

**Consecuencias de la inconstitucionalidad
del agotamiento preceptivo de la vía administrativa
(Comentarios al Voto de la Sala Constitucional No. 3669-06)**

Dr. Ernesto Jinesta L.

SUMARIO:

1.- Voto de la Sala Constitucional No. 3669-06 de las 15 horas del 15 de marzo del 2006: Inconstitucionalidad del agotamiento obligatorio de la vía administrativa. 2.- Consecuencias del Voto de la Sala Constitucional 3669-06. A.- Importancia relativa del procedimiento administrativo de impugnación o revisión. B.- Equiparación de las categorías del acto final y definitivo. C.- Vías paralelas –sede administrativa y jurisdiccional-. D.- Consecuencias procesales del agotamiento facultativo. D.1.- Procesos contencioso-administrativos. D.2.- Procesos civiles de hacienda. D.3.- Procesos laborales, agrarios y de familia. a) Laboral. b) Agrario. c) Familia. D.4.- Facultades del juez de otros ordenes jurisdiccionales respecto de las normas que no fueron declaradas inconstitucionales. E.- Excepciones en materia de contratación administrativa y municipal. E.1.- Contratación. E.2.- Municipal. F.- Innecesario dimensionamiento del voto.

1.- Voto de la Sala Constitucional No. 3669-06 de las 15 horas del 15 de marzo del 2006: Inconstitucionalidad del agotamiento obligatorio de la vía administrativa.

La Sala Constitucional en la referida sentencia estimó lo siguiente:

*“Redacta el Magistrado Jinesta Lobo; y,
CONSIDERANDO:*

IV.- AGOTAMIENTO PRECEPTIVO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA: PRIVILEGIO INJUSTIFICADO FORMAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. *En la concepción clásica del Derecho Administrativo sustancial y formal, las administraciones públicas, en cuanto procuran y atienden los intereses públicos o la satisfacción de las necesidades colectivas, deben estar provistas de una serie de prerrogativas extraordinarias. Así, en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo, tradicionalmente, se admitió como un privilegio de carácter formal el*

agotamiento preceptivo de la vía administrativa o la vía gubernativa previa, esto es, que los administrados que se estiman lesionados o agraviados por un acto administrativo deben, de previo a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes contra el mismo en sede administrativa. Consecuentemente, el agotamiento de la vía administrativa, se convierte en un requisito de admisibilidad del proceso contencioso-administrativo en su versión objetiva o revisora clásica y tradicional. En la base de este instituto subyace la denominada prerrogativa de la autotutela declarativa y ejecutiva de las administraciones públicas, la cual ha encontrado sustento, al propio tiempo, en principios tales como los de eficacia, eficiencia y buena administración. La autotutela declarativa significa que los entes públicos pueden, por sí y ante sí, sin necesidad de acudir ante un juez, imponerle obligaciones a los administrados o bien suprimirles o modificarles sus situaciones jurídicas sustanciales –llámense derechos subjetivos o intereses legítimos-. La obligación legislativa ineludible del administrado de ejercer o plantear todos los recursos administrativos ordinarios contra un acto administrativo antes de acudir ante el juez contencioso-administrativo, constituye una manifestación específica de la autotutela declarativa de las administraciones públicas, puesto que, el legislador espera que la propia administración pública pueda defender el acto administrativo impugnado o bien anularlo o modificarlo, evitándole tener que comparecer ante la jurisdicción contencioso-administrativa. De esta forma, en la vía administrativa la administración pública se convierte, al mismo tiempo, en juez y parte, puesto que, debe atender las solicitudes o pedimentos formulados por los administrados y resolver los recursos administrativos ordinarios que procedan contra

el acto final que ella misma dicte. Como se ve, la autotutela es un concepto diametralmente opuesto al que impera en el resto de las ramas jurídicas, en las que opera la heterotutela, esto es, la ejercida por un tercero supra partes con las garantías constitucionales de imparcialidad, independencia y objetividad, como lo es un órgano jurisdiccional. Así, a modo de ejemplo, en el ámbito del Derecho Privado un particular puede imponerle una obligación o afectar las situaciones jurídicas sustanciales de otro, única y exclusivamente, si ello surge de forma consensuada a través de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 28 de la Constitución Política) o de la intervención de un juez (artículo 41 de la Constitución Política). No obstante, los principios rectores de la organización y función administrativa de la eficiencia y eficacia, plasmados en la propia Constitución Política (artículos 140, inciso 8°, y 191), deben entenderse, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, subordinados a los derechos fundamentales y deben ceder ante éstos, puesto que, constituyen el fundamento y la base de entero ordenamiento jurídico. Modernamente las administraciones públicas deben ser concebidas y entendidas como un sujeto de Derecho más del ordenamiento jurídico, de modo que resulta repugnante para el Derecho de la Constitución la asimetría o desigualdad crónica que campea en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa entre el administrado o el ciudadano y el respectivo ente público. El reconocimiento y otorgamiento legislativo de una serie de prerrogativas formales o adjetivas a los entes públicos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no tiene justificación objetiva y razonable si su función administrativa, de acuerdo con el parámetro constitucional (artículos 33 y 49 de la Constitución Política) debe ser objeto de un control de legalidad

plenario y universal, sin fisuras o reductos exentos y, sobre todo, si son creados y puestos en funcionamiento para servir o atender las necesidades de los ciudadanos o administrados –organizaciones serviciales-.

V.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL CARÁCTER PRECEPTIVO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. *Actualmente, sobre todo a la luz de los principios de la supremacía de la Constitución y de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, así como de su eficacia expansiva y progresiva e interpretación más favorable, se entiende que el carácter obligatorio o preceptivo del agotamiento de la vía administrativa riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida ex artículos 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igualdad, puesto que, sólo en el proceso contencioso-administrativo –y no así en el resto de las jurisdicciones- se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional, agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes. La infracción al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida deviene de los siguientes aspectos: a) Normalmente, cuando el administrado interpone los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o de reposición –entendido este último como el recurso horizontal que cabe contra los actos del jerarca o superior jerárquico supremo-, no logra que el propio órgano o su superior lo modifique o anule, de modo que el agotamiento de la vía administrativa es como sacar agua de un pozo seco, al no lograrse obtener nada de la interposición de los recursos, transformándose así en una pesada carga o especie de via crucis para el administrado; b) es sabido que el procedimiento administrativo y su etapa recursiva o de revisión, suele prolongarse más*

allá de los plazos legales y de lo que puede concebirse como un plazo razonable, con lo cual se prolonga indefinidamente, incluso por años, el acceso a la tutela judicial efectiva, sin tener posibilidad de hacerlo inmediatamente y cuando lo estime oportuno; c) la sumatoria del plazo necesario para agotar la vía administrativa con el requerido por la jurisdicción contencioso-administrativa, provoca que los administrados obtengan una justicia tardía, la cual, eventualmente, puede transformarse –según su prolongación y las circunstancias particulares de los administrados justiciables- en una denegación de justicia; lo anterior constituye una clara y evidente ventaja relativa para los entes públicos de la cual, en ocasiones, se prevalecen, puesto que, el administrado o ciudadano pasa –por su condición ordinaria de persona física- y la administración pública permanece prolongadamente en el tiempo. En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la autotutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una administración pública a una situación discriminatoria, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de los ordenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos, tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior, queda reforzado si se considera que las administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las

necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados.

VI.- ADECUACIÓN DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA AL PARÁMETRO CONSTITUCIONAL: CARÁCTER FACULTATIVO U OPTATIVO PARA EL ADMINISTRADO. *La interpretación más favorable a la eficacia expansiva y progresiva de los derechos fundamentales de los administrados a una justicia pronta y cumplida y a la igualdad, impone replantearse cualitativamente el carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa impuesto por el legislador. En efecto, debe entenderse que el agotamiento de la vía administrativa debe quedar a la libérrima elección del administrado, de modo que sea éste quien, después de efectuar un juicio de probabilidad acerca del éxito eventual de su gestión en sede administrativa, decida si interpone o no los recursos administrativos procedentes. Es de esperar que las posibilidades del administrado se refuercen cuando se trata de los denominados “tribunales administrativos” (v. gr. Tribunal Ambiental, Tribunal Fiscal Administrativo, Tribunal Aduanero Nacional, Tribunal del Servicio Civil, Tribunal de Carrera Docente, Tribunal Registral Administrativo, Tribunal de Transportes, etc.), puesto que, como los mismos han sido constituidos, casi de forma usual, como órganos desconcentrados en grado máximo, se obtiene una mayor garantía de especialidad técnica, imparcialidad y objetividad, al difuminarse la relación de jerarquía y diluirse cualquier criterio político. La idea del carácter facultativo del agotamiento de la vía administrativa, no es ajena o extraña al ordenamiento jurídico infraconstitucional, la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción*

Contencioso-Administrativa establece cuatro supuestos en que resulta optativa. Así, el artículo 32 exceptúa del recurso de reposición el acto presunto por silencio negativo cuando emana del jerarca, los actos no manifestados por escrito –tácitos- y los reglamentos. El artículo 87, en tratándose del proceso especial de separación de directores de las entidades descentralizadas, establece que no es necesario plantear el recurso previo de reposición. Por su parte el artículo 357 de la Ley General de la Administración Pública estatuye que no es necesario agotar la vía administrativa para impugnar las vías de hecho. Por último, la propia Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su artículo 31 indica que no es necesario agotar la vía administrativa para acudir al proceso de amparo. Cabe aclarar y advertir, aunque no es objeto de la presente consulta judicial, por su trascendental importancia que el plazo de caducidad de la acción –cualquiera que este sea-, cuando el administrado opta por no agotar la vía administrativa, empezará a correr a partir de la notificación del acto final no impugnado. En suma, el carácter electivo de la vía administrativa, resulta absolutamente congruente con los derechos fundamentales de los administrados de acceso a la jurisdicción, a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 de la Constitución Política), a la igualdad (artículo 33 de la Constitución Política) y a controlar la legalidad de la función administrativa (artículo 49 de la Constitución Política). Ahora bien, debe resaltarse que tan constitucional es que el administrado opte por acudir directamente a la vía jurisdiccional, sin agotar la vía administrativa, como cuando elige hacerlo.

VII.- AGOTAMIENTO PRECEPTIVO IMPUESTO POR EL TEXTO CONSTITUCIONAL. *El constituyente originario estableció varias hipótesis en que el agotamiento de la vía administrativa resulta preceptivo, al*

entender que el órgano o instancia que revisa o fiscaliza un acto administrativo determinado es una garantía de acierto, celeridad y economía para el administrado. En tales circunstancias, se encuentran los numerales 173 respecto de los acuerdos municipales, en cuanto el párrafo 2º, de ese numeral establece que si no es revocado o reformado el acuerdo objetado o recurrido, los antecedentes pasarán al Tribunal dependiente del Poder Judicial que indique la ley para que resuelva definitivamente y 184 en cuanto le reserva a la Contraloría General de la República la jerarquía impropia de los actos administrativos dictados en materia de contratación administrativa. En estos dos supuestos, al existir norma constitucional que le brinda cobertura al agotamiento preceptivo de la vía administrativa no puede estimarse que sea inconstitucional ese presupuesto obligatorio de admisibilidad de un proceso contencioso-administrativo.

VIII.- ACTO TÁCITAMENTE

CONSENTIDO: PRIVILEGIO FORMAL INJUSTIFICADO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. *Otro de los privilegios formales de las administraciones públicas en el proceso contencioso-administrativo lo constituye la figura dogmática y legislativa del acto tácitamente consentido que tiene una lógica irrefutable en relación con el agotamiento preceptivo de la vía administrativa. Si el agotamiento de la vía administrativa –sustentado en el privilegio de la autotutela declarativa- es un requisito de admisibilidad de carácter obligatorio, consecuentemente, si el administrado no ejerce en tiempo y forma los recursos administrativos procedentes, el legislador presume, a partir de la conducta omisa del administrado, que ha consentido tácitamente el acto administrativo al no recurrirlo en los plazos y por los medios dispuestos por el ordenamiento jurídico. Ese*

instituto procesal infringe frontalmente el derecho fundamental de los administrados de acceder a la jurisdicción (artículo 41 de la Constitución Política), puesto que, le impide perpetuamente, discutir el asunto ante la jurisdicción dispuesta por el constituyente para ejercer el control de legalidad de la función administrativa (artículo 49 de la Constitución Política), simplemente, por no haber ejercido e interpuesto los recursos administrativos procedentes. Consecuentemente, si la adecuación del agotamiento de la vía administrativa al parámetro constitucional impone estimarla como facultativa u optativa para el administrado, la figura del acto consentido debe ser reputada como inconstitucional en cuanto supone de forma implícita que debe cumplirse obligatoriamente con tal recaudo.

IX.- NORMAS CONEXAS. *El artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional preceptúa que la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma o ley, declarará también la de los demás preceptos de ella cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia. Ese numeral, por lo dispuesto en el propio artículo 108 ibidem, resulta aplicable supletoriamente a las consultas judiciales. Por lo expuesto, este Tribunal Constitucional estima que por conexión con las normas consultadas, también resultan inconstitucionales las siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: a) La frase del artículo 18, párrafo 1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en cuanto establece “(...) que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa (...)”; b) el inciso d) del párrafo 1º del artículo 41 de ese cuerpo normativo en cuanto dispone “d) Que no está agotada la vía administrativa”; c) El párrafo 3º del artículo 33 de esa ley al preceptuar “3. La falta de agotamiento de la vía*

administrativa dará lugar a su alegación, por vía de defensa previa, si el Tribunal no apreciare el defecto en la oportunidad prevista en el artículo 41”; d) la frase final del párrafo 4º del artículo 33 al señalar “(...) por no haber sido recurridos administrativamente en tiempo y forma”; e) el inciso c) del artículo 50 de la ley referida al indicar “c) La falta de agotamiento de la vía administrativa”.

Hace más de cinco años esta Revista publicó un artículo del autor intitulado “El agotamiento de la vía administrativa y los recursos administrativos” (IVSTITIA, Nos. 169-170, enero-febrero 2001), en el cual señalamos la necesidad de dar un salto cualitativo en torno a la concepción preceptiva u obligatoria del agotamiento de la vía administrativa. En esa entrega se señalaron los imperativos constitucionales para convertirla en facultativa y se criticaron las pseudo ventajas del instituto. El 15 de marzo del 2006 la Sala Constitucional hizo realidad esas aspiraciones doctrinales al emitir el Voto No. 3669-06.

El Voto de la Sala Constitucional marca un hito histórico en el desarrollo del Derecho Administrativo –tanto desde un punto de vista sustancial como formal-, puesto que, le pone fin a un privilegio injustificado del que tradicionalmente han gozado los entes públicos y que ese alto Tribunal estimó que infringe el principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política) y los derechos fundamentales de acceso a la jurisdicción, a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 ibidem) y de control de la función administrativa (artículo 49 ibidem).

A partir de esta trascendental sentencia, los administrados no están obligados a discutir por largos años, agotando todas las instancias ante la propia administración pública, cualquier diferendo que tengan con ésta, podrán acudir directamente ante un Juez de la República para que dirima el conflicto. El fallo de la Sala Constitucional dignifica al ser humano que lucha contra los poderes públicos provistos de exorbitantes privilegios o prerrogativas, al indicarse que el agotamiento de la vía administrativa es facultativo u optativo.

El administrado ya no tendrá que esperar largos períodos para que la propia administración le atienda su gestión, desgatándose, innecesariamente, por el paso del tiempo, la incerteza en la resolución de su asunto y la erogación de recursos. Es claro que no serán los deudos de un ciudadano los que cobraran los créditos y ejercerán sus derechos, dado que, los entes públicos se han valido de tales privilegios para minar las

fuerzas y energías de los administrados, sometiéndolos a un prolongado calvario o vía crucis de recursos administrativos. Hay que recordar que los entes públicos permanecen –por su condición de personas jurídicas- en tanto que los administrados pasan. Los administrados y ciudadanos tienen alma, corazón, sentimientos, emociones y aspiraciones, los entes públicos no, así que los representantes de los últimos –funcionarios o servidores públicos- están dispuestos a prolongar cualquier petición planteada.

En suma, con el voto de la Sala Constitucional nos libramos de un pesado lastre que ha retardado la aspiración constitucional de una justicia pronta y cumplida y, desde luego, se abandonan los vetustos mitos de las ventajas de agotar la vía administrativa (v. gr. la posibilidad de control de la discrecionalidad administrativa, la rapidez de la sede administrativa, la gratuidad del procedimiento administrativo -que es el gran fraude de nuestra legislación, por las razones que no expondremos ahora-, etc.).

2.- Consecuencias e implicaciones del Voto de la Sala Constitucional 3669-06

A.- Importancia relativa del procedimiento administrativo de impugnación o revisión

En el estado legislativo de cosas anterior al voto de la Sala Constitucional, el agotamiento de la vía administrativa era un requisito preceptivo y, por consiguiente, la regulación y mecánica de la fase recursiva tenía una importancia trascendental.

Con el Voto se relativiza la importancia de los recursos administrativos, puesto que, la parte interesada después de habersele denegado o desestimado una pretensión o pedimento o dictado un acto de gravamen o desfavorable en un procedimiento incoado de oficio, puede acceder directamente ante el juez contencioso-administrativo.

Obviamente, para las hipótesis en que decide, facultativamente, agotar la vía administrativa el procedimiento de impugnación mantiene una importancia determinante.

Cabe señalar que lo anterior no significa que la institución formal del procedimiento administrativo queda en desuso o pierde toda su importancia, puesto que, es preciso recordar que sigue siendo el cauce ineludible para obtener una manifestación de la actividad formal de las administraciones públicas, lo cual en determinados supuestos es indispensable (v. gr. solicitud de un permiso, concesión, etc.). Adicionalmente, quedan vigentes algunos sectores o parcelas del ordenamiento jurídico en que resulta preceptivo el agotamiento y, desde

luego, existirán hipótesis en que el administrado, al vislumbrar alguna probabilidad de éxito, opta por agotar la vía administrativa.

B.- Equiparación de las categorías del acto final y definitivo

Tradicionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, se ha distinguido entre el acto final que es aquel que concluye un procedimiento constitutivo y acto final el cual corresponde al que resuelve los recursos y da por agotada la vía administrativa. Con la sentencia de la Sala Constitucional el acto final vertido en un procedimiento administrativo constitutivo –el cual en ocasiones es indispensable instarlo-, en el supuesto que el administrado opta por acudir a la sede jurisdiccional directamente, sin interponer los recursos administrativos precedentes, resulta equiparable a lo que anteriormente se denominaba acto definitivo. En este caso, el plazo de los dos meses para interponer el proceso contencioso-administrativo –según la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa-, corre a partir de la notificación del acto final.

C.- Vías paralelas –sede administrativa y jurisdiccional-

Al reputarse el agotamiento de la vía administrativa como facultativa, un administrado puede, perfectamente, interponer los recursos administrativos y acudir a la sede jurisdiccional, esto es, mantener abiertas concomitantemente ambas sedes. En este caso, el proceso puede continuar, sin necesidad de ser suspendido, puesto que, en cuanto se obtenga una resolución en sede administrativa, el administrado bien puede desistir del proceso –si es favorable- (artículos 65 de la LRJCA) o ampliar la pretensión o los hechos –en caso de ser desfavorable por una denegatoria expresa o presunta por silencio negativo-, respectivamente, antes de ser contestada la demanda y antes de que se dicte sentencia (artículos 103 de la LRJCA y 313 del Código Procesal Civil). Por su parte, el juzgado podrá reponer algunos trámites, como la remisión del expediente administrativo restante y la publicación de edictos para efectos de emplazamiento, siendo que en caso extremo podrá suspender el proceso por un lapso razonable. Sobre el particular, es menester recordar, también, que la Sala Constitucional en el Voto No. 3481-03 de las 14:03 hrs. del 2 de mayo del 2003, declaró inconstitucional la interpretación judicial de la Sala Primera de Casación del artículo 60, inciso f), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el sentido que la deducción de pretensiones en relación a actos administrativos no indicados en el escrito de interposición de la demanda es un defecto formal que impide verter

pronunciamiento en cuanto al fondo, por estimar que se trataba de un formalismo excesivo que atentaba contra el *in dubio pro actione* y la tutela judicial efectiva.

D.- Consecuencias procesales del agotamiento facultativo

D.1.- Procesos contencioso-administrativos

En los regidos por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1966, pendientes de ser conocidos y resueltos hasta el 1º de enero del 2008 –fecha de la entrada en vigencia del nuevo Código por la *vacatio legis* prevista- rige, en todo su esplendor, lo resuelto por la Sala Constitucional, es decir, una erradicación total y absoluta del agotamiento de la vía administrativa como requisito preceptivo de admisibilidad.

El problema se plantea respecto de los procesos que serán incoados y se regirán por el nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo, puesto que, pese al Voto de la Sala Constitucional y a la declaración solemne del artículo 31, párrafo 1º, en el sentido que *“El agotamiento de la vía administrativa será facultativo, salvo para lo dispuesto en los artículos 173 y 182 de la Constitución Política”*, lo anterior según la versión original de la comisión redactora integrada por la Corte Plena y el texto aprobado por ese órgano. Sin embargo, por exigencias de la Procuraduría General de la República y aceptación de los Diputados de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos, se introdujeron tres párrafos que constituyen un adefesio jurídico que desnaturaliza el agotamiento facultativo y, desde luego, colocan al nuevo Código Procesal en abierta contraposición con el Derecho de la Constitución. En efecto, el párrafo 3º, referido a los procesos interpuestos contra la administración central, dispone lo siguiente:

“3) Si en los procesos establecidos contra el Estado, bajo la representación judicial de la Procuraduría General de la República, se ha acudido directamente a la vía jurisdiccional sin haber agotado la vía administrativa, el juez tramitador, en el mismo auto que da traslado de la demanda, concederá un plazo de ocho días hábiles previos al emplazamiento (...) a efecto de que el superior jerárquico supremo del órgano o

la entidad competente, de acuerdo con las reglas del artículo 126 de la Ley General de la Administración Pública, confirme, o bien, modifique, anule, revoque o cese la conducta administrativa impugnada, en beneficio del administrado y sin suspensión de los procedimientos. Vencido el plazo indicado, si el jerarca supremo guarda silencio o mantiene la conducta impugnada, empezará a correr automáticamente el plazo otorgado para la contestación de la demanda, a partir del día hábil siguiente y sin necesidad de resolución que así lo disponga. Igual regla se seguirá cuando la demanda se interponga en forma conjunta contra el Estado y una entidad descentralizada”.

El párrafo 4° contiene una norma similar para los procesos establecidos contra la administración pública descentralizada, aunque un tanto asimétrica, puesto que, en este caso, dentro de los primeros ocho días del emplazamiento – y no previos a éste y hábiles como se indica en el párrafo 3°- se le brinda al jerarca del ente descentralizado la posibilidad de revertir su conducta en beneficio del administrado. Habría que preguntarle a la Procuraduría cuáles son las razones de establecer una regulación diferenciada, aunque en apariencia homogénea, para la administración central y descentralizada.

Es evidente que a través de estos dos párrafos (3° y 4°) del artículo 31 del nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo se resucita un privilegio injustificado para la administración pública, puesto que, el juez tramitador debe advertirle y avisarle que se ha interpuesto un proceso contencioso-administrativo, pudiendo, bajo la amenaza de una demanda, revertir su criterio. Es una norma que resulta, a todas luces obvia, puesto que, el ordenamiento jurídico no le veda a la administración pública terminar anormalmente el proceso a través de una transacción o arreglo extrajudicial.

Los privilegios injustificados por los que abogó la PGR en la Subcomisión de asuntos jurídicos de la Asamblea Legislativa no se quedaron, ahí sino que fueron más allá, al exigir la introducción del párrafo 5°, el cual dispone que en caso de revertirse la conducta el proceso se tendrá por terminado sin especial condenatoria en costas. Habría que preguntarle, igualmente, a la Procuraduría General de la República quien va a asumir los costos de redactar e interponer una demanda, que, por cierto, no son nada despreciables.

Estas normas introducidas en el proyecto original por presión de la Procuraduría General de la República, lo desnaturalizan y, obviamente, resultan claramente inconstitucionales por contrariar el bloque de constitucionalidad –integrado por la jurisprudencia constitucional-. Cabe advertir, para efectos de transparencia y de reivindicación histórica, que pese a tales vicios las normas fueron aceptadas por la Comisión de Asuntos Jurídicos, pese a las advertencias que formuló el autor, una vez dictado el Voto No. 3669-06 de las 15:00 hrs. del 15 de marzo del 2006.

De modo que el Código Procesal Contencioso-Administrativo se estrena con algunos preceptos que tienen un claro tufo de inconstitucionalidad.

D.2.- Procesos civiles de hacienda

En lo relativo a los procesos civiles de hacienda, es preciso señalar que el artículo 548 del CPC, dispone lo siguiente:

“Requisito fundamental de la demanda. El juzgador no dará curso a demanda que se presenten contra el Estado o sus instituciones, sino cuando se haya agotado la vía administrativa, salvo los casos concretos en que la ley no obligue a realizar dicho agotamiento.

Para el agotamiento de la vía administrativa, se estará a lo dispuesto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”

Resulta claro que por el efecto vinculante del voto de la Sala Constitucional (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), el artículo 548 del CPC es claramente inconstitucional y debe ser desaplicado de conformidad con lo que establece el artículo 8º, párrafo 1º, de la LOPJ, que le impide a los funcionarios que administran justicia *“Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza contrarios a la Constitución Política (...) Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes a la jurisprudencia de la Sala Constitucional”*. Debe tomarse en consideración que el nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo, que entrará en vigencia el 1º de enero del 2008, en su artículo 199 deroga los ordinales 547, 548 y 549 del CPC.

D.3.- Procesos laborales, agrarios y de familia

Recordemos que según el Voto de la Sala Constitucional en el Voto No. 3095-94 de las 15:57 hrs. del 3 de agosto de 1994 (reiterado en los Nos. 7540-94 de las 17:42 hrs. del 21 de diciembre de 1994 y 5686-95 de las 15:39 hrs. del 18 de octubre de 1995), estimó que la competencia definida constitucionalmente para la jurisdicción contencioso-administrativa, sí puede ser delegada legislativamente en otras jurisdicciones como la agraria, la laboral y la de familia.

a) Laboral

En lo relativo a la exigencia del agotamiento de la vía administrativa en materia laboral debe tomarse en consideración el numeral 402, inciso a), párrafo 2°, del Código de Trabajo el cual dispone lo siguiente: *“Si se tratare de reclamos contra el Estado o contra sus Instituciones, deberá agotarse previamente la vía administrativa. Esta se entenderá agotada cuando hayan transcurrido más de quince días hábiles desde la fecha de la presentación del reclamo, sin que los organismos correspondientes hayan dictado resolución firme”*. Esta norma se ha aplicado en materia de pensiones y de riesgos laborales, donde están involucrados entes públicos como la Caja Costarricense de Seguro Social y el Instituto Nacional de Seguros.

Es preciso recordar que esta norma ha sido aplicada flexiblemente por la jurisdicción laboral con un criterio in dubio pro operario, en el sentido que cuando el ente público opone la excepción de falta de agotamiento con la contestación de la demanda, se le confiere audiencia al funcionario o servidor, para que alegue y demuestre si la agotó o no. Siendo que en caso de que indique que no lo hizo se acoge la excepción, se suspende el proceso y se le concede un plazo de 3 meses para que presente el reclamo, con lo cual el funcionario procede a hacerlo inmediatamente y como se prevé un plazo de silencio negativo de 15 días puede continuar con el proceso. Si no lo acredita el agotamiento en ese plazo se aplica la deserción (artículos 452 Código de Trabajo y 51 Código Procesal Civil).

b) Agrario

En materia agraria, el artículo 44, inciso d), de la Ley de la Jurisdicción Agraria dispone que el demandado podrá oponer como defensa previa *“la falta de agotamiento de la vía administrativa”*. De modo que en los procesos agrarios en los que el demandado sea un ente público (v. gr. IDA, CNP, Oficina Nacional de las Semillas, etc.) ha regido esta norma.

En una materia íntimamente relacionada con la agraria como lo constituye la regulación de los conflictos entre poseedores en precario y propietarios registrales (artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización) –aunque la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de conflictos ha señalado que en vía jurisdiccional le corresponde conocer de lo resuelto por la Junta Directiva del IDA a la jurisdicción contencioso-administrativa-, el artículo 94, párrafo 2º, de esa ley dispone que “*Previamente al establecimiento de una acción judicial cualquiera en que pueda estar comprendido un problema de posesión precaria de tierras, los propietarios deberán presentar su reclamo ante el Instituto (...)*”. A partir de esta norma se ha entendido que el agotamiento de la vía administrativa ante el IDA es preceptivo. Es evidente que con el Voto de la Sala Constitucional tanto el poseedor en precario como el propietario pueden acudir directamente, en este caso, ante la jurisdicción agraria para su solución en la vía ordinaria, por tratarse de una cuestión patrimonial atinente a derechos reales.

c) Familia

En esta materia existen supuestos en los que el agotamiento de la vía administrativa ha jugado un rol importante. Así, a modo de ejemplo, el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 129 establece los procedimientos especiales a cargo de las oficinas locales del Patronato Nacional de la Infancia. Por su parte, los numerales 135, 136 y 137 establecen medidas de protección. El artículo 139 ibidem indica que la Presidencia Ejecutiva del Patronato Nacional de la Infancia conocerá del recurso de apelación contra lo resuelto por las oficinas locales y dará por agotada la vía administrativa. Por último, el artículo 142 establece que “*(...) Para acudir al proceso especial de protección en la vía judicial, deberá agotarse previamente esta vía administrativa*”.

D.4.- Facultades del juez de otros ordenes jurisdiccionales respecto de las normas que no fueron declaradas inconstitucionales

La Sala Constitucional, por aplicación de los principios del Derecho Procesal Constitucional, de auto-contención y prudencia, se abstuvo declarar inconstitucionales todas esas normas conexas que atañen a otros ordenes jurisdiccionales, distintos del contencioso-administrativo.

En todos estos supuestos, los jueces laborales, agrarios y de familia deben aplicar los artículos 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional –jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional son

vinculantes *erga omnes*-, 8, párrafo 1º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial –funcionarios que administran justicia no podrán aplicar leyes contrarias a la Constitución Política y tampoco pueden interpretarlas o aplicarlas de manera contraria a los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional- y, por supuesto, lo establecido en el Voto de la Sala Constitucional No. 1185-95 de las 14:33 hrs. del 2 de marzo de 1995, al señalar que “(...) *no es inconstitucional el párrafo final del inciso 1) del artículo 8 de la LOPJ, que obliga a los jueces a interpretar o aplicar normas o actos a un caso concreto, de conformidad con los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional*”.

Consecuentemente, los jueces laborales, agrarios y de familia, en estricta observancia de los Votos de la Sala Constitucional Nos. 3669-06 y 1185-95 y las normas jurídicas citadas, deben desaplicar las normas del ordenamiento jurídico –no incluidas en la LRJCA- que imponen un agotamiento preceptivo de la vía administrativa. Es evidente, que por el precedente vinculante que sienta el Voto No. 3669-06 no puede existir, en ningún juez, duda fundada de constitucionalidad. En ese respecto, debe superarse la mentalidad legalista y el temor infundado de algunos jueces en aras de su obligación y deber de aplicar directamente el Derecho de la Constitución, el cual está integrado, no solo por los preceptos, valores y principios constitucionales, sino también por la jurisprudencia vertida por el Tribunal Constitucional.

D.5.- Acciones de inconstitucionalidad

La fase de agotamiento de la vía administrativa, sigue fungiendo como asunto previo (artículo 75, párrafo 1º, LJC), para los supuestos en que el administrado opte por hacerlo, de lo contrario obviamente no.

En caso de decidir acudir directamente a la vía jurisdiccional el asunto previo lo puede ser el contencioso administrativo, en el estado actual después de la formalización de la demanda y no el período que media entre la interposición y la formalización.

Para evitar equívocos, en caso de interponerse la acción de inconstitucionalidad y de alegarse como asunto previo la vía administrativa, lo propio es que la Sala Constitucional le prevenga al recurrente que aclare si ha optado por agotar la vía administrativa o acudir directamente a la jurisdiccional, a fin de determinar la procedencia o no del control concreto de constitucionalidad.

E.- Excepciones en materia de contratación administrativa y municipal

E.1.- Contratación

Se mantiene vigente, por lo dispuesto, en los ordinales 182 de la Constitución Política –contratación administrativa- y 184, inciso 5° -cláusula residual que le confiere al órgano contralor las demás atribuciones que la ley le asigne, dentro de las que figura la jerarquía impropia en materia de contratación administrativa-, el agotamiento preceptivo, ante la Contraloría General de la República, en materia de objeción al cartel (v. gr. En el caso de la licitación pública o por registro, artículo 81 Ley de Contratación Administrativa) y de impugnación del acto de adjudicación –de acuerdo al monto-, habría, eso sí, que entender para las hipótesis en que debe intervenir ese órgano de fiscalización de relevancia constitucional. La duda puede caber para los supuestos en que es la propia administración pública la que debe conocer los recursos, puesto que, en estos supuestos no entra en juego la garantía de acierto y de objetividad del ente contralor. Sin embargo, sí cabe considerar la celeridad y agilidad que debe mediar en los procedimientos de contratación.

E.2.- Municipal

En virtud de lo dispuesto en el artículo 173 de la Constitución Política, se mantiene el agotamiento preceptivo, en cuanto se trata de una jerarquía impropia bifásica de rango constitucional. Resulta claro que cuando esa norma constitucional hace referencia a los “*acuerdos municipales*”, incluye tanto los emanados del órgano de gobierno –Concejo Municipal- como del resto de los órganos de la corporación (Alcalde, departamentos subordinados, etc.).

En materia municipal al existir una jerarquía impropia bifásica de rango constitucional, realmente, no se ha planteado el problema del agotamiento preceptivo de la vía administrativa, por cuanto, el Tribunal Contencioso-Administrativo suele resolver de forma rápida, adicionalmente, al tratarse de un órgano colegiado conformado por jueces de carrera existe un margen importante de acierto. De modo que son muy pocas las hipótesis en que las partes, después de haber intervenido el Tribunal como contralor no jerárquico, acuden a la vía jurisdiccional. Consecuentemente en esta materia el administrado sí puede obtener beneficios y ventajas del agotamiento preceptivo de la vía administrativa.

F.- Innecesario dimensionamiento del voto

La sentencia de la Sala no fue dimensionada en el tiempo y, concretamente respecto del estadio en que se encontrara cada proceso contencioso-administrativo, puesto que, hubiere implicado una tarea sumamente intrincada y confusa que habría provocado, sin duda, serios problemas de inseguridad jurídica.

En efecto, el voto de la mayoría optó por declarar inconstitucional las normas consultadas con efectos declarativos y retroactivos a la entrada en vigencia de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1966, todo sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Consecuentemente, a los procesos contencioso-administrativo resueltos en firme a la fecha de la sentencia no se les aplica el pronunciamiento, por lo que, a contrario sensu, en todos los que se esté discutiendo el asunto por no haber sido definitivamente resueltos se debe aplicar el precedente.

Lo contrario hubiera obligado a la Sala Constitucional ha formular un alambicado pronunciamiento, disponiendo que la sentencia no sería aplicable para los procesos contencioso-administrativos en los que, a la fecha de publicación íntegra de la sentencia en el Boletín Judicial, existiera pronunciamiento sobre el agotamiento de la vía administrativa o la impugnación de actos tácitamente consentidos y, que, por consiguiente, se encontrarán en uno de los estadios procesales siguientes: a) Cuando el Juzgado o Tribunal contencioso-administrativo hubiere dictado auto de inadmisión del reclamo (artículo 41 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); b) cuando el juzgado o Tribunal, no habiendo ejercido la facultad del artículo 41 *ibidem*, se hubiere pronunciado sobre la defensa previa de falta de agotamiento de la vía administrativa (artículo 50, párrafo 1º, inciso c, *ibidem*) o de acto tácitamente consentido (artículos 50, párrafo 1º, inciso a, y 60, inciso c, *ibidem*) y c) cuando no habiendo ejercido el órgano jurisdiccional la facultad del artículo 41 y no habiendo interpuesto la parte demandada las referidas defensas previas, el juzgado o tribunal haya dictado sentencia de inadmisibilidad, al acoger una defensa propia de falta de agotamiento de la vía administrativa o por tener objeto la acción actos tácitamente consentidos (artículos 33, párrafo 3º, y 60 inciso c, *ibidem*).