de fondo, lo que llevaría a que se repongan las actuaciones necesarias y se adopte la conducta pública nuevamente. A modo de simple referencia, en el caso resuelto en la sentencia No. 001-2021-VI del Tribunal Contencioso Administrativo, arriba comentada, se acogió la demanda de lesividad por el pronunciamiento oficioso de prescripción por parte del TFA. Ello supuso la supresión de ese acto definitivo. Empero, siendo que se había formulado recurso de apelación, el efecto de haber anulado ese acto llevaba a que el jerarca impropio ingresara a analizar los alegatos de las partes recurrentes. Es claro que estas cuestiones que no fueron objeto de análisis por el Tribunal Contencioso Administrativo, al haber dispuesto la nulidad por causas formales.

Por demás, esta postura se sostiene en lo regulado por el ordinal 164 de la LGAP que señala:

*“Artículo 164.-*

*1. La invalidez de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del inválido.*

*2. La invalidez parcial del acto no implicará la de las demás partes del mismo que sean independientes de aquella.”*

Dicho precepto permite desprender que las falencias del acto firme pueden ser propias de la decisión en sí, o de otras instancias antecedentes del procedimiento administrativo. Por ejemplo, una intimación de cargos en régimen disciplinario en la que se alude a los parámetros de prescripción de la LGAP y no a los de la Ley

General de Control Interno, presenta una patología que puede llevar a decisiones indebidas en el final del trámite. Luego, si bien puede anularse ese acto firme, lo cierto del caso es que esa nulidad no supondría, en términos lógicos, la de ese acto de inicio, siendo que la Administración bien podría requerir su supresión y dictar un nuevo traslado de cargos dentro del margen de temporalidad que impone el régimen de fiscalización superior de la Hacienda Pública, de cinco años. Bien puede refutarse que bastaría a la Administración emitir un nuevo acto para superar esa irregularidad, pero en tal caso, se daría la discusión de si esa es la vía idónea para superar esos defectos. En suma, no vemos contradicción lógica en la posibilidad de cuestionar esas decisiones de trámite, siempre que tengan una relación directa con el acto objeto de la lesividad y se acredite la utilidad de ese análisis.

### **3.5. Actos favorables en trámites de solicitudes 102 del CNPT.**

Una figura que se establece para que los sujetos pasivos puedan formular peticiones ante el Fisco y en virtud de las mismas, generan efectos favorables dentro de su respectiva esfera jurídica, es la regulada en el canon 102 del CNPT. A diferencia de la consulta tributaria, plasmada en el numeral 119 del CNPT, en que el trámite administrativo tiene por objeto obtener una respuesta de la Administración en cuanto a la manera en que entiende, considera o interpreta una determinada situación tributaria que ha de ser específica, concreta y actual, en los trámites vía 102 ejusdem, se formula a la Administración un pedimento concreto direccionado a obtener un efecto específico, de contenido favorable. Se trata de una petición para obtener un resultado directo, oponible al contenido de una relación tributaria.

En ese sentido, si bien el CNPT no establece un condicionamiento en cuanto al tipo de gestiones que las personas administradas pueden formular ante la Administración Fiscal, el canon 53 del RPT establece tres modalidades concretas



que precisan los medios de petición administrativa posibles en esa sede,<sup>377</sup> a saber: a. Solicitud de Información, b. Peticiones vía artículo 102 del CNPT y c. Consulta Tributaria.

Es claro que la solicitud de información se trata de una simple petición de obtener determinada datos y detalles que el sujeto pasivo requiere, por ser de su interés, en orden a la configuración de sus deberes fiscales o bien, para adoptar las conductas que estime debidas a partir de esos datos. Por su parte, ya se ha tratado la temática de la consulta tributaria. En ese orden, la figura mencionada en el canon 102 del CNPT se refiere a todo tipo de petición que no tenga por objeto la simple obtención de información o de criterio de la Administración, lo que muestra su carácter residual respecto de aquellos otros dos tipos. En cuanto a su contenido, es el RPT la fuente que presenta una mayor regulación y precisión. El ordinal 55 de esa norma establece que ese tipo de gestiones consisten en toda reclamación sobre un caso real sustentado en razones de legalidad. De igual manera, entiende por tales, las solicitudes que interpongan los contribuyentes para que se les establezca un sistema especial de cálculo de su renta neta presuntiva, de conformidad con el artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

En cuanto al plazo para resolver este tipo de peticiones, el canon 58 del RPT establece un lapso de dos meses computados a partir de la presentación del respectivo trámite. La misma norma, en sintonía con el precepto 102 del CNPT, estatuye que la vulneración de ese plazo lleva a la denegatoria *ficta* de la gestión, sea, a la aplicación facultativa del denominado silencio negativo. Esto se pone en evidencia cuando ambos mandatos aludidos señalan que dicha denegatoria

---

<sup>377</sup> Señala ese precepto 53 del Decreto Ejecutivo No. 38277-H:

*“Artículo 53.- Medios para dirigirse a la Administración Tributaria. Los obligados tributarios podrán dirigirse a la Administración Tributaria, por cualquiera de los siguientes medios: a) Solicitudes de información. b) Peticiones al amparo del artículo 102 del Código. c) Consultas tributarias al amparo del artículo 119 del Código.”*

permite la interposición de los respectivos recursos administrativos y acciones correspondientes, tratamiento que coincide con lo definido por el artículo 261.3 de la LGAP, así como del cardinal 32 del CPCA.<sup>378</sup>

---

378 Establece ese mandato 58 del RPT:

*“Artículo 58.- Plazo para resolver las peticiones.*

*El Director General de la Administración Tributaria o los Gerentes de las Administraciones Tributarias competentes y la Dirección de Grandes Contribuyentes Nacionales, en quienes él delegue, total o parcialmente, están obligados a resolver toda petición planteada por los interesados dentro de un plazo máximo de dos meses, contados desde la fecha de la presentación ante la Administración Tributaria.*

*Vencido el plazo de dos meses sin que la Administración Tributaria resuelva lo que en derecho corresponda, se presume que esta es denegatoria, para que los administrados puedan interponer los recursos y acciones correspondientes; lo anterior, sin perjuicio de que la Administración Tributaria esté obligada a dar respuesta a la petición.”*

Si bien este numeral coincide con la redacción del artículo 102 del CNPT en cuanto a la figura del silencio positivo, es necesario ajustar a este tipo de trámites las situaciones en que, dado el contenido de lo solicitado versus las normas jurídicas que regulan esa situación concreta, pueda darse la figura del silencio positivo, regulado por los ordinales 330 y 331 de la LGAP. Es claro que se trata de un tema que requiere de un análisis más profundo, ajeno a este desarrollo, pero que, en definitiva, merece ser destacado. De otro modo, se estaría afirmando que al margen del contenido autorizatorio de una determinada competencia pública, según las regulaciones legales aplicables, en materia fiscal, el silencio positivo como doctrina, es absolutamente inaplicable. Dicha afirmación no puede ser formulada de manera genérica y absoluta, sino que ha de ser ponderado en cada caso concreto. Verbigracia, cuando la petición tiene por objeto la aplicación de un régimen de exoneraciones en el cual, acorde a los numerales 5 y 61 del CNPT, la ley fija el hecho exento, así como los requisitos para su otorgamiento, los que son reclamados y satisfechos por el sujeto pasivo, pese a lo cual, en el plazo aludido, no recae respuesta expresa, es dable cuestionarse si por regla genérica debe tenerse por denegada la solicitud. Lo anterior considerando que al imponer la ley esas exigencias y presupuestos, podría afirmarse que se trata de una competencia de contenido reglado. Ergo, si el Ordenamiento Jurídico fija no solamente el hecho exento y los requisitos a satisfacer, así como la consecuencia jurídica de ese trámite, sería dudoso y por demás debatible partir de una regla genérica de denegatoria ficta. Con todo, en caso de duda sobre esa aplicación, es notorio que ha de aplicarse la regla prevista por la norma, sin embargo, ello no cierra el debate expuesto.

Ahora, en la medida en que el objeto de la petición administrativa sea el otorgamiento de una situación concreta de contenido favorable para el sujeto pasivo, como sería el caso típico del otorgamiento de una exoneración subjetiva, la aplicación y reconocimiento de un régimen de exoneración (total o parcial) en el trámite determinativo, o en general, la declaración de un derecho subjetivo a favor del gestionante, es evidente que bien puede darse el caso que el acto final que se dicte en ese tipo de reclamaciones, pueda contener un criterio que, luego, se estima lesivo a los intereses fiscales. Puede citarse el caso de un reclamo para que se declare la existencia de una suma pagada de manera indebida o en exceso, en cuyo análisis, el Fisco declara el derecho de crédito del sujeto pasivo, pero luego, determina que existe un yerro en el criterio aplicado al caso concreto.

En tal tipo de supuestos, la misma doctrina de intangibilidad de actos propios, exige que la Administración Pública acuda a las vías de supresión oficiosa de las conductas de contenido favorable, a efectos de que se disponga la invalidez de ese tipo de actuaciones y con ello, lograr la eliminación de la situación jurídica generada.

Desde esa óptica, no podría la Administración simplemente desconocer esta rigurosidad apelando a supuestas potestades determinativas, ya que, se insiste, el crédito fiscal fue conferido de manera expresa por acto administrativo en el que se reconoció esa aplicación.

Lo mismo cabe señalar en el supuesto de otorgamiento de un régimen fiscal favorable. En esa hipótesis, es menester distinguir entre el otorgamiento de un determinado régimen de orden subjetivo, de aquellas situaciones en que las potestades de fiscalización y determinación permiten verificar la efectiva concurrencia de las circunstancias fácticas y jurídicas que componen el presupuesto normativo del beneficio fiscal. Por ende, si el defecto del acto que otorga el referido beneficio o régimen benevolente, estriba en la ausencia de cumplimiento de las condiciones subjetivas aplicables al caso, debe acudir a las formas de supresión oficiosa mencionadas.

Por contraste, si el dilema se presenta por actos del sujeto pasivo que se orientan hacia la aplicación de un beneficio fiscal aplicable directamente por una norma jurídica, sin necesidad de acto de reconocimiento subjetivo, bastará la aplicación directa de la potestad determinativa para ajustar el deber contributivo. De igual manera, si en el ejercicio concreto del régimen preferencial fiscal se dan actos concretos de auto determinación que no sean congruentes con el contenido del régimen otorgado, igualmente serán aplicables las competencias determinativas. Se insiste, si se trata de la patología del otorgamiento o mantenimiento de ese régimen subjetivo por variación o deficiencias de condiciones, es menester tutelar la doctrina del numeral 34 de la Constitución Política.

Un caso digno de mencionar se refiere a las solicitudes de aplicación de créditos tributarios. Como se ha señalado, una de las gestiones típicas en materia fiscal que supone, caso de otorgarse de manera positiva, el conferimiento de una situación de contenido favorable, propia de un derecho subjetivo, es la configuración de créditos fiscales derivados de pagos en exceso o indebidos por parte del sujeto pasivo. El numeral 43 del CNPT regula este supuesto, distinguiendo según la fuente generadora del crédito.<sup>379</sup>

---

**379 “Artículo 43.- Pagos en exceso y prescripción de la acción de repetición**

*1.- Créditos por pagos indebidos: los contribuyentes y responsables tienen acción para reclamar la restitución de lo pagado indebidamente por concepto de tributos, sanciones e intereses. Solo se reconocerán intereses, si el pago fue inducido o forzado por la Administración Tributaria, en cuyo caso serán intereses del tipo establecido en el artículo 58. Dicho interés correrá a partir del día natural siguiente a la fecha del pago efectuado por el contribuyente.*

*2.- Créditos por pagos debidos: los contribuyentes y responsables tendrán acción para reclamar la restitución de los pagos debidos en virtud de las normas sustantivas de los distintos tributos que generen un derecho de crédito a su favor, pagos a cuenta, siempre que no exista deber de acreditación para el pago de nuevas deudas, según la normativa propia de cada tributo. En estos casos, la Administración deberá reconocer un interés igual al*

a) *Créditos por pagos indebidos.*

En este supuesto se incluye todo pago realizado por el sujeto pasivo, que sea haya realizado a propósito de una carga fiscal que no le era aplicable, sea, porque no incurrió en el hecho generador de la obligación, por haber cumplido el deber material pese a encontrarse exento, o bien, por un pago en demasía, en exceso del que procedía en la relación concreta. Consiste en una petición que ejerce el administrado como derivación de un derecho de obtener la devolución de sumas que ha pagado de manera indebida, sea por error, defecto, exceso o duplicidad.<sup>380</sup>

La procedencia aludida puede darse en algunos ejemplos:

- una persona contribuyente del impuesto sobre las utilidades que incluya dentro de la base imponible capitales repatriados por concepto de inversiones realizadas en otro país. Por el momento, nuestro país aplica

---

*establecido en el artículo 58 de este Código, interés que correrá a partir de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud de devolución, si no se ha puesto a su disposición el saldo a favor que proceda de conformidad con la normativa propia de cada tributo.*

*En todos los casos, la acción para solicitar la devolución o compensación prescribe transcurridos cuatro años a partir del día siguiente a la fecha en que se efectuó el pago, o desde la fecha de presentación de la declaración jurada de la cual surgió el crédito. Transcurrido el término de prescripción, sin necesidad de pronunciamiento expreso de la Administración Tributaria, no procede devolución ni compensación alguna por saldos acreedores.*

*De previo a ordenar la devolución de un crédito, la Administración Tributaria podrá compensar de oficio, conforme se indica en el artículo 45 de este Código, en cuyo caso se restituirá el saldo remanente a favor, si existe.”*

<sup>380</sup> En ese sentido, el canon 205 del RPT define expresa que ha existido pago indebido, cuando no exista sustento legal para el cobro del mismo o se encuentre el obligado en presencia de un beneficio fiscal. En tales casos, el crédito generado es líquido y exigible inmediatamente después de realizado el pago.

un sistema de renta territorial, por lo que, la repatriación de capitales no constituye parte de la base imponible del impuesto aludido, de conformidad con los ordinales 1 y 2 de la Ley No. 7092.

- El pago del impuesto a la actividad personal dependiente, mediante la retención en la fuente, a una persona asalariada cuyo ingreso bruto se encuentra por debajo del tramo exento.
- La aplicación de la retención en la fuente del tramo del 10%, a la totalidad de ingresos brutos salariales de un trabajador cuya remuneración supera el primer tramo exento.

Ahora bien, dentro de este ámbito debe añadirse que el pago indebido incluye el que se haya sustentado en normas legales que imponían el deber fiscal y que luego fueron declaradas inconstitucionales, siempre que la Sala Constitucional no haya realizado algún dimensionamiento en cuanto a los efectos de la supresión de la norma. Un caso de necesaria mención se dio en la anulación de la Ley No. 9024, Ley del Impuesto a las Personas Jurídicas, hoy superada por la Ley No. 9428, mediante la resolución número 2015-0001241 de las once horas treinta y un minutos del veintiocho de enero de dos mil quince; dentro de la tramitación del expediente judicial número 12-016277- 0007-CO; y que anuló los artículos 1, 3 y 5 de la Ley de referencia.

En ese fallo, pese a que se dispuso que la base legal de la obligación propia del impuesto a las personas jurídicas, ese Tribunal Constitucional no solamente dimensionó en el sentido que las sumas pagadas en virtud de la norma ilegítima no generaban un derecho de reintegro, sino además dispuso que las obligaciones generadas en el curso de vigencia de esa ley, que no hubieran sido canceladas, eran válidas, con la correlativa potestad del Fisco de emprender las acciones cobratorias en contra de los deudores morosos. En ese sentido señaló:

*“(...) IX. Conclusión. Por unanimidad la acción planteada debe rechazarse de plano respecto a los reclamos dirigidos contra los artículos 2, 3 en parte, 4, párrafo in fine, 6, 7 y 8 de la Ley N°9024*

denominada “Impuesto a las Personas Jurídicas” y sobre el reclamo por violación del artículo 190 de la Constitución Política, porque ninguna de tales normas tiene aplicación dentro del asunto base que ha ofrecido el accionante. En cuanto al fondo, la mayoría declara parcialmente con lugar la acción planteada y, en consecuencia, se anulan los artículos 1, 3 y 5 de la Ley N° 9024, Impuesto a las Personas Jurídicas, por la infracción al principio de publicidad–básico en un Estado Constitucional de Derecho- cometida por la Asamblea Legislativa, durante la tramitación del proyecto de ley, ya que, se publicó un proyecto y luego, a través de uno sustitutivo que nunca fue publicado, se variaron cuestiones esenciales del impuesto, relativas a los sujetos pasivos (obligados), tarifa y sanciones no previstas originalmente. Los Magistrados Cruz Castro, Castillo Víquez y Hernández López salvan el voto y declaran sin lugar la acción en cuanto a los citados artículos. Los Magistrados Armijo, Jinesta y Salazar dan razones adicionales. X. Dimensionamiento en el tiempo de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad. Ciertamente a tenor del artículo 91, párrafo 1°, de la Ley de la Jurisdicción constitucional, toda declaratoria de inconstitucionalidad, por principio, tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma impugnada, todo sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe (eficacia ex tunc). Empero, el párrafo 2° del mismo numeral 91 de ley del rito constitucional habilita a este Tribunal Constitucional para graduar o dimensionar en el espacio, tiempo o la materia sus efectos retroactivos, dictándose las medidas necesarias para evitar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social. En materia tributaria, resulta de primordial relevancia el dimensionamiento en el tiempo de un fallo estimatoria de inconstitucionalidad, habida cuenta, que su efecto retroactivo podría generar graves dislocaciones tributarias o financieras, por tratarse de ingresos percibidos por la Hacienda Pública y, en la mayoría de los casos, presupuestados y ejecutados en presupuestos públicos sucesivos. Por lo anterior, se impone dimensionar o graduar en el tiempo la declaratoria de inconstitucionalidad, de manera que la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá un efecto prospectivo que se iniciará a partir del período fiscal 2016. De modo, que todos los contribuyentes deben pagar el monto correspondiente al período fiscal 2015 y, obviamente, los anteriores si se encuentran morosos, so pena de verse sometidos a las multas, intereses y demás sanciones previstas en la ley ahora se declara inconstitucional (...).”

Se trata de un caso por demás debatible y opinable, dado que la Sala Constitucional, mediante la potestad de dimensionamiento, legitimó la vigencia y efectos de una norma que estimó, era inconstitucional por deficiencias de trámite legislativo. Es decir, pese a establecer la invalidez de la norma, avaló sus efectos, producto de lo cual, mantuvo las obligaciones tributarias derivadas de ese ciclo de eficacia. Esto supone que esas relaciones fiscales tienen una base ilegítima, pero de contenido válido, por la decisión adoptada por ese Tribunal.

Empero, en tesis de principio, la supresión por inconstitucionalidad de una ley, no podría sustentar el cobro tributario, pues la base misma de la obligación es contraria a derecho. Ergo, salvo los casos de dimensionamiento, los pagos realizados al amparo de una ley fiscal anulada por esos medios, daría cabida a la formulación de las gestiones de crédito fiscal por pago indebido.

Lo mismo cabe señalar en cuanto a los pagos derivados de determinaciones tributarias que hayan sido declaradas inválidas, sea en sede administrativa o judicial. En ese sentido, cuando el obligado tributario opte por pagar bajo protesta y posteriormente, logre obtener la declaratoria de nulidad de esa conducta, surge el derecho de obtener la declaración del respectivo crédito fiscal.

Así, el pago indebido se refiere al que, en principio, ha realizado el sujeto pasivo con error en el cumplimiento del deber material. Caso que se disponga la invalidez de grado absoluto de alguna conducta determinativa en virtud de la cual el sujeto pasivo haya satisfecho un pago determinado, emerge el derecho de obtener el reintegro de esas sumas, pues en esa medida, el pago derivado de un acto respecto del cual, ante el reclamo de parte interesada, se dispone la invalidez de su contenido, sería un pago que se deriva de un acto ilegítimo; empero, tal consecuencia jurídica deriva del efecto retroactivo de la nulidad absoluta, acorde al precepto 171 de la LGAP, que implica la ilegitimidad del contenido y efectos derivados del acto nulo.

A modo de simple referencia, el anterior Decreto Ejecutivo No. 29264-H “Reglamento General de Gestión, Fiscalización y Recaudación Tributaria”, en el



precepto 95, regulaba supuestos (enunciativos) en los que se consideraba que se configuraba un pago indebido. En la actualidad, el Decreto No. 38277-H, "Reglamento de Procedimientos Tributarios", del 07 de marzo del 2014, regula dicha figura en el numeral 205. En ese orden, esa última norma señala que se considera pago indebido el realizado dentro de una relación jurídica en la cual, se produzca alguna de las siguientes circunstancias o supuestos:

- 1) Cuando se haya producido una duplicidad en el pago de deudas tributarias.
- 2) Cuando la cantidad pagada haya sido superior al importe de las deudas tributarias liquidadas por la Administración o autoliquidadas por el propio obligado tributario.
- 3) Cuando la Administración rectifique, de oficio o a instancia del interesado, cualquier error material, de hecho, o aritmético en una liquidación u otro acto de gestión tributaria y el acto objeto de rectificación hubiese motivado un ingreso indebido.
- 4) Cuando producto de un reclamo, se emita una resolución favorable al interesado.
- 5) Cuando producto de una autoliquidación, se haya hecho una determinación incorrecta del impuesto, generando un saldo a favor del contribuyente. Debe rectificarse la autoliquidación como paso previo a solicitar la compensación o devolución.
- 6) Cuando se hayan practicado retenciones a un sujeto exento y este demuestre la exención subjetiva. Cuando el porcentaje de la retención exceda al que legalmente corresponda, únicamente respecto a dicho exceso, siempre que este pago indebido haya ingresado.

Justamente el inciso 4) de ese precepto permite establecer que la nulidad del acto determinativo, conlleva a la declaración del respectivo derecho de crédito, siempre que las sumas determinadas hayan sido canceladas de manera efectiva por el sujeto pasivo.

En esta dinámica, la devolución muestra diferencia si el pago fue derivación de un actuar espontáneo del sujeto pasivo, de si fue consecuencia de un acto de determinación emitido por la AT. En el primer caso, el derecho de crédito incluye solamente el monto pagado, al que debe añadirse la respectiva indexación, como derivación de lo estatuido por el canon 123 del CPCA. En el otro supuesto, en la medida en que el acto deriva de un acto de requerimiento fiscal emitido por la misma Administración, además de la devolución del monto respectivo, es menester el reconocimiento del interés legal a la tasa financiera prevista en el numeral 58 del CNPT. Según lo estatuye el mismo numeral 43 ejusdem, ese interés correrá a partir del día natural siguiente a la fecha del pago efectuado por el contribuyente.

b) Pagos debidos.

La otra modalidad de constitución de créditos fiscales, se da a partir de los pagos realizados por los contribuyentes o responsables, en virtud de las normas sustantivas de los distintos tributos que generen un derecho de crédito a su favor, pagos a cuenta. Empero, la misma norma condiciona que esa devolución se condiciona a que no exista deber de acreditación para el pago de nuevas deudas, según la normativa propia de cada tributo.

La norma establece que, en estos supuestos, la Administración debe reconocer un interés igual al establecido en el artículo 58 del CNPT, el que corre a partir de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud de devolución, si no se ha puesto a su disposición el saldo a favor que proceda de conformidad con la normativa propia de cada tributo.

En ambos supuestos aludidos, sea, en pagos debidos o indebidos, el acto de declaración del derecho de crédito no genera, *per se*, el derecho de devolución de las sumas canceladas. En efecto, la puesta a disposición del saldo acreedor, depende de que la AT no ejerza la potestad de compensación de oficio, en los términos que establece el canon 45 de esa misma codificación.

Para los efectos, dicho numeral establece:

**“Artículo 45.- Casos en que procede**

*El contribuyente o responsable que tenga a su favor créditos líquidos y exigibles por concepto de tributos y sus accesorios podrá solicitar que se le compensen con deudas tributarias de igual naturaleza y sus accesorios, determinadas por él y no pagadas, o con determinaciones de oficio, referentes a períodos no prescritos, siempre que sean administrados por el mismo órgano administrativo. Asimismo, la Administración Tributaria quedará facultada para realizar la compensación de oficio.*

*Tratándose del impuesto general sobre las ventas y el selectivo de consumo serán también compensables las deudas o los créditos que por concepto de estos tributos se generen en trámites aduaneros, con los generados ante la Dirección General de Tributación.*

*También, son compensables los créditos por tributos con los recargos y las multas firmes establecidos en este Código.*

*De previo a ordenar la devolución de un crédito, la Administración Tributaria podrá compensar de oficio, conforme se indica en el artículo 45 de este Código, en cuyo caso se restituirá el saldo remanente a favor, si existe.”*

De esa manera, se insiste, el derecho de devolución en efectivo se encuentra supeditado a la concurrencia de varios factores, sea:

- petición administrativa cumpliendo las formas debidas,
- existencia de un pago en exceso o indebido como derivación de un acto determinativo o sancionatorio que posteriormente fue anulado, o bien, como derivación de la aplicación de un sistema de créditos fijada por norma concreta de cada tributo,
- gestión presentada en tiempo debido<sup>381</sup>

---

<sup>381</sup> El numeral 43 del CNPT establece una prescripción de 4 años para el ejercicio de la facultad bajo análisis. En el caso de los pagos que se estimen indebidos por la supresión por invalidez del acto base del pago reclamado, el plazo se computa desde el momento en que se disponga y comunique la respectiva nulidad, pues es a partir de ese instante que el sujeto pasivo se encuentra en posibilidad objetiva de conocer la existencia de la causa de ilegitimidad o

- que no existan deudas fiscales respecto de las cuales la AT ejerza la potestad de compensación.<sup>382</sup>

Ahora bien, sea que se haya aceptado de manera expresa la compensación o que se haya producido por la vía del acto presunto que se produce por la aplicación de la figura del silencio positivo que reconoce ese precepto aludido, cuando la AT estima que ese efecto es contrario a legalidad por estimar que la aplicación del crédito era improcedente, pareciera claro que la forma legítima que tendría el Fisco para requerir el pago de las obligaciones compensadas, debe ser el proceso de lesividad o bien, si la nulidad es evidente y manifiesta, el mecanismo regulado en el ordinal 173 de la LGAP. Sin embargo, el artículo 210 del RPT, introduce un tratamiento diverso que permite a la AT requerir la devolución de las sumas que fueron reconocidas de manera indebida. Esta norma, incluso hacer recaer en el

---

improcedencia del pago. Se trata de un supuesto particular en el que no aplica la regla general prevista por el mencionado ordinal 43, siendo claro que no podría correr el plazo cuando no se ha establecido la patología del acto en que se ha sustentado la obligación fiscal. Lo contrario haría correr plazos prescriptivos a quien, por justa y lógica causa, no se encuentra en posibilidad objetiva de emprender las sendas de reclamación necesarias para obtener la devolución.

382 Sobre la compensación oficiosa, el canon 209 del RPT estatuye:

*“Artículo 209.- Compensación de oficio.*

*En la compensación de oficio se aplican las reglas de imputación de pagos establecidas en este Reglamento.*

*Mediante resolución general, la Administración Tributaria, podrá establecer mecanismos de compensación por períodos e impuestos específicos.*

*La compensación de oficio se hará respecto de los tributos que la Administración tenga incorporados en la Cuenta Integral Tributaria o en cualquier otro sistema de registro de créditos y débitos que venga a suplantarla y de acuerdo al desarrollo que los sistemas informáticos le permitan.*

*Corresponde efectuar la compensación de oficio a la Administración Tributaria a cuya competencia territorial pertenezca el obligado tributario, salvo que se trate de compensaciones efectuadas masivamente.”*

sujeto pasivo el deber de advertir a la Administración sobre la improcedencia del crédito, dentro del quinto día hábil posterior a la recepción de las sumas devueltas.

Si bien la norma es aplicable al tema de las devoluciones de oficio de saldos acreedores, es claro que sería igualmente aplicable a cualquier acto administrativo que tenga como contenido la aplicación de un crédito fiscal indebido a alguna deuda tributaria, sea total o parcial, indistintamente de que ese crédito se haya aplicado por una compensación de oficio, a gestión de parte, o bien, por una devolución de supuestos saldos acreedores.

Señala ese precepto:

*“Artículo 210.- Devolución de oficio de saldos acreedores.*

*La Administración Tributaria puede disponer de oficio la devolución de saldos acreedores, previa compensación con deudas líquidas y exigibles que posea el obligado tributario. No obstante, podrá dispensar del trámite previo de compensación de oficio, las devoluciones de determinados tributos según lo establezca mediante resolución general.*

*Si por circunstancias desconocidas por la Administración, la devolución no procedía en todo o en parte, el interesado debe advertirlo a esta, dentro del quinto día hábil siguiente a la puesta a disposición del monto de la devolución.*

*La Administración Tributaria emitirá, cuando corresponda, una resolución que revoque total o parcialmente lo devuelto, adjuntando el formulario de pago correspondiente, concediendo al interesado un plazo de quince días hábiles para que ingrese al Fisco lo devuelto indebidamente, de lo contrario la deuda correspondiente generará intereses al vencimiento de este plazo.”*

Nótese que la norma impone un plazo de cinco días al receptor de la devolución para que advierta al Fisco del yerro. En caso contrario, ese mandato concede a la AT la potestad de “revocar” total o parcialmente el acto de reconocimiento de devolución, lo que incluye, desde luego, la actuación material de giro o transferencia de los fondos respectivos. En ese supuesto, la misma resolución que suprime el

reconocimiento del derecho de crédito, adjunta el formulario el reintegro de las sumas giradas, dentro del plazo de quince días, so pena del cómputo de los intereses legales.

Si bien la norma pretende establecer una forma práctica de obtener la devolución de sumas reconocidas y giradas de manera indebida, resulta altamente cuestionable la utilización de esa modalidad a contrapelo de los mecanismos legalmente establecidos en torno a la anulación de actos de contenido favorable. En efecto, si se revisa el CNPT, no se encuentra norma habilitante para ese proceder, siendo que, el criterio de eficiencia en la devolución de las sumas giradas de manera indebida, no legitima, en sí mismo, la utilización de semejante potestad. A la postre, ese tratamiento implica desaplicar el contenido de un acto favorable y disponer su “revocación”, término que debe tenerse como sinónimo de anulación, dejando sin efecto aquella decisión, pero, además, imponiendo un efecto inmediato de reintegro.

No obstante, el CNPT establece sanciones considerables en contra de los sujetos pasivos que hayan gestionado devoluciones improcedentes o en exceso, así como los que se hayan beneficiado de la recepción de esos créditos. En ese sentido, en el numeral 81 de esa normativa, acorde a la reforma realizada por el artículo 1° de la ley No. 9069 del 10 de setiembre del 2012, "Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria", en el inciso 1, letra c) estima como conductas que suponen la aplicación de la infracción denominada “Infracciones materiales por omisión, inexactitud, o por solicitud improcedente de compensación o devolución, o por obtención de devoluciones improcedentes”, regula los siguientes supuestos:

- a. Solicitar la compensación o la devolución de tributos que no proceden.

Acorde a esa norma, este supuesto se concreta cuando el sujeto pasivo haya solicitado la compensación o la devolución de tributos sobre sumas inexistentes o por cuantías superiores a las que correspondan. En relación, la sanción aplicable estará constituida por la diferencia entre la cuantía solicitada y la procedente.

Nótese que la norma sanciona la simple solicitud de compensación o devolución que sean improcedentes. El análisis de la aplicación de esta sanción exige de la ponderación del componente subjetivo de la infracción de cara a establecer su antijuridicidad material. Lo anterior ya que no basta la mera petición administrativa con resultado improcedente para poder imponer la sanción. Para poder aplicar el tipo sancionable, es necesario acreditar la mala fe del petente o bien, la notoriedad de la improcedencia, pues bien pueden darse aspectos de error de hecho o de derecho que sean permisibles, y que hayan dado base o sustento a la petición.

En ese sentido, la improcedencia de la sanción por aspectos derivados de la opinabilidad de criterio, o por posturas jurídicas que son permisibles, aun y cuando no aceptadas por el Fisco, no podrían constituirse en causa de la sanción. De otro modo, se estaría cercenando la facultad de gestión o de petición administrativa, en contra de la doctrina del numeral 49 de la Constitución Política, por cuanto, ante el riesgo de obtener un resultado negativo en el trámite de devolución o compensación, el sujeto pasivo estaría siendo orientado a no requerir este tipo de gestiones. Una interpretación literal en este supuesto, se traduciría en un fin perverso de la norma, minimizando, por las razones dichas, el uso de este tipo de trámites.

- b. Obtener indebidamente devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo.

Sobre este tipo, la norma establece que se configura cuando el sujeto pasivo haya obtenido indebidamente la devolución de tributos sobre sumas inexistentes o por cuantías superiores a las que correspondan. En este caso, la base de la sanción será la cantidad devuelta indebidamente.

Como se puede observar, la definición de la conducta reprochable ya no radica en la mera solicitud, sino en la obtención efectiva y material de las citadas devoluciones. Este supuesto atiende tanto a quienes hayan solicitado y obtenido esas partidas, como aquellos sujetos que habiendo recibido de oficio la devolución

improcedente, no cumplieren con el deber de informar al Fisco sobre el yerro cometido.

De nuevo, la norma requiere de su debida interpretación de cara a no incurrir en aplicaciones ilegítimas, pues en los supuestos en que el sujeto pasivo recibiere la devolución y dentro del plazo de cinco días hábiles que fija el numeral 210 del RPT, reintegrare esas partidas, no vemos la antijuridicidad de su comportamiento y, en consecuencia, sería improcedente aplicar esta sanción.

Así visto, es lógico establecer que la sanción prevista en los supuestos c) y d) del inciso 1) del artículo 81 del CNPT, sería aplicable ante gestiones temerarias, improcedentes en las que se acredite la mala fe y ardid de la parte gestionante para obtener un beneficio patrimonial injustificado, mediante el indebido otorgamiento o reconocimiento de un crédito tributario o devolución. De igual manera, sería aplicable cuando con esa misma mala fe, el destinatario de sumas improcedentes, no gestione el reintegro de esas transacciones.

Con todo, la configuración de ambos supuestos exige, a modo de elemento prejudicial, la emisión de una resolución fundada que ponga en evidencia la improcedencia del crédito o devolución gestionado, o bien, que ponga en evidencia la ilegalidad de los giros realizados a favor del sujeto pasivo, caso de las devoluciones de oficio. Este es un elemento cardinal sin el cual, no podría definirse el tema sancionatorio.

Lo expuesto pone en evidencia la relevancia con que la normativa tributaria ha regulado el tema de las compensaciones, créditos o devoluciones, pretendiendo no solamente el reintegro a corto plazo de las sumas indebidamente giradas, sino a la vez, la fijación de un sistema de multas gravoso, con claridad, disuasivo de este tipo de conductas.

Para mejor comprensión de esos supuestos, es menester precisar que, en cuanto a las devoluciones, el artículo 47 del CNPT precisa que son improcedentes si corresponden a saldos acreedores de períodos fiscales respecto de los que haya prescrito el derecho del Fisco para determinar y liquidar el tributo.



Ahora bien, una vez declarado el derecho de crédito, el sujeto pasivo puede requerir su aplicación a modo de compensación a alguna deuda fiscal. En esa línea, es necesario que el obligado gestionante lo consigne en el formulario respectivo de autoliquidación y pago correspondiente al impuesto que cancela y al que pretende aplicar su derecho de crédito, o bien, en el formulario oficial de pago. Lo anterior supone que la aplicación por la vía de la compensación, es factible, en primera instancia, respectivo del tipo de tributo específico por el cual se ha constituido el crédito. Solamente ante la ausencia de pasivos respecto de ese impuesto concreto, es que puede gestionarse la aplicación de esa modalidad a otras líneas tributarias, en el entendido que la Administración Activa a cuyo favor se canceló en exceso o de manera improcedente, sea la misma a la que pretenda oponerse el crédito. Es decir, los créditos derivados de tributos nacionales, no podrían compensarse con los locales o descentralizados y viceversa.

En ese mismo camino, cumplidos los requisitos de las devoluciones<sup>383</sup>, y cuando se haya comprobado la existencia del saldo acreedor, corresponde al Gerente de la Administración Tributaria Territorial respectiva o a la Dirección de Grandes

---

383 Sobre tales exigencias, el ordinal 212 del RPT fija las siguientes:

*“Artículo 212.- Requisitos generales para la procedencia de las devoluciones.*

*a) Presentar el formulario impreso o electrónico que para los efectos disponga la Administración Tributaria debidamente lleno. b) Estar al día en todas sus obligaciones formales y materiales, incluyendo el pago de sanciones impuestas por infracciones administrativas.*

*c) Cumplir con los demás requisitos generales y específicos que establezca la Administración Tributaria, mediante resolución de carácter general.*

*Si la solicitud no cumple con alguno de los requisitos antes indicados, el órgano competente para la tramitación de la solicitud, requerirá al interesado para que, en el plazo de diez días hábiles, subsane la falta aportando los documentos pendientes, con indicación de que, si así no lo hiciera, se declarará sin derecho al trámite y se ordenará su archivo, teniéndose como no presentada su gestión.”*

Contribuyentes Nacionales, emitir la resolución de devolución, en la que se liquida tanto el principal como los intereses si corresponden.<sup>384</sup>

El numeral 208 del RPT señala que el pronunciamiento expreso de la AT solamente es necesario si estima pertinente denegar total o parcialmente la compensación, lo que deberá realizar mediante resolución motivada. En estos supuestos, la deuda fiscal que se pretendía compensar, debe cancelarse en el lapso de diez días hábiles siguientes a la comunicación de dicha denegatoria, junto con los intereses respectivos. Por otro lado, la omisión de respuesta lleva a tener por otorgada la petición, según lo impone de manera expresa el párrafo *in fine* del citado numeral reglamentario.<sup>385</sup>

En cuanto al pago de intereses, el cardinal 217 del RPT fija el siguiente tratamiento:

1) Crédito por pago debido: En todos los casos los intereses correrán a partir de los tres meses siguientes a la presentación de la solicitud de devolución de crédito y hasta que se ponga a disposición del interesado el crédito. No obstante, no se reconocerán intereses por las demoras en el trámite atribuibles al solicitante.

2) Crédito por pago indebido: En estos casos los intereses se reconocen únicamente cuando el pago que genera el crédito haya sido inducido o forzado por la Administración Tributaria y corren a partir del día siguiente de dicho pago o de la declaración que lo origina.

---

384 De conformidad con el numeral 216 del RPT, contra el acto final que resuelve la solicitud de devolución, el interesado puede interponer el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal Administrativo, dentro del plazo de los treinta días siguientes a la fecha de su notificación.

385 Ese párrafo en cuestión no da paso a duda alguna en cuanto impone el silencio positivo en esas peticiones, en cuanto señala: “*Se entenderá como aceptada la compensación en caso de silencio por parte de la Administración Tributaria.*”

Es claro que tanto las solicitudes de compensación como las de devolución derivan de la misma fuente, sea, el reconocimiento del derecho de crédito a favor del sujeto pasivo. De ahí que la discusión aludida es afín a ambas figuras. Por el momento, la regulación establece un trámite ajeno a la vía de la nulidad oficiosa prevista en la LGAP, como de la lesividad judicial para enmendar los reconocimientos indebidos de derechos de créditos fiscales, en cualquiera de ambas modalidades aludidas. Se asigna la simple potestad, inmediata, de revocación del acto, requerimiento de devolución de las sumas giradas, el pago de las diferencias tributarias determinadas, a la vez que el sujeto infractor se ve expuesto a la aplicación de las sanciones previstas en el ordinal 81 del CNPT. Ergo, si bien se impone el deber administrativo de emitir esas conductas mediante resolución motivada, es una excepción al régimen intangibilidad de actos propios, solamente aplicable a materia fiscal, sin duda, sustentada en la relevancia que para las finanzas públicas tiene este tipo de flujo de dinero.

Con ello, en este tipo de relaciones, la exigencia de formular acciones de supresión de las conductas públicas se asigna al sujeto pasivo (y no a la AT), quien, caso de no estar conforme con el requerimiento de devolución o sanciones impuestas a la luz del ordinal 81 del CNPT, puede ejercer las reclamaciones recursivas en sede administrativa o bien, acudir a la instancia judicial a pretender la anulación de esos comportamientos. En suma, pese a ser actos de contenido favorable, la AT cuenta con facultades plenas para invalidar esos actos, en la sede administrativa, sin mayor trámite adicional.

### **3.6. Actos dictados en procedimientos sancionatorios.**

Un aspecto de especial relevancia dentro del ámbito de la materia fiscal, en orden a los parámetros fijados por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en la tantas veces mencionada (y analizada) sentencia No. 1332-2010, se refiere a los actos que se dicten dentro de una causa sancionatoria en la cual, se impone un efecto liberador de la responsabilidad del sujeto pasivo o responsable incumpliente,

derivado de un acto que presenta una deficiencia estructural. Es claro que las razones de invalidez de ese tipo de comportamientos podrían ser de cualquier naturaleza, derivada de indebidas ponderaciones probatorias, deficiencias en la base fáctica que constituye el motivo del acto, sea, errores de hecho, o bien, imperfecciones en la aplicación del derecho atinente al caso, sea por indebida aplicación, falta de aplicación o defectuosa interpretación de normas, lo que es propio de un yerro de derecho. Como se mire, ya se ha señalado que el acto lesivo, necesariamente debe ser ilegítimo en grado absoluto, pues solamente ese tipo de patología podría producir un contraste sustancial con el Ordenamiento Jurídico. Ergo, en el ejercicio de las potestades sancionatorias tributarias, en cuanto se acredite que el acto que tenga como efecto, una liberación indebida, ilegal, por cualquier motivo, de la responsabilidad del contribuyente, es necesario analizar si ese tipo de actos, pueden ser sometidos a lesividad.

Para ello, hay que tener claro **la ratio de la potestad sancionadora tributaria**. En ese sentido, el ejercicio sancionador tributario constituye una manifestación de la potestad punitiva de la Administración, pero que, por la especificidad de la materia, tiene regulaciones propias que se complementan con las reglas de la LGAP, el CPCA y el Código Procesal Civil. Dicha complementación normativa encuentra reconocimiento expreso en los ordinales 163 y 165 del CNPT. El sustento de dicho ejercicio descansa en la carga impuesta en el precepto 18 de la Constitución Política, en tanto establece el deber de contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos. Así, la carga contributiva se constituye en una relevante fuente de financiamiento para el desarrollo prestacional del Estado, deber que se corresponde con el criterio de generalidad de los impuestos, con la finalidad de que todas las personas que se encuentren dentro del supuesto de hecho que permite surgir el tributo (hecho generador), cumplan con sus deberes formales o materiales.

En esa medida, con el objeto de procurar un correcto ejercicio contributivo, en términos cuantitativos y cualitativos, como derivación de lo estatuido en el citado precepto 18 constitucional, el Ordenamiento Jurídico confiere potestades de fiscalización y recaudación a las Administraciones Tributarias. Esto viene

desarrollado con algún grado de precisión en el marco legal que orienta el proceder del poder público fiscal, dentro de ellas, el Código de Normas y Procedimientos Tributarios. En este sentido, el canon 103 de dicho Código fija con claridad las aludidas potestades de fiscalización y recaudación, que le permiten realizar una serie de requerimientos de información, tanto al obligado como a terceros e investigaciones contables y de otra naturaleza. Como toda potestad, en el fondo supone un poder-deber, en tanto, en el ámbito de la actividad impositiva, permite desprender las acciones debidas para llevar a cabo la correcta recaudación, pero a su vez, desplegando un marco fiscalizador como medio de garantía que las obligaciones tributarias de los sujetos pasivos, se están realizando conforme a los parámetros correctos.

Tal potestad de verificación del correcto deber de aportación, incluye el ejercicio sancionador por la desatención de los deberes jurídicos que imponen las diversas normas que rigen la materia. El ejercicio fiscalizador se complementa con la potestad punitiva que permita producir una consecuencia sancionatoria al sujeto pasivo infractor. La determinación correcta del deber contributivo debe engarzarse con las consecuencias represivas que impongan las multas o sanciones cuyo objeto es disuadir las prácticas irregulares y potenciar un correcto cumplimiento de los deberes fiscales.

Con todo, como potestad administrativa (poder-deber), se encuentra sujeta a límites infranqueables, dentro de éstos, el principio de legalidad administrativa y el respeto de los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas.<sup>386</sup> Para ello, es menester destacar el enfoque que ha dado el Tribunal Contencioso Administrativo a las reglas garantistas aplicables a los procedimientos sancionatorios fiscales. Sobre ese particular, en la resolución No. 0140-2014-VI, la Sección VI de ese

---

<sup>386</sup> Sobre esa visión justificante, puede verse el fallo No. 871-2007 de las 10.55 horas del 04 de diciembre del 2007, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Tribunal destacó que, el Derecho Administrativo Sancionatorio debe entenderse como el conjunto de disposiciones mediante las cuales la administración estatal, encargada de favorecer el bienestar público, vincula a la trasgresión de una disposición administrativa como supuesto de hecho, una pena o sanción administrativa, como efecto condicionado. La propia evolución del Derecho Administrativo permite su desarrollo y posterior autonomía, según lo establece el canon 9 inciso primero de la Ley General de la Administración Pública. Desde este plano, el derecho administrativo sancionatorio, como ramificación del Derecho Administrativo, ha sido objeto de esta evolución. Si bien en su momento, participaba de la aplicación de los principios propios del Derecho Penal, lo cierto del caso es que, en la actualidad, esos postulados son utilizables dentro del procedimiento administrativo, pero de manera matizada, ergo, no son atinentes al ejercicio administrativo en su plenitud. Lo anterior se justifica en la naturaleza diversa que se presenta entre la potestad sancionatoria penal y la administrativa.

Sobre la aplicación de estos criterios y las diferencias existentes en ambas materias, ya ha dado cuenta la Sala Constitucional. Entre otras, en la resolución No. 8193-2000 del 13 de septiembre del 2000, expuso:

***"IV.- Extensión de los principios de la materia penal al campo de las sanciones administrativas. Como reiteradamente ya ha señalado esta Sala, al menos a nivel de principios, no puede desconocerse una tendencia asimilativa de las sanciones administrativa a las penales, como una defensa frente a la tendencia de liberar –en sede administrativa- al poder punitivo del Estado de las garantías propias del sistema penal. Siendo innegable que las sanciones administrativas ostentan naturaleza punitiva, resulta de obligada observancia, al menos en sus líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y de defensa que nutre el principio del debido proceso, asentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, pero que a su vez se acompaña de las garantías que ofrecen los artículos 35, 36, 37, 38, 40 y 42 también constitucionales. Así, ya esta Sala ha señalado que "todas esas normas jurídicas, derivadas de la Constitución Política como modelo ideológico, persiguen ni más ni menos que la realización del fin fundamental de justicia que es el mayor de los principios que tutela un Estado de Derecho, en la que se incluyen reglas –principios***

*generales- que tienen plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración, se reitera, pues, los principios que de ella se extraen son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador." (resolución N° 1484-96) "...las diferencias procedimentales existentes entre las sanciones aplicables a infracciones y a delitos, no pueden conducir a ignorar en el ámbito del procedimiento administrativo las garantías de los ciudadanos, en efecto, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado."(resolución N° 3929-95). Así, la tendencia inequívoca de este Tribunal ha sido pronunciarse a favor de la aplicación, aunque ciertamente con variaciones, de los principios rectores del orden penal al derecho administrativo sancionador, de manera que resultan de aplicación a las infracciones administrativas mutatis mutandis los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad propios de los delitos." 387*

De ahí que, la implementación dentro del procedimiento administrativo sancionatorio de los diversos principios que corresponden al *ius puniendi* penal, no es plena, sino solo parcial en aquellos aspectos que resulten armónicos con la dinámica propia de la instancia administrativa y que se corresponden con la máxima del debido proceso, principio impostergable en esta materia. Lo anterior dadas sus propias particularidades, que implican, no puede equiparse como un todo al proceso penal, el cual, tiene fines diversos. Desde luego que, en orden a lo expuesto por la Sala Constitucional, esa graduación no puede vaciar el contenido de los principios básicos del régimen sancionatorio. A fin de cuentas, la actuación pública debe respetar el debido proceso, constitucionalmente tutelado. Para ello ha de tenerse claro que el Derecho Administrativo sancionador es punitivo en cuanto

---

387 En igual sentido pueden consultarse las resoluciones números 5653-93, 3929-95 y 10198-01 de ese mismo Tribunal Constitucional.

como consecuencia jurídica, impone sanciones administrativas, sin embargo, no tiene todas las connotaciones del proceso penal, pues carece del alcance desvalorativo que merecen las conductas que, además de ser ilícitas, son incuestionables e intolerablemente injustas. De ahí que, en la tramitación de un procedimiento sancionador tributario, no resultan plenamente aplicables todos los principios del sancionador penal, sino solo aquellos que resulten de posible uso en aquel primero, para lo cual debe ponderarse su finalidad y particularidades propias.

Ahora bien, en lo que corresponde al cauce procedimental sancionatorio, en el régimen tributario nacional se establece un sistema bipartito de irregularidades o hechos ilícitos tributarios, a saber: delitos tributarios (dirimibles en sede penal) y las infracciones administrativas, según lo establece con claridad el artículo 65 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Siendo que los ilícitos penales de orden tributario son resorte exclusivo de la Jurisdicción Penal, el presente análisis debe decantarse por las actuaciones relacionadas a la materia de infracciones administrativas, por constituirse en la tipología que podría, eventualmente, ser sometida a control contencioso administrativo.

En ese campo, en lo que corresponde al elemento subjetivo de las infracciones, el numeral 71 del CNPT estatuye que, son sancionables incluso a título de mera negligencia en la atención del deber de cuidado que ha de observarse en el cumplimiento de las obligaciones y deberes.

Cabe señalar que, dada la aplicación de los principios del debido proceso, resulta impostergable que, de previo a imponer una sanción derivada de una infracción de esta naturaleza, mediante el respectivo procedimiento administrativo, en el cual se garantice el derecho de contradictorio y de defensa, se acredite con solvencia que el sujeto pasivo investigado ha incurrido en los incumplimientos que se le atribuyen, de manera que se haga acreedor al efecto represivo económico dispuesto. Desde este plano, el mandato 77 de ese mismo cuerpo legal señala la sujeción del procedimiento a los principios de legalidad y al debido proceso, siendo supletoriamente aplicables las reglas que en cuanto al procedimiento administrativo



establece la Ley General de la Administración Pública. Esto supone que debe acreditarse que la conducta objeto de examen es típica, antijurídica y culpable, pues el ejercicio sancionatorio dista de ser un efecto automático.

Por el contrario, en cada caso, la Administración ha de establecer con mesura y objetividad, la existencia del elemento subjetivo de la sanción, si lo alegado constituye una infracción debidamente tipificada, así como definir si en el proceder u omisión del sujeto pasivo, subyace una antijuridicidad material, lo que implica la valoración casuística de la infracción sustancial al bien jurídico tutelado. Para ello, ha de analizar todos los elementos de prueba para establecer la verdad real de lo sucedido y la pertinencia de la amonestación administrativa, conforme al principio de libre valoración probatoria a fin de establecer que el sujeto pasivo es el autor de la conducta reprochada. Así en efecto lo dispone el canon 148 del Código de referencia.

En lo que atañe al procedimiento, el numeral 150 del cuerpo legal referido establece que debe iniciarse mediante propuesta motivada del funcionario competente, o bien con propuesta motivada de los funcionarios de la Administración Tributaria cuando en las actas o diligencias consten las acciones u omisiones constitutivas de infracciones tributarias. Es claro que luego de dicha propuesta motivada, se concreta un traslado de cargos sancionatorio. Como derivación del derecho de defensa y el debido proceso, en dicho traslado ha de establecerse con claridad el elenco fáctico que presupone la infracción, conductas referibles al sujeto pasivo, probanzas en las cuales se apoya la decisión de apertura del procedimiento, así como detalle del tipo concreto de infracción achacada y la respectiva sanción. Lo anterior es determinante para que el obligado pueda realizar su defensa de manera adecuada, pues solo conociendo ese contenido mínimo podrá realizar su descargo.

Cabe señalar, que al amparo del precepto 153 ejusdem, el inicio del sancionatorio no es dependiente de que el acto final dictado dentro del procedimiento determinativo se encuentre firme. No obstante, siendo que existe una innegable vinculación entre el determinativo y el sancionador, pues el primero es el

fundamento del segundo, sería inviable imponer sanciones cuando no se encuentre firme el acto determinativo, pues de otro modo, la sanción carece de un elemento fundamental cual es, la acreditación de la infracción de los deberes materiales o formales que sustentan la decisión punitiva.

En cuanto a las sanciones aplicables, puede establecerse el siguiente resumen:

<b>INFRACCIÓN</b>	<b>SANCIÓN</b>
Omisión de declaración de inscripción, modificación o desinscripción (78)	50% de un salario base por cada mes o fracción, hasta un tope de 3 salarios base.
Omisión en la presentación de declaraciones auto liquidativas en plazo (79)	50% de un salario base.
Morosidad en el pago del tributo determinado por la AT (80)	1% del monto determinado por cada mes o fracción, hasta un tope de 20%.
Omisión de ingreso por falta de presentación de declaraciones auto liquidativas	Base de sanción igual al importe determinado de oficio, al que se aplica un 50%. Si falta es calificada como grave, multa corresponde al 100% de la base. Si se califica de muy grave, sanción equivale al 150% de la base.
Omisión de ingresos por presentación de declaraciones de autoliquidación inexactas	Base de la sanción corresponde a la diferencia entre el importe liquidado en la determinación de oficio y el importe autoliquidado en la declaración presentada. A esta base se aplica un 50%. Si falta es calificada como grave,

	<p>multa corresponde al 100% de la base.</p> <p>Si se califica de muy grave, sanción equivale al 150% de la base.</p>
<p>Solicitudes de compensación o devolución de tributos sobre sumas inexistentes o cuantía superior a la correspondiente.</p>	<p>Base de sanción corresponde a la diferencia entre la cuantía solicitada y la procedente, al que se aplica un 50%.</p> <p>Si falta es calificada como grave, multa corresponde al 100% de la base. Si se califica de muy grave, sanción equivale al 150% de la base.</p>
<p>Obtener indebidamente devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, sobre sumas inexistentes o en cuantía superior a las que correspondan.</p>	<p>Base corresponde a la suma devuelta de manera indebida a la que se aplica un 50%. Si falta es calificada como grave, multa corresponde al 100% de la base. Si se califica de muy grave, sanción equivale al 150% de la base.</p>
<p>Resistencia a actuaciones de control tributario, debidamente comunicadas</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 2 salarios base por no comparecencia o no facilita actuación o información requerida en primer requerimiento.</li> <li>- 5 salarios base si no suministra información en segundo requerimiento.</li> <li>- 2% de la cifra de ingresos brutos del infractor, en el período del impuesto a las utilidades previo a aquel en que se produjo la infracción,</li> </ul>

	<p>con un mínimo de 10 salarios base y un tope de 100 salarios base. De no conocerse ese dato del período previo, se aplica una multa de 10 salarios base.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Las sanciones no son acumulables, debiendo imponer una única sanción según la cantidad de desatenciones a los requerimientos de información.</li> </ul>
<p>Incumplimiento en suministro de información (83)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 2% de la cifra de ingresos brutos del infractor, en el período del impuesto a las utilidades previo a aquel en que se produjo la infracción, con un mínimo de 10 salarios base y un tope de 100 salarios base.</li> <li>- Si se refleja errores en la información brindada, la sanción es del 1%.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Incumplimiento en el llevamiento de registros contables y financieros (84)</li> </ul>	<p>Un Salario base.</p>

<ul style="list-style-type: none"> <li>- Incumplimiento en el llevaramiento de registro de accionistas (84 bis)</li> </ul>	
<p>No emisión de facturas debidamente autorizados por la AT o no los entregue al cliente en el acto de compra, venta o prestación del servicio. (85)</p>	<p>Dos salarios base.</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Reincidencia en la no emisión de factura o comprobantes en el acto de compra, venta o prestación del servicio. (86)</li> <li>- Omisión de ingresos percibidos, retenidos o cobrados, pese haber sido previamente requeridos por la AT. (86)</li> </ul>	<p>Cierre de negocios por 5 días naturales.</p>
<p>Destrucción, ruptura o alteración de sellos colocados con motivo del cierre de negocios, por el propio contribuyente, representante, administradores, socios o personal. (87)</p>	<p>Dos salarios base</p>

Cabe destacar dos aspectos adicionales en torno a la referencia realizada sobre el sistema de sanciones aplicable a las infracciones administrativas tributarias. Por un lado, tratándose de los supuestos referidos en el artículo 81 del CNPT, dicho mandato establece un sistema de ponderación de la base de la sanción que es necesario considerar en cada caso concreto. Se trata de un sistema complejo, cuyo

abordaje no corresponde a este desarrollo, por trascender el objeto de estudio, pero al cual, debe remitirse para una mejor comprensión de dicho sistema.

Po otro, es que el numeral 88 ejusdem, establece un esquema de deducción de sanciones, que pondera la autoliquidación de sanciones por parte del sujeto pasivo y el grado de actuación que, para imponer la sanción respectiva, haya adoptado la AT. Así, se tiene los siguientes ámbitos de deducciones:

- Cuando el infractor subsane, de forma espontánea, su incumplimiento sin que medie ninguna actuación de la Administración para obtener la reparación, la sanción será rebajada en un setenta y cinco por ciento (75%). El infractor podrá autoliquidar y pagar la sanción en el momento de subsanar el incumplimiento; en cuyo caso la reducción será del ochenta por ciento (80%).
- Cuando el infractor repare su incumplimiento después de la actuación de la Administración Tributaria, pero antes de la notificación del acto determinativo, tratándose de la infracción del artículo 81, o antes de la resolución sancionadora, tratándose de los artículos 78, 79 y 83, la sanción se rebajará en un cincuenta por ciento (50%). El infractor podrá autoliquidar y pagar la sanción en el momento de subsanar su incumplimiento; en cuyo caso la reducción será del cincuenta y cinco por ciento (55%).
- Cuando, notificado el acto determinativo y dentro del plazo establecido para recurrirlo, tratándose de la infracción del artículo 81, el infractor acepte los hechos planteados en este y subsane el incumplimiento, la sanción será rebajada en un veinticinco por ciento (25%). Tratándose de las infracciones de los artículos 78, 79 y 83, el infractor, dentro del plazo establecido para impugnar la resolución sancionadora, acepte los hechos planteados y subsane el incumplimiento, la sanción será rebajada en un veinticinco por ciento (25%). El infractor podrá autoliquidar y pagar la sanción en el momento de reparar el incumplimiento; en cuyo caso la reducción será del treinta por ciento (30%). En estos casos, el infractor

deberá comunicar a la Administración Tributaria, por los medios que ella defina, los hechos aceptados y adjuntará las pruebas de pago o arreglo de pago de los tributos y las sanciones que correspondan.

La misma norma precisa que las actuaciones de la AT deben haber sido comunicadas al sujeto infractor, siguiendo la doctrina de eficacia de los actos administrativos que estatuye el ordinal 140 de la LGAP.

Señalada de manera genérica esa regulación, el contenido del acto final dentro del procedimiento sancionatorio, si bien puede llegar a imponer un efecto negativo en la esfera del contribuyente, de igual manera puede liberar de la responsabilidad analizada o bien, imponer una sanción diversa a la procedente, con beneficio al infractor. Lo anterior al considerar que no se ha logrado acreditar los presupuestos materiales para imponer una sanción administrativa, sea por no haberse podido comprobar la infracción o bien, por haber ocurrido la prescripción de la potestad sancionatoria.<sup>388</sup>

---

388 En menesteres sancionatorios, el numeral 74 del CNPT fija un plazo prescriptivo de 4 años, que se computa desde el primero de enero del año siguiente a aquel en el que se ha cometido la infracción. Llama la atención que, en materia de prescripciones fiscales, el CNPT tenga regulaciones heterogéneas según se trata de la potestad determinativa o la sancionatoria. Si bien en ambos casos se parte de un plazo genérico de 4 años, que se amplía a 10 para omisiones de declaración o declaraciones fraudulentas, la diferencia en cada manifestación, se presenta en cuanto al *dies a quo*, o punto de partida del plazo prescriptivo. En cuestiones determinativas, a partir de la reforma realizada al canon 52 del CNPT mediante el artículo 16 de la Ley para Mejorar la Lucha contra el Fraude Fiscal, N° 9416 del 14 de diciembre de 2016, el inicio del cómputo de ese plazo se da desde el primer día del mes siguiente a aquel en que el tributo debió haber sido cancelado. Previo a esa reforma, la prescripción se computaba desde el primero de enero del año siguiente a ese deber material, regulación que mostraba congruencia con el tratamiento dado a las infracciones administrativas. Empero, atendiendo a esa reforma, el reajuste del *dies a quo* se produjo únicamente en cuanto al numeral 52 del CNPT, dejando incólume la regulación del numeral 74. Ergo, según se trate de la potestad determinativa o sancionatoria, así el punto de partida de la prescripción será diverso.

En definitiva, frente a esos actos de contenido liberatorio de la responsabilidad administrativa del contribuyente, es evidente que se produce un efecto favorable. De ahí que, en la medida en que el criterio de base para disponer esa consecuencia, sea contraria al Ordenamiento Jurídico, resulta innegable que el remedio debido para disponer su supresión, ha de decantarse por los mecanismos ya tratados, según se trate del grado de patología y su notoriedad (o no). Luego, si la nulidad es absoluta, evidente y manifiesta, es dable la utilización de la modalidad prevista en el precepto 173 de la LGAP. Empero, es igualmente factible la utilización de la figura de la lesividad.

Esta aplicación de la pretensión de lesividad es factible indistintamente de que la conducta de contenido favorable haya sido emitida de manera directa por la Administración Tributaria, o bien, si producto de un resultado inicialmente negativo, en sede apelativa, el Tribunal Fiscal Administrativo concedió la razón a la parte recurrente, generando las bondades ya comentadas.

En efecto, a diferencia de otras figuras, que han sido expuestas previamente, frente a esta tipología de conductas de liberación sancionatoria, se impone al Fisco a acudir a las formas agravadas de supresión de actos de contenido favorable, sin que se pueda sostener, una suerte de habilitación para enmendar o corregir estos criterios mediante ejercicios oficiosos en la misma sede administrativa. En ese plano, en relaciones fiscales en las que se haya dispuesto esta liberación de responsabilidad, no podría la AT apelar a potestades determinativas para pretender la reapertura del debate en cuanto a las implicaciones de la obligación tributaria. De otro modo, se estaría desconociendo el contenido y efectos mismos del acto dictado dentro de la fase disciplinaria. Lo anterior aun y cuando la potestad sancionatoria no se tenga por prescrita, dado que una vez que se ha emitido acto firme dentro de esa relación en concreto, ya se ha concretado el ejercicio específico de esa habilitación competencial.

Ahora bien, en menesteres sancionatorios se concreta con particular evidencia el tratamiento particular que en materia tributaria ha dado la Sala Primera de la Corte



Suprema de Justicia. Lo anterior al considerar el criterio comentado en la sentencia No. 1332-2010, en la que, se insiste, estableció la postura que un acto que dispone el archivo de un procedimiento sancionatorio por la vía de la prescripción, no es factible de ser analizado mediante la pretensión de lesividad, al no ser un acto que conceda un derecho subjetivo. Ya hemos expuesto las críticas en torno a esa posición, empero, como se verá de seguido, tal restricción no se ha aplicado a las lides fiscales, al entender que aplica la denominada lesividad objetiva.

En efecto, a diferencia de las demás materias, en el ámbito tributario, como se verá, el análisis de la pretensión de lesividad no se encuentra limitado, exclusivamente, a actos que otorguen derechos subjetivos, sino que basta con que el acto genere o suponga algún efecto favorable. Con todo, cabe destacar lo indicado en cuanto al trámite apelativo realizado por el TFA respecto de Administraciones Tributarias descentralizadas, relaciones de control en las cuales, el acto del TFA no podría ser impugnado por esa Administración A Quo por la vía de la lesividad, siendo impostergable que se interponga un proceso ordinario anulatorio inter administrativo, con la salvedad que el propio jerarca de Hacienda estime procedente declarar dicha lesividad, más ello no habilitaría al ente descentralizado a formular la lesividad, sino que debe ser formulada por el Estado, sin perjuicio de la participación del ente revisado, como tercero interesado (sin pretensiones propias).

## **4. Regulación jurídica del proceso de lesividad tributario.**

### **4.1. Generalidades.**

Se han establecido ya parámetros iniciales en torno al contenido de la obligación jurídico tributaria, señalando el conjunto de derecho y garantías a favor del sujeto pasivo, así como sus diferencias básicas con el concepto de derecho subjetivo, siendo la principal diferencia, la abstracción y generalidad de aquellas, y la especificidad y singularidad de estos últimos. De igual manera, se ha hecho

mención a los principales (que no únicos) tipos de actos administrativos de contenido favorable (aun potencialmente) que se emiten, usualmente, en el contexto de esas relaciones fiscales. Dentro de ese abordaje, se han mencionado categorías de actuaciones en las que, por norma expresa, se habilita a la AT a suprimir de oficio, y sin necesidad de acudir a las formas agravadas de anulación, actos que, en rigor, se pueden considerar que otorgan o reconocen un estado favorable al sujeto pasivo. Asimismo, ciertos tipos de actos o conductas que se emiten en el contexto de relaciones frente a las cuales, basta la emisión de un nuevo criterio o acto para la desaplicación de una decisión previamente adoptada que produce expectativas favorables al obligado fiscal, caso de las consultas tributarias reguladas en el ordinal 119 del CNPT.

Para los actos en los que la desaplicación o supresión del acto antecedente requiera de la tutela del debido proceso, como marco general, solamente excepcionado en los casos expresamente comentados (aún el debate crítico que a favor o en contra de ese tratamiento pueda tenerse), la AT debe acudir a las formas impuestas por el numeral 165 del CNPT para disponer la anulación de esos comportamientos. Cabe recordar que ese mandato impone, en lo que respecta a las acciones de la propia Administración para establecer esa eliminación del acto por causas patológicas, una remisión a las formas previstas y reguladas por el CPCA para esos efectos.

Dada esa remisión, es claro que, a esos efectos, resulta de total y plena aplicación el trámite de lesividad, que ocupa el desarrollo de este análisis, sin perjuicio de poder establecer el trámite previsto en el ordinal 173 de la LGAP, siempre que concurren los tres presupuestos que esa norma estatuye como condicionante de la supresión por esa vía (nulidad absoluta -a-, evidente y manifiesta -b-, de acto favorable -c-). Por ende, deviene en notorio que el trámite procesal y las diversas exigencias propias de la pretensión de lesividad, que, de manera genérica regulan los ordinales 34, 39 y 40 del CPCA, resultarían totalmente aplicable al reclamo de anulación por la vía de la lesividad, cuando se trate de conductas emitidas por la AT. Empero, la misma redacción del numeral 165 del CNPT, norma que, se insiste,

remite a las regulaciones del CPCA en cuanto a ese particular, así como la especificidad de algunas normas propias de esa materia fiscal, incorporan elementos particulares para este tipo de procesos y pretensiones. De ese modo, a efectos de no ser reiterativos e incurrir en un abordaje tautológico, se remite al desarrollo ya expresado en el capítulo 3, en lo relativo al régimen general de la lesividad, dando paso a un tratamiento enfocado en esas situaciones y regulaciones particulares que se imponen en la lesividad tributaria.

#### **4.2. Elemento subjetivo.**

Como punto de partida, a efectos de precisar la legitimación activa para la formulación de la pretensión de lesividad, cabe recordar que el ordinal 10.5 del CPCA, estatuye que la demanda de lesividad debe ser presentada por la propia Administración Pública que ha emitido un acto firme, en principio, creador de derechos subjetivos, o en general, un efecto favorable, siempre que el superior jerarca de la respectiva Administración, haya declarado lesivo a los intereses públicos, dicha conducta.

Esto pone en perspectiva que, la demanda de lesividad no puede ser presentada por un ente diverso al que ha emitido la conducta que se estima lesiva, pues en esa medida, no se trataría de la supresión de una conducta propia, sino una de un ente u órgano ajeno. Esto adquiere especial relevancia para los casos arriba comentados (puntos 3.4.1 y 3.4.2), referidos al control apelativo que realiza el TFA o el TAN, respecto de órgano de la AT Central y la AT Descentralizada.

Para esos efectos, se hace necesario remitir, nuevamente, a lo regulado por el numeral 165 del CNPT, concretamente, en el párrafo segundo, que señala en su rigor literal:

*“...Cuando la dependencia o institución encargada de aplicar el tributo estime que la resolución dictada por el Tribunal Fiscal Administrativo no se ajusta al ordenamiento jurídico, podrá impugnarla de acuerdo con las disposiciones del Código Procesal Contencioso-Administrativo; para*

*ello, deberá adjuntar la autorización escrita emanada del Ministerio de Hacienda, si se trata de la Administración Tributaria. (...)*”.

Acorde a lo desarrollado en el punto 3.4.2, cuando el contralor no jerárquico emita una conducta de contenido anulatorio o modificativo del acto final sometido a revisión por la vía de la impugnación de parte interesada, que produzca un efecto favorable al recurrente, en la medida en que el A Quo estime que esa decisión supone un antagonismo con el Ordenamiento Jurídico, y a partir de ello, resulta lesivo a los intereses públicos que aquella AT de instancia debe tutelar (en principio, de orden fiscal), resulta claro que la autonomía de esa Administración le legitima de manera directa para cuestionar en sede judicial ese acto del *Ad quem*. Empero, en tales casos, se insiste, resulta evidente que la acción judicial no debe conducirse por la vía de la lesividad, sino, por el proceso anulatorio inter administrativo.

En esa línea, cuando sea el ente revisado quien desea promover la supresión por invalidez del acto del TFA, no debe acudir a requerir la correspondiente declaración de lesividad del titular del Ministerio de Hacienda, requisito solamente necesario (y lógico), cuando la acción anulatoria pretenda ser presentada por la misma Administración Central. La razón es evidente, sea, solamente en este segundo supuesto se busca la eliminación de un acto propio de esa AT, a diferencia de la primera hipótesis aludida, en la que, no se busca esa invalidez de un acto propio, sino de otra instancia, sea, de otro ente público, en este caso, el Ente Mayor (Estado).

De otro modo, condicionar la acción anulatoria del ente revisado a la declaración de lesividad del jerarca supremo de la Hacienda Central, supondría una invasión a la autonomía administrativa que es propia de la figura de la descentralización, sin que pueda equipararse esa declaratoria a una suerte de ejercicio de poder de dirección, en los términos del numeral 99 de la LGAP. Por otro lado, tampoco podría sostenerse que, en esos casos, se trata de una “lesividad especial”, que justifica dicha exigencia de admisibilidad, pues se incurriría en la misma infracción a la autonomía administrativa.

Sin embargo, es necesario señalar que, ese mandato referido, en su párrafo segundo, alude, exclusivamente, al supuesto concreto de procesos que puedan ser formulados contra las decisiones del TFA, por parte de la AT revisada, pero en modo alguno, establece mecanismos o pautas en torno a la impugnación de actos propios distintos a los actos definitivos de ese contralor no jerarca. Para tales efectos, la impugnación en sede judicial de esas conductas propias que han generado un efecto favorable, corresponde a cada AT que las ha emitido. En este punto cabe recordar que la firmeza, como condición jurídica de los actos administrativos, puede derivar de la confirmación del acto final en sede recursiva, o bien, por la omisión recursiva ordinaria por parte del sujeto destinatario del acto. Así, cuando el acto debatido haya sido confirmado por la sede apelativa, o bien, su firmeza se produzca, precisamente, por la falta de impugnación ordinaria, la demanda de lesividad debe ser formulada por la respectiva Administración Pública que ha adoptado ese acto.

No existe diferencia alguna, en cuanto a ese particular, respecto del marco legitimante activo, tal y como fue expuesto en el Capítulo 3, siendo que, si se trata de actos emitidos por la Administración Central, la causa debe ser formulada por el Estado, bajo la representación de la PGR, en tanto que, si el acto dimana de entes descentralizados, son estos mismos quienes den accionar la pretensión de lesividad, acorde a las reglas del artículo 17 del CPCA.

Ahora bien, si bien no relacionado propiamente con la legitimación activa, el elemento subjetivo impone que, desde el plano del procedimiento interno de la lesividad, requisito de admisibilidad de la demanda, la declaratoria interna deba ser adoptada por la jerarquía máxima de la respectiva Administración. Se trata de una potestad exclusiva del máximo jerarca supremo, que, se estima, no es delegable, acorde a los límites que impone el precepto 90 de la LGAP a este tipo de figura de transferencia competencial.

Sobre ese particular, en la resolución No. 137-2020-VI de las 14 horas 40 minutos del 26 de octubre del 2020, el Tribunal Contencioso Administrativo analizó un

proceso de lesividad en el que, la declaratoria interna de lesividad de un acto del TFA, fue adoptado por el vice ministro de Hacienda, ante acto expreso de delegación dictado por la (entonces) titular de esa cartera ministerial, que pretendía habilitarle para esos efectos. Sobre el tema, dicho precedente expresó:

*“VII.- ... considera este Tribunal que, desde el plano de la competencia administrativa, se tiene por comprobado que la declaratoria de lesividad de los intereses públicos fue indebidamente delegada por la Ministra de Hacienda, tratándose como veremos de una atribución que forma parte de sus funciones esenciales que no pueden ser objeto de esa técnica de transferencia temporal de competencia, tal y como procederemos a motivar seguidamente. Según se explicó en el considerando anterior, la declaración de lesividad, en tanto instituto jurídico introducido en nuestro sistema jurídico a partir de la experiencia española, se explica actualmente como una potestad de ejercicio discrecional o “discrecionalidad de decisión”. La discrecionalidad administrativa se entiende como aquella situación en la que la Administración Pública, frente a un determinado presupuesto de hecho puede optar entre diversas alternativas jurídicas, cada una ellas igualmente lícitas. La doctrina e incluso nuestro marco jurídico actual, se muestra dispar de cara a la regulación de este fenómeno, en particular, lo relativo a su alcance, es decir, al ámbito de acción con que cuentan las autoridades públicas a la hora de encarar una decisión de esta naturaleza. En el caso de la declaratoria de lesividad, esta Cámara encuentra que, en primer lugar, el jerarca supremo se enfrenta ante una posibilidad de acción al momento de abordar de si debe o no intervenir y actuar judicialmente frente a un acto administrativo favorable que estima contrario a Derecho, de modo que una vez tomada la decisión, debe recurrir entonces a determinar un concepto jurídico indeterminado, como lo es el carácter “lesivo a los intereses públicos” de dicha conducta formal, como parte del motivo de hecho de la declaratoria. (...).”*

Compartimos este abordaje, por cuanto, en efecto, la competencia de declaratoria interna de lesividad que impone el ordinal 34 del CPCA, dice de una competencia sustantiva, exclusiva del jerarca supremo, inherente a sus potestades, como representante máximo de los intereses públicos que sustentan el empoderamiento que la ley ha otorgado a esa Administración. Se trata de una voluntad que no puede ser expresada por ningún otro órgano de inferior jerarquía, si se entiende la

trascendencia de semejante declaración, que busca manifestar la intención administrativa de suprimir una conducta que ha generado bondades o situaciones positivas en la esfera jurídica de un administrado.

Así lo entendió la citada sentencia al señalar:

*“... Para esta Cámara, se trata entonces de una atribución exclusiva y excluyente de quien ocupa esta particular posición jerárquica en el entramado organizativo de la Administración autora de la conducta. Por eso es que desde el origen mismo del instituto, dicha facultad ha sido atribuida una y otra vez en quien ostenta la máxima posición de mando en dicha organización administrativa, ya que se trata de un concepto que incorpora un juicio de valor de orden político, jurídico y administrativo que consideramos le resulta inherente y esencial, en particular, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es el nuestro, esto es, la valoración de aquello que resulta “lesivo a los intereses públicos, económicos o de cualquier otra naturaleza”. Se insiste, entonces, que ese especial juicio de valor que debe llevar adelante el superior jerárquico supremo y que mueve al aparato administrativo para accionar en contra de una conducta administrativa formal que de lo contrario, resultaría amparada a la buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, conlleva una serie de ponderaciones que configuran una función administrativa que le resulta exclusiva y que le ha sido concedida, en razón de su específica idoneidad para el cargo, por lo tanto, considera este Tribunal que se trata de una competencia indelegable en los términos de lo dispuesto en los numerales 89 inciso 3) y 90 inciso c) de la Ley General de la Administración Pública.”*

En el caso examinado, es claro que la declaratoria de lesividad por parte del vice ministro, aún la habilitación dada por la ministra, llevó a declarar la inadmisibilidad de la demanda de lesividad, al entender por desatendido e incumplido el elemento procedimental, presupuesto *sine qua non* de ese tipo de pretensión. En cuanto a esa decisión, cabe cuestionarse si se trata de un aspecto que pueda tenerse como una deficiencia de orden formal y, por ende, requerir su subsanación, a tono con lo estatuido por el ordinal 120 del CPCA, o si, por el contrario, dice de una infracción que no debe ser prevenida por el Tribunal. Dada la trascendencia del requisito, se

comparte la tesis del TCA en cuanto implícitamente aplica la postura de negar el carácter superable de dicha deficiencia.

La consecuencia procesal de este tipo de yerros en el trámite de declaratoria interna de lesividad, supone una inadmisibilidad de la acción, empero, ello no es óbice para que, superado el defecto, esa misma Administración pueda formular, nuevamente, la acción de lesividad. No obstante, frente a esa deficiencia, es claro que la acción formulada y que ha sido inadmitida, no puede tenerse como ejercicio válido de esa modalidad, ergo, el elemento temporal se vería directamente impactado o incidido. De esa manera, aun en los casos en que la AT opte por formular una nueva demanda de lesividad, la admisibilidad de análisis de esta se condiciona a que se cumplan los plazos aplicables, tanto para la fase de declaratoria interna de lesividad, como para la interposición de la demanda. Ello supone que la demanda inadmisibile, si bien no hace cosa juzgada y, por ende, no imposibilita la nueva acción, en definitiva, no tiene la virtud de reabrir el cómputo de los plazos (o términos) que rigen las diversas fases de la lesividad, ya explicados. De otro modo, se estaría dando un efecto procesal indebido, a un acto (la demanda), pese a incumplir con las condiciones básicas para su abordaje sustantivo.

Por otra parte, las deficiencias que se puedan dar en la representación judicial, no suponen ese mismo tratamiento aludido. La defectuosa representación, sea que se formule como defensa previa (acorde al ordinal 66.1 letra b) del CPCA), o bien, que se pondere como una derivación del análisis oficioso, por tratarse de un defecto formal, superable, que no incide en la sustancia de los presupuestos de la lesividad, bien puede ser subsanada o superada a partir de la prevención a que alude los numerales 61 del CPCA, para la etapa de trámite, o del artículo 120 de esa misma normativa, para la fase de dictado de sentencia. Nótese que la anterior referencia es en orden a la representación judicial, no en cuanto a la ausencia de legitimación



activa, aspecto que al ser parte de los presupuestos procesales de fondo, no son pasibles de ser subsanados mediante prevenciones de deficiencias formales.<sup>389</sup>

#### **4.3. Elemento objetivo. La relativización del concepto de acto de contenido favorable: la denominada lesividad objetiva. Concepto y tratamiento jurisprudencial.**

Ya se ha señalado que, como tesis de inicio, el juicio de lesividad debe recaer en contra de un acto firme, de contenido favorable. Pese a ello, se ha puesto de manifiesto que la redacción actual del ordinal 34 del CPCA, así como del canon 173 de la LGAP, pueden llevar a la noción gramatical que, ese tipo de pretensión solamente permite el reproche de actos cuyo efecto favorable derive o sea propio de un derecho subjetivo. En esa postura, se ha criticado el criterio restrictivo mostrado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 1332-2010 (ver Capítulo 3), en el cual, pese a estar frente a un acto de contenido favorable, de contenido innegablemente ilegítimo, denegó el control judicial por la vía de la lesividad, al entender que, pese a ese contenido, como no concurría un derecho subjetivo. Es necesario insistir en la visión ampliativa de control de validez que

---

<sup>389</sup> Reiteramos lo expuesto en el Capítulo 3, en el sentido que la evidente y notoria carencia de legitimación activa, en su dimensión ad processum, permite que sean las personas juzgadoras de trámite, quienes dispongan, en esa fase, el incumplimiento de dicho presupuesto y a partir de ello, la inadmisibilidad de la causa. Lo opuesto ocurre en cuanto a la legitimación ad causam, misma que implica un análisis de fondo, y no meramente formal o aparente como en la tipología de legitimación procesal. Puede pensarse el caso de una lesividad planteada por un ente municipal, en contra de un acto del TFA, en la cual, demanda al recurrente, aportando el acuerdo del Concejo Municipal, en el que se declara la lesividad interna de la decisión definitiva de la instancia apelativa. Acorde a lo expuesto, es evidente que este ejemplo conlleva a una innegable falta de legitimación activa, siendo que tal pretensión anulatoria debe reconducirse a un proceso inter administrativo. Someter la decisión de ese debate a una sentencia de fondo, pese a lo notorio del ejemplo, atenta contra la justicia pronta y cumplida, y somete a las partes a transitar por un largo proceso, pese a saber su inevitable destino. Son aspectos que bien pueden considerarse en esas etapas iniciales de la causa, y no dilatar esa decisión a sentencia de fondo.

sustenta la pretensión anulatoria de lesividad, en el sentido que, si permite anular actos que concedan derechos subjetivos, con mayor razón, posibilita y permite la supresión, por ilegitimidad, de actos de contenido favorable generado por situaciones jurídicas de menor potencia, no asociadas a derechos subjetivos.

Lo anterior fue sustentado en el deber de control de legalidad que plasma el precepto 49 de la Constitución Política y en el necesario control de validez de las conductas administrativas, al socaire de la máxima de control universal de la función administrativa. Justamente, es en el ámbito tributario en el que, se observan múltiples manifestaciones de conductas que producen un efecto favorable, pero que, cuyo régimen de oponibilidad y exigibilidad, no son propios de un derecho subjetivo, pero que, en definitiva, generan un impacto en las relaciones fiscales. De ahí que sea necesario el análisis de validez de ese tipo de efectos, por el potencial efecto pernicioso que pueden generar en el régimen de ingresos tributarios.

En esa dinámica, en orden a lo propuesto en este desarrollo, la apertura de la comprensión del objeto de la lesividad a todo acto de contenido favorable, indistintamente de si ese contenido se desprende de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, resulta congruente con los principios que nutren el control universal de la función administrativa y el sometimiento de la Administración Pública al Derecho, sea, al control de legalidad.

Advirtiendo esa necesidad, en la citada sentencia No. 1332-2010, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia abordó una modalidad de lesividad poco referida en nuestro ordenamiento, a saber, la lesividad objetiva. Se trata de una figura que pretende centrar la justificación misma de la pretensión de lesividad, en la necesidad de control de legalidad de conductas fiscales como parámetro objetivo, más que en la supresión de efectos favorables otorgados de manera ilegítima en una esfera destinataria. Es decir, este tipo de lesividad, no pondera como elemento primario el tipo de beneficio creado y las formas para suprimir ese contenido de la esfera jurídica que se ha ensanchado con ese proceder benevolente (proyección

subjetiva), sino, un control puro de legalidad del acto, al margen de la intensidad del beneficio concedido (control objetivo).

En esa línea, la Sala la refiere de la siguiente manera: "*Lo anterior, pues, existe la excepción de la lesividad objetiva, en que, como en materia tributaria o aduanera, no requiere necesariamente de la presencia de un acto favorable, que confiera, como efecto, un derecho subjetivo a la persona, sino que por lesión al ordenamiento jurídico ...*"

Esta definición fue además expresada en la sentencia No. 00136-2011 de las 08 horas 35 minutos del 15 de febrero del 2011, en la cual, sobre este punto se expuso:

*“VI. Primero se hace necesario aclarar, que, en el proceso común de lesividad, la Administración Pública discute, si el derecho se adquirió de acuerdo a las normas jurídicas aplicables al caso concreto, es decir, se cuestiona la validez del acto administrativo en el cual, generalmente, se declara un derecho subjetivo a favor de un administrado. En casos referentes a materia tributaria o aduanera, existe una excepción a la regla, cual es la lesividad objetiva. Para su declaratoria, no se requiere necesariamente de la presencia de un acto favorable, que confiera como efecto, un derecho subjetivo a la persona, sino que puede ser declarado contra cualquier acto siempre que se produzca una lesión al ordenamiento jurídico. El procedimiento de lesividad tributaria, previsto en el numeral 165 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, está ideado para cuando la dependencia o institución encargada de la aplicación del tributo dicta un acto que no se ajusta a derecho, lo que implica una cobertura más amplia, por ser un instrumento objetivo. Es decir, no interesa que el acto que se pretenda anular por la vía de la lesividad sea generador de derechos subjetivos, sino que basta para admitir su trámite, sustentar que éste no se ajustó a derecho. Lo anterior en resguardo del ordenamiento jurídico y de la legalidad, que en última instancia persigue la protección del interés público y la colectividad en general. En la mayoría de los casos, como se dijo en las primeras líneas de este considerando, se presenta contra un acto declarativo de derechos, favorable al administrado, y se dispone un procedimiento especial para que se pueda declarar la nulidad de dicho acto, el cual se encuentra conformado por una serie de garantías, cuya última expresión es la revisión jurisdiccional del asunto. Para que el proceso inicie, se requiere de la declaratoria de lesividad del acto o actos respectivos, el*

*cual, según ha indicado esta Sala, es el que determina y condiciona los alcances de la demanda contenciosa de lesividad. ...”*<sup>390</sup>

Como punto de partida sobre este elemento, debe remitirse a lo ya expuesto en cuanto a que, como parte fundamental de la lesividad, ha de existir un acto de contenido o efecto favorable para un destinatario. Luego, se reitera, el control de validez de esa conducta no debe medirse en orden a la impostergable existencia de un derecho subjetivo como derivación del contenido de ese acto, ya que, basta que se trata de un contenido positivo para la persona destinataria para la supresión pueda realizarse por la vía de la pretensión de lesividad. Por demás, como se ha explicado de manera extensa en el Capítulo III, la lesividad no dice de un mecanismo de orden eminentemente subjetivo, sino, incorpora, por razones lógicas, el control de legalidad del acto en cuestión. Es precisamente la legitimidad de ese comportamiento lo que se pretende analizar en el proceso contencioso, en la medida en que la supresión de la situación jurídica creada, solamente es posible cuando el acto constitutivo del beneficio, es contrario al Ordenamiento Jurídico. Ergo, no se trata de un control objetivo puro, sino, de un control de la validez o invalidez de un acto que ha producido efectos favorables en la esfera jurídica de una persona destinataria, pero sin limitarse a la categorización de un derecho subjetivo, sino a cualquier efecto o contenido positivo o favorable. Se insiste, si la lesividad se constituye en un modelo proceso agravado para la supresión de actos que otorgan derechos subjetivos, no hay restricción alguna para que pueda constituirse en una herramienta válida para la supresión de actos de contenido favorable derivado de situaciones positivas de menor jerarquía. Más simple, si permite suprimir el grado más intenso de situación favorable, puede tener la misma incidencia en las de menor raigambre.

---

<sup>390</sup> Dicha figura ha sido referida, igualmente, por el Tribunal Contencioso Administrativo, entre otras, en las sentencias 222-2012 de la Sección II, y por parte de la Sección VI de ese Tribunal en los fallos 122-2010, 1378-2010, 1986-2010.

No podría pensarse en la existencia del proceso de lesividad sin la concurrencia pasiva de la persona titular de la situación jurídica inicialmente ensanchada, que luego, se pretende disminuir, mediante la supresión de ese acto favorable. De ahí que la referencia a una suerte de “Lesividad Objetiva”, sea solamente una denominación o categorización que pretende posibilitar que el objeto de esa pretensión, sea engrosado por todo acto de contenido favorable, sea que ese efecto conceda un derecho subjetivo o un interés legítimo. Como se ha señalado, tal apertura es inherente a la lesividad como remedio procesal, por lo que se trata de la aplicación a la materia tributaria de una postura que, en todo caso, se estima, es propia de cualquier proceso de lesividad como componente de principio.

No se observa en los precedentes mencionados justificación racional alguna para sostener que, solamente en la materia fiscal y aduanera, ese tratamiento es posible y viable. Nótese que la Sala de Casación siquiera refiere a norma jurídica que precise esa postura, siendo un criterio subjetivo (estipulativo) que se expresa como mecanismo habilitante de eliminación por invalidez de actos favorables, indistintamente del tipo de situación jurídica que se genera a partir de su contenido. Se insiste, no existe norma o principio alguno que permita hacer semejante distinción entre las lides fiscales y las demás manifestaciones de las relaciones jurídico administrativas. Incluso, imponer ese criterio por la simple especificidad o contenido de la materia fiscal, introduciría, a no negarlo, una desventaja para la misma Administración, en la medida en que, como se ha explorado ya en el capítulo antecedente, vedaría la posibilidad de suprimir actos benevolentes, aún y cuando sean contrarios a legalidad, por la sola razón de no ser propios de la materia tributaria (o aduanera).

Así, la misma lógica de apertura que sustenta esa tipología analizada, es atinente a todo proceso de lesividad, sin necesidad de distinciones, garantizando con ello un control de validez más congruente y afín a la legalidad administrativa.

Cabe destacar, de nuevo, que no podría sostenerse una lesividad objetiva como control de validez puro, sin la consideración de integrar a la causa a la persona

destinataria, concreta, a cuyo favor se ha adoptado determinado contenido. Así, no se trata de un control objetivo, marginal de la relación jurídica particular dentro de la cual se ha emitido la conducta, sino de un análisis de si ese efecto favorable que se inserta en la esfera jurídica de la persona destinataria, es legítimo o no. De igual manera, la definición dada por la Sala Primera es poco precisa, en cuanto no limita la lesividad objetiva a actos favorables, sino que la encuadra dentro de cualquier acto contrario a Derecho. Empero, parece evidente que la referencia se hace en relación a los actos de contenido favorable. Por ende, por más enfoque objetivo que se quiera dar, no puede darse ese tipo de control sin existir una relación concreta, particular, derivada de un acto firme de contenido favorable, el que, se constituye en el objeto de la causa. Ello elimina cualquier especulación de una lesividad objetiva contra actos de alcance general, o de contenido negativo.

Es claro que el cotejo de legalidad de las conductas públicas es relevante jurídicamente en la medida en que tengan una incidencia externa en una esfera jurídica concreta. El acto que no genere un efecto externo no cuenta con relevancia, por ende, no merece análisis judicial de legalidad por lo fútil de esa derivación. Es precisamente la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas específicas, derivado de acciones públicas, el elemento fundamental que posibilita y amerita el control jurisdiccional.

En este punto, pese a la tendencia actual de calificar al proceso contencioso como uno de naturaleza mixta, en la medida que ejercita un control objetivo (cotejo de validez) y subjetivo (tutela de situaciones jurídicas), coincidimos con Ortiz Ortiz (Eduardo) en cuanto señala que la jurisdicción es preeminentemente subjetiva. Ello encuentra sentido si se entiende que el control de legalidad solo resulta factible y necesario cuando el funcionamiento administrativo irrumpe en una esfera jurídico subjetiva, sea por la emisión de un comportamiento que acrecienta, desmejora, disminuye o altera los diversos componentes de su situación jurídica, o bien, por procesos como el de lesividad, que buscan despojarle de un acto que ha producido un efecto favorable en ese tercero, aun cuando tal incidencia pueda ser una situación de ventaja o expectativa. Desde esa arista, el análisis de validez se realiza

por el juez contencioso para tutelar las situaciones jurídicas, en el resguardo, al menos, señala el numeral 49 de la Carta Magna, de los derechos subjetivos e intereses legítimos del destinatario del funcionamiento público. Visto así, los comportamientos que no afecten ninguna esfera jurídica de un tercero, público o privado, no merecen ser examinados en la sede jurisdiccional.

A mayor abundamiento, no compartimos la mención a un tipo de lesividad que prescindiera de ese componente de efectos favorables. Si el acto es ablativo o negativo para el destinatario, y la Administración considera que es inválido, por ejemplo, haber impuesto una sanción que luego considera improcedente, al margen de que el afectado no lo hubiere impugnado, podrá anularlo de oficio, sin necesidad de acudir al proceso de lesividad. Así lo estatuye el canon 183 LGAP. Se trataría del supuesto de la nulidad oficiosa de efecto favorable, en la cual, se pretende suprimir un acto negativo para beneficiar con su anulación al destinatario, originalmente afectado.

La lógica de esta potestad encuentra base en la dinámica misma de la irrevocabilidad de los actos propios (art. 34 Constitucional), siendo que la restricción para volver sobre sus propios actos lo es en perjuicio del destinatario, no así en su beneficio. Puede mencionarse el caso de negación de un permiso de exploración minera, por supuesto incumplimiento de requisitos, que luego es superado por un nuevo acto que concede el derecho real administrativo, sustentado en un mejor examen del caso para concluir sobre la pertinencia de esa habilitación administrativa. En esa hipótesis, por aplicación de la celeridad y economía, ¿será válido argumentar que debe agotarse la fase de lesividad como presupuesto condicionante de una conducta posterior habilitante? la respuesta nos parece contundente: sería innecesario, excesivamente formalista e inconducente, por la ausencia del elemento negativo que justifica acudir a esa forma de supresión para imponer un efecto lesivo a un tercero. En suma, se considera, si el acto administrativo no concede un efecto favorable a un tercero, no encuentra sentido la lesividad, pues a la Administración le basta emitir una nueva conducta modificando o desconociendo aquella primera.

Pese a lo anterior debe distinguirse del acto que produce un efecto negativo para un destinatario, pero favorable para otro, siendo el caso de los actos que producen un efecto plural y no solo individual. Es la hipótesis de un acto que adjudica una contratación administrativa, en el cual, es claro que el adjudicatario será titular de un efecto favorable, en tanto el no adjudicado, tendrá un derecho de reacción concretado en la facultad impugnatoria. En tal situación, caso de que el no beneficiado no impugne, bien puede la Administración iniciar la lesividad. Tal situación sería disímil al caso de una empresa que solicita una ruta de transporte público sobre un corredor o trayecto que incide en gran porcentaje sobre los derechos operativos de otro operador con título habilitante previo, siendo que a aquel primero se niega la gestión por esa afectación operativa. Tal caso generaría un efecto desfavorable en el petente, pero favorable en el operador primario, quien, en esa medida, se apersonó al expediente a defender su derecho prestacional.

Es claro que no puede darse la modificación o anulación *ex officio* de la conducta en favor del gestionante por virtud de la emisión de un nuevo acto que desconozca el precedente, ante los beneficios reflejos que el acto original supuso para el operador ya establecido. Por ende, parece evidente que la emisión del nuevo acto ha de considerar la situación jurídica de ese beneficiario indirecto y a tono con el debido proceso, incorporarlo al trámite para la defensa de sus intereses.

Por otro lado, al prescindir de un acto favorable en las causas de lesividad objetiva, en el entendido de que el acto que no produzca ese tipo de efectos externos a favor de un destinatario, no parece lógico su recurribilidad, ya que, la figura establece una diferencia entre el efecto favorable desprendible de derecho subjetivo o de otras modalidades, como podría ser el interés legítimo. Ello no hace más que justificar lo ya expuesto en cuanto a que basta que el acto produzca efecto favorable. No se observa mérito para justificar un tratamiento disímil solo reservado a materia tributaria y aduanera, posibilitando en esas áreas ese tipo de lesividad, si se considera, que la regulación normativa de tales tópicos (canon 165 CNPT), no permite colegir un supuesto condicionante como el referido.



De igual modo, si se entendiera la lesividad objetiva, como una modalidad en la que no es necesario un efecto favorable concreto, como presupuesto de base de esa modalidad procesal, cabría cuestionarse en quien recaería la posición de parte pasiva en la causa. Como se expuso someramente en el aparte de la arista pasiva subjetiva de la figura, es el beneficiado con el acto quien debe ser traído al proceso como accionado, según lo establece el numeral 12.3 del CPCA. Empero, es claro que cuando el análisis de validez recae sobre un acto que no genere un efecto favorable particular, por derivación lógica, la acción objetiva no presupone la existencia de un demandado.

La figura en sí puede asimilarse entonces a la acción de inconstitucionalidad, en la que, en ese caso, efectivamente se realiza un control eminentemente objetivo de una determinada norma jurídica. Pues bien, en el caso de la denominada lesividad objetiva, el control recae sobre un acto administrativo. Sobre el tema ha de indicarse, el CPCA carece de previsión legislativa para tal tipo de pretensión, siendo ausente un mecanismo procesal que posibilite tramitar tal acción.

Con todo, de la lectura de los precedentes de la Sala de Casación parece claro que no este enfoque abstracto el que se pretende expresar, sino, se reitera, la posibilidad de insertar dentro de la lesividad, actos de contenido favorable, que no configuren derechos. En esa orientación, se insiste, la amplitud de objeto de la lesividad no impone, en todos los casos, que el acto haya concedido un derecho subjetivo. De ahí que la denominación “objetiva”, resulta innecesaria para dar legitimidad a las pretensiones anulatorias contra actos favorables que se emitan en el contexto de relaciones tributarias o aduaneras.

Por lo pronto, la Sala Primera pervive en la referencia a la figura bajo examen, aún y cuando no ha sido necesario ingresar a analizar esa “categoría jurídica”, dada la amplitud que los precedentes de la Jurisdicción Contencioso Administrativa han dado al objeto de la pretensión de lesividad. En suma, en cuanto al elemento objetivo, debe concluirse, la lesividad recae sobre un acto propio de la administración accionante, que tenga un efecto favorable para un destinatario, y

que padezca invalidez de grado absoluto. A nuestro modo de ver, no se trata de un fenómeno posible solamente en materia fiscal, sino en el régimen normal, ordinario de lesividad.

#### **4.4. Elemento temporal.**

Un aspecto de suyo relevante en la hipótesis de esta investigación, se concentra en lo que se considera, es una indebida regulación del elemento temporal de las acciones anulatorias que puedan recaer en contra de actos de orden tributario.

En efecto, sobre este aspecto, ya se ha señalado que de conformidad con el ordinal 39 del CPCA, en general, la caducidad de las acciones anulatorias en la jurisdicción contencioso administrativa es de un año, computado desde la comunicación del acto respectivo, sea por la vía de la notificación del acto individual, o bien, en el caso de los de alcance general, a partir de la respectiva publicación. En el Capítulo III se precisó que, en el proceso de lesividad, concurren dos fases de temporalidad; la primera, un término de un año para la declaratoria interna, computado desde la adopción del acto (que no de su comunicación). A partir de esa declaratoria, y no desde el vencimiento de ese año, corre el término de caducidad de la acción, igualmente de un año, por virtud del mencionado ordinal 39 e*iusdem*. Se trata de la aplicación de la doctrina del vencimiento anticipado de plazos, regulada por el ordinal 275 de la LGAP, según la cual, cuando se hayan cumplido las acciones y trámites para las cuales fue creado u otorgado un plazo, este se tendrá por anticipadamente vencido. Con todo, se insiste en la naturaleza jurídica de caducidad de ese primer plazo para la declaratoria interna de lesividad, concepto que en sí mismo supone el establecimiento de un lapso máximo para el ejercicio de una determinada acción, concretada la cual, el remanente del término, expira *ipso iure*, a partir de lo cual, el lapso para ejercer la acción judicial no podría computarse desde el vencimiento del plazo aludido, sino desde la declaratoria que se ejerce dentro de ese ámbito.

De igual manera, en los actos que padezcan de nulidad absoluta y sean de efecto continuado, a la luz del ordinal 34.1 en relación al 40 del CPCA, la lesividad puede ser declarada en tanto pervivan los efectos del acto, e incluso, un año luego del cese definitivo de esa eficacia, a la vez que la acción lesiva puede plantearse en tanto permanezcan esos efectos. En el caso de los bienes demaniales, ese tipo de acciones no se encuentra sujetas o condicionadas a plazos, con la salvedad que las acciones formuladas luego del año posterior a la emisión de la conducta respectiva, llevarán a supresiones de orden prospectivo, para la inaplicabilidad a futuro del acto. A contrario sentido, las ejercitadas dentro de ese ámbito temporal, producen una anulación de orden declarativo y retroactivo.

Sin embargo, como fuera anticipado en ese capítulo III, en materia fiscal, las normas aplicables parecen imponer un tratamiento diverso, que ha dado paso a no pocas dudas sobre las reglas de temporalidad aplicables. En efecto, en esta materia, el numeral 41.2 del CPCA señala:

*“**ARTÍCULO 41.-** El plazo máximo para incoar el proceso será el mismo que disponga el ordenamiento jurídico como plazo de prescripción para el respectivo derecho de fondo que se discute en los siguientes supuestos:*

*1) En materia civil de Hacienda.*

*2) En materia tributaria, incluso el proceso de lesividad.”*

Como se observa, la norma introduce dos supuestos diferentes, el primero, referido a los procesos civiles de hacienda, entendidos como aquellos en los que se discuten cuestiones propias del régimen patrimonial de las Administraciones Públicas, o bien, la relación jurídica debatida se configura en el marco de la capacidad de derecho privado de un ente público. En tales supuestos, la regla que impone ese mandato atiende al principio clásico, incontrovertido y pacífico, de que, en los conflictos de esta índole, no opera la caducidad de la acción, sino, la prescripción del derecho de fondo. Lo anterior deriva de la lógica del objeto mismo de esos procesos, en los que no se debate el ejercicio de función o potestad

administrativa, sino de cuestiones patrimoniales (la más de las veces), ante lo cual, ese objeto se rige por la figura de la prescripción y no de la caducidad de acciones de orden invalidante. No interesa a este desarrollo abundar sobre la temática propia de los procesos civiles de hacienda, por lo que se omite ingresar en esos campos.

Sin embargo, la norma incurre en el defecto lógico de incluir dentro de su mismo parámetro de regulación, la materia tributaria, que, en modo alguno, ni por asomo, participa de esas mismas condiciones o características. De esa manera, como de seguido se ingresa a ponderar, la norma comete el yerro de regular materias diversas mediante una misma aplicación, potenciando, como en efecto se ha dado, una serie y ola de dudas y criterios en torno al plazo para el reproche de las conductas que se dictan en el marco de las relaciones propias de la materia tributaria.

Como se viene exponiendo, la materia fiscal dice del ejercicio de una serie de potestades administrativas que incluyen manifestaciones de gestión, determinación, fiscalización, recaudación, regulación, interpretación y sanción, en las cuales, se desprenden relaciones concretas que tienen por objeto la definición del correcto cumplimiento del deber contributivo, desde el plano cualitativo y cuantitativo. Ahora, el que, en la mayoría de las ocasiones, dicho ejercicio tenga como consecuencia previsible la determinación de un "*quatum debetur*" que precisa un determinado monto que se constituye como la obligación tributaria, sea por deficiencia (cuando no se ha contribuido debiendo hacerlo) o por diferencia (cuando la cuota fiscal cancelada es inferior a la procedente) o bien, un derecho de crédito del sujeto pasivo por exceso (cuando, en casos excepcionales, se ha contribuido en demasía a los debido, o aún sin corresponder), no hace que el análisis de la validez de las conductas que emite la Administración en ese tipo de relaciones, deba regirse por la misma figura aplicada a las relaciones civiles de hacienda.

En efecto, si bien en las relaciones fiscales el contenido del acto es fuente de obligaciones dinerarias, la sustancia legitimante de ese tipo obligacional en nada se aviene a la dinámica civil de hacienda, sino que se trata, en su correcta

comprensión y dimensión, en el contenido legal del ejercicio de potestades administrativas de imperio. El solo contenido patrimonial de esas conductas, no dice de su semejanza, siquiera remota, con la materia civil de hacienda, como para sostener la lógica de imponer un mismo principio de preclusión procesal del derecho de acción en ambas materias. Es notorio que el sustento mismo de ambas proyecciones patrimonialistas es totalmente diverso, pues en la materia fiscal, se trata de una consecuencia natural del contenido de la potestad, pero el contenido económico obligacional del acto no lleva a que se trate de una materia en la cual, el análisis de pretensiones anulatorias deba regirse por la prescripción. Si así fuese, toda pretensión anulatoria recaída contra conductas administrativas, o potestades cuyo contenido suponga imponer consecuencias de orden pecuniario, debería regularse por la prescripción como figura de ponderación del fenecimiento del derecho de ejercer ese reclamo, lo que, salta a la vista, no es lo correcto. Son muchos los supuestos en los que el contenido de la competencia pública se traduce en manifestaciones formales que imponen obligaciones dinerarias, como es el caso de las multas de tránsito (Ley 9078), sanciones por infracción al régimen de la competencia o defensa del consumidor (Ley 7472) y hasta las sanciones por incumplimientos contractuales previstas en la Ley de Contratación Administrativa, No. 7494.

Se insiste en que la decisión de una carga económica no debe llevar al yerro de postular que, en esas relaciones, el análisis de la validez de la conducta administrativa se rige por la prescripción, pues a la postre, lo que se analiza, y constituye el objeto del proceso anulatorio, es el análisis de legitimidad o no del ejercicio administrativo, pretensión que se modula por la figura de la caducidad. De este enfoque, a no dudarlo, participa la materia tributaria. De ahí que la regulación comentada incurre en el equívoco de regular cosas diversas al tenor de un mismo instituto, llevando al riesgo de equiparar temas diversos, lo que ha generado, se insiste, posturas contradictorias sobre la aplicación del elemento temporal de la acción anulatoria en materia tributaria, como de seguido se verá.

Cabe precisar, el que el ejercicio de las potestades determinativas y sancionatorias en materia fiscal se encuentren afectas a la prescripción, no lleva a que la acción de nulidad contra los actos concretos que dicte el Fisco, se regule por la misma figura. De nuevo, pensar lo contrario es incurrir en una falacia naturalista, sin discriminar la diferencia innegable y sustantiva de ambas referencias.

Pues bien, ante esa regulación, son varias las posturas que pueden sostenerse sobre el plazo para incoar el proceso contra actos fiscales:

- a. En materia tributaria, por norma especial (art. 41 CPCA), las acciones anulatorias no se rigen por la caducidad de la acción, sino, por la prescripción que es propia de esa materia.
- b. Las acciones anulatorias en materia fiscal, están sujetas a una caducidad de la acción que no se rige por la regla general de preclusión anual, sino que el término de dicha caducidad es equivalente al plazo de prescripción aplicable en materia tributaria.
- c. Pese a la remisión especial que hace el numeral 41.2 del CPCA, no existe regulación expresa en cuanto a la prescripción de la facultad o potestad de impugnar en sede judicial las conductas tributarias, por lo cual, por integración, debe aplicarse el plazo anual sentado por el numeral 175 de la LGAP en relación al numeral 39 del CPCA.

#### **4.4.1. Breve referencia al debate legislativo del numeral 41 del CPCA.**

La polisemia que se deriva de la gramaticalidad de esa norma, hace necesario, como dato relevante para el análisis de rigor, la referencia al debate legislativo que se presentó en la Comisión de Redacción del CPCA, concretamente, en cuanto a ese precepto 41.

Como punto de partida, se tiene que la propuesta original de este mandato<sup>391</sup> fue debatida en la sesión del 30 de marzo de 2005, acta no. 14. De inicio, el entonces procurador Fernando Castillo Víquez cuestionó que en Derecho Administrativo hay una serie de normas con plazos especiales de prescripción, dentro de los que citó la responsabilidad civil, contratación administrativa y Hacienda Pública. De seguido, externó su preocupación en materia tributaria, a efectos de lo cual expresó:

*“... en materia tributaria, la prescripción de tres años, el plazo podría ser excesivamente largo; y en algunas otras materias, podría ser los plazos de prescripción hasta de diez años”.*<sup>392</sup>

Además, la PGR cuestionó:

*“... porqué (sic) no seguir la regla del año de los artículos anteriores y casarnos en esas dos materias con una prescripción con plazos tan largos de tres o diez años y, además, porqué (sic) no incluir los otros supuestos de responsabilidades en materia de contratación, en materia de responsabilidad de la hacienda pública, y en materia de responsabilidad de los funcionarios públicos”.*

Atendiendo a esas cuestiones, el Dr. Oscar González Camacho precisó que al hablar de civil de hacienda se entienden por incluidos los aspectos patrimoniales señalados por el procurador. Pero además precisó que en materia tributaria hay un

---

<sup>391</sup> La versión original de la norma señalaba:

*“**Artículo 41.-** En las materias civil de hacienda y tributaria, el plazo máximo para incoar el proceso ordinario, será el mismo que disponga el Ordenamiento Jurídico como período de prescripción para el respectivo derecho de fondo que se discute.”*

<sup>392</sup> Cabe destacar que, al momento de ese debate en la Comisión Redactora, el plazo prescriptivo regulado por el canon 51 del CNPT era de tres años, el cual fue posteriormente reformado por el artículo 1 de la Ley No. 9069 del 10 de septiembre del 2012, siendo que, a la fecha, ese plazo es de cuatro años, salvo para omisiones declarativas o declaración fraudulenta, en cuyo caso, el plazo se eleva a 10 años.

tratamiento especial, que hacía posible abordar una discusión en cuanto al acortamiento de plazos. Señaló en esa línea:

*“Tan solo me interesa, de momento, aclarar que la materia civil de hacienda cubriría todas aquellas hipótesis de aspectos patrimoniales o inmobiliarios en general, no cubiertos, propiamente, en el derecho público. Es verdad que la materia tributaria sí tiene un tratamiento especial. En fin, ya podríamos discutir si es pertinente un acotamiento de plazos. ...”.*

Nótese que el mismo redactor puso en evidencia que la materia fiscal no participa de la categoría civil de hacienda, y que, en la misma, podría discutirse un plazo diverso o regla diversa a la señalada para aquella primera materia. Frente a ese debate, el redactor Manrique Jiménez Meza compartió las preocupaciones del entonces procurador, estimando importante fijar una sola línea en cuanto a los plazos de impugnación, sin perjuicio de lo que pueda regular alguna legislación especial.

Sobre ese particular, el integrante Aldo Milano Sánchez expresó la necesidad de mantener la propuesta de la norma, al considerar que debía ponderarse los plazos especiales y diversos que fijaba el Ordenamiento Jurídico para esas materias. Expuso:

*“... el legislador ponderó distintos intereses en juego en cada materia, y sería, de alguna forma, un tanto –como llamarlo- tal vez hasta atrevido, pretender establecer un plazo general que regule materia que van desde lo tributario hasta aspectos como los regulados en la ley orgánica. De hecho, el espíritu de esta norma es salvar las precisiones que en el campo, por ejemplo, tributario, mantiene el Código de normas y Procedimientos Tributarios, entre otras normas, y en materia civil de hacienda, ..., pues en realidad hay una serie de plazos que por una u otra razón, fueron ponderados en su oportunidad por el legislador; y tendría yo el temor de que adoptar una decisión de un único plazo, a veces pues, lejos de ser un beneficio podría redundar en un perjuicio tanto para la administración como para el justiciable, dependiendo cuál sea el caso. (...)”.*



Este comentario pone en evidencia una confusión de principio que afectó la regulación correcta de la intención regulatoria, consistente en la referencia de que el CNPT cuenta con alguna precisión en cuanto al plazo para impugnar las conductas tributarias. Ciertamente, esa legislación fija plazos especiales para las relaciones fiscales, pero esos plazos se refieren a la prescripción de potestades determinativas, sancionatorias o bien, en el caso del sujeto pasivo, para reclamar el reintegro de pagos indebidos o que ha realizado en exceso. Pero el tema que se debatía, el tributario, por un lado, no corresponde a la categoría civil de hacienda, y por otro, se refería al plazo para impugnar los actos de la AT, tema diverso a la regulación de los plazos para ejercer potestades fiscales o la facultad del contribuyente, ya indicada. Así, aludir a que el CNPT fija plazos especiales y por esa sola razón pretender que los plazos de prescripción en cuestión regulen el término para ejercer pretensiones anulatorias en contra de los actos fiscales, parte de una base legitimante indebida, al pretender equiparar institutos jurídicos diversos, por la confusión de alcance regulatorio de esos preceptos.

Continuando con la propuesta de legislación, los comentarios posteriores de los integrantes Ernesto Jinesta Lobo y González Camacho, se concentran en discutir la regulación especial en torno al civil de hacienda, justificando la norma sobre la base del criterio jurisprudencial de que, en esa materia, dado el objeto del proceso, la más de las veces de orden patrimonial, no opera la caducidad de la acción, sino la prescripción del derecho de fondo. De relevancia lo indicado por González Camacho en el siguiente sentido:

*“Entonces, ¿qué ha hecho la jurisprudencia en esto? No hay acto con sentido ¿Por qué? Porque no se impugna un acto. El acto administrativo no es el objeto del proceso, sino el aspecto patrimonial. Por tanto, si no hay un acto, que tampoco es con sentido, tampoco hay caducidad de la acción. ¿Y qué agrega la jurisprudencia? Porque la caducidad de la acción se identifica con el período de prescripción del derecho de fondo.*

*Por tanto, debe entenderse que el plazo para que el particular o la Administración es que juega para ambas partes, puedan pretender ese aspecto indemnizatorio, inmobiliario, declarativo, de orden contractual,*

*etc., es el que corresponda de acuerdo con cada derecho, llamémosle -perdónenme- entre comillas y muy entre comillas “de orden privado”, de la legislación pertinente. (...)*

*De allí que se quiso mantener esta regla, de que no existe una caducidad de la acción de ese año que ahora estamos aprobando, sino el que corresponda al período de prescripción del derecho de fondo. A mí me parece, tanto para el particular, como para la Administración, conforme al ejemplo que señalaba muy atinadamente don Ernesto, que es sano que lo mantengamos así, me parece que es sano.”*

Hasta ahí queda claro que el debate se centraba en la aplicación de la figura de la prescripción del derecho de fondo en civil de hacienda. Empero, de seguido el deponente aludido, pone en evidencia, de nuevo, que la materia tributaria es diversa a esa tipología al señalar: *“Otra cosa es, si queremos discutir, tal vez, ahí sí doy un margen de discusión, en el ámbito tributario ¿no?, si quisiéramos discutir el período de prescripción por prolongado (...).”*

De ese modo, hasta ese punto de la discusión, existe claridad en la procedencia de la propuesta en cuanto al civil de hacienda, pero en menesteres fiscales, la discusión no lo había abordado a fondo, salvo para referir que podía discutirse sobre esa materia. No es sino hasta la participación de la titular de turno de la PGR, señor Ana Lorenas Brenes Esquivel, que muestra su preocupación por la propuesta en relación con otras normas. En este punto, alude a las implicaciones para la figura de la lesividad, haciendo referencia al ordinal 34 del CPCA. Sobre ese particular, externó su preocupación por el plazo anual que limita a la AT a darse cuenta de la existencia de un acto absolutamente nulo. Externó dicha funcionaria:

*“De hecho, haciendo, digamos, la relación de este artículo con el treinta y cuatro, este, yo tengo una preocupación real, de que el plazo que tenga la Administración para solicitar la nulidad en aquellos actos que no sean de efectos continuados, inclusive, sean de un año. O sea, normalmente, la Administración tarda más de un año en darse cuenta de que tiene un acto absolutamente nulo. (...)*

*Entonces, normalmente, este plazo del año, para el acto que no es de efecto continuado, le va a ser muy difícil a la administración darse cuenta antes del año, (...) de que tiene un acto absolutamente nulo. Si ya esa*

*preocupación yo la tengo, en relación con el treinta y cuatro, no la quiero tener en relación con el civil de hacienda. (...)*”.

Véase que la preocupación aludida no se decanta en sí sobre el impacto de la propuesta analizada en el proceso de lesividad, sino en el impacto que puede llegar a producir en los procesos civiles de hacienda. Esto se confirma cuando la señora Procuradora prosigue indicando:

*“... Lo que yo no siento es que haya una norma, donde claramente se establezca que la vía de la lesividad no es el único mecanismo que tiene la Administración de acceder al contencioso, o sea, yo lo vengo insistiendo desde el artículo 2. (...) Entonces ¿cuál es mi preocupación? Que si tengo un artículo que dice que la lesividad referida a la tutela de bienes de dominio público no tiene plazo, me puedan venir a interpretar que la lesividad es la única vía que tiene la Administración, para impugnar ese tipo de actos y no siempre la Administración tiene un acto para declarar lesivos, sino que hay una actuación material donde se han apoderado de un bien de dominio público y la Administración tiene que recuperarlo, pero no hay ningún acto que declarar nulo, porque no existe acto. O sea, simplemente es frente a esa actuación material.”*

La lectura objetiva y continua de ese debate, da respaldo a lo indicado, en cuanto a que la preocupación, en ese momento, se decantaba en la limitación de un plazo anual para que la Administración Pública pueda constituirse (expresamente) como demandante en procesos civiles de hacienda, y no solamente en los procesos de lesividad.

Luego, la Procuradora General expone que materia tributaria, tiene duda respecto de si dejar la referencia al plazo máximo para incoar el proceso, al límite temporal del derecho de fondo o no. Se limita a proponer que, si para el administrado se aplica el criterio del derecho de fondo, se aplique ese mismo criterio para la lesividad, proponiendo una suerte de “igualdad de armas”, en cuanto a ese tema. Señaló en ese aspecto:

*“... La petición que les haría, eso sí, es que, si vamos a dejar para el administrado que sea el término para impugnar por el derecho de fondo,*

*le dejemos a la Administración la posibilidad que, vía lesividad, también sea por el plazo del derecho de fondo.*

*Digamos que, en ese sentido, francamente, no tengo claro por qué hacer la diferencia entre el tributario y los otros; pero a mí me parece hacerlo ¿por qué? Porque yo prefiero que la Administración tenga tres años, que andan más o menos, los plazos, y no un año que también lo preferiría en el treinta y cuatro. Entonces, es un tiempo que se gana la Administración también, pero eso sí, pongamos en la lesividad que en materia tributaria la Administración tendría el mismo plazo que el derecho de fondo, en materia tributaria para tratarla de manera equitativa con el administrado.”*

No fue sino hasta la participación del redactor Manrique Jiménez Meza que se pone de manifiesto la diferencia entre la materia civil de hacienda y la tributaria. Sin embargo, postula que si en materia tributaria el derecho de fondo está sujeto a un plazo de tres años, ese mismo lapso debe darse a la Administración.

A partir de eso, el redactor González Camacho afirma que hay consenso en eliminar la figura de la caducidad en civil de hacienda y en materia tributaria, al externar:

*“... según las exposiciones que me anteceden, interpreto que estaríamos de acuerdo con la redacción propuesta al Artículo 41, manteniendo... quitando el ordinario; manteniendo entonces, la exclusión a los plazos de caducidad, tanto para el civil de hacienda como tributario, según interpreto, de las intervenciones; e insisto que valen para ambas, obviamente, porque la norma no hace distinción alguna, tanto para el particular, tanto para el ciudadano, como para la Administración (...).”*

Ante ello, la Procuradora advirtió que era necesario abrir el plazo en el proceso de lesividad, en cuanto a la materia tributaria. De ahí que se propuso que la referencia al plazo máximo para incoar el proceso sería el mismo que disponga el ordenamiento jurídico como plazo de prescripción del respectivo derecho de fondo en la materia civil de hacienda y en materia tributaria, incluyendo el proceso de lesividad. La moción fue aprobada, dando paso a la redacción vigente de ese precepto 41 del CPCA.

Teniendo como referencia esa discusión legislativa, de seguido se ingresa al examen de esas posturas, para finalmente, formular el criterio propio en cuanto a este particular.

**a. Primera postura: Prescripción de la acción anulatoria sobre conductas tributarias.**

La literalidad del canon 41.2 del CPCA, podría llevar a sostener que, en esa materia en particular, no opera la figura de la caducidad de la acción, usual y tradicional frente a pretensiones anulatorias ejercidas en el contexto de una relación jurídico administrativa, sino, que el ejercicio oportuno del régimen de impugnación judicial de ese tipo de actos, se rige por el instituto de la prescripción, negativa o liberatoria en este caso. Al tenor de esta visión, se colige que, al igual que sucede en materia civil de hacienda, en el ámbito fiscal, no opera la caducidad de la acción, sino la prescripción del derecho de fondo. Esta postura llevaría a que no bastaría la formulación de la demanda anulatoria para hacer cesar el cómputo del plazo máximo para incoar el proceso, ya que, en las figuras sometidas a la prescripción, el efecto interruptor se produce con la notificación del emplazamiento, de conformidad con el ordinal 877 del Código Civil en relación al canon 36 inciso 2) letra a) del CPC.<sup>393</sup> Por demás, sería un asunto que estaría vedado al análisis y pronunciamiento oficioso de la autoridad jurisdiccional.

---

<sup>393</sup> La citada normativa precisa que el efecto procesal del emplazamiento se produce con la comunicación del auto respectivo y que uno de esos efectos es justamente la interrupción de la prescripción. Establece dicha regulación:

*“... 36.2 Efectos. Los efectos del emplazamiento, tanto materiales como procesales, se producen a partir de su notificación.*

*Son efectos materiales:*

Esta es justamente la tesis que ha seguido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Veamos. En la sentencia No. 31 de las 13:55 horas del 16 de enero de 2015, expresó que, en materia tributaria, aún en pretensiones anulatorias, no procede la caducidad de la acción. En ese precedente la Sala de Casación expone que desde el precedente Sala no. 000972-F-S1-2014 de las 9 horas 10 minutos del 24 de julio de 2014, se analizó que la redacción de la norma presenta un primer cuestionamiento en relación a si lo establecido es un plazo de caducidad, o bien uno prescriptivo, pues el enunciado que constituye el párrafo inicial y que antecede a las dos hipótesis utiliza el concepto de “prescripción”, al tiempo que emplea la frase “incoar el proceso”. Esto fue reiterado en el voto No. 759 del 2016.

Para sostener su interpretación, dicha instancia casacional expresó que era menester acudir a la discusión en el seno de la subcomisión dictaminadora del proyecto de ley Código Procesal Contencioso Administrativo en la Asamblea Legislativa, en aplicación del método interpretativo histórico del Derecho, a efectos de desentrañar la *ratio legis*. Luego de las citas de las discusiones en torno a la norma.

Si se mira la anterior discusión, expuesta en el punto previo, es claro que si bien el tema se introdujo para los casos civiles de hacienda y tributarios, el análisis, hasta ese punto, se concentró en aquella primera categoría, expresando que la idea de la norma en discusión, era positivizar la línea jurisprudencial de improcedencia de caducidad en esas lides, por la lógica razón de tratarse de una materia eminentemente patrimonial, o referida a relaciones en las que el derecho privado rige las actividades del ente público.

---

a) *La interrupción de la prescripción que se mantendrá hasta la sentencia definitiva. Si la demanda es declarada inadmisibile después del emplazamiento, la interrupción se tiene por no operada. (...)*”

Pese a ello, en el voto aludido, la Sala Primera de Casación llega a la conclusión de que, la voluntad del legislador fue dar primacía a la dimensión económica inserta en las relaciones tributarias, regulando esos debates judiciales, incluso las pretensiones anulatorias, mediante la figura de la prescripción. En ese sentido señaló:

*“... De las anteriores transcripciones resulta claro en primer término que para la materia tributaria la norma dispone un plazo de prescripción. Así se mencionó de forma expresa en la subcomisión legislativa. Hubo insistencia en ello, y si bien la explicación de las razones por las cuales se trata de una prescripción –y no de una caducidad- se refirieron al proceso civil de hacienda, es lo cierto que tales alegaciones incorporaban también a la materia tributaria. Nótese que se destacó como justificante los aspectos “indemnizatorio, inmobiliario, declarativo de orden contractual”, los cuales puntualizase puntualizaron como “aspectos inmobiliarios (...) cubiertos dentro de la expresión civil de hacienda y la tributaria”. Asimismo, se señaló que distinto a lo ya dicho, era el decidir si se sometía a discusión para el tributario “el período de prescripción por prolongado”. En síntesis, la duda surgida por la redacción del artículo 41 en su párrafo primero, se aclara en el sentido de que se trata de un plazo prescriptivo para las materias civil de hacienda y tributaria. En esta línea, ya en la sentencia no. 552-F-S1-2011 de las 9 horas 25 del 5 de mayo de 2011, esta Sala, si bien no de manera expresa, inició la argumentación utilizando como premisa el que el artículo de comentario prevé un plazo prescriptivo. En esa oportunidad señaló “Dicho cuerpo normativo establece en su canon 41, que el plazo máximo para incoar el proceso, es el de la prescripción del respectivo derecho de fondo”.*

Nótese que la misma instancia casacional reconoce que el debate se concentró en la pertinencia de la referencia normativa en cuanto a la materia civil de hacienda, por una simple razón: la improcedencia de la caducidad de la acción en esas lides, dado el contenido patrimonial de las relaciones que se rigen por esta modalidad. No obstante, aún en los procesos que, en apariencia, son civiles de hacienda, debe distinguirse entre las pretensiones patrimoniales y las propias del régimen de

invalidez de las conductas dictadas (o las indolencias) en ejercicio de la función administrativa. Un ejemplo pone en perspectiva esta afirmación. Veamos.

Es evidente que los procesos de responsabilidad civil de la Administración Pública, regulados por el ordinal 190 y siguientes de la LGAP, se entienden como procesos eminentemente de orden patrimonial, parte de la tipología civil de hacienda. Podría decirse que, en tales ruegos, a la luz del ordinal 41.1 del CPCA, no opera la caducidad de la acción, sino la prescripción del derecho de fondo, en este caso, el plazo de cuatro años impuesto por el canon 198 ejusdem. Lo anterior, que pareciera, no genera mayor duda al respecto, encuentra su punto de excepción cuando el criterio de imputación sobre el cual se construye el juicio de reprochabilidad o causalidad que da base a la responsabilidad, es una conducta ilícita. Si se entiende que la ilicitud, en orden al precepto 158 de la LGAP (en relación al 166 y 167 ibidem), es la disconformidad sustancial con el Ordenamiento Jurídico, es innegable que el nexo causal que da soporte a la indemnización, exige de la declaratoria de invalidez de esa conducta a la que se endilga la lesión que se estima antijurídica en su base.

Siendo así, la responsabilidad por conducta ilícita solamente podría disponerse en caso de que, de antemano, exista una declaración de ilicitud de esa conducta, sea por autoridad administrativa o judicial. Sin embargo, cuando se reclama la responsabilidad civil derivada de un acto administrativo que no se ha anulado en sede administrativa, y cuya validez se cuestiona dentro del mismo proceso de responsabilidad, ¿esa pretensión anulatoria se rige por la prescripción impuesta por el ordinal 198 de la LGAP o por el plazo anual definido por el canon 175 LGAP en relación al 39 del CPCA?

Resulta notorio que, en tales hipótesis, la sola formulación de pretensiones patrimoniales que acompañan las anulatorias, no imponen un plazo especial de prescripción al análisis de invalidez, siendo que esos ruegos de nulidad, se rigen por la caducidad anual. De otro modo, bastaría el reclamo patrimonial, el que fuese, para burlar el término anual de aquellos preceptos. Así, aun en los procesos civiles de hacienda, cuando el análisis de la procedencia del ruego patrimonial, exija el



análisis de validez de una manifestación de función administrativa, la caducidad rige la pretensión anulatoria, y luego, la prescripción los reclamos patrimoniales. De otro modo, bastaría el pedimento de daños y perjuicios para ensanchar los términos de caducidad anulatoria de un año a cuatro años, aspecto que, por un lado, ni por como se desprende de la norma y por otro, no se ajusta al rigor técnico de la dinámica expuesta.

Pues bien, el solo contenido económico de las determinaciones tributarias, no dice de la procedencia de regir los reclamos de invalidez de esas decisiones administrativas, por la vía de la prescripción, pues lo debatido no es la vigencia de una deuda dineraria, sino el ejercicio concreto de una función administrativa que impone una carga de orden económico, cosa muy diversa. Es decir, cuando se impugna una determinación fiscal, lo debatido no es la obligación en sí misma, desde el plano cuantitativo, sino el acto que da base a esa deuda dineraria, cual es, el acto de la AT que establece el deber contributivo. De ahí que asumir una paridad de tratamiento a la materia civil de hacienda por la sola proyección económica del contenido del acto tributario, parte de una falsa e indebida fuente de equiparación para haber dado ese tratamiento normativo.

A ello hay que agregar que, en determinados casos, el acto tributario no se limita a cuantificar una deuda fiscal, pues bien puede imponer determinadas sanciones producto de desatenciones formales del sujeto pasivo. En efecto, si bien el componente económico impregna la mayoría de las decisiones tributarias, dada la finalidad eminentemente fiscal (pero no exclusivamente fiscalista) de ese ejercicio competencial, en determinadas ocasiones el acto firme de un procedimiento tributario, no culmina en la determinación de una deuda tributaria. Es el caso de los procedimientos sancionatorios, en los cuales, como se ha expuesto, en la mayoría de supuestos se imponen multas económicas, empero, la base justificante de esa decisión es totalmente diversa a la que sustenta las actividades determinativas. Por otra parte, en ese régimen sancionatorio, en determinados supuestos, el acto final no impone multas económicas, sino otro tipo de sanciones, como es el caso del cierre de negocios que estatuye el ordinal 86 del CNPT.

Lo mismo cabe decir de los actos derivados del ejercicio de la facultad recursiva ordinaria, en los cuales, el componente económico es de segundo plano, frente al control de legalidad que realiza el TFA.

De esa manera, del análisis del legislador se desprende que la lógica en la cual la Comisión de Redacción pretendió sustentar la inserción de la materia tributaria dentro del reconocimiento normativo de la regla de no aplicación de la caducidad de la acción en materia civil de hacienda, parte de una premisa errada, cual es, la supuesta prevalencia y respeto de plazos especiales de prescripción en material fiscal.

Si la idea era equiparar el plazo de impugnación judicial a favor del administrado con el plazo con que cuenta la AT para ejercer sus potestades determinativas, ello es cosa muy diversa a establecer que, en esa materia, tratándose de impugnación de conductas formales de la Administración Pública, opera la figura de la prescripción, y no la caducidad de la acción. Ya se ha puesto de manifestó las diferencias procesales entre ambas figuras (prescripción y caducidad), de manera que pese a las bondades que, en apariencia, pretendía generar esa regulación, en el fondo, impone un tratamiento sui generis, especial para la materia fiscal, sin una causa legítima que lo sustente, más allá de la supuesta prevalencia de plazos especiales de prescripción.

Si esa fuese la lógica, pues cabría indicar que, en actos relacionados con el régimen de fiscalización superior de la Hacienda Pública, las acciones anulatorias podrían tener una caducidad (¿o prescripción?, ya que el criterio no es claro ni preciso) de cinco años, dada la regulación especial que, por remisión, regula el canon 71 de la LOGR (No. 7828). O bien, para una comparación más próxima, las acciones anulatorias, con o sin requerimiento indemnizatorio, en cuestiones de contratación administrativa, deberían entonces regirse por el plazo de prescripción del supuesto “derecho de fondo”, en esas lides, de cinco años por virtud del ordinal 35 de la Ley No. 7424.

Por demás, aceptando que regla a imponer en menesteres fiscales es la aplicación del plazo de prescripción del derecho de fondo, la instancia casacional no detalla, ni desarrolla, las razones por las cuales asume un plazo común de 4 años, regulado en el artículo 51 del CNPT, cuando en ese mismo precepto se reconoce un régimen de prescripción ensanchado, agravado de 10 años para los sujetos pasivos que hayan omitido declaraciones, o bien, las presentadas sean tenidas como falsas o fraudulentas. En ese sentido, si la lógica que sostiene esta postura bajo examen fuera la prevalencia del régimen de prescripción del derecho de fondo, cuando la acción anulatoria sea formulada por la misma AT frente a actos favorables dictados en relaciones fiscales en las que la causa de invalidez se asocie con ese supuesto condicionante, sea, la omisión declarativa o falsedad, luego entonces, sería lógico y esperable (además de congruente) sostener que la acción de lesividad sería de diez años y no de cuatro, como parece sostenerse. ¿O es que la normativa parte de una sola norma de prescripción? Si es así, la discusión legislativa no lo indica, ni parece desprenderse de ningún aspecto debatido, como para imponer la falacia de autoridad de la voluntad del legislador en esta discusión. Dicho alegato es más propio de una estratagema convencionalista que de una referencia racional para dar sustento a esas afirmaciones.

Si la nulidad se reclama respecto de actos sancionatorios, pese a que el plazo es de cuatro años, no es correcto entonces aludir a la prescripción del artículo 51 del CNPT, pues esa norma impone el régimen de prescripción en acciones determinativas, no en las sancionatorias.

Sin embargo, la Sala Primera ha asumido que sí o sí, esa prescripción es, siempre, de cuatro años, en aplicación del ordinal 51 del CNPT, desconociendo reglas especiales en normas sectoriales. Veamos dos ejemplos concretos.

El primer caso se refiere a las acciones anulatorias en contra de decisiones determinativas derivadas de las cuotas de la seguridad social. En el caso, se debatía la caducidad de la acción relacionada a ruegos anulatorios en contra de actos determinativos de deudas con la Caja Costarricense de Seguro Social, siendo

que se alegaba la caducidad anual regulada por el ordinal 39 del CPCA. En el abordaje del caso, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ingresó a ponderar la naturaleza jurídica de las cuotas de la seguridad social a efectos de lo cual, con fundamento en el voto No. 2018-013658 de las 9 horas 15 minutos del 22 de agosto de 2018 de la Sala Constitucional, concluyó que son contribuciones de orden parafiscal, por lo que, le resultaba aplicable las normas procesales relativas a las categorías tributarias.<sup>394</sup>

---

394 En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional estimó, en lo relevante:

*“I.- SOBRE EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY CONSTITUTIVA DE LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL. [...] La cuestión de las contribuciones parafiscales –en este caso las aportaciones a la seguridad social- ha provocado no poca polémica en el ámbito doctrinario y jurisprudencial. En lo que atañe a la controversia jurídica constitucional que tenemos entre manos, desde la perspectiva de esta Sala, son plausibles dos tesis. La primera, que considera que al ser un tributo –véase al respecto la sentencia 2006009568 de este Tribunal- irremediablemente sus elementos estructurales –hecho generador, tarifa, base de cálculo, sujeto activo y pasivo, etc.- deben ser definidos por Ley formal-; esta última consecuencia que no ha sido validada por la Sala Constitucional-. En esta dirección, si los elementos estructurales de la contribución parafiscal no estuviesen establecidos por Ley formal, se estaría vulnerando el principio de legalidad tributaria, máxime si se toma en cuenta que en la lucha de los barones ingleses por hacerse de la potestad tributaria algunos encuentran el origen del Parlamento y la democracia – no hay democracia sin Parlamento, ni de éste sin la Oposición-. En resumidas cuentas, en este caso específico, se debe de aplicar el principio de legalidad tributaria. La segunda tesis, la cual ha sido sostenida por este Tribunal –véanse, entre otras, las sentencias números 1994003819 y 1998-007393-, es la que considera que no estamos en presencia de una contribución parafiscal y, por consiguiente, no se debe aplicar el principio de legalidad tributaria. “El pago de la cuota o contribución, según sea el caso, no es un tributo, como quedó dicho en párrafos anteriores, sino el pago de una obligación legal, que es condición esencial para la existencia misma del régimen, creada precisamente, en beneficio de los mismos contribuyentes...”. / Según la doctrina más autorizada en materia tributaria las contribuciones parafiscales son un tributo, pues contienen los elementos materiales de la obligatoriedad –el deber de pagarlas quienes se encuentren en el supuesto de la norma creadora-, de singularidad debido a que afecta un determinado y único grupo social o económico y la destinación sectorial a causa de lo que se recauda a través de esta prestación obligatoria se utiliza en beneficio exclusivo del grupo que pagó el tributo. Estamos, pues, ante*

---

*el ejercicio de una potestad de imperio del Estado que impone prestaciones pecuniarias para el cumplimiento de fines sociales o económicos. Ergo, solo a través de una Ley formal se pueden crear –tributum sine legge-. / Ahora bien, en el caso de las cuotas obrero-patronales destinadas al sostenimiento de la seguridad social –seguro de enfermedad y maternidad y seguro de invalidez, vejez y muerte-, nuestro ordenamiento jurídico tiene una singularidad. En efecto, y es que el numeral 73 constitucional es el que crea la contribución parafiscal al disponer una contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos citados y demás contingencias que la ley determine. Acto seguido, el texto constitucional establece que la administración y el gobierno de esos seguros sociales corresponde a una institución autónoma: la Caja Costarricense de Seguro Social. Finalmente, en lo que interesa, la norma constitucional impone la prohibición de transferir o emplear en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales. Como puede observarse, estamos, pues, ante una contribución parafiscal creada por el Constituyente originario, con lo que, desde la perspectiva de este Tribunal, se cumple la máxima de que no puede haber imposición sin representación –no taxation without representation-. En otras palabras, en el caso que nos ocupa, el apego a los principios que regentan el ejercicio de la potestad tributaria se cumple satisfactoriamente, toda vez que un órgano representativo, plural, que ejerce el máximo poder en un Estado democrático y social de Derecho, como lo es el ejercicio de la potestad constituyente, determinó soberana y democráticamente crear la contribución parafiscal. / Un segundo escollo que debemos superar, es el relativo a la fijación del monto de la cuota a pagar por patronos y trabajadores. Al respecto, el artículo 23 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social estatuye que las cuotas y prestaciones serán determinadas por la Junta Directiva, de acuerdo con el costo de los servicios que hayan de prestarse en cada región y de conformidad con los respectivos cálculos actuariales. La contribución de los trabajadores no puede ser nunca mayor de la contribución de sus patronos, salvo los casos de excepción que, para dar mayores beneficios a aquéllos, y para obtener una más justa distribución de las cargas del seguro social obligatorio señale el Reglamento, con base en recomendaciones actuariales. Vista así las cosas, concluye este Tribunal que no se vulnera el principio de legalidad tributaria, por la elemental razón que mediante Ley formal se le impone a la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social parámetros objetivos a la hora de determinar el monto de la cuota – el costo de los servicios que presta y los respectivos cálculos actuariales-, por lo que el legislador le fijó al órgano colegiado administrativo los elementos objetivos que debe observar a la hora de fijar los respectivos montos, actos administrativos que también deben ceñirse a los principios generales de Derecho y son controlables a través del Juez de lo Contencioso Administrativo. Esta misma lógica sigue el Código de Normas y Procedimientos Tributarios en su numeral 5, en relación con las tasas, pues permite variar su monto por vía*

A partir de esa consideración, el Tribunal Casacional estimó que las reglas de temporalidad de la acción, se regían por el numeral 41.2 del CPCA, a efectos de lo cual, afirmó, el plazo aplicable era de tres años, dada la versión del artículo 51 del CNPT vigente a la fecha de emisión de los actos cuestionados. A diferencia del análisis presentado en el punto anterior, en este caso, la Sala aludida equiparó la caducidad al plazo de prescripción del derecho de fondo, en el siguiente sentido:

*“V.- Al respecto, y por la importancia que reviste para la solución de la presente lite, es menester transcribir en lo conducente y pese a su extensión, lo considerado por las personas juzgadoras de instancia: “III) SOBRE LA CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS: El instituto de la caducidad se define como un término procesal inexorable con el que se cuenta para interponer una acción procesal, que no puede ser objeto de suspensión, ni de interrupción, siendo sus presupuestos procesales la inactividad y la existencia de un término procesal para actuar. En materia de alegación de nulidades de actos administrativos, se ha establecido en la Ley General de la Administración pública, en su ordinal 175, que [...] Sobre el tema, el Código Procesal Contencioso Administrativo, establece en su numeral 39, que el plazo máximo para incoar el proceso será de un año, el cual se contará [...] Por su parte, tratándose de actos de efecto continuado el numeral 40 del Código supra citado, expresa que [...] Por su parte, en materia tributaria, establece el numeral 41 ibid., que [...] De modo que, al tratarse el presente asunto de la impugnación de actos administrativos determinadores de la obligación tributaria de las cuotas obrero patronales, se debe regir en materia de caducidad para su impugnación por el Código de Normas y de Procedimientos Tributarios, número 4755 del 03 de mayo de 1971, en lo referente a la materia de la prescripción, con aplicación de los instrumentos propios de dicho instituto. Es por ello, que resulta de aplicación la norma tributaria*

---

*de Reglamento para que se cumpla su destino en forma más idónea, previa intervención del organismo que por ley sea el encargado de regular las tarifas de los servicios Públicos. / Recapitulando, al ser creada la contribución parafiscal por el Constituyente originario, se cumple, con creces, el principio de legalidad tributaria, por un lado, y al fijar el legislador parámetros objetivos para determinar monto de la cuota de la contribución parafiscal, también se respeta ese principio.”*

*vigente para el momento del dictado de los actos impugnados en 1996, de modo que se aplica la Ley número 7900 del 03 de agosto de 1999, vigente hasta el 27 de setiembre del año 2012, la cual en materia tributaria dispone al reformar el numeral 51 sobre la prescripción, que (...) En ese sentido, para el presente caso, el término de caducidad que debe aplicarse para efecto de la impugnación en sede judicial de los actos administrativos determinadores de la obligación tributaria, es el que rige para el derecho de fondo (...) en mérito de ello, efectivamente, debe aplicarse el plazo de prescripción que estipula el numeral 51 ibid., así como todos sus institutos de conteo del plazo, de suspensión y de interrupción, de modo tal que el conteo, se deberá de realizar a partir tomando en consideración los supuestos de interrupción o suspensión de la prescripción tributarias, a tenor del numeral 53 vigente para dicha data. ...”.*

Nótese que, en esta oportunidad, la Sala de Casación no afirmó sobre la prescripción de la acción anulatoria, sino que la caducidad se rige por el plazo de prescripción del derecho de fondo, derivación muy diversa a la expresada previamente. Con todo, remite a las regulaciones del ordinal 51 del CNPT, pese a que la Ley Constitutiva de la CCSS, posee norma expresa de prescripción respecto de las cuotas de la seguridad social, que fija una prescripción de diez años. La lógica misma de la postura de esa Sala, llevaría entonces a aplicar el plazo especial que fijen normas concretas, respecto de tributos específicos. Sin embargo, se insiste, se parte de la falacia generalizante, de que toda acción anulatoria en contra de obligaciones derivadas de relaciones tributarias, está afecta al plazo de prescripción del CNPT, derivación que, se reitera, ni por asomo fue establecido en la norma, y, ni siquiera, abordado en el debate legislativo. Ello pone en evidencia un vicio de razonamiento, un sesgo interpretativo grave, que parte de una generalización indebida, sobre la base de una intención *a priori* elegida, de aplicar en todos los casos, esa prescripción, sin entrar a ponderar si existe o no una regulación especial de ese supuesto referente denominado “derecho de fondo”. Si la respectiva prescripción del derecho de fondo es el criterio que delimita el ejercicio oportuno del derecho de acción, en los casos en que ese “derecho de fondo” se

encuentre regulado de manera específica, no podría apelarse a la utilización de una norma genérica, por el innegable criterio de especialidad regulatoria. Sin embargo, la instancia de casación pasa por alto ese aspecto y se aventura a aseverar que, de manera genérica, sin excepción, las contiendas tributarias se rigen por el margen temporal (¿caducidad o prescripción?) que estatuye el ordinal 51 del CNPT.

En el análisis de fondo expuso este criterio en el siguiente sentido:

*“VII. A la luz del anterior fallo de la Sala Constitucional, se determina, como lo señaló el Tribunal, los aportes a la seguridad social son contribuciones parafiscales; por ende, su naturaleza es tributaria. Ergo, no lleva razón el casacionista en su alegato al negarle esa condición. En consecuencia, tocante a la defensa de caducidad argüida, la norma actuable es la contenida en el precepto 41 inciso 2) del CPCA, aplicando, por ende, lo previsto en el Código Tributario; no así lo señalado en el canon 39 del CPCA como lo indica el recurrente. El casacionista no objetó el cómputo del plazo efectuado por las personas juzgadoras a la luz de lo dispuesto en la normativa tributaria; el cual, por demás, es correcto. En consecuencia, al no estar prescrita la acción, no incurre el Tribunal en los yerros alegados por el casacionista. Por lo tanto, se impone el rechazo de las censuras en estudio. Sin perjuicio de lo expuesto, es menester señalar, como se ha indicado, la objeción interpuesta por el recurrente estriba en la denegatoria de la defensa de caducidad interpuesta, ya que, a su entender, la acción se interpuso pasado el año previsto en el canon 39 del CPCA. Ya se brindaron las razones por las cuales esta Cámara no comparte esa tesis; sino que el numeral actuable es el 41 inciso 2) ibid. Dentro de esta línea de pensamiento, tampoco resulta aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 56 de la Ley no. 17 del 22 de octubre de 1943, Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, el cual dispone: “La acción penal y la pena en cuanto a las faltas contempladas en esta ley, prescribirán en el término de dos años contados a partir del momento en que la Institución tenga conocimientos de la falta. El derecho a reclamar el monto de los daños y perjuicios irrogados a la Caja, sea que se ejercite la vía de ejecución de sentencia penal o directamente la vía civil, prescribirá en el término de diez años.” (Lo subrayado es suplido). En esta lite no se reclama ningún monto por daños y perjuicios irrogados a la CCSS; ergo, tal disposición no resulta aplicable.”*



El citado fallo se limita a señalar la inaplicabilidad de la regla especial de prescripción del artículo 56 de la Ley No. 17, sin ningún razonamiento adicional a la mención del citado ordinal 41.2 del CPCA. Se insiste, ese mandato no señala, ni por asomo, que la prescripción aplicable sea siempre la del CNPT, sino la del derecho de fondo aplicable a cada relación debatida. Esa postura, evade el análisis del ámbito gramatical y la supuesta *ratio legis* en que tanto se ampara para justificarse, y sin más, generaliza una aplicación sin ponderación alguna.

Cabe destacar que justamente ese vicio de argumento fue señalado en la nota aclaratoria de la Magistrada Rocío Rojas Morales, para quien, si se mantiene la postura debatida, la norma aplicable es la especial de la Ley No. 17, que no la regulación genérica de la Ley No. 4755. En el voto salvado señaló sobre esas razones:

***“Nota de la magistrada Rojas Morales.***

*A pesar de que, en la sentencia, por error material, se consigna que se trata de un voto salvado, lo cierto es que el criterio que deseo exponer se hace en formato de nota, ya que no afecta ni altera lo dispuesto en la parte dispositiva de la presente resolución. Si bien es cierto, en cuanto a la defensa de caducidad, debe aplicarse el numeral 41 inciso 2) del Código Procesal Contencioso Administrativo que establece que el plazo máximo para incoar el proceso será el mismo que disponga el ordenamiento jurídico como plazo de prescripción del derecho de fondo, debo externar mi desacuerdo con la aplicación del artículo 51 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el cual, antes de que fuese reformado por el artículo 1° de la ley N° 9069 del 10 de setiembre del 2012, disponía que la obligación tributaria prescribía a los tres años. En su lugar, considero que la norma de prescripción de derecho de fondo aplicable en la lite es el artículo 56 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social (N° 17) que dispone un término de diez años, pues, aunque se trate de extremos tributarios, esta es la norma especial para efectos de cobros de extremos parafiscales de la CCSS, por lo que se antepone a la norma general del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.”*

Dentro del ámbito de aplicación que se examina, la postura de la nota separada resulta ser más congruente con el sustento y razones de esa postura, pese a que

no se comparte el razonamiento de aplicación de la prescripción de la potestad determinativa como pauta de condicionamiento temporal de ejercicio del derecho de acción.

Por otro lado, en materia tributaria municipal, el artículo 82 del Código Municipal, Ley No. 7794, establece un plazo de prescripción de cinco años para las deudas tributarias municipales, plazo diverso al de cuatro años que estatuye el precepto 51 del CNPT. La especialidad de ese mandato se impone sobre la regla sentada por la Ley No. 4755, de manera que, en esos casos, la postura analizada debería llevar al respeto del plazo especial.<sup>395</sup>

---

395 Sobre la prevalencia de la norma de prescripción del Código Municipal (art. 82) respecto de la prescripción general del CNPT (canon 51), en la sentencia No. 143-2019-VI de las 14 horas 50 minutos del 11 de noviembre del 2019, por criterio de mayoría (voto salvado de la Jueza Gómez Abarca), el TCA expresó:

*“... Sobre esas alegaciones debe remitirse a lo ya expuesto en cuanto a que en este impuesto debe aplicarse el régimen de prescripción del Código Municipal, en la medida en que constituye una norma especial que aplica a las relaciones tributarias de orden local. El alegato de la Municipalidad busca la desaplicación ilegítima de una norma concreta, atinente a los tributos locales, para en su lugar, utilizar un supuesto de hecho regulado por otra normativa de orden general, sea, el ordinal 51 del CNPT. Ciertamente este último precepto regula con mayor rigor técnico el instituto de la prescripción fiscal, en tanto incluye plazos agravados para conductas irregulares del sujeto pasivo, sea, por omisión de declaración, falencias de registro fiscal o declaraciones fraudulentas; sin embargo, ese mayor rigor no hace que en los casos en que la norma especial no distinga los supuestos que sí presenta la norma del CNPT, se pueda acudir a una integración por una suerte de analogía, pero desaplicando la norma especial. La máxima de reserva de ley que opera en esta materia fiscal, exige que la norma especial regule igualmente esos supuestos para ser aplicable, o que, al menos, remita a esa otra fuente en lo no previsto. Ello adquiere aún mayor relevancia si se entiende que la prescripción es un instituto reservado a la discrecionalidad legislativa, como derivación de la seguridad jurídica y en orden a lo precisado por el artículo 5 inciso e) del CNPT. Si la intención de la Ley No. 9069, que reformó el ordinal 51 del CNPT*

Al tenor de lo expuesto, es claro que no sería debido aplicar a la materia fiscal esta posibilidad, en la medida en que desnaturalizaría sustancialmente, los procesos anulatorios, al utilizar una figura que es propia del derecho patrimonial, que busca la liberación de una determinada obligación, por la concurrencia de los supuestos que fija el ordinal 866 del Código Civil. El análisis de validez de las conductas administrativas se rige por figura diversa, no relacionada con menesteres patrimoniales, y que impone un término fatal, extremo, para ejercer el reclamo respectivo, sin posibilidad de interrupciones o suspensiones a ese cómputo.

**b. Segunda postura: La caducidad de la acción es equivalente a la prescripción del derecho debatido.**

La otra posibilidad supone que, en materia tributaria, aplica la figura de la caducidad de la acción, empero, el término aplicables es el que fija el Ordenamiento Jurídico para el respectivo derecho de fondo. Esta postura, no se encuentra exenta de debates, ya que, presenta la misma imprecisión de la redacción genérica de la norma. Cuando el mandato alude al “respectivo derecho de fondo”, se abre un haz de opciones interpretativas que impregnan de incerteza la regla aplicable a esta materia. ¿Qué es el derecho de fondo? ¿Se refiere al plazo para el ejercicio de la

---

*hubiera sido extender ese tratamiento a todas las normas especiales de prescripción tributaria que no incluyeran ese detalle, así se hubiera expresado, lo que, con claridad, no ha ocurrido en lo que se refiere a la prescripción regulada por el canon 82 del Código Municipal. De esa manera, la postura del ente local de utilizar en este caso la prescripción agravada del CNPT, supone una desaplicación de su normativa especial, no derogada, ampliada o complementada por ninguna otra norma, en contravención con los ordinales 11, 13, 19, 132, 158 y 166 de la Ley General de la Administración Pública, siendo por un ende un defecto estructural de las conductas cuestionadas. (...).”*

La sentencia complementa su análisis poniendo de manifiesto la improcedencia de integrar la regla agravada de prescripción del CNPT con las ordenanzas del Código Municipal, dada la especificidad regulatoria.

potestad cuyo ejercicio llevó al acto impugnado?, o ¿se refiere al plazo que concede el Ordenamiento Jurídico al sujeto pasivo para cuestionar esas conductas?

Para esos efectos, parece notorio que la norma en cuestión no da parámetros claros para establecer de manera cierta ese aspecto. Lo anterior en la medida en que remite la definición del plazo aplicable a una figura que no establece en lo absoluto y que, es completamente indeterminada. Es necesario reiterar que la norma pretende regular un plazo (¿especial?) para incoar la demanda en contra de las conductas dictadas en el ámbito tributario, pero cuyos reproches no se limitan a la preclusión de la potestad del Fisco para determinar los tributos, sino que pueden incluir cualquier infracción al Ordenamiento Jurídico en la adopción de esas conductas, por la más variada gama de probabilidades, como sería el caso de falta de competencia, infracción al debido proceso, ejercicio abusivo de la potestad determinativa, etc.

De ahí que si la nulidad alegada es por una lesión al debido proceso, v.gr., por preterición de pruebas ofrecidas, o bien, por la aplicación de una determinación sobre base objetiva pese a que dentro del procedimiento determinativo hay elementos para la tasación directa o indirecta, ¿qué razón lógica lleva a suponer que el derecho de fondo que se debate en la relación administrativa, y por ende, el que por referencia estatuye el plazo máximo para incoar el proceso, es el que regula el numeral 52 del CNPT? Lo anterior es totalmente cuestionable, si se considera que esa norma lo que define es el plazo con que cuenta la Administración Tributaria para determinar los tributos. Es decir, suponer, de manera genérica, que la referencia a la prescripción del derecho de fondo se refiere, sí o sí, a la prescripción genérica que opera en materia fiscal para que la Administración pueda realizar determinaciones fiscales, es una proyección que parte del “simplismo” de asociar el término “prescripción”, a la preclusión genérica aludida. Pero tal derivación no es una consecuencia lógica, irrefutable de la literalidad de la norma. Si la intención regulatoria era equiparar el plazo de caducidad en menesteres tributarios al plazo prescriptivo genérico de las determinaciones tributarias, así debió de indicarse, salvo que se entienda, como parece entenderlo la Sala Primera, que la mención

“derecho de fondo”, se refiere, en todos los casos, al plazo con que cuenta la Administración para ejercer sus potestades determinativas. Más adelante se volverá sobre la postura de la Sala Primera en cuanto a este punto.

En los inicios de vigencia del CPCA, algunos precedentes del TCA postularon que, al margen de esa redacción, operaba la caducidad de un año para ejercer las pretensiones anulatorias en actos fiscales, sobre la base de que el CNPT no regulaba en modo alguno, el plazo para ejercer el “derecho de fondo” de impugnar ese tipo de conductas. Dentro de estas referencias puede verse el fallo No. 208-2011 de la Sección VI del TCA.

El análisis de ese precedente permite desprender el contenido de dicha postura, el cual, se concentra en las siguientes líneas:

*“... Cabe aclarar, en esta materia tributaria, no debe generar confusión lo regulado por el ordinal 41 inciso 2 del CPCA, en cuanto señala que el plazo máximo para incoar el proceso será el de prescripción del derecho de fondo. Tratándose de acciones anulatorias, lo que ejerce el destinatario de las conductas de la Administración Tributaria (pretensión de nulidad), no es un derecho que se encuentre sujeto a prescripción, sino a caducidad. La referencia a plazos prescriptivos del derecho de fondo a que alude ese mandato, atiende al principio (tradicionalmente aplicado en la jurisdicción contenciosa y ahora positivizado) que, en los procesos denominados civiles de hacienda, no hay caducidad de acción sino prescripción de derechos, dado que, en estas causas, se ejercen pretensiones de carácter económico, como es el caso de los procesos de responsabilidad objetiva de las Administraciones. Dentro de la dinámica tributaria puede mencionarse el caso, excepcional, de los supuestos previstos en el canon 43 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, relacionado a la prescripción del derecho de petitioner la devolución de pagos realizados en exceso por autoliquidación. No obstante, los procesos anulatorios, que buscan el cotejo de validez de conductas públicas, no participan de esa característica, por lo que resulta inviable aplicar esta figura a institutos que se regulan por reglas diversas. De igual modo, los plazos prescriptivos que enuncian los mandatos 51 y 74 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, son atinentes a la potestad tributaria de determinar y fiscalizar tributos o en el segundo caso, de ejercitar las*

*potestades sancionatorias, pero en modo alguno regulan derechos que puedan asociarse a la acción anulatoria judicial por parte del sujeto pasivo (o bien de la propia Administración vía proceso de lesividad), por lo que no serían aplicables para establecer el plazo en ese tipo de pretensiones de invalidez. Desde ese plano entonces, el plazo aplicable sería el anual de caducidad (que no de prescripción) previsto en el ordinal 39 ibidem (con las salvedades del ordinal 40 ejusdem), pues no existe criterio que permita dar a esos actos administrativos -los tributarios-, por encima de otros, otro plazo especial, siendo que como se ha indicado, tal aspecto no se desprende de las normas comentadas. Ahora bien, en lo atinente a los actos firmes antes de la entrada en vigencia del CPCA, con independencia del régimen procesal, se insiste, deberán atacarse dentro del espectro temporal que regulaba el régimen vigente a esa fecha de firmeza. Ello exige, de cara a resolver la excepción de caducidad planteada, ingresar a valorar si las conductas cuestionadas presentan algún tipo de invalidez y en su caso, de existir patología, definir su intensidad, a fin de establecer si la presente acción se ha presentado ante este despacho dentro de los cauces temporales que fija el ordenamiento jurídico para el caso en particular. Ello implica que, de existir algún vicio, debe ponderarse, si la acción se interpuso dentro del plazo de dos meses, caso de ser nulidad relativa, o bien, de ser invalidez absoluta, con las reglas precitadas, tema que de seguido se aborda.”*

Ese precedente parte de la base que, aún en materia tributaria el plazo para incoar pretensiones anulatorias contra determinaciones tributarias es de un año (regulado por el canon 39 del CPCA), pues no existe dentro de la normativa tributarista nacional, norma alguna que regule una suerte de prescripción del "derecho de fondo" a impugnar actos tributarios. El artículo 51 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios regula el plazo de prescripción para que la Administración Tributaria realice determinaciones fiscales, más no regula, ni por asomo, plazo alguno para que el sujeto pasivo cuestione la validez de las actuaciones formales del Fisco. Asimismo, el ordinal 43 ibidem estatuye el plazo de prescripción que afecta al contribuyente para el reclamo de devolución de los tributos pagados de manera indebida o en exceso. Por su parte, el mandato 74 de esa normativa fija el plazo de prescripción para que el Fisco aplique sanciones administrativas de carácter tributario. Empero, se insiste, ninguna de esas

regulaciones trata de un elemento temporal para ejercer el "derecho de fondo" a impugnar la invalidez de las conductas administrativas que afecten al sujeto pasivo.

En este punto resulta fundamental establecer qué debe entenderse por "derecho de fondo". La discusión legislativa no ofrece parámetros débidos sobre este particular, siendo que la generalidad con que se abordó el tema tributario, parece partir de la base, se insiste, de que en materia tributaria la prescripción siempre es de cuatro años, acorde al canon 52 del CNPT. Esa discusión, sin decirlo de manera expresa, parece sustentar que, en la lógica de la Comisión Redactora, el derecho de fondo se refiere al plazo con que cuenta la AT para ejercer sus potestades determinativas. Solamente de esa manera podría sostenerse esa postura. Empero, de nuevo, esa proyección incurre en el error de entender que la prescripción tributaria es solamente una, y se refiere siempre a las cuestiones determinativas. Lo anterior pese a que se ha establecido anteriormente, que el CNPT regula distintos tipos de prescripción, según se trate de potestades determinativas, sancionatorias administrativas, delitos tributarios, o bien, de la facultad del sujeto pasivo de requerir la devolución de sumas pagadas en exceso o de manera indebida.

Por otro lado, resulta altamente cuestionable considerar la frase en cuestión "derecho de fondo", como omnicomprendiva de todo quehacer fiscal relativo al régimen de prescripción de las potestades determinativas. Como se ha señalado anteriormente, en los procesos tributarios que se ventilan en la sede contencioso administrativa, lo debatido, la más de las ocasiones, es el ejercicio mismo de cuantificación que realiza la AT. Es cierto que, una vez realizada esa determinación, surge una deuda fiscal, como modalidad especial de obligaciones dinerarias, empero, ello no dice que el contenido económico del acto lleve a que la discusión sobre la validez de la conducta, deba regirse por la misma lógica "patrimonialista". Se insiste, las relaciones fiscales no se concretan solamente en determinaciones, a la vez que hay una serie de incorrecciones que trascienden el tema económico solamente.

Desde ese plano, dicha denominado del “derecho de fondo”, no puede generalizarse en el marco de determinaciones fiscales. De igual manera, nada en el precepto 41.2 del CPCA permite colegir que tal denominación se refiere a ese ámbito de la potestad fiscal. Por demás, el derecho de fondo que se discute frente a una determinación fiscal no es el ejercicio oportuno de la potestad, dentro del plazo cuatrienal (o decenal, según corresponda), sino, una serie de probables causas de inconformidad de la más diversa índole, como es el caso de debates sobre la competencia de la AT, infracciones al procedimiento, defectos en la valoración de las pruebas, incorrecciones en los mecanismos de requerimiento de información, yerros en los cálculos realizados, rechazo de probanzas para sustentar gastos deducibles, mal utilización del principio de realidad económica, indebida motivación, etc. En tales casos, el derecho de fondo que se discute no puede, ni debe equipararse a la prescripción comentada, pues, se reitera, la inconformidad no guarda relación alguna con ese aspecto temporal.

Frente a ello, la norma en estudio incurre en una fórmula de redacción que genera un alto grado de confusión en cuanto a sus finalidades. Ante esa ausencia de regulación, bien podría conjeturarse que, la norma más próxima que regula el plazo para formular las pretensiones de corte anulatorio, se insiste, es el precepto 39 del CPCA, o en todo caso, por la integración del ordenamiento jurídico administrativo ordena el artículo 7 en relación al 9 de la Ley No. 6227/78, puede apelarse al ordinal 175 de esa misma fuente legal, que impone el mismo plazo anual para que el administrado (sujeto pasivo) peticione la declaratoria de invalidez de las conductas tributarias administrativas que le sean perjudiciales.

Desde ese plano, parece claro que la pretensión de nulidad no debe analizarse conforme a la figura de la prescripción, sino de la caducidad, por lo que la orientación dada a la discusión legislativa y la postura de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, introduce un tratamiento indebido de dichas figuras en materia fiscal, sobre la base de confusiones sustanciales en la dinámica de los conflictos propios de esa materia tributaria.



En esa línea, en la sentencia No. 113-2012-VI de las 10 horas del 15 de junio del 2012, el TCA ingresó a analizar la diferencia entre la prescripción de una potestad determinativa, y la acción para impugnar las conductas administrativas. Sobre ese particular señaló:

*“... El plazo anual para la impugnación jurisdiccional de ésta, transcurrió ventajosamente, sin que la parte acudiera a esta jurisdicción a demandar su nulidad. De manera que como bien lo señala la Procuraduría en su contestación, no es posible revivir plazos extinguidos por el transcurso del tiempo necesario para operar la caducidad de la acción. La pretensión declarativa de prescriptibilidad de las potestades tributarias, en realidad se establece como un reproche de invalidez en sí mismo, es decir, la alegación se realiza como motivo de nulidad del acto. Empero, es este un alegato que tuvo que haber formulado el accionante contra el acto final del procedimiento determinativo, mediante el ejercicio de las acciones recursivas jurisdiccionales que el CPCA le faculta, sea, la acción anulatoria dentro del cauce temporal señalado por el numeral 39 de ese cuerpo legal. No ha de confundirse el plazo con que cuenta la Administración Tributaria para el ejercicio de sus potestades, sea, 3, 5 o 4 años, según se trate de algunos de los supuestos previstos en los cánones 51 y 71 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (según se refiera a ejercicios determinativos -en los dos primeros plazos-, o sancionatorios por infracciones administrativas -en el tercero-), con el plazo con que cuenta un destinatario de actos administrativos concretos en que se materializa el ejercicio de esa potestad. Si bien podría decirse que una determinada competencia se ejercita fuera de los umbrales temporales que las normas le imponen, constituye un vicio en uno de los elementos del acto (subjeto competencial decaído por temporalidad), ello no supone que ese tratamiento de temporalidad sea extensible al derecho reaccional del sujeto pasivo para reprochar la validez de esa conducta. Aún en esos casos, en que el ejercicio tardío se concreta en un acto determinativo -o sancionatorio-, la acción anulatoria del destinatario no es un derecho que pueda entenderse regulado por un plazo prescriptible. Es decir, "el derecho de fondo" que se cuestiona en un alegato de invalidez del acto por haberse emitido ya fenecida la competencia, no es la prescripción en sí, sino la nulidad o no de ese comportamiento, lo que, con claridad, no regulan los ordinales 51 o 71 del Código Tributario. Nótese que el*

*mismo ordinal 165 de esa codificación señala que los actos tributarios podrán ser impugnados con arreglo a los mecanismos que imponga el CPCA.”*

Como se observa, esa postura parte de una interpretación según la cual, la redacción del citado precepto 41.2 del CPCA, en cuanto remite al plazo de prescripción del derecho de fondo, no debe llevar a la confusión de que se está remitiendo al régimen general de prescripción de las potestades determinativas. Lo anterior adquiere validez si se entiende que el numeral 51 del CNPT no es la única norma que regula o define la prescripción tributaria. Si bien se comprende la regulación actual en dicha materia, el citado código fija 4 normas de prescripción. De estas, tres corren en contra de la AT, y una en contra del sujeto pasivo. Así, el numeral 51 aludido regula la prescripción de la potestad determinativa; el 74 ejusdem, la prescripción de la potestad sancionatoria y en delitos tributarios, el numeral 91 ibidem, remite a las reglas de la normativa penal. Por su parte, el precepto 43 del CNPT, fija la prescripción de la facultad del contribuyente para el reclamo de pagos en exceso o indebidos. Se insiste, de igual manera, existen tributos con normas especiales de prescripción, que fijan plazos diversos a la regla del artículo 51 del CNPT. De ese modo, entender que el “derecho de fondo” en todas las relaciones tributarias, se encuentra regido por el artículo aludido, parte de una falacia generalizante que desconoce, abiertamente, la regulación particular de esa figura en esa materia.

En ese sentido, la sentencia precisa que cuando se cuestiona la validez de un acto fiscal, cuyo contenido no es, siempre, de contenido económico, el derecho de fondo no es el determinar tributos, pues la acción ni siquiera la ejerce la AT, sino el derecho de reaccionar frente a actos administrativos que se estiman inválidos, ante lo cual, la regla aplicable es otra. Señala en cuanto a ese punto esa decisión jurisdiccional:

*“... Pues bien, no establece el Código Tributario norma alguna que regule el espacio de tiempo con que cuenta el sujeto pasivo disconforme para impugnar un acto formal tributario; es un tema que, si bien se entiende, precisa el ordinal 39 del CPCA. De ese modo, en cuanto el*

*ordinal 41.2 ibidem dispone que el plazo máximo para plantear la causa judicial es el de prescripción de derecho de fondo, obliga al juzgador a analizar casuísticamente, si el objeto de lo debatido es un derecho cuyo ejercicio está expuesto a reglas particulares de prescripción (como serían los derechos de crédito, v.gr. art. 43 del Código Tributario), o si bien, lo allí petitionado, es propio de una acción cuyo objeto no se corresponde a una situación que prescriba, sino que esté afecta a reglas de caducidad. Es este el caso bajo examen. Lo alegado es la prescripción de la potestad, empero, ya recayó acto administrativo que ponderó ese alegato, incluso en sede apelativa, y contra ese proceder formal, el accionante no planteó objeción alguna dentro del año previsto en el ordinal 39 del CPCA. De ese modo, el alegato de prescripción desde el punto de vista de pretensión, no es tal, sino solo un planteamiento para buscar la reapertura del debate de un tema que no impugnó oportunamente. Más simple, la solicitud de declaratoria de prescripción en realidad constituye la causa de la invalidez de actos no cuestionados en su momento pertinente. En el marco de sus alegaciones (las del actor), el acto es nulo por la prescripción de la potestad para emitirlo. Empero, allí, se insiste, el derecho de fondo debatido no es un régimen de prescripción, sino otro diverso, sea, si el acto emitido ponderó correctamente la alegada prescripción de la potestad tributaria. De ese modo, no es aplicable el artículo 51 del Código Tributario para analizar ese derecho de fondo debatido, pues tal norma trata un tema por demás diverso al cuestionado en este proceso, sino el precepto 39 del CPCA, que constituye, si bien se observa, la norma que regula el plazo con que cuenta un justiciable para reprochar la validez de un acto administrativo (incluso los tributarios). De ese modo, ha de declararse la caducidad de la pretensión anulatoria formulada.”*

Tal visión parece discriminar, los institutos que, de manera contraria a la técnica, confunde y mezcla la norma 41.2 del CPCA. Coincidimos en que la denominación "el derecho de fondo", debe asociarse al análisis concreto del derecho o potestad que se pretende reconocer o debatir. Así, si la acción pretende la anulación de un acto administrativo por la patología que evidencia, no vemos la manera en que la prescripción para determinar tributos, sea la norma que resuelva o defina el término de caducidad de la acción. Frente a esas pretensiones, ciertamente, no se busca aplicar una prescripción, siquiera debatir en torno a ese aspecto, sea a favor o en

contra de alguna de las partes, sino la nulidad de una manifestación formal de voluntad fiscal. Tal aspecto no es regulado por el artículo 51 del CNPT.

Ese precedente participa de la necesidad de distinguir el marco o régimen de prescripción de las potestades determinativas o sancionatorias de la AT, de la regla de temporalidad que aplica al sujeto pasivo para impugnar en sede judicial una conducta dictada por la Administración. Si bien se mira, el derecho de fondo en las pretensiones anulatorias no se refiere al plazo con que cuenta la AT para el ejercicio de sus potestades (se insiste), sino, el derecho que le asigna el Ordenamiento Jurídico para reaccionar frente a un acto que estima antijurídico. Como bien advierte tal fallo del TCA, no existe en las regulaciones del CNPT norma que fije un plazo en ese sentido, siendo que la norma más próxima es justamente el ordinal 165 del CNPT que reconoce la posibilidad de impugnar los actos fiscales acorde a las regulaciones del CPCA. El dilema es que es justamente el CPCA, la norma que en el canon 41.2 genera toda la confusión apuntada, llevando a un círculo vicioso de confusiones en torno a este aspecto.

De esa manera, congruente con las regulaciones atinentes a las pretensiones de nulidad, los mandatos 39 del CPCA y 175 de la LGAP, sostienen que la facultad del administrado para reclamar la nulidad absoluta de los actos fenecerá en un año, ámbito temporal que es propio de la figura de la CADUCIDAD y no de la prescripción. De nuevo, la lógica de ese tratamiento es que el análisis de validez de la función administrativa (cualquier que sea su manifestación), no hace reparos en cuanto a si el contenido de ese ejercicio es de orden patrimonial o no, pues la ratio fundamental de ese control revisor, en orden a lo fijado por el mandato 49 constitucional, es el control de legitimidad del proceder (o indolencia) administrativa. Ello hace que incluso la materia fiscal, no pueda equipararse a las relaciones privadas, la más de las veces regidas por la prescripción del derecho debatido, dada su naturaleza diversa y fines específicos. De ahí que a falta de esa regla expresa, diáfana, una postura factible es sostener que las pretensiones anulatorias de las conductas tributarias, se someten al mismo régimen de caducidad anual que plasma el numeral 39 del CPCA, y solamente cuando el objeto del debate planteado

en sede judicial sea de contenido eminentemente patrimonial, pueda utilizarse la figura de la prescripción del derecho de fondo. 396

Distinto es el caso de las acciones en las que el sujeto pasivo reclama la devolución o reintegro de sumas pagadas de manera indebida o en exceso. En ese supuesto, como se ha expuesto, el numeral 43 del CNPT impone un plazo de cuatro años para el ejercicio del derecho de reclamo, bien en sede administrativa o en la judicial. En ese supuesto, es claro que la acción judicial que eventualmente se pueda formular, tiene por objeto el ejercicio de dicho derecho de reintegro. En ese sentido, cuando se alude a la frase “derecho de fondo”, justamente ese derecho de fondo consiste en uno de naturaleza eminentemente patrimonial, de orden declarativo, por lo que ha de regirse por la prescripción, que no por la vía de la caducidad. Con todo, si bien el RPT fija dentro de los supuestos de procedencia para dicho tipo de gestiones de reintegro, la invalidez del acto determinativo o sancionatorio en virtud del cual se ha ingresado el dinerario al Fisco, ello no dice que cuando la demanda tenga por objeto la nulidad del acto determinativo o sancionatorio y como efecto accesorio, el reintegro de las sumas pagadas (bajo protesta), deba aplicarse la misma figura.

En efecto, en el primer escenario, se trata de una acción de orden patrimonial en la cual, el sujeto pasivo ha cancelado, de manera espontánea determinado tributo o multa dineraria, siendo que ese cumplimiento material fue improcedente o excesivo. O bien, luego de haber impugnado el acto que requiere el pago, la misma AT declara la invalidez de esa conducta, por lo que, como efecto derivado de esa estimación recursiva, nace el derecho de devolución. Allí, la potencial acción contencioso administrativa no se direcciona a cuestionar la legitimidad de ninguna

---

396 Sin embargo, esa postura aludida no ha sido respaldada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Así puede verse, entre otros, en el voto 972-F-S1-2014 de las 09 horas 10 minutos del 24 de julio del 2014.

conducta administrativa, sino, solamente, se limita a concretar el reclamo de la devolución o reintegro.

Sin embargo, cuando el sujeto pasivo se encuentra frente a una conducta formal de la AT que le impone el cumplimiento de un deber material, que satisface bajo reserva y se aboca a cuestionar en sede judicial esas conductas, a la vez que, como efecto retroactivo de la eventual nulidad pretendida, reclama a título de daños y perjuicios el reintegro de las sumas canceladas, y eventualmente, efectos adversos en el plano financiero, como podría ser la pérdida de oportunidad de utilización del capital, reducción de flujo de caja, pérdida de oportunidad financiera, costo financiero para reabastecer liquidez, entre otros, la acción principal no es propiamente de orden patrimonial, sino que el punto primario de la demanda es precisamente el requerimiento de invalidez. Lo anterior ya que, la procedencia de la devolución viene condicionada a la definición de si la conducta requirente del pago se encuentra congruente con legalidad o no. De esa manera, la pretensión principal es de orden anulatorio y solamente a partir de la estimación de ese ruego, se desprende una reclamación de orden patrimonial.

Así, resulta válida la aplicación de la prescripción del derecho de fondo (art. 43 CNPT) cuando el objeto del proceso es únicamente el reintegro de ese tipo de sumas pagadas en exceso o de manera indebida. Empero, cuando el reintegro sea pedimento accesorio al impostergable análisis de validez de la conducta determinativa o sancionatoria en virtud de la cual se ha realizado un pago, la prescripción no se constituye en una figura admisible para regir el aspecto temporal del ejercicio del derecho de acción.

En suma, se observa que la regulación actual del numeral 41.2 en lo atinente al plazo para formular pretensiones anulatorias, se ha basado en una visión indebida de la sinergia misma de las relaciones tributarias, y ha pretendido aplicar reglas de prescripción que regulan supuestos muy diversos a los que la norma busca atender.

Con todo, del análisis del debate legislativo de la Comisión Redactora, aún el énfasis que ha sido objeto de crítica, parece tratar de fijar una regla normativa que

establezca un plazo o tratamiento especial en la materia tributaria. Para ello basta remitir a la participación de la entonces Procuradora General, Licda. Ana Lorena Brenes, en cuanto señalaba como motivo de preocupación que el plazo de un año era muy corto para que el Estado se percatara de la adopción de actos favorables que fuesen lesivos a los intereses fiscales de la AT. De ahí que indicara que, si se iba a otorgar al sujeto pasivo un plazo más extenso al anual, similar al plazo de prescripción de las obligaciones tributarias, se aplicara igual tratamiento para el Estado (y demás entes públicos menores), concretamente, en el proceso de lesividad. La incidencia de esas manifestaciones en el proceso de lesividad será analizada en el siguiente punto. Sin embargo, esas indicaciones ponen de manifiesto, se insiste, una clara intención de crear un plazo especial para la materia fiscal.

Se insiste en que no se observa criterio o motivo justificante para crear en la materia tributaria un plazo o términos especial, con excepcionalidad al régimen que resulta común a los demás actos y conductas administrativas. Lo anterior, se insiste, al considerar que existe otro conjunto de materias en las cuales, se imponen obligaciones económicas a las personas administradas, derivación de otro tipo de potestades públicas, pero que son igualmente gravosas en las esferas destinatarias. Para esos efectos, llama la atención que se postule por un plazo ensanchado de cuatro años, si se considera que, en el régimen anterior de la LRJCA, No. 3667, el proceso especial tributario, regulado en los ordinales 82 y 83,397 contaba con una caducidad de la acción de treinta días, cuando las

---

397 En el marco de la LRJCA se fijaban normas concretas para tipos procesales especiales, con reglas particulares, como es el caso, de la materia tributaria. Tal esquema fue abandonado en el CPCA, norma en la que se optó por un solo proceso ordinario, con lagunas variaciones según particularidades de la causa, como es el caso del fallo directo (art. 69), puro derecho (art.98.2) o trámite preferente (art. 60). Si bien hay algunos procesos especiales, sea, extensión y adaptación de jurisprudencia a terceros (art. 185), impugnación de acuerdos municipales (art. 189), no se fundamental en la especificidad de la materia de fondo, sino en el tipo de

---

pretensiones a tratar. Así, en la anterior regulación en torno al tema fiscal, los artículos 82 y 83 señalaban:

*Artículo 82.- El procedimiento se ajustará a lo dispuesto en esta Sección, cuando la impugnación tuviere por objeto cualquier acto o disposición sobre fijación o liquidación de impuestos, contribuciones, tasas, multas y demás rentas o créditos públicos definitivamente establecidos en vía administrativa, y no fuere la Administración la que demanda contra su propio acto.*

*Artículo 83.-*

- 1. De la impugnación conocerá en única instancia el Tribunal Superior respectivo.*
- 2. En el escrito de interposición se fijará concretamente el valor de la pretensión ejercitada, y al mismo se acompañará el documento que acredite el pago, en la caja de la Entidad de que se tratare, de la cantidad respectiva, cuando ello sea exigido así por las leyes tributarias.*
- 3. Si el documento ya constare en el expediente administrativo, bastará con que se indique así.*
- 4. El plazo de interposición será de treinta días, a partir de la notificación del acto o disposición.*
- 5. El expediente administrativo deberá remitirse en el plazo único de cinco días, con aplicación, en su caso, de lo previsto en el artículo 40.*
- 6. Los plazos de formalización de la demanda y contestación, serán de quince días.*
- 7. Las defensas previas deberán invocarse en el escrito de contestación.*
- 8. El plazo para evacuar la prueba pertinente, que habrá de ofrecerse en los escritos de demanda y contestación, será de diez días.*
- 9. (Anulado este inciso mediante resolución de la Sala Constitucional N° 17306 del 19 de noviembre de 2008. Indica la Sala que "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional , el efecto retroactivo de la anulación no se aplica respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada [sic] en autoridad de cosa*



pretensiones se relacionaran con el cuestionamiento de actos determinativos o sancionatorios. Así, se migra de un esquema de impugnación mensual a uno cuatrienal, sin un sustento sólido que de amparo a ese tratamiento.

Con todo, reconociendo la intención de armonizar el espacio temporal de impugnación de las conductas tributarias a ese régimen de prescripción, lo debido es interpretar que la caducidad de la acción debe ser homogénea a ese plazo común de prescripción tributaria, entendiendo, como parece haberlo supuesto la Comisión Redactora, que se refiere a la prescripción de la potestad determinativa, y exclusivamente, a la regulada por el CNPT, ya que, como se ha señalado, existen normas especiales de prescripción en algunos tributos concretos. De ese modo, si desea mantenerse esa intención, es necesario que la regulación legal se ajuste a esa finalidad, pero de manera clara, siendo que la redacción actual del ordinal 41.2 del CPCA, no se constituye en una norma que impregne de seguridad jurídica esta materia.

Ergo, como adelante se propondrá es menester una reforma a ese régimen jurídico, para ajustar esas regulaciones a la correcta técnica, lo que supone, como se detallará infra, la supresión del inciso 2 del artículo 41, así como la adición de un inciso al numeral 39 para regular el plazo especial de la materia tributaria.

---

*juzgada material o por consumación en los hechos, cuando éstos fueren material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe". )*

*10. Contra lo que resolviere en definitiva el Tribunal, se dará recurso de casación, según la cuantía.*

*11. Cuando la resolución final fuere favorable total o parcialmente al contribuyente y éste se hubiere visto obligado a pagar, la Administración demandada vendrá obligada a reconocer intereses sobre la suma respectiva, desde el momento del depósito al día de su devolución.*

#### **4.4.2. Impacto del factor temporal en el proceso de lesividad.**

En cuanto a la dimensión temporal en el proceso de lesividad, ya se ha indicado que el CPCA, de manera general, establece un plazo de un año contado a partir de la emisión del acto (que no de su comunicación) para declarar lesivo el acto a los intereses públicos, y luego de esa declaratoria (y no a partir del vencimiento de ese primer año) se otorga un plazo de un año para plantear la acción contenciosa administrativa, a modo de plazo fatal de caducidad, salvo en casos de actos con nulidad absoluta, en cuyo caso, la declaratoria de lesividad puede realizarse en tanto perduren sus efectos (efectos continuados), corriendo el año aludido desde el cese definitivo de dichos efectos. También se ha puesto de manifiesto que, en esa hipótesis, la eventual sentencia estimatoria dispondrá la nulidad únicamente para la inaplicabilidad futura del acto, constituyéndose en una excepción expresa al régimen de retroactividad de las nulidades absolutas establecido por el ordinal 171 de la Ley General de la Administración Pública.

La excepción a ese aspecto temporal de un año se configura en tutela de dominio público, caso en el que la acción de lesividad no está sujeta a plazo por la aplicación de la cláusula general de imprescriptibilidad de ese tipo de bienes según se deriva del canon 261 del Código Civil.

Ahora bien, en materia tributaria, la acción de caducidad, además de las normas referidas, se encuentra regulada en el artículo 165 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. En esta materia fiscal, en el aparte precedente, se ha indicado que la postura dominante (no compartida por el autor), conforme al canon 41 del Código Procesal Contencioso Administrativo, es que el plazo máximo para incoar el proceso será el mismo que imponga el ordenamiento como plazo de prescripción para el respectivo derecho de fondo, lo que se ha interpretado en el sentido que en los debates de procesos tributarios, la acción judicial está afectada a la figura de la prescripción general de cuatro años que regula el precepto 51 del CNPT. En ese sentido, cabe destacar que el numeral 41.2 del CPCA señala que dicha regla aplica, incluso para el proceso de lesividad.

Como se ha explicado, la inclusión de la referencia a la lesividad en este precepto, derivó de la preocupación externada por la entonces Procuradora General, quien señaló sobre ese particular:

*“... Porque el plazo se vuelve angustioso, y no tanto para el administrado, como para la Administración, inclusive.*

*De hecho, haciendo, digamos, la relación de este artículo con el treinta y cuatro, este, yo tengo una preocupación real, de que el plazo que tenga la Administración para solicitar la nulidad en aquellos actos que no sean de efectos continuados, inclusive, sean de un año. O sea, normalmente la Administración tarda más de un año en darse cuenta de que tiene un acto absolutamente nulo. ¿Porqué? Porque, normalmente, no es la Administración que dicta el acto, la que da cuenta, se da cuenta entre comillas de que tiene un acto absolutamente nulo, sino por la experiencia, la mayoría de las ocasiones, la Contraloría la que se da cuenta que se da un acto, absolutamente nulo de la Administración, y la Contraloría es la que pide a la Administración que anule ese acto administrativo, o que se declare la lesividad de ese acto administrativo o lo declare ella misma que es excepcional.*

*Entonces, normalmente, este plazo del año, para que el acto que no es de efecto continuado, le va a ser muy difícil a la Administración darse cuenta antes del año, porque la Contraloría tarda haciendo los informes y todo eso, de que tiene un acto absolutamente nulo. Si ya esa preocupación yo la tengo, en relación con el treinta y cuatro, ...”*

Esto pone en evidencia lo ya tratado arriba, en el sentido que existió un ruego expreso de la señora Procuradora General, para que se considerara que si el administrado iba a contar con un plazo de cuatro años para formular acciones anulatorias en contra de los actos tributarios, por principio de igualdad, el Estado tuviera un lapso homogéneo para plantear las respectivas acciones judiciales en contra de sus propios actos, acción que debe concretarse, necesariamente, mediante el proceso de lesividad.

Sin embargo, la confusión ya criticada en las líneas precedentes de este desarrollo, llevó a que, sin mayor discusión de fondo sobre las bondades de esa petición, más allá de la supuesta regla de “necesidad de respetar los plazos especiales de la

materia tributaria”, se incluyera al final del inciso 2) del numeral 41, la referencia a la lesividad. De esa manera, en su comprensión literal, la norma impone un principio traducible que, en materia de lesividad tributaria, el plazo máximo para incoar el proceso es de cuatro años, por entender, la postura dominante de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, que tal decurso es el que regula el Ordenamiento Jurídico como correspondiente derecho de fondo.

Sin embargo, la discusión legislativa, y de paso, la norma 41.2 del CPCA, deja de lado, por completo, que, en la lesividad, el numeral 34 de esa misma fuente legal, que constituye la norma específica que regula la figura de la lesividad, impone dos plazos diversos para la formulación de la pretensión anulatoria se insiste, un primer plazo desde el dictado del acto para la declaratoria interna de lesividad y el otro, computado a partir de dicha declaratoria, para formular la acción judicial. Nada en la discusión legislativa ni en la redacción del ordinal 41.2 del CPCA, permiten establecer que ese último precepto incorpora un supuesto de desaplicación o de excepcionalidad a las regulaciones del canon 34 referido.

Ante ello surge la duda de la manera en que deben interpretarse ambas normas, para los efectos de la formulación del proceso de lesividad. Dos opciones interpretativas derivan del contraste de ambas normas:

- a. El plazo para la declaratoria interna de lesividad se rige por el numeral 34 del CPCA, en tanto que el plazo para formular la acción de lesividad, una vez realizada aquella declaratoria, se regula por el tratamiento del canon 41.2 del CPCA.
- b. En la lesividad tributaria, existe un único plazo (prescriptivo) para formular la demanda de lesividad, dentro del cual, como requisito de la demanda, debe aportarse la declaratoria interna de patología.

Veamos las bondades y refutaciones de cada una de esas posturas.

- a. Doble regulación de los plazos aplicables a la lesividad.

En esta primera posibilidad, se parte de la base que si bien el numeral 41.2 del CPCA fija un plazo especial, dicho lapso aplica, únicamente, para la interposición de la demanda de lesividad. Empero, esa norma no supone una excepción al plazo que regula el ordinal 34 del CPCA para la declaratoria interna de lesividad por parte del jerarca máximo de la respectiva AT.

Sobre ese particular, los precedentes analizados, hasta el momento, por el TCA, han sido de la tesis que, aún en materia tributaria, la declaratoria interna de lesividad debe emitirse dentro del plazo anual que fija el canon 34.1 del CPCA. Así puede verse, entre otros, el fallo No. 52-2018-VI de las 09 horas 05 minutos del 04 de mayo del 2018. Sin embargo, esa sentencia no ofrece un análisis de las razones por las cuales se estima que deben aplicarse ambas normas en el trámite de la lesividad tributaria.

Como dato curioso, del análisis de las alegaciones que fueron presentadas en el caso que dio base a esa sentencia, se tiene que la tesis del Estado no gravitaba en torno a la aplicación de un plazo extendido de cuatro años para declarar la lesividad y formular la correspondiente acción. La tesis defendida por esa parte se direccionó a postular el efecto continuado del acto de determinación tributaria, tesis que, en definitiva, fue rechazada por la instancia jurisdiccional, dado que el acto objeto de impugnación databa del 21 de septiembre del 2009, en tanto que la declaratoria de lesividad realizada por el jerarca de la cartera de Trabajo y Seguridad Social es del 16 de julio del 2013.

Como comentario marginal a este alegato, es necesario señalar que en estas lides, al margen de la discusión de procedencia de ambos plazos aludidos, sea, el propio de la declaratoria interna de lesividad y el de acceso a la jurisdicción, o bien, de la utilización de un solo lapso para ambas etapas, lo cierto del caso es que en ambas, resultaría igualmente aplicable la doctrina estatuida por el numeral 34.1 del CPCA, en cuanto a la posibilidad de impugnar por esta vía los actos de efecto continuado, en tanto sigan surtiendo efectos. Como fuese explicado en el Capítulo 3, la diferencia estribaría en el efecto retroactivo o prospectivo de la eventual anulación

del acto, pero, en definitiva, en los casos de actos fiscales cuyos efectos pervivan más allá de esos plazos, sería totalmente factible requerir su supresión mediante la pretensión de lesividad, se insiste, en tanto mantengan ese curso efectuar.

No obstante, es necesario precisar, en el caso de comentario, el acto impugnado había dispuesto la prescripción de una deuda fiscal. En ese sentido, pese a esa posibilidad aludida de atacar los actos de efecto continuado, es claro que un acto que disponga o declare la prescripción de una deuda fiscal o en general, cualquier acto que disponga el fenecimiento del ejercicio de determinado derecho o potestad, en el fondo, impone un efecto inmediato e instantáneo, consistente en la liberación de un conjunto de obligaciones y cargas, mismas que se tienen por fenecidas en virtud de esa figura. Por ende, no se trata de un acto que pueda estimarse de efecto continuado, ya que su consecuencia directa es la extinción de una obligación, en este caso, de naturaleza tributaria. Tal y como lo puso de relieve el TCA, la prescripción dice de un instituto que supone una forma de extinción de obligaciones dinerarias, no solamente regulado en el canon 868 del Código Civil, sino además en el precepto 35 inciso e) en relación al 51, ambas referencias del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que, a no dudarlo, genera un efecto instantáneo, único, y no de uno sostenido que suponga la aplicación periódica, sostenida de ese contenido. Desde luego que el contenido del acto liberatorio supone que la AT no perciba los ingresos derivados de la obligación extinta, sin embargo, esa consecuencia no es otra cosa que una derivación lógica de una decisión administrativa que dispuso tener por extinta la obligación a partir de la concurrencia en el caso concreto, de los presupuestos que le dan cabida a la prescripción negativa, sea, inercia del titular, decurso del tiempo fijado por el ordenamiento jurídico y alegación de prescripción liberatoria.

En cuanto al punto medular bajo examen, esta postura parte de la base que el ordinal 41 regula, únicamente, lo relativo al plazo máximo para incoar el proceso, lo que debe entenderse como el ejercicio del derecho de acción propiamente. En efecto, el ámbito eminentemente gramatical de la norma en cuestión alude a la frase “*El plazo máximo para incoar el proceso...*”. Dicha referencia, sin duda, alude al

elemento temporal para la formulación de la demanda, por lo que, en la medida en que el inciso 2) incluye dentro de la regla ya comentada (plazo de prescripción del derecho de fondo) a la lesividad en materia tributaria, sería dable deducir, que, al menos, en ese ámbito semántico, la noma se refiere, únicamente, a ese plazo en concreto.

Sin embargo, dicho mandato no establece una regla expresa de dispensa de la correspondiente declaratoria interna de lesividad. Por el contrario, el mismo CPCA reformó el numeral 165 del CNPT398, norma que, como se ha señalado ut supra, exige que, de previo a la formulación de la demanda de lesividad, el jerarca máximo de la respectiva AT declare lesivo a los intereses fiscales el respectivo acto firme favorable. Por ende, dicha declaratoria administrativa sigue siendo un requisito de admisibilidad de la acción de lesividad en esta materia. Desde esa arista de examen, en la medida en que el numeral 41.2 CPCA no impone una regla diversa a la fijada dentro del ordinal 34.1 del CPCA, dicha declaratoria de lesividad debe ser emitida dentro del año posterior a la adopción del acto, o bien, cuando se trata de actos emitidos por el TFA o el TAN, caso de la AT Central, dicho término se computa desde el momento en que la AT A quo, reciba la notificación formal de la conducta de la instancia apelativa.

Así, una vez declarada la lesividad en sede interna dentro de ese año, la AT contaría con un plazo de cuatro años (aplicando la postura actualmente dominante), para formular el proceso de lesividad.

Tal aplicación deriva del rigor gramatical de las normas de marras, empero, es claro que desatiende el sustento mismo de la petición formulada en el debate legislativo por la representación de la PGR. Si la preocupación de esa parte estribaba en el plazo con que cuenta la Administración para percatarse de la existencia de ese tipo de actos favorables que presentan antagonismo con el interés público tutelado, Ningún sentido práctico tiene la aplicación del plazo anual fijado en el artículo 34.1

---

398 Así se establece en el ordinal 201 inciso 3) de esa Ley No. 8508, CPCA.

del CPCA, y ensanchar el plazo para formular la demanda, si se entiende, como en efecto lo es, que aquella declaratoria es requisito de admisibilidad de la pretensión de lesividad.

Ello implicaría que la finalidad de la petición de la PGR para ensanchar los plazos del Estado para presentar los procesos de lesividad, en la praxis, no haya sido atendida ya que, si bien cuenta con cuatro años para presentar el proceso, si la declaratoria de lesividad no se realiza dentro del año aludido, la demanda habrá de ser declarada inadmisibile, por la ausencia de un presupuesto elemental para su formulación.

Desde esa artista de análisis, se reitera, la infracción del primer plazo, sea, el de la declaratoria de lesividad, produce un impacto sustancial en la causa, por cuanto su desatención lleva a la pérdida de esa potestad de declaratoria de lesividad por parte del jerarca administrativo, generando un incumplimiento de uno de los aspectos esenciales del proceso de lesividad, así impuesto por ley expresa, y que incide de manera directa en su admisión.

Cabe destacar que la infracción a ese primer plazo no se ve superada por la sola circunstancia que a partir de la declaratoria extemporánea, la demanda de lesividad sea formulada dentro del parámetro sentado por el numeral 41.2 del CPCA, al ser claro que se trata de fases distintas, cada una con sanciones diversas, la primera, determina la inadmisibilidad de la causa por el incumplimiento de un requisito medular para el ejercicio del derecho de acción, la segunda, regulada por la caducidad (o prescripción, a decir de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia) de la acción.

Esa postura fue sostenida además en la sentencia No. 11-2018-VII de las 10 horas 10 minutos del 13 de febrero del 2018, de la Sección VII, del TCA, instancia que sobre este mismo aspecto expresó:

*"...Empero, tal y como se precisó en el elenco de hechos probados de esta sentencia, no fue sino hasta el día 16 de julio del 2013, es decir, tres años después de dictado el acto cuestionado, cuando el superior*



*jerárquico supremo de la cartera ministerial, procedió a la emisión de la declaratoria de lesividad, la cual fue realizada mediante resolución número DMT-1052-2013 de las 13:50 horas del día 16 de julio del 2013, sobrepasando en demasía, el plazo anual regulado en el ordenamiento jurídico. Incluso es menester señalar, que ya en anteriores y recientes ocasiones, esta misma Cámara ha resuelto casos similares al que aquí se conoce, donde figura la misma representante del Estado y en los que también se ha detectado el acaecimiento del plazo legal para la interposición de la lesividad pretendida, postura que no sólo se mantiene ahora, sino que se reitera en este acto (consúltense por ejemplo las sentencias números 063-2017-VII de las quince horas del día treinta de agosto del dos mil diecisiete, 076-2017-VII de las diez horas del día dieciocho de octubre del dos mil diecisiete y 008-2018-VII de las once horas y treinta minutos del día dos de febrero del dos mil dieciocho, todas de esta misma Sección y las dos últimas de este mismo redactor). Consecuentemente, habiéndose detectado que en el caso de análisis ya había transcurrido en demasía el plazo de un año previsto en el inciso primero del artículo 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo, al momento del dictado de la declaratoria de lesividad, resulta evidente que ha operado la caducidad para el ejercicio de dicha potestad, declaratoria que debía ser el sustento a este proceso. Tal factor de temporalidad previsto por el legislador, contribuye a la seguridad jurídica, evitando así la inactividad administrativa y procurando la diligencia de los entes públicos en todas sus actuaciones, principalmente en tratándose de aquellas tendientes a suprimir derechos ya consolidados de los administrados. Así las cosas, lo procedente en derecho es declarar inadmisibile la demanda intentada, de conformidad con los artículos 39.1.a) y 120.1.a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, por desatención de uno de los elementos medulares de la acción, como resulta ser el incumplimiento del plazo para declarar lesivo el acto a lo interno de la Administración."*

Frente a esas consecuencias procesales, vemos una segunda posible interpretación en cuanto a esta línea de aplicación de ambas normas regulatorias de los diversos plazos que concurren para el proceso de lesividad. Se trata de suponer que, en materia tributaria, el plazo para la declaratoria de lesividad ha de ser igual al plazo con que cuenta la Administración para formular el proceso de lesividad. Esta variación partiría de una suerte de analogía por paridad de razón

respecto de las regulaciones de la lesividad en general. Veamos. Si en la “lesividad común” (la que no es propia de la materia fiscal), ambos plazos, tanto el de declaratoria interna como la de la formulación de la demanda), son congruentes, un año cada fase, podría establecerse que si el plazo especial fijado por el numeral 41.2 del CPCA es de cuatro años, luego, el plazo para aquella declaración, ha de regirse por esa misma especialidad.

Si bien es una posibilidad interpretativa, no compartimos esa postura. Por un lado, porque, se insiste, la norma 41.2 CPCA no parece tener la proyección sustantiva como para dar respaldo a dicha derivación. Segundo, porque la aplicación de reglas de analogía en esta materia, supondría una ventaja desmedida para la AT, asignándole plazos excesivos para el ejercicio de la potestad de la lesividad, que superan por mucho, y sin justa causa, los parámetros propios de la lesividad general. Supone, a no dudarlo, un privilegio desmedido, antagónico con la doctrina del canon 33 de la Constitución Política. Tercero, y quizá, la razón más contundente, porque la caducidad (o prescripción), son figuras que son propias de la reserva de ley, de suerte que la extensión de plazos en la forma señalada, no podría derivar de una simple conjetura aleatoria, subjetivizada, cuando las normas que regulan ese aspecto, no dan respaldo, en su rigor semántico, a esa posibilidad.

Siendo, así, el precedente en cuestión aplica el rigor gramatical, pero deja de lado la razón misma del ordinal 41.2 del CPCA. Empero, a nuestro entender, es un problema propio de la norma en cuestión, que no de la aplicación que se ha realizado en sede jurisdiccional. Si lo pretendido es conceder a la AT un plazo mayor para el análisis de la pertinencia de formular una demanda de lesividad, luego, el plazo ensanchado debió haberse plasmado en la fase de declaratoria de lesividad, sea, en el ordinal 34.1 ejusdem, y no limitarse a consignar la leyenda “...incluso el proceso de lesividad”, en ese mandato, inserción que, a todas luces, ha generado más confusión que claridad y un dilema que afecta a las AT en el ejercicio de la potestad de requerimiento de invalidez de ese tipo de actuaciones formales. Por el contrario, esa regulación resulta disfuncional en orden a los fines pretendidos por la petición del Estado en su momento.

b. Unicidad del plazo para formular lesividad tributaria.

La otra posibilidad aplicable a este dilema, y que se ha constituido como voto de minoría en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es colegir del ordinal 41.2 del CPCA, una regulación especial, concreta a los menesteres de la lesividad fiscal, en virtud de la cual, en esa materia y tipo de proceso, el plazo que fija el numeral de marras, es uno solo para que la AT formule la causa, lo que incluye, la respectiva declaratoria de lesividad. Al tenor de esta postura, la Administración cuenta con un plazo máximo de cuatro años para formular la demanda de lesividad, siendo que, dentro de ese plazo, computado desde la adopción del acto firma favorable, debe cumplir y satisfacer con las diversas exigencias de admisibilidad del proceso, dentro de estas, claro está, la respectiva declaratoria interna.

Esto supone que la declaratoria aludida, no precisa ser emitida dentro del cauce anual que estatuye el ordinal 34.1 del CPCA, siendo que, en la medida en que la demanda sea presentada dentro del plazo cuatrienal señalado tantas veces, cumpliendo con aquel requisito, se ajusta a lo impuesto por el canon 41.2 del CPCA.

Como sustento de esta visión normativa, debería partirse de la especialidad regulatoria de aquel último precepto aludido, aplicable, exclusivamente, para los menesteres tributarios (y aduaneros). Para ello, habría que sostener que la lesividad general se encuentra regulada en el canon 34, en relación con el 39 del CPCA, en tanto que la lesividad tributaria, se regula por el mandato 41.2 del CPCA, por lo que, dada la aplicación de la figura de prescripción a esos supuestos, no sería pertinente utilizar las condiciones de caducidad que el artículo 34.1 del CPCA impone a la declaratoria de lesividad general. Atendiendo a esa especialidad regulatoria, cualquier debate procesal que tenga por objeto relaciones jurídico

administrativas de orden tributario, habría de aplicarse lo estatuido por el numeral 41.2 ejusdem.<sup>399</sup>

Partiendo de la prevalencia de la figura de la prescripción (ya refutada en este desarrollo), esta posibilidad implicaría la improcedencia de aplicar, a cualquier fase de la lesividad, la figura de la caducidad, reservada entonces para la lesividad general.

De esa manera, al socaire de esta variación, la Administración tendría un único lapso para declarar lesivo el acto que se pretende anular y dentro de ese mismo plazo, presentar y notificar la demanda al accionado. En ese sentido, hay que tener claridad que al postular la aplicación de la figura de la prescripción frente a estos reclamos anulatorios (y no la caducidad), no bastaría la sola presentación de la demanda en el TCA, siendo que la interrupción de la prescripción se produce a partir de la notificación del traslado de la demanda respectiva, tal y como efecto se

---

<sup>399</sup> Esta es la postura de la jueza Silvia Consuelo Fernández Brenes, quien en su voto salvado en la sentencia No. 52-2018-VI del TCA expresó en lo conducente, entre otras razones:

*“... A mi criterio, no resulta posible distinguir donde la ley no lo hace, en tanto hay texto expreso en la ley procesal que rige esta Jurisdicción, no sólo tratándose del instituto jurídico que rige el ámbito temporal para la presentación en tiempo de los procesos en materia tributaria, sino que también de manera expresa, la ley incluye a los procesos de lesividad tributaria. Así, no es válido distinguir donde la norma legal no lo hace, siendo que el texto de la norma es claro y expreso de que cualquier discusión en sede jurisdiccional respecto de la materia tributaria -al tenor de la norma transcrita-, se rige bajo el instituto de la prescripción y no de la caducidad, lo que comprende también, por mandato expreso de la ley, las pretensiones anulatorias de actuaciones de la Administración Tributaria en procesos de lesividad. Nótese que no hay mayor pretensión de nulidad, que la de los actos declarativos de derechos, que dan origen precisamente, a los procesos de lesividad, a cargo de la Administración. Ergo, bajo las reglas de equidad, es que no podría estimarse que tratándose de la impugnación de actos tributarios a instancia del contribuyente se aplique un instituto diverso del que rige el de los procesos de lesividad. (...)”*. Las razones de esa juzgadora agregan un análisis de la *ratio legis* que desprende de las actas de la Comisión de Redacción, a partir de lo cual asume la aplicación de la figura de prescripción en esta materia.

desprende del ordinal 877 del Código Civil, 977 del Código de Comercio y del precepto 36.2 inciso a) del Código Procesal Civil, dado que, uno de los efectos materiales de ese emplazamiento es, precisamente, la interrupción de los plazos prescriptivos. De ahí que, a diferencia de la lesividad general, en la que, la sola presentación de la demanda tiene por ejercitado el derecho de acción, en materia tributaria, la declaratoria interna y formulación de la demanda, dentro del curso temporal aludido, no garantizaría la admisión de la demanda, pues si no se logra comunicar de manera debida el traslado de la demanda a la parte accionada, se corre el riesgo de que, frente al alegato de prescripción, se deba disponer la inadmisibilidad del proceso.

Como se observa, se trata esta eventualidad de un riesgo inherente a estas posturas, elemento adicional para reflejar y afirmar sobre su indebida utilidad para los fines propios del control de legalidad que se busca en este tipo de causas.

Esta postura, de alguna manera, resultaría congruente con la petición de la PGR, aún y cuando deriva de una interpretación, insistiendo en la falta de claridad y precisión de la normativa, tal y como fue emitida. Por demás, como se ha expuesto, esta tesis no ha encontrado cabida en la postura del TCA, siendo que, a la fecha, aún no se ha expresado postura en concreto por parte de la instancia casacional.

#### **4.4.3. Inicio del cómputo del plazo para la declaratoria de lesividad.**

Un tema que, de necesaria mención por configurar una excepcionalidad dentro del tratamiento de la lesividad general, es en relación al diez a quo para el ejercicio de la potestad de declaratoria interna de lesividad del jerarca tributario.

Si bien la literalidad del precepto 34.1 del CPCA precisa que el plazo se computa desde la adopción del acto, en materia fiscal, la Sección VI del TCA, por criterio de

mayoría<sup>400</sup>, ha estimado que cuando el acto a declarar lesivo deriva del ejercicio revisor apelativo del TFA o del TAN, el plazo se computa desde el momento en que la oficina inferior, emisora del acto final, ha recibido comunicación formal de esa conducta, pues de otro modo, no existe manera de someter a conocimiento de la jerarquía máxima, la existencia de ese acto de la instancia apelativa.

Para ello, es preciso señalar que las razones que sustentan esa postura consideran que, en esta dinámica fiscal, al estar vedada del jerarca natural la potestad de revisión de las conductas de las Administraciones Tributarias inferiores (numeral 102 incisos b y d de la Ley No. 6227), competencia que ha sido otorgada por imperativo de ley al Tribunal Fiscal Administrativo, según se desprende del ordinal 156 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, constituyéndose en esa fase recursiva una jerarquía impropia monofásica (control no jerárquico), es claro que el plazo para declarar la lesividad que corre en contra del Ministro de la cartera de Hacienda (competencia que se sustenta en que reúne la condición de jerarca máximo supremo tanto del órgano revisado como del contralor no jerárquico, ambos parte de la misma estructura de esa Administración), se computa desde el momento en que ese órgano contralor impropio monofásico, pone en conocimiento de la Administración A quo, lo dispuesto en virtud de su competencia apelativa.

Previo a ese instante, el jerarca natural se encuentra en imposibilidad material y jurídica de conocer de un acto que puede resultar potencialmente lesivo a los intereses fiscales, económicos o públicos que debe tutelar y, por ende, incapacitado para ejercitar sus potestades para declarar lesiva esa actuación. Desde luego que cuando el acto que se estima irregular derive de una administración inferior, al no estarse ante el aludido supuesto de jerarquía impropia monofásica, tal excepcionalidad no es aplicable, y el plazo se computa desde la adopción del acto. En ese sentido puede verse el fallo No. 3473-2010-VI de las 08 horas 10 minutos del 14 de septiembre del 2010 y 2951-2010. De otro modo, se haría correr el lapso

---

<sup>400</sup> El juez Daniel Aguilar Méndez adversa esa postura al estimar que, por tratarse de una fase regida por la caducidad, no es factible dilatar el inicio de ese término, al estimarlo *contra legem*.

en contra de la propia Administración, pese a no estar en posibilidad o posición de conocer la existencia del acto.

#### **4.4.4. Regulación del elemento temporal en pretensiones anulatorias en otros regímenes.**

El dilema que se produce respecto del análisis y aplicación del elemento temporal de las pretensiones anulatorias en menesteres tributarios, sea por acción del sujeto pasivo o interesado, de los procesos inter administrativos, así como de la pretensión de lesividad, es propio y endógeno de nuestro régimen jurídico. No hemos encontrado regulación similar en otros ordenamientos jurídicos comparados, ni precisamos de un sistema normativo en el cual, la materia tributaria cuente con un plazo de ejercicio del derecho de acción, significativamente superior a la pretensión anulatoria usual para toda otra función administrativa. Mucho menos, un esquema en el cual, la pretensión anulatoria tributaria, se pretenda someter a la figura de la prescripción de las potestades de la Administración, y no a la figura de la caducidad, usual y tradicional en este tipo de reclamaciones.

En ese sentido, reiteramos la carencia de base justificativa de pretender imponer en esa materia, un plazo que excede cuatro veces el plazo normal de ejercicio de pretensiones de invalidez. Las razones que se desprenden del debate legislativo en la Comisión Especial de Redacción, como la interpretación que realiza la Sala Primera de Casación, amparado en lo que considera es una ponderación de la voluntad del legislador, no exponen ni precisan una base lógica para imponer un trato tan excepcional en esta materia. Como se ha señalado, se migra de una regulación que imponía un plazo de treinta días ante el proceso especial tributario, regulado previamente por la LRJCA, a un supuesto plazo de cuatro años, así como así, sin ofrecer la mínima razón para esa diferencia.

Así, por ejemplo, en España, la Ley No. 29/1998, de 13 de julio de 1998, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, norma la figura de la caducidad en los ordinales 19.2 y 19.4, que establecen, por su orden, la necesidad de declaratoria interna de lesividad, y los supuestos de legitimación activa para

ejercer la acción de lesividad. El numeral 45.4 ejusdem define la manera de iniciar ese tipo procesal, señalando el deber de indicar la persona o personas demandadas, el aporte de la declaración administrativa de patología reclamada, así como el respectivo expediente administrativo. Luego, el precepto 46.1 de ese conjunto legal determina el plazo genérico de dos meses para interponer el denominado recurso contencioso, siendo que, en el inciso 5), establece que dicho lapso, tratándose del recurso de lesividad, se computa desde el día siguiente a la fecha de la declaración interna de invalidez.<sup>401</sup> Finalmente, el canon 49.6 establece un traslado de nueve días en la demanda de lesividad, plazo que es congruente con el general que regula el ordinal 49.1 para el demás tipo de pretensiones anulatorias.

En el ámbito Latinoamericano, en la República Argentina, el Código de Procedimiento Contencioso-Administrativo, Ley No. 7.182 del 30 de octubre de 1984, publicado en el Boletín Oficial, 27 de noviembre de 1984, define la legitimación activa en el proceso de lesividad en el numeral 3 inciso b) <sup>402</sup>,

---

<sup>401</sup> Dispone el canon 46 en sus incisos 1) y 5):

*“Artículo 46. 1. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. (...) 5. El plazo para interponer recurso de lesividad será de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.”*

<sup>402</sup> *“Artículo 3.- A los efectos de la presente ley se consideran como parte del proceso, legitimados activos o pasivos, a: (...) b) La Administración: La Provincia, las Municipalidades, las entidades descentralizadas autárquicas y las personas jurídicas que ejerzan función administrativa por autorización o delegación estatal, en defensa de sus prerrogativas o competencias administrativas, y por lesividad de sus actos administrativos irrevocables.*



atribuyendo ese rol a la Provincia, Municipalidades, entes descentralizados autárquicos y personas jurídicas que ejerzan función administrativa, respecto de sus actos irrevocables. Por su parte, el artículo 6 de esa ley impone la exigencia de “preparar” la demanda contencioso-administrativa, mediante el ejercicio de los recursos pertinentes para obtener acto expreso en torno al reconocimiento o denegación de lo peticionado, lo que, en nuestro régimen, coincide con el agotamiento de la vía administrativa. Para ello fija un plazo de ciento veinte días hábiles ante los trámites y de treinta días hábiles administrativos, en el caso de las medidas recursivas.

Ante ello, de recaer acto expreso, el ordinal 8 de ese marco, establece un plazo de treinta días hábiles judiciales para interponer la demanda, computados a partir de la notificación del acto respectivo. No obstante, precisa ese mismo numeral que, en las demandas de lesividad, la acción debe interponerse en el término de seis meses a contar desde la emisión del acto presuntamente irregular.<sup>403</sup>

---

403 Refieren los ordinales 6, 7 y 8 aludidos:

*“Artículo 6.- La demanda Contencioso-administrativa debe prepararse mediante el o los recursos necesarios para obtener de la autoridad competente de última instancia, el reconocimiento o denegación del derecho reclamado o interés legítimo afectado.”*

*“Artículo 7.- La autoridad a que se refiere el artículo anterior deberá expedirse en el término de ciento veinte días hábiles administrativos, en el caso de petición, y de treinta días hábiles administrativos, en el caso de recurso necesario, contados desde la interposición. Si así no lo hiciera, el interesado deberá presentar "pronto despacho" en el término de tres meses y si no hubiere pronunciamiento dentro de los veinte días hábiles administrativos quedará, por este solo hecho, expedita la vía contenciosoadministrativa, la que podrá ser iniciada hasta seis meses después de la fecha de presentación del "pronto despacho".”*

*“Artículo 8.- Cuando la autoridad a que se refiere el artículo anteprecedente se haya expedido expresamente, el plazo para interponer la demanda será de treinta días hábiles judiciales, contados desde que el acto fue debidamente notificado. En las causas*

Por su lado, el artículo 14 inciso e), establece la legitimación pasiva de los beneficiarios del acto impugnado, a la vez que el canon 16 inciso d) impone el deber de acompañar el expediente administrativo en que se produjo el acto presuntamente irregular, con la demanda de lesividad. De igual manera, el mandato 21 establece la participación de la fiscalía general, en todas las etapas del proceso.

Por otra parte, en la República de Colombia, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Decreto No. 1081 de 2015, tampoco establece un plazo especial en materia fiscal. En efecto, las competencias de los juzgados administrativos de primera instancia, reguladas en el numeral 155, no aluden a esa separación, limitándose a establecer tipos competenciales por supuestos de hecho genéricos, tales como la autoridad administrativa que emite el acto impugnado, cuantía del acto (500 salarios mínimos legales vigentes), mismo monto que demarca la competencia para conocer de los procesos que tengan por objeto el análisis de distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales, actos que requieran de aprobación de autoridad superior, actos de carácter disciplinario que no estén atribuidos a los Tribunales Administrativos o Consejo de Estado, entre otros supuestos.

En el Título V de esa ley se ingresa a regular la demanda y proceso contencioso administrativo, a partir del ordinal 159, norma que define los casos de capacidad y representación. Resulta relevante señalar que dentro de los procesos que involucren temas de impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que emitió el acto. El precepto 161 estatuye los requisitos de procedibilidad, dentro de los cuales, destaca el

---

*contenciosoadministrativas de lesividad, la demanda deberá interponerse en el término de seis meses a contar de la emisión del acto presuntamente irregular.”*

agotamiento de la vía administrativa, salvo para el caso del silencio negativo o la negación de ejercicio recursivo.<sup>404</sup>

El mandato 162 establece los requisitos de la demanda, con la respectiva obligación de su remisión, por correo electrónico, a los demandados, salvo el caso de medidas cautelares previas, o medio desconocido de comunicaciones. Ahora, cabe señalar que de conformidad con el precepto 137, toda persona puede pedir la nulidad de actos de carácter general (acción pública), y excepcionalmente la de actos de contenido particular, en bienes demaniales, así como cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten de manera grave el orden público, político, económico, social o ecológico, y cuando la ley lo autorice de manera expresa. En esa línea, en cuanto al tema temporal, el artículo 164 establece que en esos casos del ordinal 137, la demanda puede formularse en cualquier tiempo, adicionando una serie de supuestos dentro de los que destacan las acciones contra actos producto del silencio administrativo (inciso d), ejecución de acto administrativo (inciso e). En el inciso segundo, precisa plazos especiales para diversas hipótesis: acto administrativo electoral (30 días), cartas de naturaleza y resoluciones de inscripción de nacionales (10 días), nulidad y restablecimiento de derechos de los actos previos a ligámenes contractuales (4 meses), nulidad y restablecimiento de derechos (4 meses), reconocimiento de daños a grupos (2 años), salvo que el daño provenga de un acto sobre el cual se pretenda nulidad (4 meses).

Resulta interesante las figuras reguladas en los numerales 184 referente al proceso especial para la nulidad por inconstitucionalidad y el mandato 185 sobre el trámite

---

<sup>404</sup> Sobre ese aspecto, el inciso 2) del citado precepto 161, impone: “2. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.*” Nótese la denominación de acto presunto al que deriva del silencio negativo, siendo claro que ese tipo de silencio no supone, en modo alguno, voluntad administrativa, sino una denegación ficta. Con todo, ese ordenamiento asigna la naturaleza de acto a la ocurrencia del silencio negativo, entendiendo el efecto material denegatorio como un acto de orden presunto.

de control inmediato de legalidad de actos, competencias asignadas para fallar a la Sala Plena. Con todo, no se regula de manera expresa la figura de la lesividad.

De esa revisión, se desprende que no existen los supuestos de imposición de plazos especiales para las pretensiones anulatorias en cuestiones fiscales, siendo que esos ordenamientos parte de un trato estandarizado en cuanto al plazo de impugnación se refiere. Por otro lado, es evidente y notorio que no se ha pensado, ni por asomo, en transformar la acción anulatoria de actos administrativos fiscales, en una regida por la figura de la prescripción. Es claro que el derecho de acción se tiene por ejercitado a partir de la presentación del reclamo o demanda respectiva, lo que es propio de la caducidad. Así, se insiste, el tratamiento que se analiza en el canon 41.2 del CPCA costarricense, dice de una situación polémica e impregnada de confusiones, que es propia y exclusiva de nuestro sistema.

#### **4.5. Propuesta de reforma regulatoria en cuanto al elemento temporal.**

A partir de las anteriores reflexiones, se desprende un alto grado de incerteza jurídica en torno al elemento temporal de la lesividad en materia tributaria, como derivación de la redacción vigente del canon 41.2 del CPCA. La discusión legislativa que dio base a este mandato contrastada con la redacción de esa norma, no permite tener una postura única, racional y definitiva en torno a este tema debatido. Lo anterior crea niveles de inseguridad que no deben ser propios de las acciones que se formulan en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Es menester reiterar que los institutos de caducidad y prescripción, están afectos al principio de reserva de ley, implicando un riesgo dejar la solución de estas controversias al subjetivismo del aplicador del derecho. Así lo ha fijado la Sala Constitucional, entre muchos, en las sentencias número 4397-99, 1794-99, 2001-0856-2001, 2006-2228 y 2007-0442.

De lo indicado en cuanto al elemento temporal surgen entonces varias cuestiones que pueden ser objeto de consideración de una potencial reforma legal para ajustar esas regulaciones a la lógica misma de la lesividad, y tratar de tutelar los aspectos que, aún de manera difusa y poco clara, fueron dando las bases de orientación en la discusión legislativa o bien, ajustarla a un mayor rigor técnico. Veamos.

De las discusiones y análisis expresados en cuanto al elemento temporal, se estima que la prescripción no resulta un instituto que pueda ser funcional para regular el ejercicio de las acciones anulatorias en contra de las conductas fiscales, sea por parte de los sujetos destinatarios de la potestad fiscal o bien, por parte de la propia AT.

Luego de los anteriores desarrollos, las pretensiones anulatorias de la función administrativa, en lo que se refiere al elemento temporal para el ejercicio del derecho de acción, debe regularse por la figura de la caducidad, y no por la prescripción. Como se ha señalado, la aplicación de la prescripción como pauta rectora de este elemento, parte de la base indebida de alguna suerte de afinidad de la materia fiscal con los menesteres propios de la materia civil de hacienda, cuando es claro e indudable que se trata de cuestiones muy diversas. Aunado a ello, la aplicación que de ese precepto ha realizado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha tomado como medida genérica, el plazo de prescripción a que alude el mandato 51 del CNPT, al margen del contenido del acto tributario, desconociendo la existencia de otras normas de prescripción, insertas en la misma ley de referencia, así como otro conjunto de normas especiales que regulan plazos de prescripción fiscal diversos.

A ello ha de agregarse que el solo contenido económico del acto determinativo, en tanto impone una obligación dineraria, no justifica la aplicación de la figura de la prescripción, dado que, por una parte, no todo acto tributario implica la proyección del ejercicio de la potestad determinativa, pues bien, la bondad puede darse respecto de potestades sancionatorias. Por demás, existe una variedad considerable de actos administrativos emitidos en potestades diversas a la

tributaria, que igualmente imponen obligaciones dinerarias, ergo, el contenido económico no justifica ese tratamiento normativo.

De igual manera, someter las pretensiones anulatorias, sea en contra o por la misma Administración Pública, conlleva al riesgo de no comunicar dentro del plazo debido el correspondiente emplazamiento, llevando a estimaciones de defensas de prescripción y con ello, la imposibilidad de revisión de esas conductas.

Al socaire de lo anterior, y dado el aspecto conflictivo que se desprende de las regulaciones vigentes, en cuanto al plazo aplicable, así como en lo atinente a la naturaleza jurídica del instituto procesal de acceso a la jurisdicción, se proponen las siguientes reformas, las que, se aclara, parten de la base de la aplicación del instituto de la caducidad, sentando las variaciones en la existencia de un término especial o bien, ajustándolo a la regla ordinaria de temporalidad fijada por el CPCA, para la normalidad de los casos.

**PRIMERA PROPUESTA. Eliminación del trato especial en materia tributaria.**

En cuanto a este apartado, una manera simple de eliminar la polisemia y variabilidad de criterios que se ha generado en torno al elemento temporal aplicable a los procesos tributarios, consiste en eliminar la referencia que sobre esta materia realiza el precepto 41.2 del CPCA. Con ello, a falta de indicación de un plazo especial, las acciones relacionadas con esta temática, quedaría normada por el articulado normal y general del CPCA. Ello sería congruente con la finalidad primaria del CPCA de suprimir procesos especiales e implementar un solo proceso común en la sede contencioso administrativa. Ergo, supondría que la acción anulatoria se rige por la figura de la caducidad anual regulada en el numeral 39 del CPCA y la declaratoria de lesividad se enmarca dentro de las reglas normales del numeral 34 ejusdem.

Ante la hipótesis de nulidad absoluta de efecto continuado, el mismo numeral 34.1 en relación al 40 del CPCA, posibilitarían su impugnación, en tanto el acto mantenga vigente su marco de vigencia y eficacia.

Con todo, para evitar imprecisiones, se postula la modificación del artículo 41 del CPCA, y no solamente la supresión del inciso 2). Pese a ello, bastaría la derogatoria del inciso aludido, produciendo el mismo efecto, empero, perviviría la potencial confusión de asimilar el plazo de prescripción del derecho de fondo a una caducidad anulatoria. De ahí que, en rigor, se estima, lo debido sea dejar en claro en esa norma, sobre la improcedencia de la caducidad de la acción en menesteres Civiles de Hacienda. Lo anterior sin dejar de lado la bondad que la supresión de la referencia a la materia fiscal, produciría en el entorno de la certidumbre jurídica.

1. Se reforma el artículo 41 del CPCA para que se lea:

***“ARTÍCULO 41.- No procederá la caducidad de la acción en los procesos relacionados con la materia civil de Hacienda.”***

O bien, con las advertencias ya señaladas:

***“Artículo único. Se deroga el inciso segundo del artículo 41 del CPCA.”***

### **SEGUNDA PROPUESTA. Aplicación de la caducidad en materia fiscal. Precisión en cuanto al plazo de lesividad.**

Siempre bajo la consideración de aplicar la figura de la caducidad, pero partiendo de la base de una supuesta intención de dar a la AT un espacio mayor para accionar contra sus propias conductas, dada la petición de la PGR formulada en su oportunidad en la discusión del proyecto de ley que dio base al CPCA, esta propuesta buscaría ensanchar el plazo para que la AT pueda emprender las

acciones de lesividad en contra del acto que estima contrario a legalidad y a sus intereses. No obstante, dicha ampliación debe declararse en cuanto a la potestad de declaración interna, no en cuanto a la propia para formular la acción judicial una vez declarada esa lesividad, pues de otro modo, se produce una disfunción ya que, la regulación actual, no precisa un trato especial para la esa declaratoria en cuestiones fiscales, pese a las posturas ya analizadas.

Así, al tenor de esta opción, se postula la estandarización del plazo para incoar la demanda contencioso administrativa en contra de conductas emitidas por las Administraciones Tributarias, al mismo lapso que rige a toda conducta administrativa, sea, el plazo anual ordinario. En cuanto a la lesividad, considerando el régimen propuesto por la PGR para hacer valer el plazo de prescripción previsto por el canon 51 del CNPT de cara a poder entablar las acciones internas para buscar la supresión del acto respectivo, se propone la reforma del artículo 34 del CPCA, adicionando un inciso 6) que regule dicho presupuesto. En esa norma, congruente con la propuesta de reforma del mandato 165 del CNPT que fue expresada en el punto 3.4.2., se pretende precisar en ese inciso, la competencia para dicha declaratoria.

Finalmente, lo anterior supondría la reforma del artículo 41 del CPCA, para eliminar la referencia a la materia tributaria y precisar la regla imperante en materia contencioso administrativa en el sentido de la improcedencia de la caducidad de la acción en cuestiones civiles de hacienda.

No obstante, esta posibilidad podría implicar una desigualdad al otorgar a la AT un plazo de cuatro años para la declaratoria de lesividad, plazo que no es aplicable al administrado, quien tendría el término de un año de caducidad. Empero, en la lesividad, esa separación de plazos es usual, por lo que, en rigor, sería un supuesto diverso que, bien puede concluirse que no quebranta o socava la equidad de acceso a la jurisdicción.

El texto sugerido se expone de seguido:



**“ADICIÓN AL ARTÍCULO 34 Y REFORMA AL ARTÍCULOS 41 DEL CPCA.**

1. Se adiciona un inciso 6 al artículo 34 del CPCA para que se lea de la siguiente manera:

“...

*6. La lesividad de actos relacionados con materia tributaria y aduanera, deberá ser declarada por el jerarca máximo supremo de la respectiva Administración Tributaria. Para tales efectos, el plazo máximo para declarar en sede interna el acto de contenido favorable, será equivalente al que fije el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, como plazo de prescripción del ejercicio de la potestad determinativa o sancionatoria que ha dado base a la conducta objeto del proceso, según corresponda, acorde al contenido del acto a suprimir. Si el acto contiene vicios de nulidad absoluta y sus efectos perduren o sean continuados, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos, pero ello únicamente para su inaplicabilidad a futuro. La acción judicial de lesividad deberá ser formulada dentro del plazo previsto en el artículo 39 del Código Procesal Contencioso Administrativo, computado desde la declaratoria interna de lesividad respectiva.”*

2. Se reforma el artículo 41 del CPCA para que se lea:

**“ARTÍCULO 41.-** *No procederá la caducidad de la acción en los procesos relacionados con la materia civil de Hacienda.”*

**TERCERA PROPUESTA. Creación de término especial para nulidades en materia tributaria.**

En este escenario, partiendo de la prevalencia de la postura de aplicación de un plazo especial para impugnación de conductas tributarias y aduaneras, bajo la comprensión (no compartida) que, ese plazo, es, en todos los casos, el dispuesto por el numeral 51 del CNPT, se propone regular ese plazo de manera expresa, pero

eliminando la redacción actual del mandato 41.2 del CPCA, a efectos de disipar la duda o criterio de que se trata de la imposición de la prescripción frente a pretensiones anulatorias contra actuaciones tributarias y precisar que, ese tipo de ruegos, son propios del instituto de la caducidad de la acción.

En esa dimensión, a fin de potenciar un trato paritario y la tutela del principio de igualdad constitucionalmente consagrado (art. 33), en cuanto al plazo aplicable a las personas administradas y la propia Administración Pública, se impone la adición de un inciso 6) en el numeral 34 del CPCA, que aclare lo relativo a la declaratoria de lesividad. Para ello, se propone regular un solo plazo para declarar la lesividad y formular la correspondiente acción judicial, como supuesto excepcional, únicamente aplicable a los menesteres fiscales.

De nuevo, para mayor claridad, se impone la reforma del artículo 41 del CPCA, reservando dicho mandato para la materia civil de hacienda, omitiendo toda referencia al campo tributario.

#### **“ADICIÓN AL ARTÍCULO 34, 39 Y REFORMA AL ARTÍCULOS 41 DEL CPCA.**

1. Se adiciona un inciso 6 al artículo 34 del CPCA para que se lea de la siguiente manera:

“...

*6. El plazo máximo para formular la demanda de lesividad respecto de actos relacionados con materia tributaria y aduanera, será equivalente al que fije el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, como plazo de prescripción del ejercicio de la potestad determinativa o sancionatoria que ha dado base a la conducta objeto del proceso, según corresponda, acorde al contenido del acto a suprimir. Dentro de ese término y como requisito de la demanda respectiva, el jerarca máximo supremo de la respectiva Administración Tributaria deberá declarar lesivo en sede interna el acto de contenido favorable. Si el acto contiene vicios de nulidad absoluta y sus efectos perduren o sean continuados, dicha declaratoria*

*podrá hacerse mientras perduren sus efectos, pero ello únicamente para su inaplicabilidad a futuro.”*

2. Se adiciona un inciso 3) al artículo 39 del CPCA que indicará:

*“... 3. En materia tributaria, el plazo máximo para incoar el proceso será equivalente al plazo que defina el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, para la prescripción de la potestad determinativa o sancionatoria del respectivo tributo que da base a la relación jurídica debatida o acto objeto del proceso, según corresponda. Tratándose del proceso de lesividad, será de aplicación lo regulado en el artículo 34.6 de este Código.”*

3. Se reforma el artículo 41 del CPCA para que se lea:

**“ARTÍCULO 41.-** *No procederá la caducidad de la acción en los procesos relacionados con la materia civil de Hacienda.”*

Se trata de proposiciones que buscan, se insiste, dar un mejor orden y reducir eventuales confusiones o variabilidad de criterios en torno a esta temática bajo examen. Ninguna de ellas concibe la aplicación de la prescripción como pauta rectora de las pretensiones anulatorias, por las razones ampliamente detalladas en cuanto a este elemento temporal.

#### **4.6. Efectos de la sentencia en el proceso de lesividad tributaria.**

La sentencia estimatoria dentro del proceso de lesividad tributaria genera una serie de efectos dentro del contexto de la relación jurídica entre las partes. El mismo numeral 130 del CPCA precisa el nivel de vinculatoriedad y oponibilidad de la sentencia entre las partes. No obstante, el numeral 120 del CPCA igualmente

regula los supuestos de inadmisibilidad de la acción, en tanto que el precepto 121 ejusdem, regula lo atinente a la improcedencia de la demanda. Así, la sentencia dictada en el proceso de lesividad bien puede declarar la inadmisibilidad del proceso, la improcedencia de la demanda o bien, la estimación de aquella. De seguido se presentan algunas cuestiones relativas a cada una de esas posibilidades, en el ámbito de los procesos de lesividad en materia tributaria.

#### **4.6.1. Inadmisibilidad.**

La inadmisión de la demanda supone la desatención o incumplimiento de una serie de presupuestos esenciales para ingresar al análisis de fondo en cuanto a la procedencia o no de las pretensiones deducidas. En el plano de las lesividades tributarias, de conformidad con los ordinales 34, 41 y 120 del CPCA, pueden generarse las siguientes causales:

##### **a. Falta de declaración interna de lesividad.**

Como se ha señalado *ut supra*, aún en menesteres fiscales, de conformidad con el numeral 34 del CPCA y el precepto 165 del CNPT, la demanda de lesividad debe acompañarse de la correspondiente declaratoria interna de lesividad por parte del máximo jerarca de la AT respectiva. Por ende, como se ha explicado en apartes previos, la ausencia de este presupuesto imposibilita el análisis de fondo de la pretensión anulatoria.

Con todo, se trata de un vicio que podría ser subsanado por parte de la Administración petente, siempre que esa declaratoria se haya emitido dentro del ámbito temporal debido. Lo anterior ya que, si bien se trata de un requisito sustancial y no eminentemente formal, si de previo al traslado de la demanda se aporta esa declaración, no se estaría generando ningún estado de indefensión ni nulidad procesal.

Cabe precisar que no se trata de un presupuesto que pueda ser prevenido de oficio por parte del TCA. Sin embargo, la parte accionada bien podría argumentar la carencia de ese requisito y con ello, no consideramos pertinente que la autoridad jurisdiccional pueda conceder el plazo de subsanación de deficiencias formales que estatuye el ordinal 61 del CPCA, siendo que, como se ha señalado, no dice de una exigencia de orden formal. La respectiva declaratoria interna es una cuestión sustantiva, al punto que el ejercicio del derecho de acción se encuentra condicionado a la expresa e inequívoca manifestación de voluntad del jerarca competente, se someter al arbitrio judicial el análisis de invalidez del acto firme de contenido favorable.

En suma, la omisión de aporte de la mencionada declaración interna de lesividad, determinaría la inadmisibilidad del proceso.

#### **b. Indebida declaración interna de lesividad.**

Como adición a lo señalado en el aparte previo, la declaratoria interna debe ser adoptada por el jerarca máximo de la Administración Pública accionante. Por ende, cuando dicha declaratoria haya sido dispuesta por una jerarquía diversa a la impuesta por la ley, existirá un defecto en ese requisito. Este aspecto fue analizado en el punto 4.2 anterior, en el que se puso de manifiesto que esa competencia es indelegable, de conformidad con las razones dadas por el TCA en el precedente No. 137-2020-VI de las 14 horas 40 minutos del 26 de octubre del 2020. No obstante, se trata de una deficiencia que puede ser sometida a convalidación e incluso a conversión, a efectos de lo cual, se requiere de acto expreso del jerarca máximo supremo, declarando esa lesividad interna. Cabe destacar que esa nueva declaración sería oponible a la causa judicial, siempre que se haya emitido dentro del plazo establecido para esos efectos.

#### **c. Declaración extemporánea de lesividad interna.**

Cuando la declaratoria de lesividad se haya emitido fuera de los cánones temporales que resulten aplicables a la dinámica tributaria, al igual que sucede en la lesividad general, es claro que dicha circunstancia no es propia de la caducidad de la acción, ya que se trata de un espacio que presenta una regulación distinta a la de la presentación del proceso propiamente.

En este punto, la aplicación de la postura que el numeral 41.2 del CPCA establece un solo plazo de prescripción para la declaratoria y formulación de la demanda de lesividad, llevaría a que la vulneración de este lapso, produzca la inadmisión del proceso, pero por razones de prescripción del derecho de reclamar la validez del acto. Empero, no participamos de esa postura, y, por el contrario, la pertinencia de este supuesto se condiciona a la regulación que pueda emitirse en torno al elemento temporal de la lesividad fiscal.

Así, en el contexto de las propuestas formuladas, la consecuencia sería la siguiente:

- De estandarizarse la lesividad tributaria a la lesividad general, aplicando las reglas del ordinal 34.1 del CPCA, ese defecto supondría inadmisión por haber precluido la potestad de lesividad interna, llevando a un supuesto de acto no impugnabile por esa dejadez.
- De darse la segunda propuesta, el plazo para declarar la lesividad sería de cuatro años, vencidos los cuales, se aplicaría el mismo resultado del ítem antecedente.
- Acorde a la tercera propuesta, que formula la unicidad del término para declarar la lesividad y presentar la respectiva demanda anulatoria, la infracción bajo análisis llevaría a la inadmisibilidad por virtud de la caducidad de la acción.

**d. Presentación de la demanda fuera del plazo legal.**

La otra posibilidad de inadmisibilidad de la demanda de lesividad guarda relación con la infracción al plazo máximo para incoar el proceso. En este supuesto, la demanda de lesividad se presenta fuera del ámbito temporal debido, sea que se entienda que ese lapso es uno separado de la declaratoria interna, que se computa a partir de esta última, o bien, que se aplique la visión de un único plazo para esos efectos.

La pluralidad de posturas sobre el particular exige separar livianamente los supuestos, a fin de establecer la figura aplicable:

- Si se aplica la teoría del plazo único de prescripción para declarar la lesividad y formular la acción, acorde al numeral 41.2 del CPCA, y considerando la posición de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que aún en pretensiones anulatorias, en la materia tributaria, esa norma optó por la prescripción del derecho y no por la caducidad de la acción, la única manera de declarar la inadmisión por la vulneración del plazo cuatrienal que esa postura aplica, sería la defensa de prescripción alegada por la parte accionada. De otro modo, si la parte interesada no invoca dicha defensa material, aun habiéndose presentado la demanda fuera de ese ámbito, se entendería por renunciada la prescripción y, por ende, la autoridad jurisdiccional estaría impedida, legalmente, para declarar de oficio dicha preclusión.
- Si se aplica la postura de que aún la redacción del ordinal 41.2 del CPCA, el plazo cuatrienal no impone una prescripción sino una caducidad de la acción especial para menesteres fiscales, la inadmisión puede ser dispuesta bien por la estimación de la eventual defensa de caducidad de la acción formulada por la parte demandada, o bien, por pronunciamiento oficioso del TCA.
- Si se opta por la reforma legal e imponer la integración o unificación del lapso para declarar y accionar, a diferencia de la primera variación, el TCA podría declarar de oficio la caducidad de la acción, en tanto no

aplicaría la postura de que la pretensión anulatoria se rige por la prescripción.

En este punto es menester igualmente considerar si el objeto del proceso estriba en una conducta de efecto continuado o instantáneo, ya que, como se ha señalado en varias oportunidades, a la luz del ordinal 34.1 en relación al 40 del CPCA, cuando el acto mantenga sus efectos vigentes, la declaratoria, así como la acción, pueden plantearse en tanto esos efectos pervivan. Si bien se ha establecido que en materia demanial no aplican los límites temporales aludidos, es claro que esta categoría jurídica no es propia de la materia fiscal, aún y cuando se trate de actos que impongan beneficios fiscales por el uso privativo o aprovechamiento de bienes demaniales.

#### **e. Lesividad contra actos no susceptibles de impugnación.**

En este supuesto, ante la infracción del elemento objetivo, si la demanda de lesividad se formula contra actos que no generen un efecto favorable o que no sean de contenido concreto e individual, la demanda de lesividad no podría prosperar al análisis de fondo, llevando a su inadmisión. Esta hipótesis, con todo, sería poco probable en materia tributaria

#### **4.6.2. Improcedencia de la lesividad.**

A la luz del ordinal 121 del CPCA<sup>405</sup>, cuando la pretensión deducida no encuentre respaldo en el Ordenamiento Jurídico, deberá declararse improcedente o sin lugar. Dicha variación sería aplicable cuando luego del análisis de fondo, la autoridad jurisdiccional no observe las deficiencias sobre las cuales, la Administración Pública

---

405 Señala ese precepto:

*“ARTÍCULO 121.- La pretensión se declarará improcedente, cuando no se ajuste al ordenamiento jurídico.”*



sustenta su demanda. Es decir, los supuestos vicios del acto no se han producido, de manera que, en términos del ordinal 128 de la LGAP, el acto resulta sustancialmente conforme o congruente con el Ordenamiento Jurídico.

De igual manera, dicha improcedencia se impone cuando pese a los vicios del acto, estos no son propios de la invalidez de grado absoluto, ya que, se reitera, la lesividad exige que la patología de la conducta sea severa y no meramente insustancial.

Por otro lado, cuando los efectos del acto ya hayan cesado y la acción de lesividad no sea funcional para producir un efecto útil, la improcedencia habrá de sustentarse en la carencia de interés actual, misma que, en tanto presupuesto procesal de fondo, bien puede ser declarada de oficio. Esto ocurriría en aquellos casos en que la lesividad se formula respecto de actos de efecto continuado, fuera del ámbito temporal de cuatro años que permitiría la declaratoria retroactiva de nulidad. Cabe recordar que, en los casos aludidos, la acción anulatoria es para la inaplicabilidad a futuro del acto cuestionado, no para revertir efectos jurídicos o materiales ya concretados, por lo que, si el acto ha cesado su ciclo de vigencia, a nada llevaría disponer su nulidad, siendo que esa estimación sería para que la conducta deje de surtir efectos, condición ya producida.<sup>406</sup>

---

406 Así puede verse en la sentencia No. 089-2020-VI de las 14 horas 30 minutos del 29 de julio del 2020, del TCA. En ese precedente se señaló:

*“... Si bien la demanda fue incoada cuando esa conducta aún mantenía su vigencia y, por ende, sus posibles efectos oponibles, a partir del vencimiento del plazo otorgado en el curso de la contienda, se produce una pérdida sobrevenida de actualidad en la atención del conflicto, lo que incide de manera directa e innegable en el presupuesto procesal de fondo relacionado al interés actual. Para lo anterior no es óbice lo indicado por INCOPECA en cuanto a que la actualidad de este conflicto se evidencia en que la parte accionada presentó reiteración de solicitud de renovación de dicha licencia de pesca, en el mes de julio del año 2019. Si bien se mira, la sola existencia de esa petición de prórroga no lleva, en sí misma, a impregnar de interés actual el análisis en torno a la validez de la licencia otorgada en el 2013. Lo cierto del caso es que no consta en autos que tal título habilitante haya sido prorrogado o bien, que sus efectos hayan sido extendidos, de manera que se desprenda la*

En efecto, siendo una causa en ese sentido, una que tendría por objeto la supresión por invalidez absoluta de un acto firme de contenido favorable, es claro que el efecto que busca producir, cuál es la eliminación o extinción de esa conducta administrativa, no tiene ninguna trascendencia en el contexto de la relación jurídica administrativa que surge entre las partes. Sería absolutamente inocuo el efecto o bondad de analizar la validez de una conducta que, en todo caso, se ha extinguido ya por el fenecimiento del ciclo de vigencia que le era propio. El solo advenimiento del plazo de vigencia, como condición resolutoria, vinculada a una temporalidad concreta, hace que el acto cese de manera definitiva. Si la lógica de la lesividad es justamente lograr esa supresión, y en este caso no se ha formulado pretensión o reconvencción adicional que permita proyectar alguna necesidad lógica y racional de realizar el análisis propuesto en el ruego de lesividad, la potencial consecuencia de ese análisis es inocua, pues nada abonaría al contenido de la relación jurídica debatida, extinta ya, se insiste, por el cierre del ciclo de vigencia del acto objeto del proceso.

#### **4.6.3. Estimación de la demanda.**

---

*pervivencia de algún grado de trascendencia en el abordaje de validez de las conductas objeto de la pretensión de lesividad. En ese sentido, atendiendo al fenecimiento del ciclo de eficacia y vigencia de esas conductas cuestionadas, en los términos que expresamente indican desde su adopción, a nada llevaría la eventual declaratoria de lesividad o bien, el rechazo de ese ruego de existencia de patología, pues, en definitiva, se insiste, a la fecha, no producen efectos. No cabría, en consecuencia, el juicio de validez de actos cuyo régimen de oponibilidad y eficacia ya ha cesado, pues no se observa efecto útil en semejante declaración. La lógica de una declaratoria en ese sentido sería hacer cesar los efectos de una conducta que se estima viciada de nulidad absoluta, sea de manera retroactiva o prospectiva según proceda (artículos 39 y 40 del CPCA), por lo que el advenimiento de la fecha de vigencia del acto cuestionado, no cumple con ese cometido de utilidad y pertinencia que es propio del presupuesto procesal aludido.”*

Cuando se acoja la demanda de lesividad, el efecto directo es la supresión de la conducta impugnada, con la corresponde cesación de la situación jurídica positiva en su momento, fue otorgado al destinatario del acto.

En el campo tributario, acorde a la tipología de actos a los que se ha hecho referencia, los efectos pueden ser variados, según el contenido del acto favorable. Como primer aspecto, es necesario ponderar si dado el efecto instantáneo o continuado del acto, versus el momento en que fue ejercitada la acción, es factible la supresión *ex tunc* (retroactiva) del acto, o bien, si la invalidez es para efectos de la inaplicación a futuro del acto.

Sobre lo indicado es menester destacar que, el ordinal 34.12 del CPCA fija de manera excepcional la pervivencia de la potestad de declaratoria de lesividad, únicamente para aquellas conductas que padecieren de nulidad absoluta, mientras perduren sus efectos, caso en el cual, esa declaratoria puede realizarse en tanto ese ciclo de eficacia se mantenga, e incluso, dentro del año posterior al cese definitivo de eficacia. Con todo, en esta eventualidad, la misma norma señala que la sentencia que disponga la eventual nulidad, lo hará únicamente para la anulación e inaplicabilidad futura de la conducta.

En la lesividad de actos absolutamente nulos de efectos continuados, si la declaratoria interna de lesividad se realiza dentro del año posterior a la adopción de la conducta, la eventual supresión por la vía judicial de la lesividad, tendrá efecto retroactivo, en orden a lo estatuido por el canon 39.2 en relación al 131 del CPCA y la doctrina del ordinal 171 de la LGAP. Lo anterior aplicando la tesis de mayoría que, sobre separación de plazos para declaración y formulación de la demanda, ha establecido la jurisdicción contencioso administrativa. En caso de optar por la tesis de un único plazo, sea este de prescripción o de caducidad, en la medida en que la demanda sea formulada dentro de esos ámbitos temporales, tomando como punto de inicio del cómputo (*dies a quo*), la eventual estimación de la demanda tendrá efecto retroactivo.

De otro modo, cuando aplicando la permisibilidad legal, frente a un acto absolutamente nulo de efectos continuados, la declaratoria de lesividad y formulación de la demanda se realice fuera de ese año, o cuatro años, según la tesis que se aplique, tal y como lo menciona dicha norma 34.1 del CPCA, la nulidad que se declare en sentencia lo será únicamente para fines de su supresión e inaplicabilidad futura. Lo anterior supone que, en este escenario, la anulación del acto se realiza de manera constitutiva y prospectiva, sin que sea factible, por imperativo expreso de ley, atribuir un efecto retroactivo (declarativo) a esa supresión, con lo cual, en tales casos, de manera excepcional, aun tratándose de nulidad de grado absoluto, los efectos jurídicos y materiales que ha producido ese acto, no pueden desconocerse de cara a emprender eventuales peticiones indemnizatorias, de devolución o reintegro. Es decir, esos efectos producidos en el ciclo de vigencia del acto se mantienen, y la nulidad del acto se dispone para que deje de surtir efectos, sin que tal supresión puede alcanzar a aquellos efectos ya consumados de previo a la invalidación del acto que los sustenta.

Esta visión puede verse en la sentencia 52-2018-VI de las 09 horas 05 minutos del 04 de mayo del 2018 del TCA, en el que, el Estado alegaba que un acto que declaraba la prescripción de deudas fiscales, suponía un efecto continuado. En ese fallo, la autoridad jurisdiccional rechaza la tesis de la representación estatal, estimando que ese tipo de actos produce un efecto instantáneo. Sobre ese tema señaló en lo medular:

*“IV.- Desde esa arista de examen, tal y como se ha mencionado, la presente acción tiene la particularidad de que declaratoria de lesividad precisamente dentro del caso de excepción a que alude el ordinal 34.1 del CPCA en cuanto a los actos nulos de efecto continuado, según lo consideró o alegó así la Administración. (...) Un acto que disponga o declare la prescripción de una deuda fiscal o en general, cualquier acto que disponga el fenecimiento del ejercicio de determinado derecho o potestad, en el fondo, impone como efecto inmediato e instantáneo, la liberación de un conjunto de obligaciones y cargas, mismas que se tiene por fenecidas en virtud de esa figura. No se trata de un acto que pueda estimarse de efecto continuado, ya que su consecuencia directa es la*

*extinción de una obligación, en este caso, de naturaleza tributaria. (...) Tal instituto supone una forma de extinción de obligaciones dinerarias, no solamente regulado en el canon 868 del Código Civil, sino además en el precepto 35 inciso e) en relación al 51, ambas referencias del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Se trata de un efecto instantáneo, único, y no de uno sostenido que suponga la aplicación periódica, sostenida de ese contenido. Ciertamente se lleva al efecto de que el Fisco no perciba esos ingresos, pero se trata de una derivación lógica de una decisión administrativa que dispuso tener por extinta la obligación a partir de la concurrencia en el caso concreto, de los presupuestos que le dan cabida a la prescripción negativa, sea, inercia del titular, decurso del tiempo fijado por el ordenamiento jurídico y alegación de prescripción liberatoria. (...) razón por la cual, no resulta aplicable al subjúdice el tratamiento a que alude el canon 34.1 en relación al 40 del CPCA, dado que con independencia de que se trate de un acto absolutamente nulo o no, en definitiva, no presenta el presupuesto condicionante de ser de efecto continuado. (...).”*

En dicha sentencia, además, se puso de manifiesto la relevancia de cumplir con los plazos para declarar la lesividad, así como para formular la demanda correspondiente. 407 408

---

407 Sobre la relevancia de esa declaratoria oportuna, como elemento de admisión de la demanda de lesividad expuso:

*“...Esta falencia produce un impacto sustancial en este proceso ya que la desatención de dicho plazo lleva a la pérdida de esa potestad de declaratoria de lesividad por parte del jerarca administrativo, llevando al incumplimiento de uno de los aspectos esenciales del proceso de lesividad, así impuesto por ley expresa, y que conforme fue precisado en los apartes previos de este fallo, lleva a la inadmisibilidad del proceso. Para ello no es óbice que la presente demanda se haya formulado dentro del año posterior a la declaratoria de lesividad, pues como se ha dicho, considera la mayoría de esta Cámara, son fases distintas, cada una con sanciones diversas, la primera, determina la inadmisibilidad de la causa por el incumplimiento de un requisito medular para el ejercicio del derecho de acción, la segunda, regulada por la caducidad de la acción. Cabe destacar que ya este Tribunal Contencioso ha tenido la oportunidad de referirse al mismo debate que ahora se presenta. Así, en el precedente No. 11-2018-VII de las 10 horas 10 minutos del 13 de febrero del 2018, de la Sección VII, sobre este mismo aspecto se expuso: "...Empero, tal y como se precisó en el elenco de hechos probados de esta sentencia, no fue sino hasta el día 16 de julio del 2013, es decir, tres años después de dictado el acto cuestionado, cuando el superior jerárquico supremo de la cartera ministerial, procedió a la emisión de la declaratoria de lesividad, la cual fue realizada mediante resolución número DMT-1052-2013 de las 13:50 horas del día 16 de julio del 2013, sobrepasando en demasía, el plazo anual regulado en el ordenamiento jurídico. Incluso es menester señalar, que ya en anteriores y recientes ocasiones, esta misma Cámara ha resuelto casos similares al que aquí se conoce, donde figura la misma representante del Estado y en los que también se ha detectado el acaecimiento del plazo legal para la interposición de la lesividad pretendida, postura que no sólo se mantiene ahora, sino que se reitera en este acto (consúltese por ejemplo las sentencias números 063-2017-VII de las quince horas del día treinta de agosto del dos mil diecisiete, 076-2017-VII de las diez horas del día dieciocho de octubre del dos mil diecisiete y 008-2018-VII de las once horas y treinta minutos del día dos de febrero del dos mil dieciocho, todas de esta misma Sección y las dos últimas de este mismo redactor). Consecuentemente, habiéndose detectado que en el caso de análisis ya había transcurrido en demasía el plazo de un año previsto en el inciso primero del artículo 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo, al momento del dictado de la declaratoria de lesividad, resulta evidente que ha operado la caducidad para el ejercicio de dicha potestad, declaratoria que debía ser el sustento a este proceso. Tal factor de temporalidad previsto por el legislador, contribuye a la seguridad*

Ahora bien, el efecto retroactivo de esas declaraciones, tratándose de actos que incidan en la existencia misma o cuantía de la obligación tributaria, supone la posibilidad de la AT, no solamente a cobrar los tributos no ingresados, sino, además, en tesis de principio, al cobro de los respectivos réditos legales que fija el numeral 57 del CNPT. Respeto de esos intereses, se trata de un tema debatido, en la medida en que la falta de ingresos derivó de un acto emitido por la misma AT, de manera que el perjuicio financiero, de alguna manera, fue inducido por la propia instancia administrativa. Desde ese plano, resulta altamente cuestionable que, frente a un acto de la propia Administración cuyo contenido llevó a que la obligación tributaria fuera delimitada, desde el plano cuantitativo a favor del sujeto pasivo, luego, pese a su nulidad, la AT pretenda el pago de los réditos financieros.

Incluso, la redacción del ordinal 57 del CNPT permitiría sostener que, frente a esas declaratorias de nulidad, no es procedente la condena al pago de intereses por el diferencial no cancelado en virtud del acto declarado lesivo. En efecto, justamente

---

*jurídica, evitando así la inactividad administrativa y procurando la diligencia de los entes públicos en todas sus actuaciones, principalmente en tratándose de aquellas tendientes a suprimir derechos ya consolidados de los administrados. Así las cosas, lo procedente en derecho es declarar inadmisibile la demanda intentada, de conformidad con los artículos 39.1.a) y 120.1.a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, por desatención de uno de los elementos medulares de la acción, como resulta ser el incumplimiento del plazo para declarar lesivo el acto a lo interno de la Administración."*

408 En ese mismo sentido y de manera directa, en el fallo 128-2019-VI de las señaló la imposibilidad de legitimar cobros retroactivos frente a actos de efecto continuado que, si bien se anularan, la acción de lesividad fue realizada fuera del canon temporal de cuatro años aplicable a la materia. Sobre el particular indicó:

*"... Pues bien, en casos como el presente, la nulidad absoluta de un acto, en orden a lo que estatuye el precepto 171 de la Ley General de la Administración Pública, supone, la más de las veces, la supresión con efecto retroactivo, salvo cuando la acción haya sido formulada contra un acto de efecto continuado, fuero de los cánones de temporalidad que permitan el efecto ex tunc, pues en tal escenario, la supresión será con efecto prospectivo."*

la frase in fine de ese precepto señala: *“No procederá condonar el pago de estos intereses, excepto cuando se demuestre error de la Administración.”*

Por la vía de la analogía, si los intereses legales son condonables a partir del yerro de la misma AT, cuanto la falta de ingresos sea consecuencia natural del contenido de un acto favorable, aún su supresión por patología de grado absoluto, no sería legítimo cargar al sujeto pasivo por la indisponibilidad financiera del monetario. Se insiste, esa circunstancia fue inducida por la propia AT, de suerte que puede equipararse al error a que alude el canon 57 referido y, en consecuencia, en tales casos, es menester ponderar la condena, únicamente, del pago del principal, sin incorporar el pago de intereses legales. De otro modo, la AT se estaría beneficiando de su propio error, siendo que ha cumplido con el deber fiscal en los términos que la propia Administración declaró en su oportunidad.

Por otra parte, por similares razones, parece evidente que esa omisión de ingresos no podría dar base a la sanción prevista en el canon 81 ibidem, en la medida en que la falta de pago (total o parcial) derivó de un acto expreso de la misma Administración, con lo cual, no se observa el elemento subjetivo del tipo sancionable.

Lo anterior es igualmente aplicable para los actos liberatorios del ejercicio de la potestad sancionatoria, en la medida en que, como se ha señalado, la mayoría de las infracciones administrativas son sancionables mediante multas dinerarias, salvedad del cierre de negocios (art. 86 CNPT), de ahí que si bien podría eventualmente la AT aplicar sus competencias, siempre que cuente con el plazo para tal efecto, lo relativo a los eventuales intereses legales sobre esas partidas, parece insostenible a la luz de las consideraciones anteriormente desarrolladas.

El tema guarda igual relevancia en cuanto a las exoneraciones, mismas que, se insiste, suponen como efecto legal, la dispensa del deber de contribuir. Así, el ejercicio oportuno de la acción de lesividad, si bien puede llevar a una supresión retroactiva y con ello, el cobro de los tributos que debieron haber sido satisfechos, el cobro de intereses deviene en improcedente. Incluso, a partir de la existencia del



acto de contenido favorable que ha dado base a ese tratamiento fiscal, podría sostenerse que es con la declaración de nulidad y correlativo requerimiento de pago fiscal, que corre en contra del sujeto pasivo el deber de cancelar esos tributos. De ahí que si requerido del pago respectivo, no cancela la deuda fiscal, es factible la imputación de intereses, a partir de la desatención de esa obligación, pero no desde la fecha en que, en principio, debió cancelar los tributos, ya que, se insiste, esa falta de pago fue el resultado lógico de un acto propio de la AT.

Como marco de referencia puede verse lo regulado por el artículo 119 del CNPT en cuanto señala en su párrafo cuarto:

*“La consulta presentada antes del vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada o, en su caso, dentro del término para el pago del tributo, exime de sanciones al consultante por el excedente que resulte de la resolución administrativa, si dicho excedente es pagado dentro de los treinta días siguientes a la fecha de notificada la respectiva resolución.”*

Así, la norma concede al sujeto pasivo la posibilidad de pagar las diferencias en el plazo de treinta días a partir del criterio de la AT. Por paridad de razón, cuando la deuda fiscal se sustente en la supresión del acto que había generado la dispensa tributaria material, sea de grado total o parcial, puede equipararse ese supuesto y conceder al sujeto pasivo un plazo similar para cancelar esas deudas. Esto supondría que no se encuentra en estado de mora en el deber material y, por ende, la imputación de intereses devendría en improcedente.

El tema, por el momento, no ha sido objeto de cuestionamiento o tratamiento en sede contencioso administrativa, empero, sostenemos que la comprensión integral del fenómeno bajo examen, no permitiría sustentar la aplicación de réditos financieros al sujeto pasivo, sin conculcar la equidad procesal que debe ser primaria en este tipo de relaciones tributarias.

Por otro lado, aún en proceso de lesividad, el numeral 131 del CPCA409, siguiendo la doctrina del canon 171 de la LGAP, concede al órgano jurisdiccional la potestad de dimensionar la sentencia, a fin de tutelar los derechos adquiridos de buena fe, así como herramienta para la protección del interés público y la seguridad jurídica. Es claro que, frente al efecto retroactivo de la nulidad, no podría alegarse una suerte de derecho adquirido a no cancelar el tributo o a no ser sancionado por determinada acción u omisión fiscal. Justamente, el efecto pretendido con la lesividad, es la desaplicación de la situación positiva derivada de un acto que se estima antagónico con la legalidad. De ahí que, al margen de la postura subjetiva del destinatario en cuanto a la buena fe, las implicaciones patrimoniales del deber principal han de prevalecer por encima de dichas situaciones particulares.

Con todo, se trata de una potestad de modulación poco utilizada en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que, en el campo tributario, es aún de menor uso, pese a tratarse de un importante instrumento de equidad, neutralidad y seguridad jurídica, que no se encuentra, ni por asomo, vedado para la materia bajo examen.

En suma, es menester separar los casos en que la lesividad haya sido dispuesta respecto de un acto de efecto instantáneo, de aquellos en los que sus efectos son continuados. En esta segunda categoría, debe separarse los casos en que la acción y ha ejercitado dentro del plazo debido para sostener el efecto retroactivo, de aquellos en que la estimación de esa pretensión será únicamente para efectos de la inaplicabilidad a futuro del acto anulado. Como complemento de ello, es

---

409 Ese precepto estatuye:

*“1) La declaración de nulidad absoluta tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o la norma, todo sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe.*

*2) La declaratoria de nulidad relativa tendrá efectos constitutivos y futuros.*

*3) Si es necesario para la estabilidad social y la seguridad jurídica, la sentencia deberá graduar y dimensionar sus efectos en el tiempo, el espacio o la materia.”*

necesario valorar, de manera casuística, la necesidad de dimensionamiento del fallo estimatorio, potestad que ha de ser ejercitada de manera cautelosa, pero además motivada, a fin de no llevar a efectos contrarios a los que dicha potestad busca satisfacer.

En los demás aspectos, resultan atinentes a la lesividad tributaria, las regulaciones generales de la lesividad, previstas en el capítulo 3, siendo las anteriores consideraciones, cuestiones particulares y específicas de este rigor fiscal.

## CONCLUSIONES GENERALES CAPÍTULO 4.

- La configuración del hecho generador, como elemento tipificador del tributo, hace nacer la obligación tributaria a partir de la cual, el Ordenamiento Jurídico asigna a la AT una serie de potestades de interpretación, regulación, gestión, fiscalización y recaudación, que le permiten la verificación del deber contributivo desde el plano cualitativo y cuantitativo. Como correlativo a ese poder legal, el mismo plexo normativo asigna al sujeto pasivo una serie de derechos y garantías que se constituyen a la vez, como límites y parámetros de legalidad de la actividad administrativa.
- A partir de la materialización de la obligación tributaria, surge una serie de deberes en contra del sujeto pasivo. Estas obligaciones se dividen en formales y materiales. Las primeras tienen por lógica la constitución y llevamiento de registros de información relevante para la acreditación y verificación de las distintas actividades económicas que se encuentran sujetas a las diversas categorías y tipologías tributarias, a la vez que posibilitan y potencian el ejercicio de control y de verificación por parte de la AT. Por su parte, las obligaciones materiales se refieren al deber de ingresar al Fisco el monetario que corresponda a la respectiva cuota fiscal, según el respectivo cálculo, así como la cancelación de los intereses legales, multas y diversas cargas económicas que derivan de la sinergia propia de la relación fiscal.
- Es necesario distinguir la naturaleza jurídica y *ratio* misma del catálogo de derechos y garantías del sujeto pasivo, reguladas en el ordinal 166 del CNPT, del concepto de derecho subjetivo e interés legítimo, como componentes de las situaciones jurídicas de orden positivo. Aquellos “Derechos y garantías” se constituyen como principios de tutela general y abstracta que la AT debe aplicar en orden el ejercicio legítimo y debido de sus potestades dentro de las relaciones administrativas que le son propias. Las otras categorías, por el contrario, atañen a las situaciones de orden individual, que pueden ser impactadas de manera concreta y específica por

las diversas conductas de la AT. Es justamente la titularidad de esta esfera singular la que permite el ejercicio de los derechos reaccionales frente a la AT, pero a la vez, dicha titularidad impone el deber de la Administración de tutelar el debido proceso de ese sujeto pasivo cuando se pretenda incidir de manera negativa en dicha esfera jurídica individual, sea mediante la creación, modificación o extinción de alguna de las categorías positivas o favorables de dicha situación individual.

- En la dinámica propia de las relaciones jurídico administrativas de orden fiscal (tributario y aduanero), la AT emite una serie de conductas de diversa índole, muchas de las cuales, tienen como parte de su contenido y efectos jurídicos y materiales, incidencias positivas en la esfera jurídica del sujeto pasivo, sea mediante la creación de un derecho, o al menos, de expectativas tutelables. Dentro de ese orden se encuentran manifestaciones tales como las exoneraciones, trámites regulados por el artículo 102 del CNPT, consultas tributarias, recursos ordinarios, fraccionamientos de pago, actos de dispensa de responsabilidad por infracciones administrativas, así como determinaciones fiscales bondadosas. Cada una de esas categorías cuenta con regulaciones propias en cuanto a la necesidad o no de emprender procedimientos concretos para su modificación o supresión.
- Las exoneraciones fiscales, como dispensa legal del deber de contribuir, pueden ser de orden objetivo y subjetivo. Las primeras no requieren, para su aplicación, de un acto concreto de reconocimiento de la bondad fiscal. Las de orden subjetivo se conceden a partir de la acreditación de una serie de condiciones del gestionante, así como de los requisitos que el Ordenamiento Jurídico establece. Desde ese plano, ambas son figuras de configuración de derechos subjetivos, aun cuando la fuente habilitante del ejercicio del derecho es diversa. En las exenciones objetivas, aplicadas de manera directa por el sujeto pasivo, las potestades de la AT le permiten corregir la indebida aplicación a partir del ejercicio determinativo fiscalizador, en virtud del cual, puede ajustar la cuota fiscal, cumpliendo con los mecanismos previstos en el canon 144 del CNPT. En las subjetivas, el acto de

otorgamiento del respectivo régimen preferente, exige de la apertura de acciones internas o judiciales para llevar a la declaración de invalidez del acto constitutivo. La lesividad se constituye en el remedio idóneo para esos efectos, cuando no concurren los presupuestos establecidos por el ordinal 173 de la LGAP.

- La interpretación de las normas tributarias y situaciones fiscales atinentes al régimen de exenciones, no debe ser diversa a los mecanismos normales de interpretación, de conformidad con lo regulado en el canon 6 del CNPT. No existe lógica ni razón en invocaciones a principios en favor de una u otra parte en ese ejercicio analítico, siendo que la norma debe ser valorada con arreglo a las formas usuales de interpretación y atendiendo a la máxima de reserva de ley en la configuración de los elementos sustanciales tanto del tributo como de las exenciones. En ese orden, la analogía no se constituye como mecanismo válido para crear tributos o supuestos de exoneraciones.
- Los fraccionamientos o arreglos de pago, constituyen una modalidad en virtud de la cual, el sujeto pasivo que acredite el cumplimiento de los requisitos previsto por el RPT, puede acceder a un sistema de pagos a cuotas de una deuda fiscal principal (y eventualmente accesorio), que no ha podido cancelar en un solo tracto dentro del plazo correspondiente a cada tributo. El incumplimiento del acuerdo de pago legitima a la AT a dejar sin efecto el contenido de ese régimen, a modo de condición resolutoria. Si la causa de intención de supresión del fraccionamiento estriba no en el incumplimiento del plan de pagos sino en el otorgamiento mismo de aquel, es menester acudir a los mecanismos de supresión oficiosa en sede administrativa o en sede judicial, en este último caso, mediante el proceso de lesividad. La cesación de ese régimen legitima a la AT a requerir de inmediato, el pago de la respectiva deuda fiscal, tanto en cuanto al principal como los respectivos réditos financieros.
- La seguridad y certidumbre jurídica resulta un principio cardinal en el marco de las relaciones fiscales. En un sistema en el cual, el deber de iniciativa corresponde al sujeto pasivo y que se particulariza por un esquema de auto

determinación, auto declaración y auto liquidación por parte del contribuyente y posterior fiscalización por parte de la AT. En ese orden, la certidumbre en la forma de interpretación de las situaciones sometidas al régimen fiscal es indispensable para el correcto proceder del sujeto pasivo, pero, además, para la propia AT. En ese plano, la figura de la consulta tributaria (art. 119 CNPT) es una herramienta de gran utilidad para la transparencia y certeza que han de orientar los comportamientos formales y materiales de los sujetos pasivos.

- La consulta tributaria busca atender requerimientos concretos de situaciones actuales y específicas de sujetos pasivos. Se encuentra sujeta a requisitos formales dentro de los cuales se incluye el deber de aportar el criterio interpretativo del consultante. La AT cuenta con un plazo de 45 días para la resolución debida, cuya infracción lleva a tener por aceptada la tesis de la parte gestionante, llevando a la aplicación relativa de la figura del silencio positivo o acto presunto. De igual manera, puede disponer la inadmisibilidad de la consulta por la desatención de las exigencias formales. En cuanto al acto final, puede acoger la interpretación consultada o bien, denegarla. La normativa regulatoria de la consulta (art. 119 CNPT) establece la irrecurribilidad de la decisión adoptada por la AT, lo que limita los derechos o garantías del sujeto pasivo, en tanto el contenido de lo decidido por la Administración Pública, condiciona el comportamiento del sujeto pasivo. Lo anterior ya que, si desatiende esa postura, se expone a una potencial sanción gravosa prevista en el numeral 81 del CNPT.
- La jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha establecido la imposibilidad de impugnar los actos finales de la AT cuando no acoge la interpretación del consultante, por estimar que se trata de un acto de trámite sin efecto propio. Esa postura restringe, limita y condiciona de manera seria y severa la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción y control universal de la función administrativa. Esa visión desconoce el efecto propio y práctico que la potestad consultiva tiene en la esfera jurídica del consultante, su finalidad dentro de la dinámica de las

relaciones tributarias, y las potenciales consecuencias jurídicas de desatender la postura de la AT. La negación de esa revisión judicial potencia los estados de incerteza en el régimen tributario y somete al sujeto pasivo a una obligación de conducta fiscal sin posibilidad alguna de establecer acciones recursivas, sujetándole a la supuesta aplicación directa del criterio en la fase determinativa. Esta visión deja de lado que, si el consultante aplica la decisión de la AT, en la fase determinativa no tendrá ningún ajuste, en cuanto al objeto de lo consultado, generando cuestionamientos en cuanto a la legitimación del contribuyente para cuestionar el resultado de la determinación.

- La regulación actual en torno a la consulta tributaria habilita a la AT a desaplicar sus propios pronunciamientos precedentes, aún en casos concretos. Si bien supone una desaplicación a futuro, en la medida en que impacta la relación administrativa atinente al período fiscal en que se emite, constituye una modalidad que permite la mutabilidad de actos propios, aún de contenido favorable, sin la más mínima garantía o debido proceso. Esta potestad abarca incluso los casos en que el criterio consultado se ha acogido por la vía del silencio positivo. Tal permisibilidad conlleva una evidente puerta a la incertidumbre y pone en evidencia lo inestable de la decisión final de la Administración.
- En los casos de aprobación presunta del criterio consultado, la AT se encuentra facultada para emitir acto expreso, como modalidad que permite el desconocimiento de los efectos propios del silencio positivo. Ello representa una excepcionalidad al régimen del silencio positivo como esquema de garantía a favor del administrado y una relativización de la figura. En definitiva, esa regulación introduce al acto presunto una condición resolutoria consistente en la emisión del acto expreso, lo que supone la negación misma de la esencia de ese instituto.
- La competencia de revisión propia del TFA se trata de una que se produce a gestión de parte y en relación con los agravios expresamente formulados



en el recurso respectivo. Ello le imposibilita el abordaje o declaración oficiosa de potenciales vicios del acto apelado.

- Las acciones anulatorias de las decisiones favorables al recurrente que sean emitidas por el TFA, han de ponderar si las conductas de esa instancia no jerarca, se emiten respecto de la AT Central o de una AT Descentralizada. La lesividad es un mecanismo válido para los casos en que la instancia A quo sea parte de la Administración Central. De otro modo, cuando la instancia revisada sea parte de la Administración Descentralizada, esta última debe accionar en sede contencioso administrativa mediante el proceso anulatorio inter administrativo, sin que la lesividad pueda constituirse como medio legítimo para esos fines.
- El numeral 165 del CNPT que impone la declaración interna de lesividad por parte del titular del Ministerio de Hacienda para los procesos de lesividad, es exigible únicamente cuando la competencia apelativa del TFA se haya ejercido respecto de una AT Centralizada. Ergo, cuando el A quo sea un ente descentralizado, tal como es el caso de los entes locales, dicha declaratoria no es necesaria, y la supresión de ese acto definitivo ha de ser reclamada por la vía del proceso anulatorio inter administrativo.
- En las gestiones reguladas por el numeral 102 del CNPT, la inercia administrativa supone, en tesis de inicio, la aplicación de la figura del silencio negativo. Dentro de esta tipología de gestiones se incluyen las solicitudes de devolución o constitución de créditos fiscales por pagos indebidos o en exceso. La aplicación de ese tipo de gestión no asegura la devolución de las sumas canceladas, en la medida en que la AT puede aplicar, de oficio, la figura de la compensación para la cancelación de otras deudas que el sujeto pasivo pueda tener con esa misma AT.
- Los actos favorables dictados en sede sancionatoria, sea porque establecen la improcedencia de la sanción por razones de fondo o por prescripción de la potestad correctiva, generan un derecho subjetivo a favor del contribuyente, oponible frente a la eventual apertura de nuevas causas o determinaciones relacionadas con los mismos hechos que dieron base a

aquel pronunciamiento. Por tal virtud, la supresión por causas patológicas de esas actuaciones solamente puede realizarse por la vía de la lesividad, o bien, por la aplicación del ordinal 173 de la LGAP, caso que concurren los presupuestos que dan cabida a ese mandato.

- La Sala Primera de la Corte ha señalado que los actos liberatorios de los procesos sancionatorios no generan un derecho subjetivo, empero, en materia fiscal, ha permitido la impugnación por la vía de la lesividad de esos actos, al invocar la denominada lesividad objetiva.
- La lesividad tributaria participa del régimen normativo común de la lesividad general, establecido en los ordinales 10.5, 34 y 40 del CPCA. Empero, presenta algunas particularidades derivadas de la regulación del elemento temporal, definido en el numeral 41.2 del CPCA, así como del elemento objetivo, en razón del tratamiento jurisprudencial dado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia al tema de la lesividad objetiva.
- En cuanto al elemento objetivo, a diferencia de la lesividad general, la Sala Primera ha permitido la impugnación de conductas de contenido favorable, al margen de la categorización de la situación positiva creada. Así, con independencia de que el acto haya generado o no un derecho subjetivo, se ha permitido que esas conductas sean cuestionadas por la vía de la lesividad. Con todo, la lesividad debe recaer sobre cualquier acto de contenido favorable, y no solamente contra los actos que conceden derechos subjetivos, dado su esquema garantista. Así, la lesividad objetiva se convierte en una denominación innecesaria para sustentar el abordaje de validez de ese tipo de comportamientos formales, si se comprende que los alcances de la lesividad incluyen todo acto de contenido favorable.
- El análisis de las actas de la Comisión Especial de Redacción del CPCA, Ley No. 8508, pone en evidencia que para los efectos de la redacción del actual artículo 42 de esa legislación, el análisis fue enfocado en materia civil de hacienda y la aplicación de la postura decimonónica de la doctrina administrativista en el sentido que, en esas lides, no opera la caducidad de la acción, sino, la prescripción del respectivo derecho de fondo. Luego, sobre

la consideración de la existencia de plazos especiales de prescripción en materia fiscal, y sin mayor análisis o consideración adicional, se estimó que dichos lapsos debían regir el plazo para formular procesos tributarios. A ello se adiciona la preocupación de la PGR en el sentido del plazo corto con que cuenta la AT para percatarse de la existencia de actos favorables que son anulables. Empero, la redacción definitiva no sustenta el curso de la discusión ni responde a la preocupación de base de la PGR.

- La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha concluido, sobre la base de la discusión de la Comisión Especial de redacción del CPCA, que en virtud del ordinal 41.2 del CPCA, en la materia tributaria, el plazo para incoar el proceso no se rige por la caducidad de la acción, sino por la prescripción especial. Lo anterior pese a tratarse de pretensiones de orden anulatorio. Lo anterior supone la introducción de un régimen excepcional, preferente, para la materia fiscal, en contravención de la generalidad del régimen de invalidez de las conductas administrativas y la función administrativa, que ha aplicado, sin excepción, la figura de la caducidad como límite temporal para el requerimiento de revisión judicial de esas manifestaciones de voluntad.
- Las implicaciones de la postura de la Sala Primera de la Corte llevan a que, en cuestiones fiscales, las partes tengan un plazo cuatro veces superior al de las otras materias administrativas, sin dar un sustento solvente y racional para esos efectos, más allá de la percepción errada de un supuesto contenido económico obligacional de esa materia, dejando de lado que hay actos de la AT que no imponen obligaciones dinerarias.
- La regulación actual del art. 41.2 del CPCA, introduce un panorama de incertidumbre en cuanto a la aplicación de ese régimen temporal en cuanto a los procesos de lesividad tributaria. Esto al existir diversas posturas en cuanto a si el plazo especial de esa norma opera únicamente para la formulación de la demanda, caso en el cual, la declaratoria interna debe realizarse de conformidad con el artículo 34.1 del CPCA en relación al 165 del CNPT. Otra postura parte de que se trata de un plazo unificado para la declaración interna e interposición del proceso. Tal polisemia exige e impone

una reforma legal que de claridad al asunto y ajustar el elemento temporal a la figura de la caducidad, propia de las pretensiones anulatorias.

- La comprensión de los efectos inter partes en los procesos de lesividad tributaria exige la categorización de su contenido, según se trate de inadmisibilidad, improcedencia o estimación de la demanda. En la inadmisibilidad, el TCA no ingresa al análisis de fondo de las causas patológicas que sustentan la demanda, dada la ausencia de los presupuestos y exigencias que impone el Ordenamiento Jurídico para esos efectos. En tales casos, la acción puede ser formulada nuevamente en la medida en que cuente con plazo para esos efectos. Las causales de inadmisibilidad sustancial pueden ser observadas de oficio por el órgano jurisdiccional. En la improcedencia, el análisis de fondo de la pretensión anulatoria lleva a desechar la concurrencia de causales de invalidez en la conducta reprochada. En tanto que, en la sentencia estimatoria, se determina la concurrencia de deficiencias de orden sustancial en el acto impugnado.
- En las sentencias estimatorias, es menester diferenciar de las acciones emprendidas en contra de los actos de efecto instantáneo de aquellos que tienen efecto continuado. En los primeros, la acción siempre ha de ejercerse dentro del plazo o término de cuatro años que ha establecido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y la supresión tendrá efecto retroactivo. En los de efecto continuado, la impugnación es factible en tanto estos actos sigan surtiendo eficacia. Por demás, cuando la acción de lesividad respecto de estos actos se haya formulado dentro del plazo aludido (4 años), la sentencia estimatoria tendrá efecto retroactivo. Si la demanda se plantea fuera de ese plazo, siempre que el acto siga surtiendo efectos, la sentencia que disponga la nulidad lo será para la inaplicabilidad a futuro de ese acto.
- Cuando la sentencia declare la invalidez del acto con efecto retroactivo, la AT se encuentra habilitada para el cobro de las sumas adeudadas por el sujeto pasivo en virtud del contenido del acto impugnado. Ello corresponde al principal de la cuota tributaria, sanción o en general, partida económica

principal que, de manera parcial o total, no fue ingresada como consecuencia de la adopción del acto nulo. Siendo que ese beneficio fue derivación de un proceder administrativo, no es factible el cobro de réditos financieros de manera retroactiva. La AT deberá dar un plazo razonable (30 días) al sujeto pasivo para el ingreso de los montos respectivos por las deudas principales, posterior al cual, caso de incumplimiento, puede imputar los intereses legales previstos en el numeral 57 del CNPT. En ese orden, tampoco es procedente la aplicación de la sanción regulada en el artículo 81 del CNPT, pues la omisión de ingresos fue consecuencia de un acto propio de la AT.

- En la decisión judicial relativa al proceso de lesividad, resulta totalmente aplicable lo estatuido por el ordinal 131 del CPCA, en cuanto a las potestades de dimensionamiento para tutelar situaciones jurídicas consolidadas, derechos adquiridos de buena fe o bien, el resguardo del interés público.

## CONCLUSIONES GENERALES. CONTRASTE DE OBJETIVOS.

### VALORACIÓN DE COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

Luego del desarrollo de los diversos aspectos relacionados con esta investigación en torno al régimen jurídico de la lesividad, como mecanismo de supresión oficiosa, en sede judicial de conductas de contenido favorable emitidas por la propia Administración Pública, han puesto en evidencia no solamente una aplicación restrictiva de dicho instituto jurídico procesal, sino además, la necesidad de reformas legales que permitan ajustar la figura a las necesidades contemporáneas y tornarla congruente y armónica con los principios constitucionales de control universal de la función administrativa, así como con el régimen inherente a la legalidad administrativa, en concreto, en lo atinente al régimen de validez e invalidez de los actos administrativos, aún los de efecto favorable.

Como hipótesis de inicio de esta investigación, fueron formulados dos postulados, que se entienden por acreditados. Veamos.

#### **Primera afirmación teórica:**

El primer postulado que se ha planteado en la hipótesis señala:

*“La aplicación práctica que han realizado los Tribunales Contencioso Administrativos y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha llevado a la limitación de la aplicación debida de la figura de la lesividad en el régimen jurídico costarricense, incorporando criterios restrictivos en cuanto a sus elementos, en detrimento del control plenario de las conductas públicas y la tutela de la situaciones consolidadas y derechos adquiridos de buena fe.”*

En el primer capítulo, en el cual, se hizo un análisis del concepto y elementos estructurales (compositivos) de la denominada RELACIÓN JURÍDICA ADMINISTRATIVA, se puso en evidencia la relevancia de comprensión de ese fenómeno, en la medida en que, a partir de dicho tipo de relaciones, es que se concretan y proyectan efectos de diversa índole, sea de contenido positivo o negativo, en la esfera jurídica de la persona administrada. Dentro de los elementos de ese concepto fue necesario el abordaje del componente SUBJETIVO, tanto en lo relativo a la arista ACTIVA, lo que llevó al análisis de la estructuración orgánica de la Administración Pública, pero, además, de la dimensión PASIVA, que integra a la diversa tipología de personas administradas, tanto de orden individual, como supra individual.

El concepto de AP resulta elemental para luego comprender el tratamiento de las críticas formuladas en el Capítulo III, en el cual, se pone en evidencia una serie de particularidades y aplicaciones conflictivas en cuanto a las declaraciones de lesividad en sede administrativa, así como de algunas cuestiones relevantes en lo atinente a la legitimación activa en el proceso de lesividad. La situación que se produce con las Municipalidades, declaraciones y procesos de lesividad en conductas favorables de órganos desconcentrados a los que se ha conferido personalidad jurídica instrumental, legitimación en actos complejos, son algunas de las cuestiones críticas cuyas bases conceptuales y pautas de análisis, parten de esa comprensión orgánica. Por su parte, la necesidad de tratar y profundizar en la temática de SITUACIÓN JURÍDICA o esfera jurídica de las personas administradas, permite discriminar los campos en que la lesividad se constituye en un mecanismo válido para la supresión judicial de conductas de contenido positivo o favorable.

Al conocer y comprender las denominadas situaciones supra individuales, en las que convergen intereses populares, difusos, corporativo o colectivos, cada categoría con precisiones específicas que los caracteriza, se pone en perspectiva que la lesividad es un mecanismo solamente factible respecto de actos de contenido singular o individual, pues si bien esos actos que impactan de manera general y abstracta en esferas jurídicas indeterminadas o determinables, no tienen

la virtud de configurar derechos subjetivos o intereses legítimos específicos, aún y cuando permiten el surgimiento de otras categorías positivas. Empero, esas conductas no tienen la posibilidad jurídica de conceder esa tipología de beneficio concreto, siendo que, la más de las veces, el contenido de esos actos de alcance general, debe particularizarse en cuanto a su aplicación, a esferas concretas, para que se materialice ese tipo de derechos o intereses.

De ahí que precisar en dicha separación tipológica de situaciones jurídicas, viene a constituirse como un criterio finalista y utilitarista para la atención de la lesividad. Teniendo claro esa diferencia, deviene claro que la precisión de las categorías individuales es fundamental para el tratamiento de la hipótesis planteada. Lo anterior al considerar que la definición, no solamente teórica, sino pragmática de las figuras DERECHO SUBJETIVO, INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS LEGÍTIMO REFORZADO, son cardinales para poder afirmar o negar si la regulación normativa de la lesividad, así como el tratamiento que ha dado la jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción contencioso administrativa, permite un análisis amplio de las conductas administrativas de contenido favorable, congruente con la doctrina que dimana del ordinal 49 de la Constitución Política, en cuanto al control plenario de ese tipo de actos.

Luego de ese abordaje, se ha puesto en evidencia que el concepto de DERECHO SUBJETIVO dado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, desde el precedente 1332-2010, si bien engarza a plenitud con doctrina nacional (proclive a ensanchar ese control universal como axioma del ordenamiento administrativo), en definitiva, se ha interpretado, en cuanto a su aplicación y alcance material, de manera restrictiva, al entender que la exigibilidad de comportamiento del tercero obligado frente al contenido del derecho, es únicamente de orden prestacional. Para rebatir ese tratamiento, se ha postulado que el concepto de derecho subjetivo se compone de tres elementos fundamentales, a saber: a) Titularidad singular (individual), b) Oponibilidad de contenido legitimado y condicionado por el mismo ordenamiento jurídico y c) exigibilidad de comportamiento de un tercero (obligado frente al contenido legítimo del derecho), incluso por vías forzosas. Justamente, del



análisis de esa “triada estructural”, se ha podido desprender que la exigibilidad de conducta no precisa, en todos los escenarios, de un comportamiento de orden activo o prestacional (aunque siempre positivo, por razones lógicas). No en pocas ocasiones, el contenido legítimo tutelable, se resguarda a partir de abstenciones de conducta, sea, obligaciones de no hacer, como plataforma de satisfacción del contenido sustancial del derecho. Ese deber de no hacer, se insiste, resulta la obligación principal (o alguna de las principales) en el marco de la relación jurídica dentro de la cual se pretende imponer (u oponer) ese derecho.

Siendo de esa manera, y al reservar el concepto de derecho subjetivo a deberes de prestación (y solamente a esos), el órgano casacional ha permitido exenciones y dispensas al control judicial de conductas administrativas, con la gravedad que el precedente que sienta esta postura (1332-2010), se refiere al campo del derecho administrativo sancionador (externo), generando un grave riesgo de potenciar la inmunidad ante ese tipo de comportamientos. De ha planteado la duda, por demás sustentada y razonable, del tipo de mecanismo que debe emprender la misma Administración para anular esas conductas que, aun otorgando un efecto favorable (indebida declaratoria de prescripción de una falta sancionable, por aplicación de una norma que no regulaba el tipo de falta cometida), al entender esa instancia, que el contenido de la situación no permitía exigir a la AP un determinado comportamiento activo, no podía ser objeto de una lesividad. Si la lesividad no permite anular ese tipo de actos, entonces, ¿qué forma procesal debe emplear la Administración para anular un acto que es inválido?

Le lesividad es LA MODALIDAD que regula el CPCA para la supresión oficiosa de conductas propias de la AP, figura que se encuentra sujeta a presupuestos de acceso al proceso, de suerte que no existe otro remedio procesal, en sede judicial, para esos efectos. Tal tesis, por ende, somete a la Administración a una imposibilidad de atacar esas conductas. Es en ese ámbito que se da un contraste relevante con el desarrollo que sobre el particular ha tenido los precedentes de la jurisdicción contencioso administrativa, como el análisis crítico que se plasma en esta investigación, sea, por un lado, los tribunales de esa sede no discriminan si la

conducta objeto del proceso de lesividad concede o no un derecho subjetivo, mucho menos, paran mientes en cuanto a si el contenido del acto presupone un deber de prestación activo o no. En tanto el acto otorgue una situación favorable que se estime inválida, antagónica por ilegalidad con el interés público, se da curso al examen de la pretensión de lesividad.

Por otro lado, de nuestra parte, el aporte crítico cuestiona la interpretación limitativa del concepto del derecho subjetivo, y, se insiste, abre el espectro de su contenido sustancial a la exigibilidad de conductas como marco genérico, indistintamente que el deber a imponer sea de prestación o de abstención, es decir, se entiende el derecho subjetivo de manera más amplia, interpretación que permite un control amplio de esas conductas, evitando el riesgo que, se ha comentado, supone la tesis criticada. Pero, además, se coincide (y propone), que el objeto de la lesividad, al margen del aspecto gramatical que estatuye el canon 34 del CPCA, se comprenda abarcador de cualquier situación jurídica de contenido positivo, sea que conceda un derecho subjetivo, un interés legítimo o incluso, el denominado interés reforzado, categoría, curiosamente, reconocida por aquella misma autoridad casacional en el voto 478-2012. A juicio del autor, esta visión armoniza a plenitud con la doctrina del artículo 49 constitucional, tanto en su párrafo primero (control universal), como en el párrafo tercero (tutela subjetiva), así como con el desideratum de la jurisdicción contencioso administrativa, tal y como lo define el numeral 1 del CPCA, cual es, el análisis de los distintos componentes de la relación jurídico administrativa.

Véase que el dilema de exoneración del control de esas conductas, llevó a la misma Sala Primera a postular la figura de la LESIVIDAD OBJETIVA, la cual ha definido como aquella que permite el análisis de actos favorables que no concedan derechos. Las tesis que se propone, al centralizar la lesividad al contenido favorable (pero ilegítimo de manera sustantiva) del acto correspondiente, permite superar esas innovaciones conceptuales, e impregnan el control de validez de la función administrativa de homogeneidad, sin hacer distinciones, carentes de sustento técnico, por la simple razón de la materia sectorial del ejercicio administrativo. Nuestro fundamento descansa en que, al margen de la relevancia fiscal de la

materia tributaria, no hay razón lógica para imponer o introducir categorías exclusivas para esa materia, y privar ese mismo tratamiento para el restante quehacer administrativo. El efecto último de captar ingresos para el sostenimiento de las cargas públicas, no ampara esa distinción, de manera que al comprender y aceptar que basta que el contenido del acto sea favorable, para dar cabida a la lesividad, se estandariza el sistema de control, congruente con los parámetros constitucionales debidos.

De igual manera, se ha postula la máxima que, si la lesividad permite la supresión de actos que otorguen derechos subjetivos, categoría que constituye la situación positiva individual de máxima jerarquía en las relaciones administrativas, no existe ningún obstáculo para que pueda constituir la vía procesal idónea para eliminar actos favorables que concedan otras categorías individuales de menor rango. Vale recordar que la lesividad deriva de la regla constitucional de intangibilidad de los actos propios, en virtud de la cual, la Administración se encuentra impedida e imposibilitada de ir en contra de sus mismos actos de contenido favorable. De esa manera, la excepción a dicha regla se contiene en los mecanismos analizados en el Capítulo 2, sea, revocación y nulidad oficiosa de actos con invalidez evidente y manifiesta, así como en la referida lesividad, tratada de manera exhaustiva en el capítulo 3. Ergo, la lesividad si bien es una herramienta a favor de la misma AP, para suprimir esos actos, a su vez, es un acierto de garantía para la persona administrada, siendo que el análisis de validez, así como la defensa de sus intereses, se concreta en sede judicial. Así visto, si ostenta una visión de garantía para poder eliminar de la esfera jurídica los contenidos positivos otorgados, no hay mérito en reservarla para el derecho subjetivo, mucho menos si ese concepto se aplica con la visión restrictiva ya comentada.

Por demás, el tratamiento que se plasma en el Capítulo II sobre la revocación y la nulidad regulada en el canon 173 de la LGAP, es un marco necesario para completar el haz de mecanismos de supresión oficiosa de conductas favorables, siendo estas las propias a aplicar en sede administrativa. Se entiende como un análisis indispensable, para discriminar las modalidades aplicables frente al dilema

del otorgamiento ilegítimo bondades por parte de la misma Administración, figuras que, evidencian falencias semejantes a las tratadas para la lesividad.

En el capítulo III se ha analizado el conjunto de elementos que componen la lesividad, abarcando el examen del elemento subjetivo activo, subjetivo pasivo, competencial, objetivo, procedimental, temporal, así como las particularidades de modalidades procesales para conocer la pretensión de lesividad y, finalmente, particularidades en cuanto a la admisión, inadmisión, procedencia, improcedencia de la lesividad, como además, posibilidad de contra demanda, pretensiones patrimoniales, entre otros aspectos. El estudio de las fuentes jurídicas que regulan la lesividad, como la aplicación forense, han evidenciado tratos que no corresponden, con frecuencia, a la dinámica misma del control judicial de la función administrativa. En este aparte, se proponen reformas legales que, se estima, darían mayor claridad a la figura en cuestión, a la vez que concretarían una mayor coherencia en el esquema legitimante activo de las Administraciones, como es el caso de los órganos persona.

Desde ese plano, se postula la separación entre las lesividades y los procesos anulatorios inter administrativos, cuando la conducta reprochada se emita dentro del ejercicio de acciones de tutela administrativa, sea por aplicación de modos de control no jerárquico impropio, fiscalización administrativa, y otras figuras. Incluso, se pone en evidencia particularidades de la utilidad potencial de esa distinción, afirmando sobre la posibilidad de las instancias sometidas a control por tutela administrativa, de ejercer esas reclamaciones por invalidez. Con todo, se precisa que esas acciones son inviables en esquema de control derivados de auto tutela administrativa propia de relaciones jerárquicas. Lo anterior sostiene un panorama crítico de esas regulaciones de los modos de supresión administrativa, pero a su vez, propositivo, en orden a la ponderación de las cuestiones prácticas de esas relaciones.

De esa manera, se logra comprobar el primer componente de la hipótesis planteada, al tener por acreditado que esa regulación normativa y aplicación que

de la figura hacen los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, relativiza y debilita el control plenario de las conductas administrativas de contenido favorable, mediante la aplicación de criterios restrictivos.

### **Segunda afirmación teórica:**

El segundo postulado que se ha planteado en la hipótesis señala:

*“Las reformas legales realizadas a la materia tributaria en cuestiones de lesividad por parte del CPCA, crean estados de confusión en cuanto a los alcances y aplicabilidad de la figura.”*

Luego del análisis de la primera premisa que compone la hipótesis formulada, se propuso la valoración de la rigurosidad técnica y utilidad de las reformas legales realizadas en torno a la lesividad, en menesteres tributarios. Dicho examen inició de la consideración del contenido de la relación jurídico tributaria, que se concreta con la materialización del hecho generador definido en el ordenamiento jurídico, y que hace nacer la obligación tributaria. Para el análisis de esa cuestión y la comprobación o refutación de esa hipótesis, se hizo un abordaje de los componentes medulares de la obligación fiscal, arrancando con el sujeto activo, el sujeto pasivo, el elemento objetivo.

A partir de esa definición, se estableció la diferencia de la categoría de los derechos subjetivos o situaciones favorables que pueden, eventualmente, incidir en la esfera jurídica de los sujetos pasivos y los denominados “derechos y garantías del contribuyente”, a fin de evitar confusiones en cuanto a las figuras debidas para la ponderación del impacto de estos en la relación fiscal. Precisado ese ámbito, la investigación formula un detalle de los actos usuales que emite la AT y que conceden bondades o beneficios de orden fiscal, tanto a nivel material como formal. Sobre ese particular, se pone en evidencia que para diversos supuestos, como es el caso de la consulta tributaria, regulada por el precepto 119 del CNPT, así como

para las exenciones fiscales, la normativa aplicable no exige la supresión de las conductas aludidas por la vía de remedios agravados como la lesividad o el mecanismo estatuido por el canon 173 de la LGAP, sino que, se empodera a la AT para que, sin rigurosidad adicional, disponga, ex officio, una variación de la situación jurídica, obligando al sujeto pasivo a las prestaciones y deberes propios de esa recalificación de la situación fiscal.

Ese examen evidencia el conferimiento de poderes de imperio a favor de la AT, en las cuales, la doctrina de intangibilidad comentada, tiene una regulación flexibilizada, en aras de dotar al Fisco de herramientas que le permitan y procuren, un régimen de ingresos más expedito, aún y cuando ello suponga la imposición de cargas en contra de la persona administrada. Es decir, frente a estas situaciones, se traslada la carga de la acción anulatoria al sujeto pasivo, en la medida en que la AT simplemente puede corregir sus actuaciones antecedentes y es el sujeto pasivo, contra quien se modifica la relación jurídica, la parte obligada a ejercer las acciones legales, sea en sede administrativa o judicial, para la tutela de lo que estima, son sus derechos e intereses tutelables.

En esa dinámica, se han presentado una serie de críticas a esas regulaciones, como a la postura de los diversos órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, cuyas interpretaciones, en esas lides comentadas, se han cargado, innegablemente, a la aplicación de posturas que favorecen al Fisco, en uso de una modalidad atenuada del "*in dubio pro fisco*", figura hace tiempo abandonada por la doctrina y que no cuenta con reconocimiento legal expreso en la legislación nacional. La negación de ejercicio impugnatorio judicial contra actos denegatorios tales como los emitidos en la función consultiva de la AT, regulado en el numeral 119 del CNPT, advierte de una visión restrictiva de parte de la instancia casacional de esa jurisdicción, así como de muchos de sus tribunales, que cercenan los derechos de los contribuyentes. Lo anterior bajo argumentos que, a nuestro modo de ver, y con el respeto de siempre, muestran una incomprensión de la figura en cuestión y los efectos que produce en las relaciones fiscales. Esas instancias parten de la naturaleza preparatoria de lo resuelto en esas consultas, siempre que no avale

la tesis interpretativa del consultante y de la posibilidad de cuestionar ese acto una vez que se emita el acto final del trámite para el cual se adopta. Nada más alejado de la comprensión del detalle de un esquema fiscal que es, por tesis de inicio, y salvo los casos de retenciones en la fuente, por esencia, auto determinativo, auto declarativo y auto liquidativo, condiciones que hacen que, si el consultante obtiene un criterio negativo, se vea obligado a acatar, si o si ese acto, aunque le sea adverso e imponga un encarecimiento de su cuota tributaria. Lo anterior ya que, de otro modo, si opta por desacatarlo, se verá sometido a una muy probable sanción de omisión de ingresos, prevista en el artículo 81 del CNPT, que fija una sanción económica bastante onerosa. Si acata el criterio del Fisco, es claro que, en una eventual determinación, respecto de lo consultado, no habrá incumplimiento y, por ende, el acto, en cuanto a ese componente, no le será negativo, si se considera que procedió de la manera que le fue impuesta.

Así, se condiciona la impugnación de una postura que le resulta negativa al sujeto pasivo y que, sin lugar a dudas, le produce un efecto propio, a que la AT le instruya un procedimiento de control, pero, además, a que le imponga un incremento en su aporte fiscal, como derivación de la aplicación de lo consultado. Ello implica una negación del derecho de reacción frente a ese acto, que, se insiste, le impone una determinada forma de actuar (¡efecto externo!), y le restringe su cuestionamiento a circunstancias externas, que bien podrían no configurarse, pues nada le asegura que sea sujeto de una fiscalización.

Luego de esas críticas, esta investigación ingresa al examen de los presupuestos de la lesividad en las causas tributarias, en las que, advierte de la extrapolación de las mismas deficiencias que se presentan en el esquema general de la lesividad (Capítulo III), en el marco concreto de la materia tributaria (y aduanera). Como punta de lanza, se analiza la reforma realizada por el CPCA al artículo 165 del CNPT, regulación que genera un conjunto importante de dudas en cuanto a su interpretación. Para resolver el dilema que se suscita como derivación de la referencia gramatical de ese mandato, en el que se alude a que los actos adoptados por el TFA y en general, por la AT, pueden ser combatidos acorde a los

procedimientos del CPCA, se propone una hermenéutica a partir de la rigurosidad (y precisión) conceptual de los diversos institutos jurídicos que son mencionados y convergen en la aplicación de ese numeral, aspecto en el cual, como se anticipó, resulta elemental la comprensión del ámbito organicista de la AP, abordado en el Capítulo I. De esa manera, se propone una interpretación conforme de la norma, a efectos de que, se pueda distinguir entre las acciones de lesividad presentadas por el Estado (AT Central) de las formuladas por los entes descentralizados a quienes se ha asignado competencia tributaria. Esto es fundamental para poder aplicar de manera debida la norma, ya que, la autorización del titular de la cartera de Hacienda para formular el proceso de lesividad, solamente puede ser un requisito aplicable para la AT Central, por cuanto, de otro modo, se condicionaría la lesividad de entes descentralizados, a una anuencia del Estado, invadiendo, sin duda alguna, la autonomía de esas instituciones.

En esa misma línea, se propone que, en el caso de las acciones de lesividad de esas AT Descentralizadas, la declaratoria interna de lesividad sea dispuesta por el jerarca máximo de cada ente, sin que pueda aseverarse de injerencia o participación alguna de parte del Ministerio de Hacienda. Como elemento adicional, se retoma la necesidad de utilizar las acciones anulatorias inter administrativas, en los casos en que, ante el ejercicio de esas entidades descentralizadas, el ordenamiento jurídico asigne la competencia apelativa al TFA, y este último emita conductas que sean desfavorables a la Administración A quo. En tales casos, debe desecharse la opción de la lesividad, pues no se trata, en modo alguno, de un acto propio de ese ente. De ahí que, al ser una conducta de otra AP, parte de otro ente, no pueda ejercerse la pretensión de lesividad, como tampoco pueda sostenerse como defensa de la Administración *Ad quem*, una suerte de “incuestionabilidad” de competencias del superior, pues es claro que el control impropio que se ejercita en este campo, no dice de sometimiento jerárquico alguno, al no concurrir los elementos de relación jerárquico que regulan los cánones 101 y 102 de la LGAP. De esa manera, se ofrece una propuesta de reforma legal para ajustar el citado artículo 165 del CNPT, a una redacción que evite los riesgos de interpretación y



aplicación indebidas, y se ajuste a la sinergia adecuada que se produce en la impugnación judicial de esos actos tributarios.

El mayor punto de discusión, en cuanto a la lesividad tributaria, se concentra en el elemento temporal, aún y cuando, se reitera, se hace un abordaje integral de los demás elementos de la lesividad, aportando, en cada uno de ellos, reflexiones críticas que precisan en cuanto a su correcta aplicación y proclives a un uso más eficiente de la figura. Sobre el tema del elemento temporal, el análisis parte del ordinal 41.2 del CPCA, norma que se limita a establecer que, en materia tributaria, el plazo máximo para incoar el proceso es el que establezca el ordenamiento jurídico como respectivo derecho de fondo, incluso para el proceso de lesividad.

Para dar sustento a la hipótesis formulada en esta investigación, se ha realizado un análisis de las actas legislativas que plasman el debate de la Comisión Especial de Redacción de esa norma, así como de la postura sostenida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, instancia que ha interpretado que, frente a las acciones anulatorias contra actos fiscales, al socaire de esa norma, no se aplica la caducidad de la acción, sino, la prescripción del derecho de impugnar esos actos. Además, que la prescripción aplicable, es la regulada en el mandato 51 del CNPT, sin precisar o ingresar a debatir sobre el contenido del acto impugnado, y al margen de que se trate de un acto relacionado con fiscalizaciones de tributos que cuentan con regulación especial, incluso, en cuanto a la prescripción para aplicarlos. El estudio de esas fuentes ha permitido concluir que la regulación inserta en el mencionado numeral 41.2 del CPCA, ha sido producto de una discusión legislativa que ha partido de una confusión y equiparación indebida de las particularidades de los procesos denominados civiles de hacienda, en los que, el objeto de la causa se asocia a cuestiones de orden patrimonial ejercidas por o en contra de una AP, y la materia tributaria. Se ha concluido que si bien los asistentes en la citada Comisión Especial de Redacción, se abocaron a precisar la conveniencia de reconocer la regla tácita, hasta ese momento, de que en los procesos civiles de hacienda no aplicaba la caducidad de la acción, sino, la prescripción del derecho de fondo, luego, se insertó en la discusión la existencia de plazos de prescripción especiales

en otras lides tales como contratación administrativa, responsabilidad civil extracontractual de la Administración, así como en materia tributaria.

Fue en ese punto que se ingresó a confundir una paridad de trato con lo establecido en cuanto a la materia civil de hacienda y ante la preocupación de la PGR de la complejidad de la materia en orden a conocer de la existencia de un acto de contenido favorable que fuese lesivo a los intereses públicos, y alegando una paridad de trato con el sujeto pasivo, por la supuesta prescripción especial que aplica en esas relaciones, sin mayor justificación se dispuso incluir en el inciso 2) del canon 41 del CPCA, la leyenda ya mencionada.

Los efectos prácticos de esa situación han llevado a no pocas posturas y discusiones, que han sido resueltas por la Sala Primera de Casación, afirmando que lo ahí regulado es una prescripción, que no una caducidad, dando sustento a esa tesis, en la supuesta claridad de la *mens legislatoris*. El presente desarrollo pone en evidencia que no existe tal claridad en el debate legislativo de la Comisión, y que, por el contrario, esa postura parte de serias falacias de falsa causa, de consecuencia, de afinidad, y otras inconsistencias de ponderación lógica. Estas conclusiones se amparan no solamente en el análisis de ese debate legislativo, sino además en criterios científicos sobre reglas de razonabilidad. El solo contenido económico de los actos tributarios no es un criterio válido para sostener la tesis criticada. Primero, por la elemental razón de que los actos tributarios que imponen obligaciones económicas se dan en los ámbitos del ejercicio de competencias determinativas, y en algunos casos, no todos, de las potestades sancionadoras administrativas. De ese modo, se generaliza el contenido patrimonial del acto, sin ponderar que hay manifestaciones de esas potestades que no ostentan ese componente. Por otra parte, la “noción patrimonialista” no es exclusiva de la materia fiscal, existiendo numerosos ejemplos de ejercicios competenciales administrativos que tiene por objeto medular la imposición de implicaciones económicas, como es el caso del control de competencia comercial, defensa de derechos de consumo, regulaciones tarifarias de servicios públicos delegados, entre muchos.

Por ende, no existe diferencia alguna entre la materia tributaria y otros ámbitos del proceder administrativo que permitan sostener semejante trato dispar entre las regulaciones de los institutos aplicables para el control de legitimidad de esas conductas administrativas. El efecto pragmático de esa postura debatida es aplicar, por la vía de una interpretación, una excepcionalidad a la postura afincada en el derecho administrativo, de que, la acción anulatoria en contra de actos administrativos, se rige por la caducidad, que no por la prescripción, reservada para cuestiones de contenido, eminentemente patrimonial. Así como así, esa tesis se traduce en que la acción de nulidad en contra de actos fiscales, (¡y solamente esos!!!), se encuentra afecta a la prescripción y no a la caducidad. Se trata de un beneficio (¿o perjuicio?) solo inherente a esa materia tributaria, que supone, entre muchas aristas que se expresan en la investigación, que la sola formulación de la demanda no tiene por ejercitado el derecho de acción, sino, en orden al efecto material previsto en el canon 36.2 del CPC, se produce con la notificación del respectivo emplazamiento. Esto puede llevar a un detrimento en el control de la función administrativa, pues pese haber formulado la acción en tiempo, el dilema de la notificación personal al demandado, puede generar una consecuencia lesiva a los intereses, tanto de la AT, como del sujeto pasivo, de someter a instancias judiciales el análisis de validez de esas conductas.

Ahora, en la medida en que la norma, y la postura de la instancia de casación, incluyen al proceso de lesividad, dicho problema práctico se potencia, pero además se agrava, pues la norma, al regular el plazo para incoar el proceso, pero no establecer regla alguna en cuanto al plazo para la declaratoria interna de lesividad, introduce el debate en varias cuestiones: a. El plazo aplicable a la lesividad (¿general anual o especial cuatrienal? ¿plazo frente a tributos con régimen de prescripción especial?), b. Naturaleza jurídica de ese lapso, (¿prescripción o caducidad?), c. Unicidad o separabilidad de los plazos para declaración interna o presentación de la demanda, d. Efectos de la presentación o notificación de la demanda de lesividad.

Frente a ese dilema, se propone una reforma al numeral 41.2 del CPCA, pero además al canon 10.5 y el 34, ambos del CPCA, para que se ajusten de mejor manera al tratamiento de este aspecto y a la generalidad de la lesividad en materia tributaria. Lo anterior se plantea en diversos escenarios, planteando no solamente una posibilidad de reforma, sino tres variaciones, cada una de las cuales, pondera y analiza las bondades y debilidades atinentes a cada planteamiento. Con todo, se toma partido de la que se considera, regula de mejor manera el instituto bajo examen. Sin embargo, bajo la noción y conciencia de la postura vigente y la potencial renuencia a migrar a un esquema general de plazos comunes para combatir en sede judicial cualquier tipo de conducta administrativa (incluso la propia de la materia fiscal), es que se presentan alternativas de diverso orden, con la ambición de que puedan constituirse en ideas a tomar en cuenta para una posible reforma legal que venga a impregnar este polémico campo del derecho administrativo, de mayor claridad y de paso, conferir la certeza y seguridad jurídica que, al momento, se echa de menos.

De esa manera, se ha logrado comprobar que, sin duda alguna, las reformas legales realizadas a la materia tributaria en cuestiones de lesividad por parte del CPCA, crean estados de confusión en cuanto a los alcances y aplicabilidad de la figura, provocando pluralidad de tesis posibles y polisemia de criterios.

### **CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS.**

Finalmente, cabe precisar que en el desarrollo de esta tesis se ha logrado alcanzar y satisfacer el conjunto de objetivos trazados, al haber realizado un abordaje de los ejes temáticos insertos en esos desideratum de la investigación. Así, se ingresó a valorar y detallar el contenido de la potestad de supresión oficiosa de las conductas administrativas favorables, iniciando por los mecanismos que son de factible utilización en sede administrativa. Luego, abocándose a la lesividad. De cada modalidad se logró realizar un análisis conceptual, doctrinario, regulatorio,

jurisprudencial, a la vez que crítico y propositivo. Sobre esto último, se satisfizo el objetivo de establecer una proyección de los efectos de las sentencias dictadas en proceso de lesividad a la luz del tipo de nulidad alegada, potestades de dimensionamiento del juzgador y generalidad o particularidad de los efectos del fallo jurisdiccional, así como en la ponderación de las particularidades de la regulación y tratamiento de la lesividad en materia tributaria a la luz de las reformas practicadas por el CPCA en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios y el régimen procesal propio de la lesividad en esa materia, considerado el tratamiento dado al tema por los precedentes del Tribunal Contencioso Administrativo y la Sala Primera.

Se insiste en que el método utilizado para concretar el cumplimiento de los objetivos concretos, fue de orden cualitativo, pese al uso de abundantes fuentes de información, pero que, en modo alguno, pretendían proyecciones de orden estadísticos o de reflejo cuantitativo. De igual manera, el análisis el análisis crítico y propositivo se amparó en una modalidad de inferencias inductivas, pese a que, para sostener dichas conjeturas, refutaciones y conclusiones, fuese necesario la deducción de contenidos de las posturas analizadas.

## SINOPSIS DE REFORMAS PROPUESTAS.

### REFORMAS AL CNPT.

#### “REFORMA:

Art.\_\_\_\_ Se reforma el artículo 165 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios para que, en lo sucesivo, se lea de la siguiente manera:

*“Artículo 165.- Trámite.*

*Contra los fallos del Tribunal Fiscal Administrativo, el interesado podrá iniciar un juicio contencioso-administrativo.*

*Cuando la dependencia o institución encargada de aplicar el tributo estime que la resolución dictada por el Tribunal Fiscal Administrativo no se ajusta al ordenamiento jurídico, podrá impugnarla según lo dispuesto en el Código Procesal Contencioso-Administrativo.*

*Cuando se trate de los órganos de la Administración Tributaria Central, el Estado deberá utilizar el proceso de lesividad, de conformidad con el artículo 34 del Código Procesal Contencioso Administrativo, previa declaratoria, del jerarca del Ministerio de Hacienda, sobre la lesividad del acto a los intereses fiscales o económicos del Estado.*

*Cuando la impugnación sea formulada por una Administración Tributaria Descentralizada, podrá formular las acciones judiciales respectivas en contra del acto del Tribunal Fiscal Administrativo, de acuerdo con las disposiciones del Código Procesal Contencioso Administrativo.”*

## REFORMAS AL CPCA.

### RELACIONADAS A LESIVIDAD DE ÓRGANOS PERSONA:

“Art. \_\_\_\_\_. Ser reforma el inciso 4) del artículo 34 del CPCA, para que se lea de la siguiente manera:

*“4) La declaratoria de lesividad de los actos dictados por órganos administrativos con personalidad jurídica instrumental, en ejercicio de las competencias desconcentradas y para las cuales se ha asignado dicha personificación, será emitida por la jerarquía interna de dichos órganos. La acción judicial respectiva, podrá ser formulada de manera directa por el órgano persona.”*

### RELACIONADAS CON EL ELEMENTO TEMPORAL DE LA LESIVIDAD.

#### **PRIMERA PROPUESTA. Eliminación del trato especial en materia tributaria.**

2. Se reforma el artículo 41 del CPCA para que se lea:

*“ARTÍCULO 41.- No procederá la caducidad de la acción en los procesos relacionados con la materia civil de Hacienda.”*

O bien, de manera excepcional y a riesgo de potenciales yerros interpretativos al momento de dimensionar la frase “plazo máximo para incoar el proceso”, aplicando una suerte de caducidad referida por el plazo prescriptivo del derecho de fondo:

*“Artículo único. Se deroga el inciso segundo del artículo 41 del CPCA.”*

**SEGUNDA PROPUESTA. Aplicación de la caducidad en materia fiscal. Precisión en cuanto al plazo de lesividad.**

**“ADICIÓN AL ARTÍCULO 34 Y REFORMA AL ARTÍCULOS 41 DEL CPCA.**

3. Se adiciona un inciso 6 al artículo 34 del CPCA para que se lea de la siguiente manera:

“ ...

*6. La lesividad de actos relacionados con materia tributaria y aduanera, deberá ser declarada por el jerarca máximo supremo de la respectiva Administración Tributaria. Para tales efectos, el plazo máximo para declarar en sede interna el acto de contenido favorable, será equivalente al que fije el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, como plazo de prescripción del ejercicio de la potestad determinativa o sancionatoria que ha dado base a la conducta objeto del proceso, según corresponda, acorde al contenido del acto a suprimir. Si el acto contiene vicios de nulidad absoluta y sus efectos perduren o sean continuados, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos, pero ello únicamente para su inaplicabilidad a futuro. La acción judicial de lesividad deberá ser formulada dentro del plazo previsto en el artículo 39 del Código Procesal Contencioso Administrativo, computado desde la declaratoria interna de lesividad respectiva.”*

4. Se reforma el artículo 41 del CPCA para que se lea:

**“ARTÍCULO 41.-** *No procederá la caducidad de la acción en los procesos relacionados con la materia civil de Hacienda.”*

**TERCERA PROPUESTA. Creación de término especial para nulidades en materia tributaria.**

**“ADICIÓN AL ARTÍCULO 34, 39 Y REFORMA AL ARTÍCULOS 41 DEL CPCA.**



4. Se adiciona un inciso 6 al artículo 34 del CPCA para que se lea de la siguiente manera:

“...

*6. El plazo máximo para formular la demanda de lesividad respecto de actos relacionados con materia tributaria y aduanera, será equivalente al que fije el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, como plazo de prescripción del ejercicio de la potestad determinativa o sancionatoria que ha dado base a la conducta objeto del proceso, según corresponda, acorde al contenido del acto a suprimir. Dentro de ese término y como requisito de la demanda respectiva, el jerarca máximo supremo de la respectiva Administración Tributaria deberá declarar lesivo en sede interna el acto de contenido favorable. Si el acto contiene vicios de nulidad absoluta y sus efectos perduren o sean continuados, dicha declaratoria podrá hacerse mientras perduren sus efectos, pero ello únicamente para su inaplicabilidad a futuro.”*

5. Se adiciona un inciso 3) al artículo 39 del CPCA que indicará:

*“... 3. En materia tributaria, el plazo máximo para incoar el proceso será equivalente al plazo que defina el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, para la prescripción de la potestad determinativa o sancionatoria del respectivo tributo que da base a la relación jurídica debatida o acto objeto del proceso, según corresponda. Tratándose del proceso de lesividad, será de aplicación lo regulado en el artículo 34.6 de este Código.”*

6. Se reforma el artículo 41 del CPCA para que se lea:

**“ARTÍCULO 41.-** *No procederá la caducidad de la acción en los procesos relacionados con la materia civil de Hacienda.”*

## Bibliografía.

- Acosta Estevez, José B. Líneas básicas del Derecho a la tutela jurisdiccional: La garantía constitucional de la Acción. Revista Jurídica Española "La Ley", Tomo 3. Madrid. 1990.
- Albaladejo, Manuel, Derecho Civil, Tomo I, Volumen II. José María Bosch Editor S.A. Barcelona, undécima edición. 1991.
- Alessi, Renato, Instituciones de Derecho Administrativo -tomo 1-, Barcelona, Ed. Bosch, 1970.
- Alsina, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. Tomo I, Buenos Aires, Argentina, 1956.
- Bacigalupo, Mariano. La discrecionalidad administrativa. Editorial Marcial Pons. Madrid. España. Primera edición, 1997.
- Betancor Rodríguez, Andrés. Las Administraciones Independientes. Editorial Tecnos. Madrid. España. Primera edición. 1994.
- Brewer-Carias, Allan. Los Principios Fundamentales del Derecho Público, Investigaciones Jurídicas, 1 ed. 2012.
- Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII, Editorial Heliasta, 20ª. Edición, 1981.
- Carro Fernández-Valmayor. Potestad Administrativa. Enciclopedia Jurídica básica. Volumen III. Editorial Civitas, Madrid. España. Primera Edición. 1995.
- Castán Tobeñas, José. En Situaciones Jurídicas Subjetivas. Instituto Editorial Reus. España, Primera Edición, 1963.
- Castán Tobeñas, José, Situaciones jurídicas subjetivas. Instituto Editorial Reus. Madrid. España. Primera Edición. 1963.
- Cordón Moreno. La legitimación en el proceso contencioso administrativo. Editorial EUNSA. Pamplona. España. Primera edición. 1979.
- De la Cuétara Martínez, Miguel, Potestades Administrativas y Poderes Constitucionales: en torno al proceso de "juridificación" del poder, en revista REDA, No. 38, España, julio-septiembre 1983.
- Delgado Barrio, Javier. El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso administrativa, en La Protección Jurídica del Ciudadano.

Homenaje al profesor Jesús González Pérez. Tomo II, Editorial Civitas. Madrid. España. Primera edición. 1993.

Díaz Cruz, Mario, Todavía sobre el Derecho Subjetivo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, No. 5, Tomo XIII, año XCII. Editorial Reus, Madrid, España, 2da. Ed. 1947.

Diez, Manuel María, El Acto Administrativo, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 2da. ed., 1961.

Diez, Manuel María, Derechos Subjetivos, Intereses legítimos e intereses simples. Estudios en homenaje al profesor López Rodo. Volumen I. Universidades de Santiago de Compostela y Complutense. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. España. Primera edición. 1972.

Dromi Casas, José Roberto. Acción de Lesividad, en Revista Administración Pública, España. Número 88.

Entrena Cuesta. Curso de Derecho Administrativo. Volumen I. Editorial Tecnos. Madrid. España. Undécima edición. 1995.

Etienne Picard, La Notion de Police Administrative, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1984.

Fernández de Velasco, Recaredo. La acción popular en el derecho administrativo. Madrid.

Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. De la arbitrariedad de la Administración. Editorial Civitas. Madrid España. Segunda edición. 1997.

Gallego Anabitarte, A, Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración, Revista RAP número 34, enero-abril 1961.

García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Tomos I y II. Editorial Civitas. Madrid. España. Séptima edición. 1995.

García de Enterría, Eduardo. Hacia una nueva justicia administrativa. Editorial Civitas. Madrid. España. Segunda edición. 1992.

García Macho, R, En torno a la garantía de los Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, Revista REDA No. 64, octubre-diciembre 1989.

García Macho R, Las relaciones es especial sujeción en la Constitución Española, Tecnos, 1992.

García Maynez, Eduardo, Lógica del Juicio Jurídico.

García Oviedo y Martínez Useros, Derecho Administrativo. Volumen I. EISA, Madrid, España, 9ª. Ed. 1968.

García Trevijano, Tratado de Derecho Administrativo, Revista de Derecho Privado, Madrid, España. 1968.

García-Trevijano, José Antonio, Los Actos Administrativos, Madrid, Editorial Civitas, 1era. ed., 1986.

Garita Navarro, José Roberto, Giusti Soto, Juan Luis, González Mora, Lidia y Monge Bolaños, Ricardo. "Autonomía y funcionamiento municipal. Un replanteamiento de su ejercicio y régimen recursivo." Tesis para optar a grado de magister, Maestría en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica, 2008.

Garrido Falla, Fernando, Derechos Públicos Subjetivos, en Enciclopedia Jurídica, Tomo VII, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona, España, 1ª. Edición, 1980.

Garrido Falla, Fernando, Tratado de derecho administrativo. Parte general. Volumen I. Centro de estudios constitucionales. Madrid. España. Novena edición. 1985.

Gimeno Sendra, Vicente; Saborío Valverde, Rodolfo; Garberí Llobregat, José y González-Cuellar Serrano, Nicolás. Derecho Procesal Administrativo Costarricense. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica.

González Camacho, Oscar, La Justicia Administrativa, Tomo I, Investigaciones Jurídicas, 1ª. Edición, octubre 2001, San José, Costa Rica García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo, Décima Edición, Tomos I, II.

González Pérez, Jesús. Manual de Procedimiento Administrativo. Madrid, Civitas, 2ª. Ed. 2002.

González Pérez, Jesús. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Editorial Civitas. Madrid. España. 1978.

González Pérez, Jesús. Derecho a la tutela jurisdiccional. Editorial Civitas. España. Segunda edición. 1989.

Hernández Valle, Rubén. La tutela de los derechos fundamentales. Editorial Juricentro. Costa Rica. Primera edición. 1990.

Jiménez Meza, Manrique, LA LEGITIMACIÓN ADMINISTRATIVA, Editorial Jurídica Continental, cuarta edición.

Jiménez Meza, Manrique et al. El nuevo proceso contencioso administrativo. Obra Colectiva. Poder Judicial. Escuela Judicial. San José. Costa Rica.

Jinesta Lobo, Ernesto. Manual del Proceso Contencioso-Administrativo. San José, CR, Editorial Jurídica Continental, 2008.

Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo, Tomos I, II. Primera Edición, 2002, Biblioteca Jurídica Dike.

López Benites, M, Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, Civitas, 1994.

Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4ta. ed. Tomo I, 1990.

Matías A. Bentivegna, "Reflexiones acerca de la revocación del acto administrativo por supuestos de cambio de ordenamiento jurídico y de circunstancias sobrevinientes", en obra colectiva Derecho Administrativo, Libro homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira, coordinado por Julio Pablo Comadira y Miriam M. Ivanega, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

Meseguer Yebra, Joaquín. Declaración de lesividad. Análisis de su régimen jurídico. Revista Vasca de Administración Pública, Número 85-2009.

Mosset Iturraspe, Jorge y otros. Daño Ambiental, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I.

Ortiz Ortiz, Eduardo. La Vía de Hecho y la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Litografía e Imprenta Lil S.A. San José, 1993.

Ortiz Ortiz, Eduardo, Justicia Administrativa Costarricense, Cuatro Estudios, Litografía e Imprenta LIL, San José, 1990

Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo, Tomos I, II, Editorial Stradmann, San José, 1998.

Ortiz Ortiz, Eduardo remite a Eduardo García Enterría, en Sobre los Límites del Poder de Policía General, en REDA, No. 5.

Ortiz Ortiz, Eduardo, Intereses Colectivos y legitimación constitucional, Iustitia, año 4, No. 46, octubre 1990.

Ortiz Ortiz, Eduardo, Clasificación de los Actos Administrativos, Tesis No.21, Derecho Administrativo, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Tomo 2, 1976.

Otto Mayer, Derecho Administrativo Alemán, Tomo I, Depalma, 1982.

Parejo Alfonso, Luciano. Administrar y Juzgar: dos funciones distintas y complementarias. Editorial Tecnos. Madrid. España. 1993.

Sánchez Morón, Miguel: voz Interés Legítimo en Enciclopedia Jurídica Básica. Tomo III. Editorial Civitas. Madrid. España. Primera Edición. 1995.

Sánchez Morón, Miguel. La participación del ciudadano en la Administración Pública.

Sánchez Morón, Miguel. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. Editorial Tecnos. Madrid. España. Primera Edición. 1994.

Santamaría Pastor, Alfonso, Fundamentos de Derecho Administrativo - tomo 1-, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.

Santamaría Pastor, Alfonso, Sobre el carácter expansivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Revista Española de Derecho Administrativo. Editorial Civitas. Madrid. España. Abril-Junio. 1994.

Santamaría Pastor, Alfonso. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Comentario. Iustel. Madrid. España. Primera Edición. 2010.

Stolleis, Michael, Las líneas de desarrollo de la dogmática del derecho administrativo en la era industrial. Documentación Administrativa. El Derecho Administrativo en Alemania tendencias actuales. Madrid, No. 223, abril-junio, 1993.

Teoría General del Derecho y del Estado. Textos Universitarios UNAUM, México, Facultad de Derecho, 2da. Ed., 3ra Reimpresión, 1983.

Vescovi, Enrique, Teoría del proceso, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.

Williams, A proposal for class actions Under competition policy legislation, Ottawa, 1976.