

IVSTITIA

AÑO 9 N° 104 • Agosto 1995
Apdo. 1007 - San Pedro M. de Oca, San José, Costa Rica

DOCTRINA

**El agotamiento de la vía
administrativa en la justicia
administrativa costarricense**

Crítica y perspectivas

Aldo Milano

**Sobre el contrato de franquicia
comercial**

Federico González Peña

**La derogación de los arrestos y
detenciones en los procesos
concursoales**

Carlos Manavella Cavallero

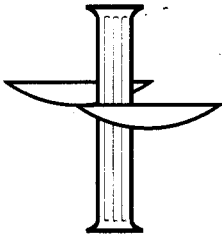
LEGISLACION

Resumen Legislativo - Agosto 1995

JURISPRUDENCIA

**Jurisprudencia en materia de
Derecho Agrario, Laboral y Procesal
Administrativo**

104



IVSTITIA
PUBLICACION
JURIDICO ECONOMICA

Tels. 253-0728/
224-8598

Apdo. 1007, San Pedro
San José, Costa Rica
Fax: 253-0728

Dirección

Lic. Carlos Manavella C.

Consejo Editorial

Dr. Olman Arguedas S.
Dr. Israel Hernández M.
Dr. Gerardo Trejos S.
Dr. Ricardo Zeledón Z.,
Lic. Ricardo Hille Q.
Dr. Francisco Castillo G.
Dr. Rubén Hernández V.
Lic. José M. Gutiérrez G.
Dr. Mauro Murillo A.
Dr. Néstor Baltodano V.
Lic. Rolando Vega Robert
Dr. Eugenio R. Zaffaroni
Dr. Diego Baudrit C.

Prohibida su reproducción
total o parcial sin la
autorización por escrito de
la Empresa Editora

© Copy right 1995

contenido - 104

DOCTRINA

**El agotamiento de la vía administrativa en
la justicia administrativa costarricense.
Críticas y perspectivas.**

Aldo Milano
4

Sobre el contrato de franquicia comercial
Federico González Peña

13

**La derogación de los arrestos y
detenciones en los procesos concursales**

Carlos A. Manavella Cavallero
17

LEGISLACION

Resumen Legislativo - Agosto 1995

19

JURISPRUDENCIA

**Jurisprudencia en materia de derecho
agrario, laboral y procesal administrativo**

22

El agotamiento de la vía administrativa en la justicia administrativa costarricense.

Críticas y perspectivas

Lic. Aldo Milano *

Nuestro régimen de justicia contencioso administrativa al igual que el régimen español, ha acogido la regla general según la cual es requisito de admisibilidad de todo proceso contencioso administrativo, el previo agotamiento de la vía administrativa.

Este concepto no es del todo claro, e inclusive para quienes se dedican como profesionales en esta materia, resulta a ratos complejo comprender sus alcances, por lo que no es de extrañar que el ciudadano común desconozca las enormes implicaciones de este requisito procesal.

De seguido nos ocuparemos de realizar un análisis de la figura con el objeto de lograr descifrar de alguna forma, lo que se ha venido a convertir en algunos casos, un verdadero acertijo de difícil solución.

I. ANALISIS CONCEPTUAL. NATURALEZA JURIDICO PROCESAL

Nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) y nuestra Ley General de la Administración Pública (LGAP) son las dos normas de mayor preponderancia en nuestro derecho procesal administrativo. En lo que toca a la regulación de la figura objeto del presente estudio, es lo cierto que ambas analizan y regulan el tema desde diversas ópticas.

La Ley General de la Administración Pública regula el punto en diversas de sus disposiciones, algunas de las cuales se ocupan de determinar la competencia orgánica para decretar el agotamiento de la vía administrativa (1) mientras que otras se ocupan de remitir a las disposiciones de la LRJCA

con el objeto de ratificar las reglas que al efecto ha establecido aquella.

Ahora bien, antes de entrar a valorar los alcances de esta normativa, es preciso concretar en algunas líneas el concepto del agotamiento de la vía administrativa, haciendo alusión para ello de los presupuestos de forma y de fondo exigidos por las normas aplicables en la materia.

Indica al efecto nuestra LRJCA en su artículo 31, textualmente lo siguiente:

" 1. Será requisito para admitir la acción contencioso-administrativa el agotamiento de la vía administrativa.

2. Este trámite se entenderá cumplido:

a) Cuando se haya hecho uso en tiempo y forma de todos los recursos administrativos que tuviere el negocio; y

b) Cuando la ley lo disponga expresamente."

De forma clara la ley determina como un requisito ineludible para la admisibilidad del proceso contencioso administrativo, el previo agotamiento de la vía administrativa, lo cual supone la imposibilidad de conocer del fondo del asunto en aquellos casos en los cuales se acuda a esta vía jurisdiccional especializada, sin antes haber cumplido con dicho requisito de admisibilidad del proceso.

Es preciso aclarar además que cuando la Ley indica que el agotamiento se produce tan sólo luego de la interposición de los recursos que caben en contra del acto, debe entenderse que ello implica la necesidad de interponer los denominados recursos administrativos ordinarios y no así el recurso de revisión de carácter extraordinario previsto y regulado por los artículos 353 y 354 de la LGAP, todo ello al tenor de lo establecido por el artículo 126 de la LGAP, cuyo análisis realizaremos infra.

Es de importancia ahora hacer alguna referencia en torno al agotamiento de la vía administrativa desde el punto de vista del proceso contencioso administrativo. Nuestra LRJCA es clara cuando determina que el agotamiento de la vía es requisito de admisibilidad del proceso contencioso, según

(1) Los artículos 126 y 127 de la LGAP enumeran los actos capaces de generar el agotamiento de la vía administrativa, ya sean presuntos o expresos. En el segundo de los casos, detalla además la Ley, desde el punto de vista orgánico, aquellos supuestos en los cuales es admisible tener por agotada la vía administrativa.

* Profesor de Derecho Procesal Administrativo

vimos, y además cuando crea oportunidades procesales dentro de las cuales el Juez, ya sea de oficio o a gestión de parte, procede a valorar la existencia o inexistencia de ese presupuesto de forma del proceso.

Nos referimos en el primer supuesto al artículo 41.1.d) de la LRJCA, según el cual:

" Si el Tribunal lo considerare procedente, declarará no haber lugar a la admisión del reclamo aún sin pedir el expediente administrativo, cuando constare de modo inequívoco y manifiesto:

d) Que no está agotada la vía administrativa",

En cuanto al segundo supuesto, los artículos 33.3 y 50 de la misma Ley, establecen la posibilidad de conocer de la defensa previa de falta de agotamiento de la vía administrativa opuesta por la parte demandada, cuya acogida supone, como es sabido, la posibilidad de declarar "sin curso la demanda" con el correspondiente archivo de la misma.

Así las cosas, es claro que a falta del agotamiento de la vía administrativa, o lo que es lo mismo, a falta de la interposición en tiempo y forma de los recursos administrativos ordinarios oponibles al acto final, no es posible la admisión del proceso para su resolución de fondo, constituyéndose así este en un requisito formal para la admisión del proceso y su resolución por el fondo.

Deja esta situación muy clara la resolución Nº 290 de las 08:45 horas del 8 de junio de 1982 del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, que en lo que interesa determinó:

" Si contra la resolución dictada por el banco, respondiendo al reclamo administrativo de la actora, cabe el recurso de apelación ante la Junta Directiva de la Institución, que es el superior jerárquico del Gerente, que fue quien firmó el acto administrativo respondiendo al reclamo de la sociedad actora, no se operó el agotamiento de la vía administrativa, dado que no se ha ejercitado el recurso de apelación contra la resolución dictada por el Gerente del banco demandado, por lo que no existe el presupuesto necesario para poder darle curso a la acción."

II. CONFIGURACION DEL AGOTAMIENTO DE LA VIA. CASOS DE EXCEPCION

Con el objeto de lograr definir los alcances del concepto antes desarrollado, debemos indicar que el agotamiento de la vía administrativa según lo

establecido por el artículo 31.2. a) de la LRJCA, precisa de ciertos elementos, a saber:

- existencia jurídica o tan solo procesal, de un acto administrativo final, expreso o presunto, respectivamente, o bien de un acto que sin ser final, sea susceptible de ser impugnado por sus características y efectos;

- interponer en su contra, todos los recursos administrativos ordinarios previstos por el Ordenamiento, según sea el caso; y

- la resolución expresa o presunta de aquellos.

Así las cosas, analicemos cada uno de los elementos antes indicados:

Afirmamos la necesidad de la existencia expresa o presunta de un acto administrativo de naturaleza final, en el tanto es conocida su necesaria configuración para admitir formalmente la interposición de recursos administrativos en su contra.

Sólo por vía de excepción se admite en nuestro régimen la interposición de recursos administrativos en contra de actos que no sean finales.

Es esa la regla establecida por el artículo 345.1 de la LGAP, según el cual:

" 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."

Indica por su parte el inciso 3 de la misma norma, lo siguiente:

" Se considerará como final también el acto de tramitación que suspenda indefinidamente o haga imposible la continuación del procedimiento ."

De esta forma, salvo las cinco excepciones antes detalladas, la regla general es admitir tan sólo recursos en contra de actos finales, es decir, aquellos que causan estado en el tanto crean, modifican o extinguen situaciones jurídico-administrativas.

Esta regulación coincide con lo establecido por el artículo 18 inciso 1 de la LRJCA, según el cual:

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

administrativa, ya sean definitivos o de trámite; y en cuanto a éstos últimos, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquella vía o hagan imposible o suspendan su continuación."

Ahora bien, tal y como lo planteamos, los actos administrativos susceptibles de ser recurridos podrán tener su origen en una declaración expresa de voluntad de la Administración, o bien, ser el producto de la configuración del silencio negativo.

En este último caso, sin embargo, es preciso hacer una precisión, dado que la LRJCA prevee la posibilidad de obviar la interposición del recurso ordinario de reposición en contra de aquellos actos presuntos por silencio negativo según la regulación del artículo 19, lo cual nos deja en evidencia lo siguiente:

- si el acto presunto es producto de la no resolución en un plazo de dos meses de una petición de cualquier naturaleza planteada a un órgano de Superior Jerarquía, el agotamiento de la vía no precisará de un ulterior recurso;

- si el acto presunto es el producto de la formulación de una petición de cualquier naturaleza no resuelta en el plazo de dos meses para ante un órgano de inferior jerarquía, será preciso ejercer el o los recursos previstos por el Ordenamiento Jurídico al efecto.

Si analizamos ahora el punto relativo a la interposición de todos los recursos ordinarios previstos por el Ordenamiento en contra del acto dictado por la Administración, debemos indicar que este es un requisito en ocasiones de difícil consecución para el particular.

Si bien es cierto tanto la LRJCA como la LGAP determinan cada una de ellas los supuestos en los cuales debe interponerse uno u otro recurso ordinario, es igualmente cierto que existen diseminadas en el Ordenamiento Jurídico una gran cantidad de normas que regulan de forma especial esta materia.

A manera de ejemplo tan sólo, en materia municipal, dependiendo de la jerarquía y relación de dependencia administrativa, así como la del acto o acuerdo que se impugne, se presentan al menos cinco alternativas en torno a la naturaleza de los recursos y a los órganos que deben conocerlos (2). Más complejo

(2) Véanse en ese sentido los artículos 171, 172, 173, 174, 178 y 179 del Código Municipal y artículo 86 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

aún es el caso de la materia tributaria en medio la cual las alternativas en cuanto a recursos, plazos y órganos que deben resolverlos es aún más imbricada.

Todo ello nos obliga, cuando de agotar la vía se trate, a analizar de previo las disposiciones legales especiales, si es que existen y de lo contrario, aplicar las reglas de la LRJCA y de la LGAP, cuyo detalle analizamos de seguido.

A. EL RECURSO DE REPOSICION O RECONSIDERACION

La denominación de este recurso de carácter ordinario ha sido incorporada en nuestro medio a partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1956, la cual en su articulado incorpora como requisito previo al "recurso" contencioso, el recurso de reposición.

La doctrina española inclusive ha entrado en la discusión relativa a la naturaleza administrativa del recurso, llegando algunos autores a la conclusión de que "*según la legislación española, el recurso de reposición no forma parte de la vía administrativa*" (3), si bien se le reconoce ese carácter administrativo en el tanto debe ser resuelto por un órgano de esa misma condición.

Si es claro sin embargo, como lo apunta GONZALEZ PEREZ (4), que el recurso de reposición o reconsideración, es finalmente un presupuesto procesal por medio del cual, una vez ejercido y resuelto de forma expresa o presunta, se logra el agotamiento de la vía administrativa.

Nuestra LRJCA se ocupa en ese aspecto de regular el denominado recurso de reposición o reconsideración en sus artículos 31.3, el cual, para su plena comprensión transcribimos de seguido:

" En todo caso, cuando lo impugnado emanare directamente de la jerarquía superior de la respectiva entidad administrativa y careciere de ulterior recurso administrativo, deberá formularse recurso de reposición o reconsideración ante el mismo órgano que ha dictado el acto o la disposición, en el

(3) Guaita, Aurelio. Naturaleza del recurso de reposición previo al contencioso. Revista de Administración Pública, Madrid, No 82, 1977, pág. 48.

(4) Véase: González Pérez, Jesús. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Madrid, Editorial Civitas, Primera Edición, 1978, pág. 720.

plazo de dos meses, a contar de la fecha en que se notifique o publique el acto, con los requisitos a que se refiere el artículo 38"

Es claro que la Ley en esta norma establece como un requisito para la admisibilidad de esta impugnación, el que el acto que es objeto de la misma, emane directamente de la superior jerarquía administrativa, con lo cual se reputa que el acto a impugnar nace a la vida jurídica producto del ejercicio de una potestad conferida al Superior Jерarca de la Administración, y no como producto de la revisión de legalidad de un acto de algún organo subordinado, caso en el cual la regla será diversa según veremos.

La LGAP por su parte, se ocupa de establecer en el artículo 344.3, en confirmación de lo anterior, lo siguiente:

" Cuando se trate del acto final del jerarca, se aplicarán las reglas concernientes al recurso de reposición de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa."

Igualmente el artículo 345.2 nos indica:

" La revocatoria contra el acto final del jerarca se regirá por las reglas de la reposición de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa."

Ambas normas dejan en claro por ello que las reglas de la LRJCA en cuanto al recurso de reposición o reconsideración se han mantenido vigentes luego de la abrogación de la LGAP, todo lo cual se ratifica, para relevar de cualquier duda al aplicador del Derecho, en el artículo 368.2 de esta última (5).

En torno al recurso de reposición o reconsideración, ha establecido el legislador ciertas reglas de importancia. Nos referimos a aquellos casos en los cuales no es precisa su interposición para optar por la vía jurisdiccional, a pesar de tratarse de actos finales que emanan directamente del Superior Jерarca, así como también, del mecanismo procedimental que permite, frente a la incuria de la Administración, tenerlo por presuntamente rechazado.

En cuanto al primer aspecto, debe hacerse alusión a los artículos 31.2 b), 32 y 87 de la LRJCA.

(5) Indica esta disposición textualmente lo siguiente: "Igualmente, se mantienen vigentes las disposiciones de procedimiento administrativo contenidas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa."

La primera de las normas nos deja en claro la posibilidad de que, por disposición legal, el agotamiento de la vía no suponga el ejercicio de recurso administrativo alguno, sino que se producirá con el dictado del acto final. Son precisamente esos los casos previstos por los artículos 32 y 87 de la LRJCA, los cuales detallamos de seguido:

- cuando sea realizada una gestión al Superior Jерarca sin que éste proceda a su resolución en el plazo de los dos meses, situación frente a la cual es admisible tener por agotada presuntamente la vía, según se analizó supra,

- en el caso de actos no manifestados por escrito, caso previsto además por el artículo 357 de la LGAP, el cual no sólo releva de la carga procesal del agotamiento de la vía, sino que además admite el ejercicio de la vía interdictal.

- en los supuestos en los cuales lo impugnado sea una disposición de carácter general de la Administración Central, Municipalidades, Instituciones Autónomas y demás entidades públicas, lo cual supone por ello que todo decreto ejecutivo con o sin alcance normativo, para su impugnación, no precisará del previo agotamiento de la vía administrativa, y finalmente,

- todo acto que de cualquier modo suponga la destitución antes del vencimiento del periodo respectivo, de un miembro de Junta Directiva de alguna entidad autónoma.

Claros los supuestos de excepción frente a los cuales no debe interponerse el recurso de reposición, debemos ahora analizar lo relativo a la posibilidad de tenerlo por presuntamente rechazado, a los efectos de tener expedita la vía jurisdiccional.

Tal y como lo hemos indicado, el artículo 19.1 de la LRJCA autoriza a tener por rechazada presuntamente cualquier gestión que luego de dos meses de ser presentada, no haya sido expresamente resuelta por la Administración, figura que como la Doctrina unánime lo admite, tiene como sentido y provecho, el aspecto enteramente procesal, y no supone de forma alguna, la configuración presunta de situación jurídico administrativa alguna.

Ahora bien, el Legislador creyó necesario para claridad en la aplicación de esta figura, regular de forma expresa la posibilidad de que el agotamiento de la vía administrativa se produzca como consecuencia de que, interpuesto el recurso de reposición, éste

se tenga como rechazado con el simple transcurso de dos meses a partir de su interposición, sin que se haya resuelto por parte del Jерarca de forma expresa la indicada gestión recursiva (6).

B. EL CASO DEL RECURSO DE APELACION

Al igual que el recurso de reposición, el recurso de apelación tiene la condición de ser un recurso de carácter ordinario, tal y como lo plantea de forma clara el artículo 343 de la LGAP. Asimismo, como lo indicaremos, en los supuestos regulados por la LGAP, al igual que el recurso de reposición, el recurso de apelación se constituye en un presupuesto procesal del proceso contencioso administrativo, en el tanto es el medio por el cual se alcanza el agotamiento de la vía administrativa.

A diferencia, según se vio, de diversas disposiciones legales especiales (7), la LGAP establece como regla general aquella según la cual, en el caso de actos finales que no emanan directamente del Superior Jerarca, es tan sólo necesario interponer el recurso ordinario de apelación.

Ha establecido al efecto la doctrina que:

" Para entender por agotada la vía administrativa no es en la actualidad necesario interponer sucesivos recursos de alzada hasta llegar al vértice de la pirámide jerárquica en torno a la cual se organiza la Administración; la LGAP dispuso en su artículo 350 que en el procedimiento administrativo habrá en todos los casos una única instancia de alzada, cualquiera que fuere la procedencia del acto recurrido." (8)

(6) Véase al efecto, el artículo 33.1 de la LRJCA, según el cual: " Transcurridos dos meses desde la interposición del recurso de reposición, sin que se haya producido y notificado la correspondiente resolución, se entenderá desestimado y quedará expedita la vía administrativa."

(7) Debemos reiterar en ese aspecto que diversas disposiciones legales establecen la necesidad de interponer en contra de actos finales que emanen de órganos subordinados, los recursos de revocatoria para ante el mismo órgano que dictó el acto, y apelación para ante el superior. Ese es el caso del Código Municipal, Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley Orgánica del Ministerio de Salud, entre muchas otras.

(8) Gimeno Sendra, Vicente y otros. Derecho Procesal Administrativo Costarricense, San José, Editorial Juricentro, 1a. Edición, 1993, pág. 281.

Esta conclusión puede ser extraída de lo establecido por los artículos 344.2 y, como lo indican los anteriores autores, de lo establecido por el artículo 126, ambos de la LGAP, en el tanto deja el primero sentada claramente la regla de que, en el caso de que el acto no emane directamente del Superior Jerarca, podrá ser interpuesto tan sólo el recurso de apelación el cual, una vez resuelto por el organo correspondiente -art. 126-, pondrá fin a la vía administrativa.

No deja duda alguna en ese sentido la resolución No. 9180 de las 15:30 horas del 20 de enero de 1987 de la Sección Primera del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, cuando de forma clara indica:

" La doctrina del Derecho Procesal Administrativo enseña que la vía administrativa se agota por el ejercicio en tiempo y forma de los recursos administrativos que tenga el asunto (art.31.1. aparte a), conexo con el 18.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 126 y 350.2 de la Ley General de la Administración Pública). Caso especial es el del agotamiento por silencio administrativo. Ahora bien, cuando quien ha decidido el reclamo es un órgano que no es el jerarca, cabe, entonces, recurso de apelación ante el superior y lo que éste decida agota la vía administrativa; pero si quien toma la resolución o acto que agravia al interesado es el jerarca administrativo, el recurso que procede para agotar la vía administrativa es el de reposición. En el caso en estudio la vía administrativa quedó agotada con la resolución del recurso de alzada, por lo que no cabía interponer, como lo hizo el actor, el recurso que llamó "revisión", lo que quizá lo confundió en cuanto al plazo para interponer la acción, pues lo dejó transcurrir."

III. HACIA UNA INTERPRETACION ANTI-FORMALISTA DEL AGOTAMIENTO DE LA VIA ADMINISTRATIVA

Inicialmente, el agotamiento de la vía administrativa fue pacíficamente admitido como un mecanismo con una doble función, la posibilidad de que la Administración Pública ejerciera su poder de autotutela, así como también, que ejerciera la función de una conciliación prejudicial que permitiera, por economía procesal, una solución al diferendo del particular con la Administración.

Inclusive, se considera por parte de la jurisprudencia constitucional, que el derecho de ejercer recursos administrativos en contra de un acto de ese

mismo carácter, es una manifestación del debido proceso de raigambre constitucional (9).

Sin embargo, en la actualidad, dada la complejidad de su configuración procedimental, lejos de ser un mecanismo que asegure la justicia administrativa, representa en muchas ocasiones, un laberinto difícil de descifrar y que impide o al menos obstaculiza el acceso a la justicia contencioso administrativa garantizada por el artículo 49 constitucional (10).

Esta situación ha obligado a la doctrina y jurisprudencia a darle al agotamiento de la vía administrativa, un carácter informal en beneficio del derecho al acceso a la justicia contencioso administrativa por parte de los administrados.

Debe recordarse en todo caso que uno de los principios que informan el proceso contencioso administrativo es el denominado principio antiformalista, el cual detalla la doctrina, " ... ha llevado a relativizar, en un sentido pro actione y favorable al enjuiciamiento de fondo, todos los presupuestos y requisitos de carácter procesal. Se ha afirmado así en reiteradas ocasiones que las causas de inadmisibilidad establecidas en la LJCA deben ser aplicadas en una interpretación conforme al artículo 24.1 de la Norma Fundamental con un criterio restrictivo y en el sentido más favorable posible a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo contenido normal es el del enjuiciamiento de fondo de las cuestiones planteadas." (11).

El mencionado artículo 24.1 de la Carta Constitucional Española es aquel mediante el cual se garantiza al ciudadano español el derecho a la tutela judicial efectiva en protección de sus derechos e intereses legítimos, garantía equiparable a la que en nuestro medio encontramos en los artículos 41 y 49

(9) Véase al efecto, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 15-19 de las 16:45 horas del 5 de enero de 1990.

(10) Como evidencia de esta situación, véase la ya citada resolución No 9180 de las 15:30 horas del 20 de enero de 1987 de la Sección Primera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, caso en el cual, con motivo de un errado agotamiento de la vía administrativa, el litigio se tornó en inadmisibile, y con ello se truncó el acceso a la justicia contencioso administrativa.

(11) Escusol Barra, Eladio y otro. Derecho Procesal Administrativo, Procedimiento Administrativo y proceso ante los tribunales contencioso-administrativos, Madrid, Editorial Tecnos, 1995, pág. 369.

constitucionales, en lo que toca a la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, sabido es que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1956 nació a la vida jurídica con anterioridad a la actual Constitución de 1978, así como con anterioridad al desarrollo pleno del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva que doctrinal y jurisprudencialmente ha tenido enorme desarrollo y trascendencia en Europa en las últimas décadas.

De esta forma, de la mano del mecanismo de interpretación conforme con la Constitución, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de esa nación ha venido teniendo un viraje de enorme trascendencia, lo cual ha llevado a reconocer en aquel medio, un clara orientación antiformalista en el agotamiento de la vía administrativa previa (12).

De enorme trascendencia es igualmente la Jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo nuestro que a partir de la resolución No. 9509 de las diez horas treinta minutos del 17 de julio de 1987, de su Sección Primera, sentó una jurisprudencia antiformalista y profundamente conforme a la garantía de la tutela judicial efectiva de los particulares frente a la Administración Pública.

En el tanto ese requisito de admisibilidad del proceso contencioso siga existiendo, es claro que será preciso, en beneficio de la garantía constitucional ya referida, darle un tratamiento netamente informalista.

Extraemos de esta resolución, en cuanto al punto bajo examen, lo siguiente:

" ... III. Que el Tribunal discrepa de lo dispuesto por la Juzgadora de Instancia en cuanto a la declaratoria de falta de agotamiento de la vía administrativa. En realidad, consta en el expediente administrativo que el acuerdo de la Junta Directiva de la administración demandada mediante el cual se revocó la adjudicación otorgada a la accionante, fue tomado el 16 de mayo de 1993, en la sesión 3434, artículo II, acto, que le fue notificado a la actora mediante el oficio N° 1494 del 31 del mismo mes y

(12) Para un estudio pormenorizado de esta orientación jurisprudencial, véase a Fernández Pastra (José María), Revista de Administración Pública, Orientación antiformalista de la Jurisprudencia en el Agotamiento de la Vía Administrativa Previa, No. 121, Enero-Abril, 1990, pp. 259 a 267.

año, expedido a través de correo certificado el siguiente 7 de junio; la señora R.H. presentó revocatoria de ese acuerdo ante el Subgerente del demandado el 2 de junio de aquel año, funcionario que no lo presentó a conocimiento de su Oficina Legal. Ese Departamento estimó que el recurso era inadmisibile por extemporáneo y por cuanto debió presentarse ante la Junta Directiva del Instituto, órgano director del procedimiento que dictó el acto final y el que tenía la facultad de agotar la vía administrativa, dictamen que fue acogido por el (sic) aquel funcionario y comunicado a la actora. (Hechos probados 20 al 23). Esa conducta fue impropia, ya que aunque presentado a la subgerencia, el memorial de la accionante establecía con suma claridad su pretensión de revocatoria de un acto de la Junta Directiva de la institución, de manera que la obligación de aquél era encauzar la reclamación y si así no se hizo, ello no puede perjudicar al administrado. Por otra parte, de conformidad con el artículo 245 de la Ley General de la Administración Pública, la notificación de los actos administrativos debe incluir el texto íntegro de aquél, los recursos procedentes, el órgano ante el cual deben interponerse, y el plazo para hacerlo, requisitos de los cuales carecía el acto de revocación del derecho de la accionante emanado de la Junta Directiva de la Institución, de suerte que, en aplicación de ese principio y del de buena fe que rige el procedimiento administrativo y considerando que los trámites administrativos deben ser un auxiliar para obtener respuesta a los requerimientos de los ciudadanos y no una carrera de obstáculos que se deba vencer, el Tribunal estima procedente considerar válida aquella gestión y agotada la vía administrativa con la petición que posteriormente formulara la interesada ante la Junta Directiva con fecha 10 de agosto del año 1983. Con fundamento en las razones expuestas debe modificarse entonces el fallo en cuanto declara incumplido dicho requisito, que de toda suerte hubiera llevado a un pronunciamiento de inadmisibilidad de la acción, que no se decretó."

Si bien el Tribunal encuentra fundamento para la interpretación que formula con gran acierto, en los principios de formalidad moderada y de buena fe, es lo cierto que en el fondo, el principio que debe dar sustento a interpretaciones como la anterior, es el de interpretación conforme de las normas y los procedimientos con la Constitución, en este caso específico, conforme a la garantía de justicia contencioso administrativa derivada del artículo 49 constitucional antes citado y del cual en adelante nos ocuparemos.

IV. ¿ ES CONSTITUCIONAL LA EXIGENCIA DEL AGOTAMIENTO DE LA VIA ADMINISTRATIVA ?

Con motivo del antes mencionado desarrollo de la figura del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto de forma doctrinal como jurisprudencial, Italia, España y Alemania, han visto aumentar cada día más la importancia de lograr precisar el contenido esencial de esta garantía constitucional, pieza angular del sistema de derecho.

Dentro de esta construcción, han sido diversas las ocasiones frente a las cuales la doctrina se ha comenzado a cuestionar la constitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de todo proceso contencioso administrativo, en especial en el caso español en el cual es ineludible cumplir con éste.

A diferencia de nuestro caso, como del caso español, en la justicia administrativa italiana, " la regla general que preside la materia es la del carácter potestativo de las vías administrativas previas " (13) situación idéntica se presenta en el caso francés, caso en el cual " la regla general es que los recursos administrativos constituyen una opción del recurrente que puede, si lo prefiere, acudir directamente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa ". (14)

Así las cosas, estos antecedentes como el sistemático rechazo de las gestiones de los particulares al margen de la enorme lentitud para obtener la resolución administrativa final, han venido ocasionando expresiones de la más autorizada Doctrina que tiende hacia la eliminación de dicho requisito como un requisito inexorable para el posterior ejercicio del derecho de accionar en la vía contencioso administrativa.

García de Enterría propugna en ese sentido por lo siguiente:

" La única solución razonable es convertir la vía previa de preceptiva en facultativa, que es la fórmula tradicional francesa. Por cierto, que hay una frase de un Juez americano que es muy expresiva que dice: "No se puede obligar a nadie a sacar agua

(13) Peman Gabin, Juan. Vía administrativa previa al derecho a la tutela judicial efectiva, Revista de Administración Pública, Madrid, No. 127, Enero-Abril, 1992, págs. 150.

(14) Fernández Pastrana, op. cit., págs. 259.

de un pozo seco", y el pozo está seco cuando la Administración se ha pronunciado ya, de modo que no hay por qué forzar a intentar sacar agua de ese pozo " (15)

Ahora bien, en medio de esta argumentación resulta necesario ahora cuestionarse si este requisito de admisibilidad del proceso contencioso administrativo, es o no constitucional.

En el caso del Derecho Comparado, es posible hacer referencia a dos antecedentes conocidos por los tribunales especializados de Italia y España, a los cuales se hace referencia en la monografía ya citada de Peman Gavin.

Indica el autor que a pesar de la mencionada regla general del carácter potestativo del agotamiento de la vía administrativa en el régimen italiano, de forma aislada existen algunas disposiciones legales lo que convierten en preceptivo, aspecto que analizado por la Corte Constitucional llevó inicialmente al rechazo de la cuestión de constitucionalidad planteada al efecto.

No es sino en 1991 mediante sentencia de 11 de enero que la Corte Constitucional encuentra motivos de inconstitucionalidad en una norma que obligaba a la reclamación administrativa previa a la jurisdiccional.

Sintetiza dicho antecedente jurisprudencial el autor, como sigue:

" Para resolver la cuestión comienza observando la Corte Constitucional cómo, de acuerdo con lo establecido por el propio artículo 20 del Código postal, el transcurso de los plazos para interponer la reclamación administrativa (cuya amplitud depende del servicio de que se trate; seis meses en correspondencia certificada y asegurada), cierra por completo toda posibilidad de ejercicio de la acción judicial (cuyo plazo de prescripción se fija en tres años). A juicio de la Corte, una restricción tan grave del derecho a la tutela judicial garantizado por los artículos 24 y 113 de la Constitución es desproporcionada respecto a la exigencia de permitir a la Administración el examen previo de las quejas de los usuarios en orden a evitar largos y costosos procedimientos judiciales y constituye un privilegio

injustificado de la Administración. Con ello -sigue diciendo la Corte- resulta violado también el artículo 3 de la Constitución bajo la perspectiva de la igualdad de las partes del contrato, igualdad contractual que debe presidir las relaciones entre los usuarios y la Administración Postal, dado que se trata de una relación de naturaleza contractual sometida fundamentalmente al régimen de Derecho privado.

Sobre la base de esta apreciación la sentencia dedica algunas consideraciones a perfilar el contenido del fallo, llegando a la conclusión de que la adecuación del precepto controvertido a la Constitución sólo puede conseguirse entendiendo que el particular queda en libertad para elegir entre la interposición de la reclamación administrativa previa (en los plazos específicamente establecidos al efecto) con posterior recurso a los Tribunales, o bien optar de forma inmediata por el recurso a estos últimos. El fallo de la sentencia declara por ello la inconstitucionalidad de la norma cuestionada "en la parte que no prevé la posibilidad de la acción judicial en defecto de reclamación previa en vía administrativa" (16)

Sin embargo, confrontado este fallo de la Corte Constitucional italiana con dos fallos del Tribunal Constitucional español, el panorama se mantiene aún oscuro.

En el mismo artículo el autor analiza las sentencias 21/1986, de 14 de febrero, y 60/1989, de 16 de marzo, ambas del Tribunal Constitucional Español.

De las mismas extrae el autor la idea según la cual, resulta admisible la exigencia del agotamiento previo de la vía administrativa, en el tanto considera el Tribunal Constitucional que no representa un obstáculo legal innecesario y excesivo, fundamentalmente por dos razones:

- " cumple unos objetivos que se consideran razonables e incluso beneficiosos para el desenvolvimiento de los mecanismos jurisdiccionales en su conjunto", y

- " la reclamación administrativa previa se justifica, especialmente, en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración tiene encomendadas por el ordenamiento constitucional ".

Cierra su comentario al respecto el autor con una reflexión final que comienza a tomar fuerza dentro

(15) García de Enterría, Eduardo. Hacia una nueva Justicia Administrativa, Madrid, Editorial Civitas, 2a. Edición ampliada, 1992, pág. 67.

(16) Peman Gavin. op. cit., págs. 155 y 156.

de la doctrina, el previo agotamiento de la vía administrativa debe convertirse en facultativo y además lograrse una unificación de las reglas aplicables.

En nuestro medio no existen antecedentes de la Sala Constitucional en cuanto a este punto. Si existe sin embargo un antecedente en relación con la obligada igualdad procesal de las partes, lo cual llevó a la imposición del deber de afianzar costas por parte de la Administración Pública, al igual que el particular.

Lo cierto es que en todo caso de la letra de

nuestro artículo 49 constitucional no se deriva el deber para el particular del previo agotamiento de la vía administrativa, en fe de lo cual no existe obstáculo constitucional alguno para dar el paso hacia un agotamiento de vía de carácter facultativo y no ya preceptivo como en la actualidad. (17)

Abogamos por ahora, a la espera de la urgente reforma legal, por la incorporación aún más fuerte de una aplicación directa de la Constitución y una interpretación conforme a ésta de aquellas normas que regulan, como lo vimos, el agotamiento de la vía administrativa.

(17) Indica al efecto el artículo 49 constitucional, textualmente lo siguiente: "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 del poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La Ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados."