

## *Defensas previas en el proceso contencioso-administrativo\**

Alberto Ramón Real

*Quien fue Profesor de Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y  
Ciencia Política, y Decano en la Universidad de la República.  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo, Uruguay)*

### SUMARIO

- I. INTROITO. MARCO POLITICO NECESARIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL ESTADO DEMOCRATICO Y SOCIAL DE DERECHO.
- II. NECESIDADES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS PROPIAS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: SUPERACION DE LAS SOLUCIONES INDIVIDUALISTAS
- III. RIESGOS DE LOS TECNICISMOS JUDICIALISTAS QUE, A TITULO DE CAUSAS DE INADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS O ACCIONES, SUELEN SERVIR DE PRETEXTOS PARA DENEGAR JUSTICIA
- IV. LAS DEFENSAS PREVIAS EN LA LEY COSTARRICENSE REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EN EL DERECHO URUGUAYO: CAUSAS OBJETIVAS, SUBJETIVAS, TEMPORALES Y OTRAS DE INADMISIBILIDAD DE LA ACCION

### CONCLUSIONES

#### I. INTROITO. MARCO POLITICO NECESARIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL ESTADO DEMOCRATICO Y SOCIAL DE DERECHO

Antes de abordar el objeto de esta conferencia creo necesario hacer una confesión y una profesión de fe ideológica sobre la necesidad de ciertos presupuestos políticos sin los cuales la temática del derecho administrativo se torna ilusoria, ficticia, o encubridora de realidades autoritarias, antagónicas con los valores de justicia humanistas, sin los cuales el derecho carece de sentido, para quienes sólo lo concebimos al servicio de la persona humana y del bien común.

Ideológicamente estoy afiliado al legitimismo democrático, a la contitudad constitucional, al régimen que tiene, como fines esenciales, la garantía de los derechos naturales, inherentes a la persona humana, y la promoción del bienestar social. La libertad es valor de principio, porque viene de la naturaleza, es inherente al hombre. Ella es de interpretación amplia, extensiva, se presume para suplir los silencios y lagunas normativas. En cambio, la autoridad, instituida para proteger la libertad, tiene en principio poderes expresos y limitados de interpretación estricta, regulados por fines de interés público.

\* La Revista publica esta conferencia del Prof. Real dictada en el Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, Costa Rica, 3 de septiembre de 1981, como homenaje póstumo al gran amigo que fue y entusiasta colaborador en la organización del Instituto Internacional de Derecho Administrativo Latino (IIDAL).

Los principios republicanos de igualdad, amplia publicidad y control de la gestión pública, para ajustarla al derecho y al interés general (buena administración), y la existencia de órganos jurisdiccionales *efectivamente* independientes, para juzgar, con real imparcialidad, todos los litigios, incluso aquellos en que es parte la Administración —sin injustificados privilegios ni inmunidades del poder—, son requisitos indispensables de una justicia administrativa, que merezca el nombre de tal.

*Costa Rica, Estado social de derecho*, era el título de una monografía de 1976 de Eduardo Ortiz Ortiz, quien la pudo escribir y publicar aquí, en 1976, en la Revista del Colegio de Abogados, describiendo una realidad feliz. Años antes, en 1957, en los estudios en memoria de *Couture* publicados en Montevideo, traté el tema del Estado de derecho y su evolución desde el garantismo individualista liberal hasta el Estado social y democrático de derecho, de nuestro tiempo. Entonces yo podía también concluir que el Uruguay, que ostentaba una continuidad constitucional y democrática ejemplares, era un Estado social de derecho o, mejor, un Estado de derecho democrático-social del siglo XX.

Con el amigo Ortiz tenemos pues ideales comunes. Y también los tienen los pueblos uruguayo y costarricense. En noviembre de 1980, después de una larga crisis de constitucionalidad, seguida de un régimen de excepción de ocho años, en un gesto casi sin precedentes, el pueblo uruguayo supo decir NO, en un plebiscito, a un intento, oficial, de consolidar y constitucionalizar el autoritarismo vivido en los últimos tiempos.

Y dijo NO pese a las propagandas oficiales, masivas, costeadas por los dineros públicos y pese al forzoso silencio o exilio de los líderes políticos, proscritos sin debido proceso.

Entre otros frutos, este autoritarismo nos deparó la pérdida, por cuatro años, de la inamovilidad de los jueces y la degradación del Poder Judicial, que dejó de serlo, orgánicamente, para convertirse en dependencia de un Ministerio, lo mismo que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Esto tuvo consecuencias de involución jurisprudencial inmediata, aumentándose de hecho, las inadmisibilidades de acciones de nulidad y confirmándose, casi siempre, los actos administrativos impugnados. En consecuencia se perdió la confianza en la jurisdicción administrativa y ahora casi no se litiga contra el Estado.

La presente evolución interna del régimen anuncia (junto con una apertura política futura) la derogación o reforma del decreto constitucional Nº 8 (que en realidad era inconstitucional y se apoyaba en la teoría del hecho revolucionario), decreto que desorganizó la justicia y que fue unánimemente condenado por la opinión pública.

Se invocó, por sus autores, la foránea interpretación francesa de la separación de poderes (amparo de las dictaduras de la Convención, de Napoleón, etc.) como un imitable invento gaullista de la Constitución de 1958, cuando la verdad es que en Francia, si bien se mantiene la especialización de la Justicia Administrativa, ésta es cada vez más independiente y sus magistrados de carrera gozan de una estabilidad que no conmovió ni siquiera el fallo *Canal*, Robin y Godot, que disgustó a De Gaulle, el que hizo ratificar por ley las ordenanzas anuladas, pero no alteró la sustancia del sistema de control. La propia Francia está hoy muy lejos de la época en que la admi-

nistración se juzgaba a sí misma (teorías de la justicia retenida y del ministro juez) so pretexto de independencia del Ejecutivo frente a los jueces, los que, por otra parte, allí no constituían un Poder Judicial, ni nada parecido. Los resabios autoritarios, monárquicos, del absolutismo, revolucionarios y napoleónicos, criticados por los liberales, se han ido atenuando en la propia Francia, llegándose a la justicia delegada, especializada de carrera y estable. Pero lo más importante es que la raíz de nuestro constitucionalismo es norteamericano. El Poder Judicial, independiente, protector de las libertades, integraba las ideas constitucionales de José Artigas y figuró en las Constituciones del Uruguay, durante un siglo y medio, hasta que se eliminó por decreto, el 19 de julio de 1977, so pretexto de supuestas soluciones francesas. De ahí que la jurisdicción administrativa, implantada en 1952, en el Uruguay y que duró con independencia orgánica un cuarto de siglo, se estableció a imitación de la entonces *Suprema* Corte de Justicia, con independencia orgánica y elección de sus ministros por el Parlamento. Ahora a la Corte le quitaron hasta el nombre de Suprema, además de eliminarse el Poder Judicial, como Poder. Los ministros del Tribunal eran electos por el voto de dos tercios de la Asamblea General, integrada por las dos Cámaras reunidas. Bajo el presente régimen de excepción, la Corte, como el Tribunal, se designan, a propuesta del Poder Ejecutivo, por un Consejo de la Nación, integrado por legisladores nombrados (no electos) y por los oficiales generales de las Fuerzas Armadas, reunidos en Consejo de la Nación.

Por tanto, nuestra primera conclusión es que Costa Rica conserva —por su constitucionalismo democrático— el marco político adecuado para poder gozar de una verdadera justicia administrativa. El Uruguay tuvo en el pasado ese marco político. En los últimos años, desde 1973, como consecuencia de la crisis de fondo, de autoritarismo del régimen constitucional, y luego por la causa ocasional de la guerrilla urbana (ya casi dominada entonces merced al estado de guerra decretado por el propio Parlamento), hemos vivido un régimen de excepción, del que se aspira a salir para retornar a la normalidad. Todo los políticos supérstites, después de años de silencio, han expresado esa aspiración y las propias Fuerzas Armadas han prometido el retorno a cierta forma de democracia para dentro de tres años y medio. Si esto se realiza, con pleno restablecimiento de las libertades públicas, podrá existir el ambiente democrático imprescindible para hablar de justicia administrativa. Mientras ello no ocurra, estaremos en el campo de la ciencia ficción. No puedo olvidar mi condición de ciudadano demócrata y de cultor del constitucionalismo y la ciencia política, para realizar, en torre de marfil, sutiles análisis jurídicos sin utilidad práctica, mientras carezcamos de los cimientos del edificio. Inspirados en el pasado, trabajaremos, pues, para el futuro, olvidando un presente, que ya nadie defiende.

## II. NECESIDADES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS PROPIAS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: SUPERACION DE LAS SOLUCIONES INDIVIDUALISTAS

Creo que deben mantenerse y mejorarse las conquistas garantistas del individualismo liberal de la época en que se prevenían y reprimían las injerencias ilegítimas

en las esferas de libertad y propiedad de quienes las tenían; pero creo que debemos complementarlas con institutos adecuados a los cambios sociales y administrativos producidos en este siglo. Debemos acentuar la nota de interés público (y aun de orden público) que tiene la vigencia objetiva de la legalidad. Creemos que por diversas falencias del contencioso-administrativo clásico, destacadas por la doctrina crítica de nuestro tiempo, esta institución no basta, para asegurar o restablecer —oportunamente y con suficiente amplitud— la legalidad.

La ausencia de efecto suspensivo de los recursos, la duración excesiva de los litigios, la resignación de los que no recurren, por temor a persecuciones, por falta de medios o de fe en la justicia, la tardanza u omisión en ejecutar los fallos y la carencia de remedios, como las “astreintes”, recientemente implantadas al efecto en Francia, la dificultad de reconstituir situaciones interrelacionadas, luego de años de cambios de las mismas, todo esto tiende a volver meras censuras doctrinales a los escasos fallos condenatorios de la Administración. Si esto es grave, gravísimo, tratándose de agravios a libertades públicas y derechos económicos de empresas, etc., puede ser dramático cuando está en cuestión la prestación de vitales servicios públicos y, peor aún, sociales, como la jubilación o pensión, el seguro de paro u otros socorros por indigencia, o la asistencia médica, cuyo goce es impostergable, por naturaleza. En tales casos la simple denuncia, informal, debería movilizar al Ministerio Público u órganos similares, para que —exentos de plazos angustiosos y de formalismos, heredados del procesalismo privatista— pudiesen promover la inmediata prestación debida, en especie, mediante un procedimiento agilísimo, de suma urgencia. Las Procuradurías, Fiscalías, Contralorías, Mediadores, Ombudsmen u Ombudspersons, según las tradiciones y preferencias nacionales, tienen, aquí, un fértil campo de aplicación, al que debe adecuarse la imaginación de los juristas, apegada aún al tradicionalismo decimonónico, en un mundo transformado por la informática, la electrónica, la energía atómica, la tecnología en general, fomentadora del igualitarismo consumista. La convivencia en espacios cada vez más chicos, relativamente, de países post-industriales con otros subdesarrollados, contribuye a acelerar la historia y la intensidad de las problemáticas mundiales. A esta altura, a los juristas nos barrerá nuestro propio atraso si seguimos elucubrando los bizantinismos propios de países marginados de la Europa de fines del siglo pasado, apropiados para un proceso contencioso entre partes, *supuestamente* iguales en conocimiento de ley, en calidad del asesoramiento disponible, en riesgos involucrados en la causa y en situación ante los jueces. En el mundo de hoy esas ilusiones —que nunca fueron otra cosa— no pueden mantenerse en la mayoría de los casos. La conferencia magnífica de González Pérez sobre “Nuevos sistemas de control de la administración pública”, pronunciada en mayo de 1979 en el Curso Internacional organizado por la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Católica de Tucumán, recientemente publicada, con otras, bajo el título “Justicia Administrativa” (1981), nos ahorra extendernos sobre este tema, que el maestro español trata con la autoridad que le confieren su saber y experiencia. Nuestra modesta experiencia, de un pequeño país, prematuramente europeizado, del Río de la Plata, nos permite el honor de coincidir con él.

Para no volver sobre estos temas, digamos que en el Uruguay la ley que dispuso el reajuste monetario de las deudas entre particulares excluye a los procesos en que son actores o demandados las personas públicas (Ley 14.500, de 8 de marzo de 1976, art. 6º, letra C) y que la ley que estableció las "astreintes" aclaró que tampoco se aplica a los juicios en que son partes personas públicas, Ley Nº 14.978, de 14 de diciembre de 1979, art. 4º. El desaliento de los litigantes se explica si no se reavalúa el monto nominal de las deudas estatales, pese a la inflación, y si no hay medios para compeler a la ejecución pronta de las sentencias, obtenidas tras años de riesgosa pelea, ¿para qué litigar contra el Estado? se preguntan los abogados y los eventuales litigantes. Este es el tipo de problemas que requiere la militancia de los juristas, en tales situaciones.

### III. RIESGOS DE LOS TECNICISMOS JUDICIALISTAS QUE, A TITULO DE CAUSAS DE INADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS O ACCIONES, SUELEN SERVIR DE PRETEXTO PARA DENEGAR JUSTICIA

El contencioso-administrativo se creó en el Uruguay en 1952, con motivo de una transacción política. Pero no se reguló en detalles y proliferaron los obstáculos. Se estableció la necesidad de agotamiento previo de la vía administrativa, con plazos indefinidos para tramitar las peticiones y recursos. No se concretó así el efecto del silencio. Quedaron vigentes plazos diversos y confusos para interponer la acción de nulidad. Y la acción de reparación, por consecuencias de actos, se subordinó a su previa anulación, según la doctrina dominante y la práctica. Luego se reglamentaron, primero por decretos inaplicados, pero luego recordados por el Tribunal y después por leyes, ciertos plazos. La vía administrativa podía durar hasta 210 días para obtener la negativa de la petición. Luego hasta 420 más para el recurso de revocación y el jerárquico (son 630). La acción de nulidad lleva, en la práctica, varios años de tramitación. Y la acción de reparación, ulterior, puede insumir hasta cuatro instancias más: dos instancias de juicio ordinario y luego la determinación de los daños (sin actualizar o reajustar el monto de las deudas) en un procedimiento de ejecución de sentencias, del Código de Procedimiento Civil, también sujeto a dos instancias. Acoto que el acto 8 permite ahora promover, directamente, la acción de reparación sin previa anulación.

Tengo un caso de antología, demostrativo de la lentitud (que es denegación) de nuestra justicia. Un Municipio destituyó irregularmente a un profesor de música, a principios de 1967. Seguidas todas las ritualidades (entre las que conté, entre otras, hasta con la absurda excepción dilatoria, alongadera, del acto pretendido de gobierno, recién en el curso de este año obtuve la determinación del monto del daño en primera instancia de ejecución y consentí, para que no se empequeñezca más la ridícula compensación otorgada, que ya no cumplirá ninguna función, pues la víctima (felizmente sobreviviente) emigró y triunfó en Canadá. Catorce años es demasiado tiempo para pagar una simple indemnización por despido. Desde luego, de nada valió demostrar, con la doctrina, que la obligación de reparar es deuda de valor y no de cantidad de monedas desvalorizadas.

La experiencia uruguaya de las causas de inadmisión es, en general, funesta. La falta de agotamiento de la vía administrativa y la caducidad de la acción de nulidad hicieron *perecer en la demanda* a la mayoría de los abogados, como decía un profesor chistoso: Evocaba un juramento emancipador: redimir la patria o perecer en la demanda. A veces era porque no se recurrió en tiempo contra una negativa tácita de que no se tenía noticia, producida en virtud de un decreto del que ni la propia Administración se acordaba ni aplicaba, o porque no se esperó lo debido para que se produjese la negativa, en virtud de hechos incontrolables. La anticipación y la tardanza servían al Tribunal para descongestionarse y no condenar la ilegalidad de fondo. Y por fin se colmó todo recientemente con los efectos del silencio frente a la decisión expresa posterior. Primero, durante siete años se sostuvo, por el Tribunal, la caducidad de la acción anulatoria instaurada contra la decisión expresa cuando había pasado el plazo para impugnar, la tácita, en sede jurisdiccional. En 1959 cambió la jurisprudencia (caso Boix) y siguiendo a la doctrina y la ley española, recogida en Costa Rica, se admitió la validez de la impugnación de la decisión expresa en los recursos, que restituía así el plazo para accionar.

Esta jurisprudencia se consolidó por veinte años, pero hace dos el Tribunal con su actual composición, volvió a invertir la jurisprudencia, incluso con respecto a todos los asuntos en trámite. De este modo se afectó la seguridad jurídica, castigando a los administrados que creyeron en la previsibilidad que permitía la jurisprudencia integradora del orden jurídico y que prefirieron esperar el pronunciamiento administrativo, confiando en evitar el litigio y dando tiempo a la Administración para mejor resolver. El resultado de este cambio fue otra revolución jurídica al revés: el Tribunal se liberó de fallar sobre el fondo de un gran número de expedientes, por caducidad de la acción, y como consecuencia quedaron sin reparación (jurídica ni patrimonial) un sinnúmero de reclamaciones, especialmente del período de excepción, en que fueron destituidos, postergados y sancionados innumerables funcionarios. Este fue golpe fatal para la seguridad jurídica, por un simple cambio retroactivo de jurisprudencia.

Tuvimos otro caso extremo de inseguridad jurídica en la Universidad, dotada por el régimen de excepción de Decanos interventores, de Rector interventor, y del Ministro de Educación y Cultura (éste como sustituto del jerarca normal, Consejo Directivo Central). Pues bien, el Tribunal cambió de jurisprudencia acerca del modo de agotar la vía administrativa, creando a los eventuales litigantes una total inseguridad jurídica. Primero exigió que se recurriera ante el Poder Ejecutivo contra el acto del Ministro. Quienes no lo hicieron perdieron y perdieron para siempre (sentencias 216 de 14 de septiembre de 1976, 10 de 14 de marzo de 1977 y 13 de 16 de marzo de 1977). Luego cambió y en la Nº 26 de 23 de abril de 1979, mediante un recurso de reposición, reconoció que la intervención no cambió la estructura del ente para volverlo dependencia del Ejecutivo. La vía administrativa estaba ahora bien agotada con el recurso jerárquico subsidiario para ante el Ministro interventor (*Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, T. I, de 1979, pág. 95 y nota de Prat). Quienes recurrieron, además, al Poder Ejecutivo y esperaron su pronunciamiento, perdieron por seguir la primera tesis del Tribunal.

Estos y otros muchos ejemplos me han llevado a un total escepticismo frente al judicialismo privatista de raíz individualista, que convierte al pleito en un duelo judicial, donde no siempre triunfa el que tiene razón, sino que suele prevalecer el que tiene la suerte de adivinar, el más hábil, o el que —como la Administración—, es más “amigo del juez”, que de ella depende.

Aquí evocaré, de nuevo, lúcidas palabras de Ortiz Ortiz, en su prólogo a *La justicia administrativa en Costa Rica*, de González Pérez, publicado en la *Revista de Ciencias Jurídicas* (T. II, 1974). Comprueba “la tendencia típica de todo Juez contencioso... a fallar en favor de la Administración”. “Creemos —agrega— que el fenómeno se alimenta de una innegable solidaridad del Juez contencioso con el Estado y hasta de un cierto temor reverencial hacia éste, como ha apuntado el mismo Prof. González Pérez en otra bella monografía sobre la materia (*Administración y Libertad*, pág. 78)”. Muchas veces, digo yo, esa solidaridad se canaliza sin compromisos, a través del formalismo en perjuicio del administrado, al que se oponen, con rigor, todas las barreras previas posibles para no juzgar el fondo del asunto.

Por esto creemos, con Entrena Cuesta (Prólogo al libro de Vivancos sobre *Las causas de inadmisibilidad...*) que la instrumentación del estado de derecho “será tanto más perfecta cuanto menos numerosas y más perfiladas se encuentren las circunstancias en que los ciudadanos no puedan acudir ante una jurisdicción independiente solicitando la anulación de los actos de la Administración contrarios a derecho y el reconocimiento de las situaciones jurídicas desconocidas por aquélla”.

Estas convicciones nos llevan a preconizar la reducción al mínimo de las excepciones al control judicial del imperio del derecho y a su interpretación lo más estricta posible.

Dromi, en su libro publicado en 1980 en Colombia, sobre derecho subjetivo y responsabilidad pública, nos ha advertido, elocuente y sabiamente, sobre los riesgos del excesivo formalismo procesalista, extendido al procedimiento administrativo: concluye que “la formalización extrema importa desproveer de medios de protección administrativa” (pág. 139). “El formalismo y el formulismo, por sí mismos, pueden resultar perniciosos...” Algo parecido ocurre con el derecho procesal administrativo cuando la mayor parte de las energías de jueces y abogados se malgastan en acertijos y chicanas curialescos, en vez de destinarse a asegurar el reino de la justicia sustancial. El constituyente, el legislador y el juez deben tener, siempre, presente que el proceso es un medio para canalizar la justicia y no un medio para desviar, impedir o denegar la justicia. Detrás de muchos formalismos, aparentemente neutros, puede esconderse el temor de los jueces a fallar lo que corresponde, sobre el fondo, o su complicidad con los entuertos de los gobiernos.

Pido excusas por este vehemente y desmesurado exordio, pero creí que Uds. esperaban más este testimonio vivo, del sobreviviente de una tragedia del estado de derecho, que la lección, que no necesitan, sobre lo que ya está en los libros y que saben, tan bien como cualquiera, los insuperables maestros que tienen aquí, como Ortiz Ortiz.

#### IV. LAS DEFENSAS PREVIAS EN LA LEY COSTARRICENSE REGULADORA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y EN EL DERECHO URUGUAYO

Costa Rica dispone de una ley procesal administrativa especial y moderna, la 3.667, de 12 de marzo de 1966, que regula con criterio unitario y técnico, por separado de la legislación procesal civil, la inadmisión de oficio como incidente preliminar, las defensas previas y la declaración de inadmisibilidad de la acción, en la sentencia definitiva. En la legislación uruguaya carecemos de semejante sistematización normativa. Disposiciones constitucionales, leyes sueltas, la legislación procesal civil común, la jurisprudencia y la doctrina, han permitido la sistematización relativa de que disponemos. Pero el decreto constitucional Nº 8 de 1º de julio de 1977, del régimen de excepción, contribuyó a complicar las soluciones y ha requerido a su vez interpretaciones constructivas, entre las que destaco las de Daniel Hugo Martins, para restablecer la lógica y la normalidad legal, en lo posible, es decir la posibilidad de oponer excepciones dilatorias, que según algún intérprete procesalista del acto 8 se habrían suprimido: todas las excepciones se deberían oponer en la contestación de la demanda y resolverse en la sentencia definitiva (Gelsi, *Proceso y acto institucional Nº 8*, pág. 148). Martins advirtió que antes del art. 29 del decreto, en que se apoya Gelsi, artículo que en realidad no prevé este problema, el anterior (28) se remite al 29 para la tramitación, pero "*sin perjuicio del desarrollo legal de los procedimientos*". Esto permite volver a acudir al C.P.C., y leyes complementarias. Las excepciones dilatorias, del derecho procesal, son el medio de que disponemos para la oposición de defensas previas.

No tenemos regulado el incidente previo de inadmisión, pero entendemos que nada impediría al Tribunal a abocarse de oficio en cualquier momento, con fines de economía procesal, a la consideración de los defectos de orden público. Comparto las ideas de Ortiz Ortiz en su prólogo a la monografía de González Pérez. Pero no se ha entendido así. Desgraciadamente, muchas veces problemas capitales, como el del correcto agotamiento de la vía administrativa y la caducidad de la decisión anulatoria se resuelven por oposición tardía de parte o de oficio por el Tribunal, recién en la sentencia definitiva, inutilizando esfuerzos y frustrando tardíamente esperanzas, cuando ya no queda modo alguno de subsanar los defectos. La jurisprudencia uruguaya tiene resuelto que las dilatorias se deben oponer dentro de nueve días hábiles preteritos, a partir del emplazamiento (LJU. T. 50, Nº 6.286 art. 590, CPC, y disp. transitorias - Const. letra J, Nº 2), que las que se opongan al contestar la demanda (en 20 días hábiles) se resuelven en la sentencia definitiva (LJU. T. 32, Nº 4.135) y que la cuestión de legitimación "no puede promoverse por medio de una excepción de previo y especial pronunciamiento" (T. 31, Nº 4.142, CPC, art. 246).

Se admiten como excepciones de previo y especial pronunciamiento las de falta de jurisdicción, por ejemplo LJU. T. 34, Nos. 44-52 (arts. 590 a 594, CPC), la de litis-pendencia (LJU. T. 37, Nos. 47-36, art. 246, CPC), la de defecto legal en la preparación de la demanda (LJU. T. 63, Nº 7.469), etc. La doctrina clásica, Giorgi (*El contencioso-administrativo de anulación*, págs. 243 a 245) y Sayagues (*Tratado*,

T. II, págs. 588-589), admite, con la jurisprudencia, la aplicabilidad de las dilatorias reguladas por el CPC (art. 246), que son las comunes en todas partes, con algunas excepciones: no procede la excepción de excusión, la de litis-pendencia puede caber, pero por asunto pendiente ante el mismo Tribunal (que es único). El nombre de dilatorias no es adecuado al contencioso-administrativo, donde suelen, indirectamente, extinguir la acción misma. Como especiales del procedimiento administrativo, la doctrina y la práctica admiten las excepciones dilatorias de falta de agotamiento de la vía administrativa y la de caducidad de la acción anulatoria, las que se pueden alegar en cualquier momento y aun ser declaradas de oficio por el Tribunal pero siempre al fallar el litigio, en definitiva, si no se opusieron como dilatorias.

Brevemente nos referiremos a las causas de inadmisión, que son también motivo de defensa previa y de declaratoria de inadmisibilidad de la acción en la sentencia definitiva en Costa Rica, con referencias comparativas al derecho uruguayo, que en lo sustancial es similar, salvo en cuanto a las monstruosas e indeterminadas excepciones al control, establecidas en 1977 por el Acto Nº 8: actos políticos y de gobierno, de seguridad, de interés público y discrecionales (art. 31), regresión acorde con sus tendencias autoritarias. Derogó, incluso en su art. 37, la obligación de resolver, después de agotado el plazo para presumir la decisión ficta (art. 318 Const.), contra la esencia de la naturaleza de las potestades administrativas. En tales casos la caducidad se vuelve insanable porque no se restituyen plazos, por la posible resolución ulterior, según jurisprudencia criticable. Costa Rica tiene disposición expresa en contrario como la ley española (arts. 39/2 y 19/2). La comparación se nos vuelve, así, muy desfavorable, por el momento. Va a ser difícil desarraigar todas estas malezas de nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de los buenos augurios actuales. Estas malas simientes tienen una gran resistencia, porque concuerdan con las tendencias, inherentes al poder, a abusar del poder y a negarse a su limitación y a la corrección de sus excesos.

Causas *objetivas* de inadmisión que pueden fundar las defensas previas (exc. dilatorias en Uruguay) y declaraciones de inadmisibilidad.

*Falta de jurisdicción.* Es causa de inadmisión (ley costarricense, art. 41 a) y motivo de defensa previa 50, 19 y 60 a). En el Uruguay están excluidos los actos regidos por el derecho privado en general. Se excluyen las cuestiones penales y de la jurisdicción de trabajo (art. 49 de la ley costarricense).

*Con rigor y concreción* se excluyen, en Costa Rica, los llamados actos de gobierno, limitados a cuestiones "sobre actos de relación entre los poderes del Estado o con motivo de las relaciones internacionales de la República". Nuestra jurisprudencia fue más amplia y se negó a examinar incluso las medidas prontas de seguridad (estado de sitio) aunque juzgó sus actos de aplicación. Negativas municipales ilegales a convocar referéndum se excluyeron como actos políticos. También se reconoció el derecho a demandar indemnizaciones por actos de gobierno, no anulables. Ahora la cosa es mucho más amplia y complicada. El art. 31 del Acto 8 excluye de la jurisdicción anulatoria:

A) *Los actos políticos o de gobierno en general.*

B) *Los que la ley declare irrecurribles por razones de seguridad o de interés público y "aquellos de naturaleza administrativa que por los mismos fundamentos dicte el Poder Ejecutivo"*.

La latitud de esta disposición es infinita, porque, en principio, se supone que el Poder Ejecutivo actúa por razones de interés público. Pero en algunos actos, con dedicatoria, como la cesantía de algún funcionario antes inamovible (separado ahora, sin previo proceso, ni defensa por otro acto, el 7º, modificando por decreto una tradición constitucional de siglo y medio), se cuidó decir en los fundamentos de la resolución de destitución, que ésta se hizo "*por razones de interés público*", con lo cual se cerró la vía jurisdiccional, anulatoria (previa a la reparatoria) además de haberse privado de la oportunidad de defensa previa. Es este, a mi juicio, un caso expresivo de algo más que una crisis del estado de derecho. La sanción se aplicó por reclamar, como abogado, en juicio una inejecución de sentencia de un año, después de no cumplir la ley nueve años y por decir que la resistencia en cuestión (a cumplir leyes y sentencias) era propia del estado de policía y no del de derecho. Se dijo que la institución demandada se creía una isla subsistente del estado de policía. La sanción se aplicó al funcionario por su actuación en ejercicio profesional, privado, libre, lícito, totalmente ajeno al cargo del que se le destituyó. Quien dependía de interés público era quien reclamaba el cumplimiento de las leyes y sentencias y no quienes se ofendían por la exigencia de que cumplieran con su deber y por la calificación objetiva de la conducta institucional.

Cuando no hay prensa libre a la cual recurrir, ni hay control parlamentario y pende la amenaza de procesamiento por desacato (denunciado a jueces dependientes) la defensa se vuelve imposible. ¿Y qué vale el contencioso cuando la actividad procesal lícita de los abogados está sujeta a una policía ajena al pretorio?

Pero el Acto 8 es aún más rico en su negatividad. Tampoco cabe acción anulatoria contra "*los actos discrecionales*". Esto, por sí solo, es tan importante que no requiere comentario. Pero se agrega (en el art. 31c) que "*cabrá a los efectos anulatorios la apreciación de los supuestos normativos o de principios en que reposa la discrecionalidad*". Esto daría para mucho ante tribunales independientes, pero no en las condiciones que creó el Acto 8.

Y todavía este art. 31 agrega que en los casos del literal d) (los de seguridad o de interés público) "*queda abierta la jurisdicción reparatoria patrimonial*". ¿Y qué pasa con los otros, los actos políticos y de gobierno y discrecionales? Podría interpretarse, a contrario que en su caso no cabe acción de reparación, pese a que el Acto 8 ahora la independiza (en general) de la previa anulación.

Martins, en su esfuerzo optimista y benéfico por volver menos malo al Acto 8, descartó bien el argumento a contrario y defendió la procedencia de la acción reparatoria de los efectos de los actos de gobierno y discrecionales (*La acción de reparación patrimonial contra las personas jurídicas de derecho público*, LJU, T. L XXX, pág. 46).

Además de destruir el manido argumento a contrario, invoca el principio general de responsabilidad del Estado, que me parece el argumento más serio, y luego anteriores opiniones doctrinarias del principal autor del Acto 8 y los fundamentos

de éste. La única verdad es que esta es una etapa a clausurar, para empezar de nuevo, como recomenzó Alemania Federal, con su constitución de Bonn y sus justas leyes administrativas recientes. Este es el mensaje (angustioso, pero esperanzado) que traigo aquí y que espero que algún día pueda llegar a la juventud de mi país. Costarricenses: ¡cuiden su democracia! ¡No dejen que los demagogos y terroristas la entreguen a sus destructores naturales!

Conforme al art. 25 del CPC uruguayo, el Tribunal debería inhibirse de oficio sin más actuaciones, mandando que el interesado recurra ante quien corresponda, cuando entienda carecer de jurisdicción. Los actos consentidos por no recurrir debidamente, los que reproducen otros anteriores, confirmadores de los consentidos y los que ponen fin a la vía administrativa (art. 21/1 ley costarricense) tampoco son recurribles en Uruguay.

La cosa juzgada (art. 60 letra d) que puede apreciar de oficio el Tribunal, también es oponible como excepción mixta en Uruguay, dentro del plazo de las dilatorias (art. 246 CPC, inc. 7º) y se tramita por vía incidental (590 y ss. CPC).

#### *Causas subjetivas*

La incapacidad del actor y falta de personería del procurador (art. 246/2º CPC uruguayo) se prevén en el art. 60 inc. b) al que se remite, además el 50 inc. a) en cuanto a motivos que pueden determinar la inadmisibilidad de la acción.

Aquí anotamos que estas exposiciones costarricenses incluyen a la persona "*no legitimada*". En el Uruguay también es necesario el derecho subjetivo o el interés directo, legítimo, pero el Tribunal tiene fallado que la cuestión de legitimación no se puede promover por vía de excepción dilatoria (equivalente aproximado a las defensas previas), sino que es objeto de la sentencia definitiva (LJU, T 31, caso 4.041).

#### *La extemporaneidad*

*Causas temporales* de inadmisión, defensa previa o inadmisibilidad son en Costa Rica la falta de agotamiento de la vía administrativa o la caducidad de la acción (arts. 33, inc. 3º; 41, incs. c y d, 51/1/a, 60 incs. c que se remite al art. 21 y e). Si se opone en Costa Rica la falta de agotamiento, el art. 96 inc. 3, con criterio muy justiciero, establece que el Tribunal requerirá al demandante para que formule el recurso administrativo del caso en el plazo de 10 días y si se acreditaré dentro de los cinco días siguientes haberlo deducido, quedará en suspenso el procedimiento hasta que sea resuelto en forma expresa o presunta.

En Uruguay, como ya dijimos, estas causas se pueden alegar como excepciones dilatorias o declararse de oficio en la sentencia, porque son presupuestos procesales de orden público.

Normalmente cuando se resuelve la falta de agotamiento ya caducó el plazo para interponer la acción. Estas causales deberían ser examinadas incluso de oficio en una etapa previa de admisión, como en Costa Rica, para evitar procesos inútiles

y eventualmente restituir términos oportunamente para hacer posible el control. Este es un buen tema para una reforma, dificultada por la manía de constitucionalizar esta materia, aunque luego se la reforme por decretos llamados constitucionales.

No podemos detallar aquí, sin extendernos demasiado, los plazos para recurrir y decidir. Baste decir que antes del Acto Nº 8 se reguló el efecto del silencio. Se recurría dentro de 10 días. A los 210 quedaba tácitamente desechado el recurso de revocación (tiempo para tramitar y decidir). Otros 210 días insumía el recurso jerárquico o el de anulación, para entidades tuteladas y luego corría el plazo para accionar. La decisión expresa posterior al plazo para decidir habilitaba de nuevo el plazo para accionar (jurisprudencia de 1959 a 1979).

Ahora hay distinciones. El art. 26 del Acto 8 deja subsistentes las normas anteriores para los entes descentralizados y municipios. Estos últimos tienen algunas particularidades en virtud de su ley orgánica. Se modifica el plazo para decidir en el recurso subsidiario de nulidad contra actos de entes descentralizados (plazo de cuarenta días para decidir y notificación de la denegatoria ficta).

Se cambiaron importantes aspectos del recurso de revocación y jerárquico en la Administración Central generándose nuevos problemas y dudas y complicándose, aún más, las cosas con circulares ministeriales.

Se amplió de 10 días corridos a 20 días hábiles el plazo para recurrir, se estableció un plazo perentorio de 30 días para resolver el recurso de reposición o revocación. El silencio es negativa. Si hay recurso jerárquico subsidiario, interviene el Ministerio de Justicia, que se autocalificó en el Acto 8 "jerarca máximo de la Administración Central", verdadero despropósito corregido, en parte, por un supuesto decreto interpretativo, que restituye al Ministro del ramo competente su papel natural, pero sin intervención del Jefe de Estado. Todo esto es tan patológico que me he abstenido de considerarlo científicamente, porque esto no puede ser objeto de ciencias, jurídicas al menos. En cuarenta días hábiles se debe resolver. Es desesperante que esto se complemente con circulares ministeriales casi desconocidas, no publicadas, que ponen en juego los derechos y los medios de protegerlos. Hay vaguedades e incertidumbres en cuanto al tiempo de instrucción del asunto después del cual corre el plazo para resolver (Del Piazzo y Guariglia, *Los recursos administrativos y el acto institucional Nº 8*, págs. 67 y ss.). También Cajarville, sobre el agotamiento de la vía administrativa en el decreto const. Nº 8 (R.U.E. Nº 1, 1980, pág. 145). Como curiosidad anotamos que se concede un plazo de 20 días perentorios para demandar, a partir de la notificación del acto (art. 29) mientras por otro lado (art. 26) se otorga el mismo plazo para interponer los recursos, para agotar la vía administrativa, lo que es presupuesto de la acción de nulidad. Esta superposición, textual, es absurda. Todo esto requiere rehacerse, lúcidamente.

Otras causales son comunes a las defensas previas y excepciones dilatorias, como los defectos formales de la demanda (CPC urug., art. 246 inc. 4º, art. 6º inc. f y 50/1 costarricense) de conocida configuración procesal.

No podemos extendernos en más detalles.

## CONCLUSIONES

1º) El régimen de garantías que constituye el estado de derecho, implica, necesariamente para su realidad y eficacia el presupuesto político de la democracia constitucional, el respeto de las libertades públicas y el equilibrio de controles recíprocos, a cargo de poderes y órganos independientes. El autoritarismo político es incompatible con un verdadero estado de derecho.

2º) Las necesidades contencioso-administrativas propias del estado democrático-social de derecho requieren la organización de sistemas jurisdiccionales superadores del procesalismo individualista clásico, que doten a los tribunales de amplio poder de iniciativa e inquisitivos, mediante denuncias o incitaciones del Ministerio Público para asegurar la rápida ejecución de prestaciones urgentes de servicios públicos y sociales y velar por el imperio del derecho, en interés de la comunidad.

3º) Las leyes sobre procedimiento y proceso administrativo deben ser sistemáticamente codificadas y redactadas por comisiones de expertos en forma clara y sencilla, para garantizar la celeridad y eficacia y principalmente la certidumbre de las soluciones y la seguridad jurídica.

4º) Las causas de inadmisibilidad de los recursos y acciones deben reducirse al mínimo posible y precisarse rigurosamente como excepciones, de interpretación estricta, de las cláusulas generales de competencia de los Tribunales.

5º) El informalismo en favor del administrado, para facilitarle el acceso a la protección jurisdiccional, debe orientar las leyes de procedimiento y procesales administrativas, permitiendo por ejemplo, la corrección de omisiones formales y la restitución del plazo para demandar, después de la resolución expresa, posterior a la ficta o tácita.

6º) Es conveniente instituir (donde no exista) una etapa de admisión de las acciones contencioso-administrativas, en la que el Tribunal pueda apreciar y resolver, preventivamente, acerca de posibles causas de inadmisibilidad determinantes de posibles defensas previas, excepciones dilatorias, o las declaratorias de inadmisibilidad en la sentencia definitiva.

Montevideo, 14 de agosto de 1981