

EL ÁMBITO Y LAS PRETENSIONES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. LA NECESIDAD URGENTE DE SU REFORMA

Dr. Ernesto Jinesta Lobo

Profesor universitario

Ivstitia. Año 12. Nº 141-142. Setiembre-October. 1998.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA NECESIDAD DE AMPLIAR EL AMBITO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA TOMANDO COMO PUNTOS DE PARTIDA LAS CONSTRUCCIONES DOGMATICAS DE LAS FORMAS DE ACTUACION ADMINISTRATIVA (FUNCION ADMINISTRATIVA) Y DE LA RELACION JURJDICO-PUBLICA. 1. La doctrina de las formas de manifestación de la función administrativa. 2. La doctrina de la relación jurídico-pública o administrativa. III. LA REVOLUCION CIENTIFICA Y EL FIN DE UN PARADIGMA. IV. LAS CARENCIAS E INADECUACION DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. V. UN NUEVO PARADIGMA: UN NUEVO PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. VI. EL REPLANTEAMIENTO DE LOS PODERES DEL JUEZ Y DE SU PAPEL EN EL NUEVO PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. VII. LAS PRETENSIONES EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 1. Las pretensiones deducibles a la luz de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente. A. Las pretensiones en el proceso ordinario contencioso administrativo. A. 1. La pretensión de mera anulación. A.2. La pretensión de plena jurisdicción. B. Pretensiones ejercitables en los procesos ordinarios civiles de hacienda. C. Propuestas de “lege ferenda”. C. 1. Las pretensiones meramente declarativas. C.2. Las pretensiones de condena o prestacionales.

I. INTRODUCCION

La Justicia Administrativa padece hoy una aguda “crisis doctrinal e institucional” (1). Concretamente, se trata de la denominada “crisis del modelo impugnatorio-anulatorio” (2)

Doctor en Derecho Administrativo y Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

En efecto, si el juez de lo contencioso administrativo, tiene, básicamente, poderes de anulación, el resto de sus competencias y atribuciones en el proceso se circunscriben a hacer efectivos aquellos, sin ir más allá. El juez contencioso administrativo carece, de “lege data”, de competencias suficientes para regular directa e inmediatamente las relaciones y situaciones jurídico-públicas, lo cual va en detrimento de los límites y alcances del entero sistema de la justicia administrativa, proyectándose, consecuentemente, en todos sus ámbitos.

Partiendo de una relectura del Derecho de la Constitución (principios, valores, preceptos y jurisprudencia constitucionales), resulta, a todas luces, que la tutela jurisdiccional de mera impugnación y anulación no satisface las exigencias insoslayables del ciudadano a una tutela judicial pronta y cumplida frente a la Administración pública.

Precisamente por lo anterior es menester reformular el objeto del proceso administrativo, esto es, las pretensiones para procurar un control de legalidad total o pleno, esto es, sin fisuras de la entera función administrativa. Solo de esa forma la legislación

adjetiva se conformara con los parámetros impuestos por el constituyente en los ordinales 33, 41, 49 y 153 de la Constitución Política. Conviene, por tanto, tener en consideración la celeberrima frase de Calamandrei según la cual la ley procesal debe seguir a la ley sustantiva como la sombra sigue al cuerpo.

II. LA NECESIDAD DE AMPLIAR EL AMBITO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA TOMANDO COMO PUNTOS DE PARTIDA LAS CONSTRUCCIONES DOGMATICAS DE LAS FORMAS DE ACTUACION ADMINISTRATIVA (FUNCION ADMINISTRATIVA) Y DE LA RELACION JURIDICO-PUBLICA

1. La doctrina de las formas de manifestación de la función administrativa

Nuestro texto constitucional en su ordinal 49 emplea un concepto que constituye la clave de bóveda del derecho administrativo, cual es el de “función (3) administrativa”. Esta noción presupone, desde una perspectiva dialéctica, el de “disfunción (4) administrativa”. El término función administrativa, además de tener una connotación dinámica engloba, al presuponer su antítesis, todas las formas jurídicas y no jurídicas de exteriorización de la Administración Pública (v. gr. las actuaciones materiales o técnicas y las omisiones).

Se impone, por consiguiente, como tarea impostergable del legislador adecuar la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al parámetro constitucional para evitar nociones legislativas restringidas del control de legalidad plenario y amplio de la función administrativa diseñado por el constituyente.

En suma, no solo la actividad formal expresa (v. gr. actos administrativos unilaterales de efectos concretos o generales o bilaterales -contratos administrativos-) o presunta (v. gr. silencio negativo) de la administración pública debe ser objeto de impugnación, puesto que, la función administrativa comprende, además, las actuaciones materiales de la Administración (v. gr. vía de hecho, coacción directa y coacción anómala), la inactividad material (v. gr. la no prestación de un servicio público frente al derecho subjetivo perfecto del usuario a recibirlo) y la inactividad formal (v. gr. el no dictado de un acto administrativo favorable ante la correlativa situación jurídica sustancial del administrado que lo impone).

2. La doctrina de la relación jurídico-pública o administrativa.

La doctrina de las formas de manifestación de la función administrativa debe complementarse con la construcción dogmática de la relación jurídico-pública.

En efecto, uno de los aspectos críticos de la dogmática jurídico-administrativa contemporánea, que denota su esclerosis, reside en que sigue girando en torno al concepto de acto administrativo como el elemento central del Poder de Policía (5).

Por lo anterior, se ha preconizado que el procedimiento administrativo y la relación jurídico-administrativa desplacen al acto administrativo como pivote de la dogmática jurídica (6). De esa forma, el acto administrativo deja de “constituir el fin del procedimiento y el principio de la tutela jurídica procesal” (7).

A nuestro juicio, no se trata de sustituir la desarrollada y acabada construcción dogmática de las formas jurídicas y no jurídicas de manifestación de la función administrativa (acto administrativo, contrato administrativo, actuación material, inactividad formal y material, etc.) sino de acudir a una figura que las englobe o comprenda a todas para obtener un control de legalidad completo, acabado y sin fisuras de toda la función administrativa (artículo 49 de la Constitución Política). Lo que debe propugnarse es una ruptura de la preponderancia del acto administrativo entre las diversas formas de manifestación de la actuación administrativa y, por consiguiente, evitar que la tutela jurídica de las situaciones jurídicas sustanciales bascule, única y exclusivamente, sobre éste. Por consiguiente, la comunidad jurídica debe asumir e internalizar, de una vez por todas, que el acto administrativo no es la única forma jurídica de manifestación de la actuación administrativa (8).

La dogmática de las formas jurídicas y no jurídicas de exteriorización de la función administrativa cumple un rol sistematizador, ordenador y didáctico, puesto que, reconduce a categorías típicas o predeterminadas la heterogénea y amorfa actuación administrativa. De esa manera, se establecen los presupuestos jurídicos de un determinado tipo de actuaciones formales o materiales así como sus consecuencias jurídicas. Además de ese propósito abstracto o teórico, la tipología de la función administrativa permite el cumplimiento de fines más pragmáticos tales como facilitar que la actuación administrativa discurra por cauces lícitos y favorecer la tutela jurídica de las situaciones jurídicas de los ciudadanos evitando las conductas u omisiones administrativas arbitrarias. Adicionalmente, permite, en la praxis jurídica, determinar el régimen jurídico, el procedimiento de formación, la forma de comunicación y las vías de impugnación de la respectiva forma jurídica de manifestación, puesto que, tales factores varían de un supuesto a otro. A modo de ejemplo, tales extremos cambian según se trate de un acto administrativo unilateral de efectos individuales (acto administrativo) o de efectos generales (reglamento) (9).

Empero, la doctrina de las formas jurídicas y no jurídicas de manifestación de la función administrativa no está exenta de limitaciones que imponen acudir a una categoría más general como la de relación jurídico-pública. Así, Bauer (10) le ha señalado a esa doctrina las siguientes deficiencias:

a) Falta de una visión sistemática interna para incluir, por ejemplo, la denominada actuación administrativa de “mera gestión” o “informal-cooperativa” (11), categoría criticada por ser inasible, indefinible e incontrolable al no poder reconducirse al marco de ordenación dogmática de la doctrina de las formas de actuación.

b) La insuficiente incorporación de las actuaciones concurrentes del ciudadano, al centrarse en la actuación administrativa.

c) La captación insuficiente de la dimensión temporal, puesto que, las formas de manifestación son aspectos puntuales, parciales o si se quiere “imágenes instantáneas” de una relación en pleno curso de desarrollo.

d) La captación parcial de las relaciones jurídicas multilaterales. Si bien la dogmática tradicional ha acudido al expediente del acto administrativo de doble (bifronte) o de triple efecto, debe tomarse en consideración que en el ámbito de la Administración prestacional y no de mera intervención o limitación, son frecuentes las relaciones jurídicas en que participan una pluralidad de sujetos de Derecho.

La relación jurídico-pública es la que se establece, por lo menos, entre dos sujetos, en la cual existen en cabeza de los mismos derechos y obligaciones correlativas. Las relaciones

jurídicas pueden clasificarse en función de varios criterios, verbigracia, su forma de constitución (por ley, reglamento, acto administrativo individual o concreto, contrato administrativo, etc.), duración (instantáneas o duraderas), por su objeto (personales-empleo público-, reales -permiso de uso de bienes de dominio público- o patrimoniales -prestaciones sociales, subvenciones-) o el número de sujetos que intervienen (bi, tri o plurilaterales -relaciones poligonales o múltiples-) (12).

En suma, la relación jurídico-pública constituye un aporte relevante de la doctrina alemana que sirve de instrumento cognitivo complementario, junto con las formas de manifestación de toda la función administrativa. Las relaciones jurídico-públicas y la formas de manifestación de la función administrativa lejos de ser conceptos contrapuestos son complementarios para una adecuada y cabal comprensión del Derecho Administrativo (13), y, por ende, para un acertada concepción del ámbito (alcances y límites) de la jurisdicción contencioso administrativa.

III. LA REVOLUCION CIENTIFICA Y EL FIN DE UN PARADIGMA

Como se ve, uno de los primeros pasos que puede darse para superar la crisis de la justicia administrativa, es tomar plena conciencia de sus límites (14). El proceso administrativo, tal y como lo afirma García de Enterría, merced a los cambios experimentados en el ordenamiento jurídico francés, ha sufrido una verdadera “revolución científica”, el paradigma histórico del recurso por exceso de poder, base del Derecho Administrativo, ha llegado a su fin (15), con el consiguiente resquebrajamiento de los “dogmas tradicionales que han venido sustentando la moderna ciencia del Derecho público...” (16)

No obstante, tal revolución discurre por cauces institucionales, “dentro del mismo marco cultural y constitucional, revolución con sus bases perfectamente asentadas en la Constitución, revolución propugnada desde el conocimiento profundo de los mecanismos de interrelación de los poderes constitucionales y del control judicial de la actividad pública.” (17)

El nuevo paradigma, debe estar constituido por las exigencias constitucionales de una tutela judicial pronta y cumplida de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados, que tenga por objeto el control de la entera función administrativa (artículos 33, 41 y 49 de la Constitución Política) (18).

IV. LAS CARENCIAS E INADECUACION DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El desfase entre el parámetro constitucional y la realidad del proceso contencioso-administrativo impone que esa transformación sustancial sea acometida decidida y firmemente, para evitar que uno de los pilares básicos del Estado de Derecho -justicia administrativa- sea aparente e ineficaz (19).

La justicia administrativa no cuenta, actualmente, con los mecanismos y técnicas de respuesta para garantizar la buena marcha de la Administración Pública, toda vez, que, tradicionalmente, se ha circunscrito a resolver pretensiones frente a los actos de la Administración Pública (20).

Efectivamente, por razones histórico-tradicionales, y no estrictamente jurídicas o de carácter constitucional, el proceso administrativo se entiende como una jurisdicción sobre actos formales, más que una jurisdicción sobre relaciones y conflictos de intereses (21).

El concepto de la función administrativa centrada, prevalentemente, en los actos administrativos -actividad formal- ha supuesto una visión reducida de la jurisdicción administrativa, toda vez que el juez resuelve la controversia, esencialmente, al verificar la conformidad sustancial (regularidad o legitimidad) del acto administrativo con el ordenamiento jurídico. Consecuencia directa de lo anterior, es que el proceso administrativo se ha visto, tradicionalmente, como un juicio de impugnación de actos y, por ende, como un juicio de información o anulación (22).

La concepción del proceso administrativo como un proceso al acto administrativo, es una verdad parcial y relativa, que pierde de perspectiva “la pluralidad de las funciones administrativas efectivamente sujetas a juicio...” así como “la diversa cualidad de las posiciones subjetivas accionables.” (23).

El proceso administrativo se construyó, históricamente, para la eliminación de actos jurídicos positivos, antes que para la sustitución por el órgano jurisdiccional de la inercia u omisión de los Poderes Públicos (24) o para impugnar su actuación material (coacción legítima -directa- o ilegítima -vía de hecho-).

Empero, la esfera vital y psíquica del administrado depende, cada día más, de las actuaciones positivas o prestaciones de la Administración Pública. En tales circunstancias, la pretensión debería consistir en requerir, verbigracia, que se obligue a la Administración a llevar a cabo una actuación positiva o a prestar un servicio público.

El efecto más grave de la “concepción dogmática de la jurisdicción entendida como jurisdicción sobre los actos o de mera impugnación (25) ha sido la limitación o reducción de los poderes del juez, con lo que su papel central ha sido diezmado. Su poder de control o fiscalización quedó reducido, virtualmente, a la conformidad sustancial con el ordenamiento jurídico -legitimidad- del acto administrativo, por lo que, en caso de ser acogido el recurso, puede desembocarse, a lo sumo, en la anulación total o parcial del acto. Claro está, que si se deduce una pretensión de plena jurisdicción se puede obtener el reconocimiento y restablecimiento pleno de la situación jurídica vulnerada.

Se hace necesario, entonces, verificar si tal jurisdicción sobre los actos, entendida como una forma de tutela judicial diferenciada de otras en las que sí se pueden regular directamente relaciones y situaciones jurídicas, resulta cumplida y sin denegación en el sentido del artículo 41 del texto constitucional, en concordancia con otros preceptos constitucionales (arts. 11, 33, 49 y 153).

La gran interrogante es si la actual regulación legislativa del proceso administrativo, como proceso al acto o de anulación (objetivo), y no sobre relaciones o conflictos de intereses, asegura la efectividad, prontitud y cumplimiento de la tutela jurisdiccional, establecida en el texto constitucional (ordinales 41 y 49 de la Constitución Política). Obviamente, parece ser que la respuesta es, en tesis de principio, negativa.

Ante tal panorama la reforma del ámbito y de las pretensiones contenidas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es una necesidad imperiosa impuesta por la eficacia directa e inmediata de los preceptos constitucionales (artículos II, 33,41,49 y 153 de la Constitución Política).

V. UN NUEVO PARADIGMA: UN NUEVO PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La justicia administrativa, ante todo, debe insertarse en el mareo conformado por la implantación del Estado social de derecho y el reconocimiento de los principios de eficacia y legalidad.

Las exigencias socio-económicas han modificado el marco legal de funcionamiento de la Administración Pública y, consecuentemente, se ha transformado la relación Administración-ciudadano. En efecto, actualmente “La norma, a la que debe referirse el Juez para enjuiciar la conducta Administrativa, no es ya siempre el límite a la injerencia administrativa en la esfera del particular, sino el fundamento de una actuación de la que depende sea realidad el derecho del administrado. El conflicto interés público-interés privado se diluye en muchas ocasiones, al oponerse dos intereses generales...” (26).

La mutación de las relaciones jurídicas sustanciales Administración-administrado y las transformaciones de la Administración Pública determinan una necesaria variación de las pretensiones, puesto que, o falta el acto administrativo por impugnar o éste no incide desfavorablemente en posiciones de ventaja de las cuales era titular el recurrente sino que, más bien, niega la adquisición de nuevas posiciones de ventaja (27).

La potencialidad transformadora del texto constitucional y su carácter de norma de aplicación directa e inmediata, imponen un control pleno y efectivo de la Administración Pública, esto es, un replanteamiento general del contencioso-administrativo a la luz de preceptos constitucionales tales como los numerales II, 33, 41, 49 y 153 de la Constitución Política. En este sentido se ha postulado “una “normalización” del proceso administrativo.. .que extraiga la totalidad de las consecuencias de la judicialización plena por la Constitución de la fiscalización de la actividad administrativa.” (28)

La extinción del vetusto arquetipo del contencioso francés, deja al descubierto otro paradigma constituido por los preceptos constitucionales obligatorios y, más concretamente, por los artículos 41 y 49 de la Constitución Política, normas que constituyen un revulsivo del entero sistema jurisdiccional, y que contienen, “in fin”, la potencia transformadora de la justicia administrativa (29). Los numerales supra citados de la Norma

Fundamental, por otra parte, no establecen una tutela judicial limitada o diferente que discrimine a los justiciables del proceso administrativo frente a los de otras jurisdicciones. Consecuentemente, la justicia administrativa no puede estar sometida a una “capitis diminutio” que la circunscriba a revisar actos previos y a anularlos o no. Se trata de una jurisdicción plenaria que debe dar cabida a pretensiones y sentencias no solo de anulación (30).

El proceso administrativo está comprendido, implícitamente, en el artículo 41 de la Carta Magna, y expresamente en el 49 ibidem. Es decir, el modelo constitucional de justicia

administrativa tutela derechos subjetivos e intereses legítimos, se trata de un proceso plenario y subjetivo, donde se hacen valer situaciones jurídicas subjetivas. No se trata de un proceso objetivo o sin partes (31).

El simple juego de los cánones constitucionales referidos, desplaza enérgicamente el rancio y decrépito mito del “carácter revisor” de la jurisdicción contencioso-administrativa (32), el cual, tradicionalmente, ha restringido y limitado las potestades del juez. El órgano jurisdiccional debe tener como único norte interpretativo y aplicativo las normas contenidas en los ordinales 41 y 49 de la Constitución Política, esto es, el poder-deber de otorgar una tutela judicial cumplida al administrado, sin restricción alguna, cuando sea necesaria para la efectividad de las situaciones jurídicas sustanciales deducidas.

De esta forma, se impone el cambio en la concepción del contencioso-administrativo, por lo que debe darse el paso de un proceso sobre los actos a uno sobre las relaciones jurídico-públicas.

La nueva realidad procesal administrativa debe caracterizarse por la presencia de procesos alternativos al modelo “impugnatorio-anulatonio”, en los cuales falta un acto y una pretensión de anulación, y por negarle al recurso de mera anulación todo protagonismo (33).

La superación del concepto del proceso administrativo como mero proceso de impugnación, ha estado marcada por el reconocimiento de la importancia de otro tipo de pretensiones y sentencias, tales como las declarativas y las de condena para lograr una plena y universal justiciabilidad del poden administrativo (34).

El juez administrativo no debe limitarse a eliminar el acto del mundo jurídico, sino que debe trazar, directa o indirectamente, las reglas para el ejercicio de la sucesiva actuación administrativa. Al lado de la pretensión de anulación han ido adquiriendo carta de naturaleza y relevancia las pretensiones declarativas y de condena (35).

Las pretensiones administrativas de declaración y de condena alcanzan hoy una fisonomía y entidad claramente definida en aras de una tutela judicial cumplida (36).

Incluso, la doctrina italiana nos habla del fenómeno del desdoblamiento (“sdoppiamento”) del proceso administrativo, pues junto al tradicional juicio de legitimidad al acto impugnado, ha surgido otro “en el cual frecuentemente falta un acto por impugnar.. Las decisiones definitivas, en tales juicios sobre relaciones, casi nunca son de anulación de un acto...” (37). En ellos, se declara un derecho y se condena a la Administración a desplegar un comportamiento satisfactorio del mismo. (38).

Parece ser que, únicamente, límites derivados de tradiciones histórico-culturales anquilosadas, pueden impedir la redefinición, ajustada a la realidad y marco constitucional, del proceso administrativo en todas sus fases. Ahora bien, no debe perderse de perspectiva que toda esta problemática está íntimamente ligada al régimen de equilibrios entre los poderes, cuya preservación no constituye una tarea del resorte exclusivo del juez administrativo (39).

Pese a todo lo precedentemente apuntado, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa costarricense (artículos 10.3, 23 y 62, incisos b y c -pretensiones de plena jurisdicción), introdujo, desde 1966, una mayor flexibilidad al

contencioso-administrativo, al no limitar las potestades del órgano jurisdiccional a la anulación del acto, sino que puede ir más allá al sustituirlo, con algunas limitaciones, por el que procede con arreglo a Derecho y dictar sentencias de condena, para imponerle a la Administración una determinada actuación o la ejecución de ciertas prestaciones (40).

VI. EL REPLANTEAMIENTO DE LOS PODERES DEL JUEZ Y DE SU PAPEL EN EL NUEVO PROCESO ADMINISTRATIVO

Como corolario de la nueva concepción del contencioso-administrativo, “entendido como un proceso plenario a la Administración y no a un acto, como una justicia esencialmente subjetiva” (41), el mismo debe acercarse a las exigencias impuestas por el texto constitucional, pero, también, a otras jurisdicciones. Consecuentemente, los poderes del juzgador serán cada vez más similares a los del juez de cualquiera de los demás órdenes jurisdiccionales, puesto que, podrá “...embargar, condenar, ejecutar forzosamente, dictar medidas cautelares positivas contra cualquiera de las partes, incluida, por supuesto, la Administración, hasta ahora inmune a semejantes atributos jurisdiccionales.” (42).

En efecto, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa constituye un atavismo que ha ahogado “... la plenitud y desarrollo de la justiciabilidad plena, sin inmunidades del poder, del proceso contencioso-administrativo...” (43).

Su eliminación presupone que la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional, mediante la que se condena a la Administración a un hacer, no hacer, o dar, o bien se le sustituye con un nuevo criterio en relación con el originalmente empleado al adoptar el acto objeto del recurso, no constituye una injerencia en la esfera funcional de aquélla, sino un ejercicio de “sus propios poderes constitucionales de control en Derecho del actuar administrativo”. (44)

El juez ha asumido, en casi todos los órdenes jurisdiccionales, un papel protagónico y relevante, que lo coloca en una posición central que supone, además de la mera aplicación de la ley, una penetrante intervención en la realidad social y económica. Esa posición debe reconocerle al juez contencioso administrativo un rol central, puesto que, tiene a su haber la trascendente tarea para el Estado Social de Derecho de controlar la legalidad de la función administrativa.

Lo importante es resaltar que una tutela judicial cumplida, acorde con una concepción subjetiva de la justicia administrativa, “requiere para su realización una actividad del juez de sustancial disposición de la relación controvertida -en juicio...” (45), esto es, un poder del juez de constituir, modificar y extinguir relaciones jurídico-públicas con efecto entre las partes.

El poder sustancial de disposición de la relación y el poder sustitutivo del juez, sobre todo mediante la atribución de la facultad de dictar pronunciamientos con efectos constitutivos, son esenciales para el ejercicio acabado y efectivo de la función jurisdiccional (46).

A parte de tales poderes de carácter general, una justicia administrativa subjetiva y plena obliga a especificar los instrumentos y mecanismos con que contará el órgano

jurisdiccional para desempeñar su nuevo rol, esto es, “...qué instituciones o técnicas procesales del proceso administrativo tradicional han de verse modificadas, y en qué medida, para responder a la nueva situación.” (47).

A la luz del viejo paradigma (contencioso francés), el juez no puede condenar, dar órdenes o sustituir a la Administración (48), todos esos aspectos se consideraban una intromisión o ataque a la Administración activa, además de una usurpación e invasión de funciones. Sobre este último aspecto, es justo reconocer que si la sentencia de condena era un importante obstáculo para la plena judiciable de la Administración, el tema fue parcialmente zanjado en el ordenamiento jurídico-administrativo costarricense desde 1966 con la promulgación de la LRJCA.

Empero, se debe ir mucho más allá y permitirle al juez librar órdenes de hacer, no hacer o de dar a la Administración Pública para rectificar la situación ilegal constatada, “y aún la posibilidad de sustituir por comisarios judiciales o por el propio juez la inactividad deliberada de la entidad vencida”(49).

Al juez, en el nuevo proceso administrativo, se le pide “... la imposición de una conducta correcta a la Administración para hacer realidad un derecho de prestación. ..De esta forma se termina por dar un nuevo cometido a los Tribunales de Justicia Administrativa, y además de exigirles que garanticen la tutela jurídica se les quiere convertir en cauce para asegurar la eficacia administrativa, la solución de los conflictos entre poderes públicos y la determinación del equilibrio entre intereses generales diversos.” (50)

No debe reputarse, entonces, como un inconveniente que el juez administrativo pueda, cuando las exigencias de justicia lo requieran, dictar prescripciones concretas propias del ejercicio de la función de la administración activa, sólo con el fin de realizar más completamente la intervención judicial en toda fase del proceso (51).

VII. LAS PRETENSIONES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Las pretensiones deducibles a la luz de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente

A. Las pretensiones en el proceso ordinario contencioso administrativo

A.1.- La pretensión de mera anulación

La pretensión de mera anulación en virtud de la cual el “petitium” consiste en que se declare no ser conforme a Derecho, y en su caso, que se anule el acto o disposición administrativa impugnada (artículos 10, párrafo U, 22 y 62, inciso a, ibidem), comprende varias pretensiones distintas (52), según el grado de invalidez, veamos: a) Meramente declarativa (la conformidad o no al Derecho o al ordenamiento jurídico del acto o disposición administrativa); b) constitutiva, si la infracción que sirve de fundamento a la pretensión está sancionada con ja nulidad relativa, pues su estimación producirá una mutación en la realidad jurídica: la extinción de un acto administrativo y las relaciones de él derivadas desde el momento de la anulación” (53); c) meramente declarativa si se trata de una nulidad absoluta, “en cuanto su estimación no producirá una modificación en la realidad jurídico-material, al limitarse a reconocer que el acto era nulo desde el momento mismo de su nacimiento.” (54)

La doctrina estima que existe una relación íntima entre la declaración de no conformidad sustancial del acto o disposición al ordenamiento jurídico y su anulación (o declaración de nulidad), pues aquél pronunciamiento es presupuesto de los últimos (55).

Cabe indicar que la pretensión de anulación fue concebida, originalmente, como un recurso no en garantía de los derechos de los particulares sino como medio para perfeccionar las instituciones del Estado. Sin embargo, en Costa Rica -siguiendo el modelo español que evolucionó particularmente-, se “subjetivizó”, puesto que, cuando la parte actora pretende la anulación del acto, también lo hace en interés propio (evitar o superar un perjuicio causado por la Administración) (56).

A.2. La pretensión de plena jurisdicción

En lo referente a la denominada pretensión de plena jurisdicción, el “petitium” no se circunscribe a la anulación del acto, sino que comprende el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento -incluida la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda- (artículos 10, párrafo Y, 23 y 62, inciso b, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Esta pretensión requiere, necesariamente, de la anulación del acto -al regir la regla de la decisión previa- (57). Se da en este caso, también, el ejercicio de varias pretensiones, veamos: a) Constitutiva o declarativa (de invalidez del acto); b) meramente declarativa (reconocimiento de la situación jurídica individualizada) y c) de condena (adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento) (58).

Importa señalar que la distinción clásica entre pretensiones de mera anulación y de plena jurisdicción fue superada en el ordenamiento administrativo costarricense, siguiendo el modelo español, dado que, partiendo de la unidad de la pretensión procesal administrativa se admite la coexistencia de sendas pretensiones en función de lo que se requiera al órgano jurisdiccional, por lo que pueden ejercitarse en un único cauce procesal (59). Precisamente, en tal acumulación de pretensiones y en su vinculación a un acto administrativo previo (artículo 10, párrafo 1, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), radican los problemas del contencioso administrativo costarricense y español. En todo caso, el acto o disposición ilegal impugnados pueden “anularse e incluso puede obtenerse indemnización, pero con ello no se satisface siempre la pretensión del recurrente.” (60)

B. Pretensiones ejercitables en los procesos ordinarios civiles de hacienda

Evidentemente en materia de responsabilidad, de contratación administrativa o bien cualquier otra propia del proceso civil de hacienda -artículo 20 LRJCA- (v. gr. la pretensión deducida para que se le ordene a la Administración que cese una vía de hecho y sea condenada a superar el estado antijurídico creada por ésta) el administrado-actor tiene la amplitud necesaria para deducir pretensiones de toda índole, tales como meramente declarativas y de condena, pese a la substanciación del proceso ordinario de acuerdo con los requisitos establecidos en la LRJCA (artículo 3º, párrafo 1º)

C. Propuestas de “lege ferenda”

En la doctrina existe una clara corriente doctrinal que postula la evolución del objeto del proceso administrativo, mediante la regulación expresa de pretensiones declarativas y de condena (61).

C.1. Las pretensiones meramente declarativas

En lo relativo a las pretensiones y sentencias meramente declarativas, la doctrina costarricense ha admitido, de “jure conditio”, su factibilidad a la luz de los siguientes argumentos:

1º) No existe norma alguna que lo prohíba.

2º) Una hermenéutica amplia y sistemática de los numerales 22 y 62, inciso a, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El primero de los numerales citados estatuye que el demandante podrá pretender la declaración de no conformidad a derecho “... y, en su caso la anulación de los actos y disposiciones”. Por su parte el segundo ordinal aludido, indica que la sentencia estimatoria, declarará la no conformidad a Derecho “... y, en su caso, anulará total o parcialmente el acto o la disposición impugnada”. El tenor literal de sendos cánones, señala Ortiz Ortiz, permite la deducción de pretensiones y el dictado de sentencias exclusivamente declarativas, sin un efecto posterior en contra ni a favor de la Administración ni de las demás partes del proceso, tendientes a interpretar la ley y a aclarar su sentido y la existencia lógico-jurídica de derechos y obligaciones de las partes (62). En consecuencia, las pretensiones y sentencias anulatorias, son eventuales o no indispensables para admitir las meramente declarativas (63).

La doctrina española ha justificado, a título de ejemplo, las pretensiones y sentencias meramente declarativas para el ámbito del silencio administrativo positivo, debido a la sujeción de este instituto al principio de legalidad, esto es, que lo solicitado sea conforme a la legalidad aplicable para que el acto no constituya una infracción del ordenamiento jurídico (64), lo que origina una situación de inseguridad o incerteza jurídica al administrado solicitante (65). En efecto, su solicitud puede entrañar, aunque lo ignore, una infracción de la legalidad, por lo que, ulteriormente, se puede estimar que lo solicitado nunca llegó a otorgarse (66).

Frente a tal situación de incertidumbre jurídica, se ha propuesto como solución las pretensiones meramente declarativas, esto es, dirigidas a solicitar que se declare la existencia de un derecho o de una relación jurídica. Si la sentencia declara con lugar esta pretensión deberá indicar que, efectivamente, el transcurso del plazo dio lugar al otorgamiento de lo solicitado por medio del silencio positivo (autorización, aprobación, licencia, permiso, etc.). De esta manera, se le posibilita al administrado acreditar, formalmente, la existencia del derecho que antes de la sentencia, era indemostrable.

Evidentemente, se trata de una pretensión no expresamente prohibida por la normativa procesal, y que puede encontrar cabida en la interpretación amplia de los artículos 22 y 62, inciso a), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al permitirle al administrado actuar como accionante para que sea confirmado un acto presunto en sede jurisdiccional, esto es, la posibilidad de pretender la declaración de ser conforme a Derecho su petición y de haber operado el silencio positivo (67).

En suma, podemos afirmar, sin temor a equívocos, que la admisión de las pretensiones declarativas en el contencioso-administrativo, se impone por el derecho a una

justicia cumplida y efectiva (artículo 41 de la Constitución Política) y el principio de seguridad jurídica (artículo 113, párrafo 3º, de la Ley General de la Administración Pública) (68).

C.2. Las pretensiones de condena o prestacionales

En lo concerniente a la pretensión de condena, partiendo de su naturalidad en el resto de los órdenes jurisdiccionales, se ha estimado que debe de existir también en el proceso administrativo (69).

Debe considerarse, asimismo, que en el marco del Estado Social de Derecho el administrado ha asumido una posición jurídica activa y central, no siendo un mero destinatario o receptor de actos administrativos, habiéndose producido una interrelación o complicación de intereses entre el ciudadano y la Administración, en tanto ambos cooperan recíprocamente para la consecución del interés general o público. Esto supone, también, que en el proceso el administrado debe adoptar un rol activo, disponiendo de medios procesales aptos para exigir prestaciones u omisiones concretas, y no meramente pasivo o de defensa frente a los actos de gravamen o desfavorables (70).

Por lo anterior se afirma que la pretensión prestacional encuentra fundamento en “...la posición democrática del individuo dentro del Estado, el dato simple de la existencia de una relación jurídica entre éste y la Administración, de las cuales...surgen derechos y obligaciones que pueden resarcirse eficazmente, la idea de la correspondencia de una obligación de hacer o no hacer propia del ejercicio de una pretensión y la del sistema de pretensiones, la tutela efectiva de los derechos del sujeto.” (71)

Así, en España, se ha preconizado la necesidad de introducir en la jurisdicción contencioso-administrativa una “pretensión prestacional” como pretensión de condena específica, siendo el cauce adecuado para cuando lo que interesa es la realización de una conducta positiva, favorable u omisiva de la Administración (72). Al respecto, resulta recomendable vincular a la distinción, propia de la doctrina alemana, entre Administración de limitación y de prestación las diversas pretensiones que puede deducir el administrado frente a la Administración. Al primer sector le corresponderá la pretensión de anulación del acto -posición procesal defensiva-, en tanto que al segundo la pretensión prestacional -posición procesal activa-, que es la pretensión de condena a la Administración para dictar un acto, realizar una actuación favorable, omitir una simple actuación material de limitación o superar sus consecuencias (73). Como se ve, mediante la pretensión prestacional no se impugna o revisa ninguna actuación administrativa formal y previa, puesto que, el interés del administrado radica en la realización u omisión de algo y no en la anulación de un acto administrativo (74).

Para la implantación de la pretensión prestacional, deben superarse varios dogmas y mitos que impiden su desarrollo, como los siguientes:

1º) Tradicionalmente se afirma que toda pretensión se deduce a partir de un acto administrativo previo (concepción revisora u objetiva de la jurisdicción contencioso administrativa). Lo anterior no acontece así cuando el administrado pretende los beneficios o ventajas de una prestación que le corresponde; en este caso, se deduce del derecho a obtener y del correlativo deber de realizar una prestación. Ante la denegación de la prestación positiva

puede pretenderse la condena a la Administración a dictar un acto o a realizar una actuación favorable. Bajo esta tesis, la resolución que deniega la prestación debe tener un valor meramente formal, sin reputarla como un acto administrativo o como un presupuesto procesal, accediéndose a la jurisdicción porque no se ha querido dictar un acto (75).

2º) La supuesta necesidad del pronunciamiento de anulación para todo fallo, incluso cuando se ejercita una pretensión de plena jurisdicción (“mezcla de pretensiones”). Se trata del fenómeno de la excesiva prevalencia de la pretensión de anulación. La primacía de la pretensión de anulación surge del fundamento filosófico unilateral y reaccional de la jurisdicción contencioso-administrativa española y, por ende, costarricense, al dejar de lado el perfil del administrado como sujeto de derechos activos -derechos de prestación-frente a la Administración prestacional.

La solución consiste, entonces, en la configuración autónoma de la pretensión de condena, desvinculándola de la pretensión de anulación, puesto que, hay supuestos en que sólo se quiere obtener una prestación (v. gr. pago de dinero, licencia, autorización, acceso a un centro de enseñanza u hospitalario, creación o mejora de un servicio público o una ejecución material), con lo que el Tribunal puede condenar a la Administración y ordenarle un comportamiento. Obviamente, lo anterior no supone olvidar los supuestos en que debe existir una acumulación objetiva necesaria de pretensiones para cumplir con las consecuencias de la anulación (76).

La afirmación de la existencia de una pretensión prestacional suscita dudas sobre los límites de exigibilidad de las prestaciones y acerca de la posibilidad del órgano jurisdiccional de condenar a la Administración a dictar un acto con un contenido determinado (77).

Si la Administración ejercita una potestad reglada, el Tribunal puede indicar qué acto y qué prestación ha de conceder, al existir un claro y auténtico deber jurídico de actuar en un sentido concreto (78). En tanto que sí la Administración ejerce una potestad discrecional, el juez, únicamente, puede pronunciarse sobre los límites dentro de los cuales debe resolver la Administración (79), en virtud del principio de separación de funciones (80).

La doctrina nacional, ha señalado que la interpretación sistemática de los artículos 23, 62, inciso c), en relación con el 76 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, permite la deducción y el dictado de sentencias condenatorias contra la Administración para que emita actos o realice determinados comportamientos, al menos, en favor de derechos subjetivos (81).

Ahora bien, en tratándose de intereses legítimos, se plantea la interrogante, de “iure conditio”, acerca de la procedencia de pretensiones y sentencias condenatorias frente al ejercicio de potestades discrecionales en abstracto, para su defensa. La respuesta, debe ser negativa, toda vez que, a tenor de la legislación procesal vigente, no resulta posible condenar a la Administración a realizar actos que han dejado de ser discrecionales para el caso concreto u obligarla a observar límites y determinaciones específicas en el ejercicio de la discrecionalidad residual existente después del fallo anulatorio. En suma, la conformación y sustitución jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, resulta imposible en nuestro ordenamiento, al no permitirle expresamente ninguna norma de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (82)

Empero, es preciso efectuar, de “iure condendo”, las siguientes consideraciones:

Nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 10, párrafo 1º, inciso a, 22, 23 y 62) enfoca el “interés legítimo”, desde una perspectiva puramente procesal, al no reputarlo como una situación jurídica individualizada, digna de reconocimiento, restablecimiento e indemnización, cuya única satisfacción consiste en la anulación del acto; pese a lo anterior, el ordinal 49, párrafo in fine, de la Constitución Política sí prevé un interés legítimo sustancial, entendido como un bien de la vida preexistente e independiente del proceso, que el administrado espera obtener mediante el ejercicio de una potestad discrecional. Frente, al interés legítimo, como situación jurídica sustancial susceptible de ser reconocida y protegida -y en especial el denominado por la doctrina italiana “pretensivo”-, la anulación del acto ilegal que le niega al administrado un beneficio o ventaja, no resulta suficiente para satisfacerlo, por lo que, de “lege ferenda”, es preciso que el órgano jurisdiccional pueda sustituir el acto denegatorio por otro acto favorable siempre que las circunstancias fácticas del caso concreto hayan excluido la discrecionalidad concedida abstractamente, o bien, que tenga la posibilidad de condenar a la Administración a observar los parámetros y límites impuestos por el Derecho y los hechos determinantes para que ésta ejercite su discrecionalidad residual correctamente al momento de determinar el contenido del acto. La incorporación y consagración jurídico-positiva de tales facultades en los artículos 62 o 76 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, supondría dar entrada a pretensiones declarativas y preponderantemente de condena, que impedirían una cadena infinita de impugnaciones o de procesos (83)

(1) XIOL RIOS (J.A.), Informe sobre el proceso administrativo y su eficacia. Propuesta fundada de ordenación del Proceso Contencioso Administrativo. Materiales para un reforma procesal, Comisión General de Codificación, Sección Especial para la Reforma Procesal, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 453. En igual sentido V. MINIERI (Giuseppe), Il processo cautelare amministrativo: la prospettiva dell'avvocato. Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, Nos. 2-3, febb.-marzo 1987, p. 114.

(2) DE ROBERTO (Alberto), Le misure cautelari nel giudizio amministrativo, Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, No. 4, aprile 1987, p. 222.

(3) E Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, tomo 1, 21a. edición, 1992, p.378 registra las siguientes acepciones de la palabra función “f. Capacidad de acción propia de los seres vivos y de sus órganos y de las máquinas o instrumentos. 2. Capacidad de acción o acción propia de los cargos y oficios...”

(4) E Diccionario de la Lengua Española citado, p. 760, ofrece los siguientes significados del término disfunción: “f. Fisiol. Alteración cuantitativa o cualitativa de una función orgánica. 2. fig. Desarreglo en el funcionamiento de algo, o en la función que le corresponde.

(5) 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, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, No. 223, abril-junio 1993, pp. 4-5.

(6) V. op. ult. cit., p.13.

(7) op. ult. cit., p. 14.

(8) V. BAUER (Hartmut), ¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo? Documentación Administrativa, Madrid, No. 234, abril-junio 1993, pp. 141-142.

- (9) V. op. ult. cit., pp.142-144.
- (10) V. op. ult. cit., pp. 144-148.
- (11) “Se alude con ello a los contactos recíprocos, acuerdos, pactos previos, negociaciones posteriores y restantes arreglos entre Administración y ciudadano en el entorno de los procedimientos formalizados y de las decisiones administrativas, que, entretanto, han quedado demostrados en muchos sectores, la Administración intenta, en colaboración con el ciudadano, suprimir inseguridad jurídica, evitar largas disputas judiciales y cumplir cometidos administrativos de forma rápida, económica, efectiva y practicable.” BAUER (H.), ¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo” p. 146.
- (12) V. op. ult. cit., pp. 152-158.
- (13) V. op. ult. cit., pp. 153-154 y 160.
- (14) V. TORNOS MAS (Joaquín), La situación actual del proceso contencioso-administrativo. Revista de Administración Pública, Madrid, No. 122, mayo-agosto 1990, p. 104.
- (15) V. GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo), Hacia una nueva justicia administrativa, Madrid, Ed. Civitas, 2a. edición, 1992, pp. 74-75.
- (16) BELTRAN DE FELIPE (Miguel), Las exigencias constitucionales de una nueva concepción de contencioso-administrativo. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Madrid, Civitas, 1991, p. 3110.
- (17) op. ult. cit., p. 3110.
- (18) V. GARCIA DE ENTERRIA (E.), Hacia una nueva justicia administrativa..., p. 100.
- (19) V. BELTRAN DE FELIPE (M.), Exigencias constitucionales del contencioso-administrativo..., p. 3110.
- (20) TORNOS MAS (J.), La situación actual del..., p. 104.
- (21) V. MINIERI (Giuseppe), Evoluzione o involuzione della tutela cautelare nel processo amministrativo. Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, Nos. 7-8, luglio-agosto 1987, pp. 489-490.
- (22) MINIERI (G.), Evoluzione o involuzione..., p. 490.
- (23) ministrativo. Diritto Processuale Amministrativo, No. 3, settembre 1992, p. 528.
- (24) CORSO (Guido), La tutela cautelare nel processo amministrativo. II Foro Amministrativo, 1, 1987, pp. 1664-665.
- (25) MINIERI (G.), Evoluzione o involuzione..., p. 490.
- (26) TORNOS MAS (J.), La situación actual..., p. 122.
- (27) V. VALORZI (Andrea), Tutela cautelare in Processo Amministrativo, Padova, Cedam, 1991, p. 50-51. NIGRO (Mario), Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata. Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, anno 1980, pp.22-24.
- (28) XIOL RIOS (JA.), Informe sobre el proceso administrativo..., p. 451.
- (29) GARCIA DE ENTERRIA (E.), Hacia una nueva justicia administrativa..., pp. 59 y 174.
- (30) V. GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo), Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y su ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y “jurisdicción plenaria” de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de los actos previos. Dos sentencias constitucionales. Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, No. 79, julio-septiembre 1993, pp. 488-489.
- (31) V. GARCIA DE ENTERRIA (E.), Hacia una nueva justicia administrativa..., pp. 60, 71,102-103. V. en igual sentido SAPORITO (G.), Nuovi orientamenti della tutela cautelare: 1 giudizio su rapporto. Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, Nos. 7-8, lug-ago 1987, pp. 503-507. SCOLA (A.), Brevi note in tema di tutela cautelare nel giudizio amministrativo. II Foro Amministrativo, II, 1984, p. 2037.

- (32) V. GARCIA DE ENTERRIA (E.), *Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas...*, p. 486.
- (33) V. DE ROBERTO (Alberto), *Le misure cautelare nel giudizio amministrativo*. *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, No. 4, aprile, 1987, p. 222.
- (34) V. GARCIA DE ENTERRIA (E.), *Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas...*, pp. 488-489. NIGRO (Mario), *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata...*, pp. 7-8.
- (35) V. SICA (M.), *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*. *Nei confronti della Pubblica Amministrazioni*, Milano, Giuffré Editore, 1991, p. 8. MINIERI (G.), *Evoluzione o involuzione...*, p. 490.
- (36) V. ZEVIANI PALLOTTA (Franco), *Considerazioni sui possibili contenuti e limiti di operatività delle pronunce cautelari del giudice amministrativo nel processo di primo grado*. *Il Consiglio di Stato*, parte seconda, 1980, p. 959.
- (37) VALORZI (A.), *Tutela cautelare...*, p. 50.
- (38) V. op. ult. cit., p. 50.
- (39) V. MINIERI (G.), *Evoluzione o involuzione...*, p. 502.
- (40) En efecto, en el ordenamiento procesal administrativo costarricense, las pretensiones de plena jurisdicción permiten condenar a la Administración a una prestación específica, de dar, hacer o no hacer -no solamente pecuniarias-, con reforma o sustitución del acto de ésta, si resulta indispensable para reparar el derecho subjetivo violado V. ORTIZ ORTIZ (Eduardo), *La justicia administrativa Costarricense*, San José, LIL, 1990, pp. 155-158. En igual sentido para el ordenamiento español GONZALEZ PEREZ (Jesús), *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Madrid, Ed. Civitas, 1992, p. 52.
- (41) BELTRAN DE FELIPE (M.), *Exigencias constitucionales del contencioso-administrativo...*, p. 3102.
- (42) op. ult. cit., p. 3110.
- (43) GARCIA DE ENTERRIA (E.), *Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas...*, pp. 488-489.
- (44) op. ult. cit., p. 489.
- (45) MINIERI (G.), *El proceso cautelare administrativo...*, p. 116.
- (46) V. op. ult. cit., p. 117.
- (47) BELTRAN DE FELIPE (Miguel), *Exigencias constitucionales del contencioso-administrativo...*, p. 3096.
- (48) AUBY (Jean-Marie), *¿Crisis del Contencioso-administrativo en Francia?*. *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 30, julio-septiembre 1981, p. 421.
- (49) GARCIA DE ENTERRIA (E.), *Hacia una nueva justicia administrativa...*, p. 84.
- (50) TORNOS MAS (J.), *La situación actual...*, pp. 122-123.
- (51) V. MINIERI (G.), *Evoluzione o involuzione...*, p. 502.
- (52) V. CORDON MORENO (Faustino), *El proceso administrativo*, Madrid, La Ley, 1989, pp. 89-90.
- (53) GONZALEZ PEREZ (Jesús), *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Bogotá, Ed. Temis, 1985, p. 159.
- (54) *Ibidem*.
- (55) V. CORDON MORENO (F.), *El proceso administrativo...*, p. 90.
- (56) V. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ (Santiago), *Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional*. *Poder Judicial*, No. 26, junio 1992, pp. 29-30.
- (57) “únicamente podrá admitirse la pretensión si existe el “acto administrativo” previo que desconozca el “derecho subjetivo” o la reparación solicitada, para que el órgano jurisdiccional

- reconozca aquella situación jurídica individualizada es necesario que se prive de efecto al acto.” GONZALEZ PEREZ (J) Derecho procesal administrativo hispanoamericano..., p. 159.
- (58) V. GONZALEZ PEREZ (J.), Derecho procesal administrativo hispanoamericano..., p. 160. “En ocasiones el pleno restablecimiento de la situación jurídica del particular puede exigir la condena de la Administración a realizar una determinada actividad...” CORDÓN MORENO (F.), El proceso administrativo..., p. 91.
- (59) V. GONZALEZ PEREZ (J.), Derecho procesal administrativo hispanoamericano..., p. 157. CORDON MORENO (F.), El proceso administrativo..., p. 92.
- (60) TORNOS MAS (Joaquín). La suspensión judicial de la eficacia de los actos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Revista Jurídica de Catalunya, No. 4,1986, p. 906.
- (61) Partidarios de la pretensión de condena: GARCIA DE ENTERRIA (E.), Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas...pp. 488-489. GONZALEZ VARAS IBAÑEZ (S.), Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional..., pp. 25 y ss. FERRET I JACAS (Joaquim), El control jurisdiccional de la inactividad administrativa. Documentación Administrativa, No. 208, abril- diciembre 1986, p. 271. GOMEZ PUENTE (Marcos). La inactividad de la Administración, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1997. STOBBER (Rolf) y GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ (S.), Las actuaciones materiales o técnicas. Revista Española de Administración Local y Autonómica, No. 267, jul.-sept. 1995, pp. 587 y ss.. NIETO (Alejandro), La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. Documentación Administrativa, No. 208, abril - diciembre 1986, p. 63. Este último autor afirma que la pretensión procesal puede consistir en el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, consecuente a la anulación del acto presunto -inactividad material reconvertida en inactividad formal- o bien de condena ordenándole a la Administración que cese la inactividad (con o sin directrices de la actividad a realizar), y el eventual resarcimiento de daños y perjuicios.
- (62) V. ORTIZ ORTIZ (E.), La justicia administrativa..., pp. 159-160.
- (63) V. op. ult. cit., p. 208.
- (64) Nuestra Ley General de la Administración Pública estipula en su artículo 331, párrafo 1, que “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.**” (la negrita no es del original).
- (65) V. CALVO CHARRO (Maria), Silencio positivo y acciones declarativas. Revista de Administración Pública, No. 128, may.ago 1992, pp. 400-402.
- (66) El administrado “consciente de que si entiende otorgado lo pedido, por silencio positivo, y desarrolla la actividad amparada en la “supuesta” autorización administrativa, lo hace a su riesgo, y bajo la amenaza de que la Administración entienda que su pretensión no es conforme con el ordenamiento jurídico y dicte un acto posterior en sentido contrario que prevalecerá sobre el “presunto” y frente al que el interesado no tendrá otra opción más que la de recurrir ante los Tribunales competentes.” CALVO CHARRO (M.), Silencio positivo y acciones declarativas..., pp. 402-403.
- (67) V. op. ult. cit., p. 404-405.
- (68) V. op. ult. cit., p. 405.
- (69) V. GONZALEZ VARAS IBAÑEZ (S.), Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional..., p. 31.
- (70) V. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ (S.J.), La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania, Madrid, Ed. Civitas, 1993, pp. 135-138.

(71) GONZALEZ VARAS IBAÑEZ (S.), Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional..., pp.40-41.

(72) V. op. ult. cit., pp. 31-32.

(73) V. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ (S.J.), La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania..., pp. 138-153.

(74) V. GONZALEZ VARAS IBAÑEZ (S.), Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional..., p. 39.

(75) V. op. ult. cit., pp. 32-35.

(76) V. op. ult. cit., pp. 35-39.

(77) En la doctrina italiana surgen dudas en relación a la pretensión de condena a dictar un acto administrativo. Se admite que el juez pueda fijar un término para dictarlo, y si la Administración no lo hace, que se le condene al pago de una indemnización por los daños y perjuicios. Lo anterior obedece a la prohibición de interferir en el desarrollo de las potestades públicas, la infungibilidad del acto administrativo y al convencimiento que con la fijación de un plazo o la condena al resarcimiento de los daños no se produce una injerencia del órgano jurisdiccional en las esferas reservadas a la Administración. Ahora bien, tal condena es admisible sin cuestionamientos cuando la emanación del acto administrativo es la prestación debida a la que tiene derecho el administrado. V. SICA (M.), Effettività della tutela giurisdizionale..., pp. 200-204.

(78) V. GONZALEZ VARAS IBAÑEZ (S.), Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional..., p. 44. FERRET I JACAS (J.), El control jurisdiccional de la inactividad administrativa..., p. 272. Este autor señala que aun en los supuestos en que la conducta de la Administración constituye un deber jurídico, hace falta precisar los límites del mismo, se trata del problema de la fijación de los parámetros a los que deben responder las prestaciones administrativas, los cuales varían casuísticamente y por factores sociopolíticos y económicos que debe determinar el órgano jurisdiccional. V. op. ult. cit., p. 272.

(79) La discrecionalidad no constituye un límite procesal pues No hay actividades absolutamente discrecionales, sino aspectos discrecionales en cada actividad administrativa. Nada impide que el Tribunal entre a conocer el fondo de la actividad discrecional. Pero cuanto más grande sea la discrecionalidad, tanto menos concreto será el deber jurídico de la Administración y, en consecuencia, la resolución condenatoria del juez. Si lleváramos la situación al extremo, llegaríamos al caso en el que la jurisdicción simplemente condenaría a la Administración a cumplir lo que manda la ley, en los mismos términos que ésta, sin mayor concreción. La utilidad de tal condena es dudosa. No hay duda de la licitud de un pronunciamiento de este tipo para los Tribunales. Por otro lado, no está absolutamente carente de efectos jurídicos, aunque se limite a reproducir los términos de la ley, ya que la declaración judicial abre la puerta a una responsabilidad incluso penal, de la autoridad o del funcionario competente. FERRET I JACAS (J.), El control jurisdiccional de la inactividad administrativa..., p. 275.

(80) GONZALEZ VARAS IBAÑEZ (S.), Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional..., p. 44. El principio de división de poderes no tiene incidencia al momento de determinar qué tipo de pretensiones son admisibles en el proceso administrativo, pero si en el momento del contenido de la sentencia y la diferencia entre si la Administración ejerce una potestad reglada o discrecional op. ult. cit., p. 40.

(81) V. ORTIZ ORTIZ (E.), La justicia administrativa..., p. 208.

(82) V. op. ult. cit., pp. 213-214, 260-261.

(83) V. op. ult. cit., pp. 214-241.