340
R

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

NO SALE

# REVISTA

DE

# CIENCIAS JURIDICO-SOCIALES

AED ASOCIACION DE ESTUDIANTES DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

VOL. II DICIEMBRE DE 1958 Nº 3

San José, Costa Rica

DIRECTOR
ALFONSO CARRO ZUÑIGA

Correspondencia y Canjes, remítanse a
«REVISTA DE CIENCIAS JURIDICO-SOCIALES»
Apartado 3862 - San José, Costa Rica, A. C.

# Revista de Ciencias Jurídico - Sociales

VOL. II | DICIEMBRE DE 1958 | Nº 3



BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA


## *Indice*


¿ES LA HIPOTECA UN CONTRATO?..... ROGELIO SOTELA M. .... 3

EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN COSTA RICA ..... JOSE LUIS QUESADA FONSECA ..... 13

UN RIESGO PROFESIONAL FRENTE A UNA TESIS DE LA SALA DE CASACION ..... CARLOS CARRO ZUÑIGA.. 67

NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION PUBLICA ..... JORGE OBANDO VEGA... 79

RELACIONES DEL PODER EJECUTIVO CON EL PODER LEGISLATIVO EN LA CONSTITUCION POLITICA DE COSTA RICA ..... ISMAEL A. VARGAS BONILLA ..... 130
FABIO FOURNIER JIMENEZ
ALFONSO CARRO ZUÑIGA

# ¿ES LA HIPOTECA UN CONTRATO?

**Lic. ROGELIO SOTELA M.**
Decano de la Facultad de Derecho

I

Se preguntará el lector qué importancia puede tener el desarrollo de un tema como el presente, cuando en la literatura jurídica hay muchas y respetables opiniones que dan una respuesta afirmativa a la pregunta con que titulamos este artículo. Debemos contestar de inmediato, que esperamos despertar interés con este pequeño estudio, al analizar lo propuesto; no porque vayamos a llegar a conclusiones muy diversas de las ya conocidas, pero sí porque al enfocar el tema, deberemos necesariamente referirnos a algunos puntos que servirán para dar una mayor claridad al usual concepto que sobre la institución jurídica de la hipoteca, se tiene.

El punto referente a si la hipoteca debe ser necesariamente un contrato o si puede delimitarse como figura jurídica distinta, será necesariamente tratado. También deberemos enfocar el hecho de si los conceptos de "contrato" y "derecho real" aplicados a la hipoteca, son excluyentes o pueden por el contrario armonizarse en dicha institución.

II

La inquietud sobre este tema se nos presentó por vez primera al estudiar al ilustre jurista costarricense don Alberto Brenes Córdoba, quien en su tratado sobre los Bienes, Nº 237, dice lo siguiente:

> "Como acto contractual, la hipoteca requiere la aquiescencia de ambas partes interesadas. Con todo, el consentimiento de aquel a quien favorece no es necesario que conste de manera

expresa en el instrumento en que se constituye, ni en ningún otro posterior. La aceptación se supone mientras el favorecido no la impugne".

Se afirma en ese párrafo que la hipoteca es un acto contractual.

El criterio en referencia está bastante generalizado entre los autores, quienes al hacer una clasificación de los contratos, acostumbran señalar la existencia de los "contratos de garantía", entre los cuales figuran la prenda, la hipoteca, la anticresis, etc. (1).

Por otro lado hay unanimidad de pareceres en el sentido de que la hipoteca es un derecho real "que da a la persona un poder jurídico directo e inmediato sobre una cosa y que es susceptible de ser ejercitado no solamente contra una persona determinada, sino contra todo el mundo". (2).

Los tratadistas galos Planiol y Ripert dan la siguiente definición de la hipoteca:

> "La hipoteca es una garantía real, que sin desposeer al propietario del bien gravado, permite al acreedor embargarlo al vencimiento, hacerlo vender a pesar de que se halle en poder de terceros y cobrar con cargo al precio con preferencia a los demás acreedores, consistente por tanto, esencialmente en la afectación con preferencia y sin desplazamiento de un bien particular separado del conjunto del patrimonio de que forma parte, al cumplimiento de una deuda determinada, quedando ese bien, por otra parte, sujeto al derecho de prenda genérico y propio de todas las obligaciones del dueño". (3).

Un derecho real es una categoría de los derechos subjetivos, esas facultades o poderes como los calificara Savigny, que permiten al hombre hacer prevalecer sobre los demás su voluntad, dentro de los límites señalados por la ley. ¿Qué relación puede entonces haber, siendo la hipoteca un derecho real, con el carácter de contrato que usualmente se le asigna?

Una relación de causa a efecto. El contrato puede ser la causa eficiente del derecho real denominado hipoteca; en otras palabras, el contrato puede generar la creación del derecho real hipotecario; y es éste precisamente un efecto emanado de su naturaleza primaria de hecho jurídico, porque el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos tienen como base no sólo los supuestos jurídicos conte-

(1) Planiol y Ripert "Tratado Elemental de Derecho Civil", Tomo VII, Nº 2308. Edit. José Cajica.
Josserand. "Derecho Civil". Tomo II, Vol. II, pág. 546. Edit. EJEA.
Castán Tobeñas. "Derecho Civil", Tomo 2, folio 421. Edit. Revista de Derecho Privado.
(2) Planiol y Ripert "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Tomo III. pág. 47. Edit. Cultural S. A., Habana.
(3) Obra citada. Tomo XII, Nº 325.

nidos en la norma legal, sino también la realización de los hechos que dan lugar a que se ponga en movimiento y tengan aplicación los principios contenidos en los códigos. El contrato pues, puede crear la hipoteca y precisamente á este tipo de convenciones, creadoras de ese derecho real, es al qué los autores llaman contrato de garantía, denominándolo de hipoteca cuando tiene por finalidad constituir el citado derecho. Pero este derecho no puede ser el contrato; es simplemente el efecto producido por éste.

Siguiendo a Sánchez Román, podemos hacer una distinción entre el contrato que da nacimiento a la hipoteca y la existencia del derecho real que ésta supone, así: a) el contrato sirve de "título" para la constitución del derecho real y éste viene a ser la "relación" ya constituida; b) el contrato en su naturaleza corresponde al derecho de crédito o de obligaciones, sea a los derechos personales, y la hipoteca en cambio al tipo de derechos reales; c) el contrato de hipoteca confiere derechos no al acreedor del bien hipotecado, sino al deudor, el cual tiene el derecho de exigir de su acreedor la cancelación del gravamen una vez cancelada la obligación; y el derecho real de hipoteca otorga derechos al acreedor, relativos a la persecución y preferencia para el pago de su crédito.

Nuestro Código Civil en su artículo 409 da a la hipoteca el carácter de un acto jurídico formal o solemne desde que exige su constitución en escritura pública y ordena su inscripción en el Registro, la cual tiene el carácter de obligatoria para que pueda surtir todos sus efectos. (artículos 464 y 478 del Código Civil).

No define ese artículo la hipoteca ni nos indica explícitamente si se está refiriendo a ella como "derecho real" o como "contrato".

El carácter de derecho real que doctrinariamente le corresponde, no se lo niega en realidad nuestra ley, porque en el artículo 259 del mismo cuerpo de leyes hay suficiente claridad para entender que la hipoteca está enmarcada allí "como un derecho real constituido para garantizar una obligación puramente personal". Pero el citado artículo 409 al agregar en su párrafo final: "No es necesaria la aceptación expresa de aquel a cuyo favor se constituye la hipoteca" pareciera referirse a la hipoteca como contrato más que como derecho real, ya que la aceptación a que alude es la exteriorización del consentimiento —básico elemento de la contratación— por parte del acreedor; pero en el campo de adquisición de los derechos subjetivos la necesidad de una "aceptación" expresa o implícita, no es por lo general, realmente necesaria para que se pueda gozar de ellos. Se adquieren simplemente; llegan a integrar el patrimonio del sujeto y quedan como latentes en espera de que se hagan valer; pueden ser renunciados o abandonados — casos éstos en que la exteriorización de la voluntad en ese sentido sí es necesaria—; pueden también perderse por el transcurso del tiempo si no se les hizo valer; pero en el intervalo entre su creación y su pérdida, los derechos pertenecieron a su titular aunque nunca se ejercitaran y sin que la aceptación de éste fuera necesaria.

Casos de excepción son precisamente aquellos en que la aceptación de los derechos subjetivos es necesaria, como los que tienen su origen en actos mortis causa, en que por disposición de la ley debe manifestarse en forma expresa la aceptación, tal y como en el caso de la herencia. (Art. 528 del Código Civil).

Nos lleva pues el agregado final del artículo 409 a pensar que se quiso hacer una referencia al contrato de hipoteca —generador del derecho real— más que a este mismo. En todo caso, si así fuera, con este artículo y el citado 259, habría tomado en cuenta nuestro Código el doble carácter de contrato y de derecho real que la hipoteca puede tener, si entendemos aquél como la causa eficiente o generatriz de éste, y estaría acorde con el esbozo doctrinario que hemos hecho.

## III

Enfocando nuestra atención directamente a las causas productoras de la hipoteca como derecho subjetivo, debemos analizar si necesariamente éste ha de surgir del contrato o puede tener como origen una figura jurídica distinta.

El concepto de contrato está ligado íntimamente al de convención. Por ésta se entiende el acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato clásicamente se ha conceptuado como una convención que tiende a crear obligaciones. Dice Giorgi: "El contrato es convenio jurídicamente eficaz para crear la obligación civil". (4). Por cierto que este criterio tradicional tiende a ser modificado ya que hoy día se habla del contrato como una convención o "acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial" como lo dice el artículo 1321 del Código Civil Italiano de 1942. (5).

Elemento básico del contrato y que lo separa y especifica como fuente creadora de obligaciones de las otras señaladas por la ley, es el consentimiento. Sin consentimiento —la voluntad expresada por cada parte tendiente a la creación de la obligación—, no hay contrato. Define Ruggiero el consentimiento:

> "...Es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos, concurren a un fin común y se unen. Dirigidas en el contrato obligatorio, una de ellas a prometer y la otra a aceptar, dan lugar a una nueva y única voluntad que es la llamada voluntad contractual y que es el resultado, no la suma, de las voluntades individuales y que constituye una entidad nueva capaz de producir por sí el efecto

(4) "Teoría de las Obligaciones" Tomo 3, Nº 5, Edit. Reus.
(5) "Derecho Civil y Comercial" de Francesco Messineo. Tomo 1, folio 275. Edit. EJEA.

jurídico requerido y sustraída a las posibles veleidades de una sola de las partes, de la cual deriva la irrevocabilidad del contrato". (6).

Para entender que la hipoteca necesariamente deba considerarse producto de la celebración de un contrato, precisa que exista pues, el consentimiento manifiesto del acreedor y del deudor en ese sentido.

Una forma de realizar el contrato de hipoteca de manera inequívoca sería hacerlo con la concurrencia del deudor y del acreedor en el acto mismo en que se constituya. Pero en la práctica, se acostumbra que la manifestación de constituir el gravamen real sobre el inmueble la haga el deudor exclusivamente. Al faltar la manifestación consensual del acreedor, se ha entendido que lo que sucede es que la aceptación del acreedor o más claramente, su consentimiento con relación al acto convencional, existe en una forma implícita como lo ha dicho el Profesor Brenes Córdoba en el párrafo de su obra transcrito al inicio de este artículo.

Es precisamente este punto el que ha motivado nuestro análisis acerca de si la afirmación así expuesta, tiene en realidad el carácter de un axioma jurídico y debemos en todo caso considerar existente un convenio o contrato como base de la constitución de la garantía hipotecaria, o si por el contrario podría afirmarse que hay una ausencia de consentimiento del acreedor que no ha concurrido a la realización del acto, y por tanto que éste no puede tener las características de un contrato. Por que si bien podemos coincidir con el criterio doctrinario expuesto de que la aquiescencia del acreedor se supone otorgada al constituirse la hipoteca, es lo cierto que esta aquiescencia o consentimiento lo sería en el sentido de dar por buena y aceptar la garantía real que el gravamen hipotecario contiene; sea, que el acreedor está conforme en que un bien específico y determinado del patrimonio del deudor sea afectado en forma especial al pago de la obligación, obteniendo el privilegio de poderse cobrar preferentemente sobre dicho bien, con relación a los demás acreedores del deudor. ¿Pero debemos entender que ese consentimiento existe para la celebración del contrato?

En este punto creo que presumir dicho consentimiento es ir más lejos de lo que en la realidad sucede. No puede haber contrato sin el acuerdo de dos o más voluntades; y en este acto unilateral de constitución de hipoteca en que únicamente comparece ante el Notario el deudor y manifiesta que impone el gravamen real sobre determinado bien inmueble, no aparece ni es necesario en ningún momento que el acreedor tenga que concurrir para dar validez al mismo; la aceptación que el ya citado artículo 409 del Código Civil supone existente en el acreedor, bien puede ser, —y creo que más lo es—, de la garantía real constituida a su favor, que la expresión del consentimiento como elemento configurativo básico de un contrato.

(6) "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II, volumen I, Pág. 275. Edit. Reus.

IV

Para llegar a una solución sobre este problema nos resulta de una gran utilidad la construcción doctrinaria que ideara Savigny en su importante obra "Sistema del Derecho Romano", cuando al hablar del origen y disolución de las relaciones de derecho, formuló la doctrina general de los hechos jurídicos, "acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan" como él los concibió, dentro de los cuales con muy definidas características habló de las "declaraciones de voluntad".

A partir del momento en que Savigny concibe su doctrina, se ha venido elaborando todo un sistema que tiende a delimitar con mucha propiedad los diversos tipos o modalidades que en el hecho jurídico pueden encontrarse; especialmente tratadistas alemanes e italianos han producido una rica literatura al respecto. Por el contrario en los códigos originados del Napoleónico, que siguió en líneas generales el plan trazado por el sistema Justineaneo, no suelen encontrarse en una forma sistemática los conceptos de la doctrina savigniana.

Adentremos pues, aunque sea someramente en el campo de tan interesante concepción jurídica, para llegar a determinar posteriormente las conclusiones que su análisis nos impongan.

Se acostumbra decir que los hechos jurídicos son sucesos que producen consecuencias jurídicas; éstos son de muy variada índole; en algunos casos pueden ser obra de la naturaleza, como un ciclón, la caída de un rayo, el nacimiento, la muerte, etc., en otros casos puede intervenir en ellos la actuación del hombre. Esta actuación puede tener por finalidad proponerse un objetivo no jurídico, y sin embargo producir consecuencias jurídicas: la siembra en terreno ajeno o con semillas que no son propias, por ejemplo; también todas aquellas actuaciones humanas delictuosas están en ese caso ya que el delincuente que roba quiere apropiarse de lo ajeno, pero no quiere producir los efectos jurídicos que su actuación va a producir: la realización de un proceso en su contra, la imposición de una pena, la obligación de resarcir el daño causado; todos estos son efectos de su acción producidos contra su voluntad.

En cambio, en otras actuaciones humanas hay una voluntad e intención dirigidas de manera precisa a la creación de los efectos jurídicos; en ellas, el sujeto de derecho busca deliberadamente la realización de esos efectos. Son los casos de los testamentos, los contratos, la adopción, el reconocimiento de un hijo natural, etc.

Cuando el hecho jurídico es producido por una actuación humana voluntaria, la cual no va dirigida intencionalmente a producir efectos jurídicos, entonces este hecho se especifica y concreta convirtiéndose en el acto jurídico.

A su vez, cuando el acto —ese proceder humano voluntario— busca en forma específica, intencionalmente, la producción de efectos jurídi-

DE CO



cos, tenemos entonces aquella figura de que hablara Savigny como "declaración de voluntad", que hoy se denomina con el generalizado término de "negocio jurídico".

El negocio jurídico puede ser definido como: "un acto humano de manifestación de voluntad, que produce dentro de los límites señalados por la ley, los efectos queridos por quien lo realiza". (7).

El contrato será entonces un negocio jurídico, pero no puede afirmarse que todo negocio jurídico sea un contrato, porque hay negocios en que la producción de los efectos jurídicos se da en virtud de una voluntad unilateral exclusivamente, como en el caso del testamento; y en cambio en el contrato la concurrencia de voluntades de dos o más personas es factor esencial para su configuración.

Sobre este punto ha dicho Josserand:

> "el acto jurídico es el realizado con ánimo de producir efectos jurídicos. Este acto puede ser bien un acuerdo de varias voluntades, una convención, bien, más raramente, un acto unilateral, o más exactamente, un acto de formación unilateral, un compromiso tomado aisladamente, fuera de la voluntad del acreedor y aún ignorándolo éste". (8)

Aclarando la expresión de Josserand de "acto jurídico", debemos decir que en la doctrina francesa no se utiliza la expresión "negocio jurídico". El contenido de éste se resume en el "acto jurídico", el cual supone también, dentro de la clasificación que hemos hecho, el acto humano voluntario sin la finalidad básica de crear consecuencias jurídicas. Al estudiar a los autores franceses deberá por consiguiente tenerse presente esta observación, porque dependerá de la naturaleza intrínseca del acto el que pueda determinarse como un acto jurídico propiamente dicho, o como lo que los tratadistas alemanes e italianos y los nuevos autores españoles denominan "el negocio jurídico".

## V

Hechas las anteriores explicaciones, tratemos de aplicar la teoría del negocio jurídico a la hipoteca.

¿Qué supone la actuación del que constituye un gravamen sobre el bien inmueble? Lo siguiente: 1º una actuación humana voluntaria; 2º la finalidad intencionada de producir efectos jurídicos (la garantía que se da al acreedor con todos los derechos que ella engendra). ¿Es entonces la hipoteca el derivado de un negocio jurídico? La respuesta es total-

(7) J. Arias Ramos. "Derecho Romano". Tomo I, pág. 123. Edit. Revista de Derecho Privado.
(8) Obra citada. Tomo II. Volumen I, Nº 13.

mente afirmativa. Ahora bien; ¿este negocio jurídico es un contrato? Aquí respondemos: este negocio jurídico que configura la hipoteca y le da vida en el campo del derecho PUEDE ser un contrato.

Cuando en la relación jurídica correspondiente han intervenido acreedor y deudor y se ha llegado por acuerdo de voluntades a generar la obligación para una parte de constituir el derecho real de hipoteca, hay evidentemente un contrato; el negocio jurídico que ha dado origen a la hipoteca, es un contrato. El derecho nacido de un contrato, la hipoteca, no se identifica como es natural con su causa generatriz; en otras palabras, en este caso no puede decirse que el derecho real accesorio de la hipoteca que surja de un contrato, sea a la vez contrato; la hipoteca como ya lo hemos dicho es un derecho real de garantía y mantiene siempre esa característica; el contrato que se realice para producirla podrá llamarse contrato de garantía o contrato de hipoteca, para indicar de antemano que la finalidad perseguida por quienes lo realizan es precisamente producir el derecho subjetivo de garantía que la hipoteca supone. En este sentido los autores que hemos citado al inicio de este artículo, que clasifican la hipoteca como un contrato de garantía, hacen un afirmación valedera al actuar en esa forma.

En otros casos en cambio, no habrá una concurrencia de voluntades en la creación de la hipoteca; podrá ésta constituirse única y exclusivamente por la decisión unilateral de un sujeto. Debemos entonces preguntarnos: si la hipoteca puede constituirse así, por la exteriorización no de un concurso de voluntades, sino de una sola voluntad. ¿Se ha configurado un negocio jurídico? Ciertamente. ¿Es este negocio jurídico un contrato? No puede serlo porque el contrato supone necesariamente para su perfeccionamiento la concurrencia de dos voluntades por lo menos, y aquí los efectos jurídicos que se produzcan tiene como origen una declaración unilateral de voluntad.

La hipoteca por consiguiente, puede ser originada en un negocio jurídico diverso del contrato; vale decir, que la declaración unilateral de voluntad es susceptible de crear obligaciones y efectos jurídicos como los que se producen al constituirse el contrato de hipoteca.

Francesco Messineo ha dejado ver con bastante claridad que la situación jurídica apuntada puede presentarse. Dice así este reputado autor:

> "La hipoteca voluntaria nace de contrato o también de declaración unilateral de voluntad que habrá de hacerse siempre por acto público o por escritura privada. La fuente de la hipoteca es la voluntad del mismo deudor (o del tercero dador de la hipoteca), al que se adhiere (en el caso de contrato) la voluntad del acreedor: incluso el deudor (o el dador) discrimina entre un acreedor y otro concediendo solamente a uno (o algunos) de ellos la ventaja de la garantía real y específica.

Como es obvio, la constitución de la hipoteca por declaración unilateral de voluntad, opera sin necesidad de que el acreedor acepte". (9).

Un ejemplo quizás pueda ayudar a aclarar el concepto de la hipoteca como negocio jurídico no contractual: supongamos que Cayo adeuda a Ticio una determinada suma; la obligación es meramente personal y no se convino cuáles bienes de Cayo pudieran quedar afectos en forma específica al pago de la misma; sin embargo, Cayo, en razón de la amistad que le une a su acreedor, resuelve mejorar su crédito, tal vez por el temor de llegar a una situación económica difícil que pudiera perjudicar a su amigo, y así, con esta idea en mente, otorga una hipoteca a Ticio y la inscribe en el correspondiente Registro.

En este caso, la hipoteca producirá todos los efectos jurídicos que de su constitución se derivan, y el acreedor no ha tenido noticia, y menos manifestado voluntad alguna acorde con ese acto, de la constitución del gravamen que a su favor se hacía.

En el supuesto de que el acreedor no quiera hacer valer los derechos surgidos a su favor, y por consiguiente darse el caso de que existiendo incumplimiento no realice el remate de los bienes que garantizan la obligación, no debe confundirse este hecho con la necesidad de que el acreedor dé su consentimiento para que el acto unilateral de constitución hipotecaria sea válido. En este caso lo que hay es prácticamente una renuncia a ejercitar el derecho nacido del negocio jurídico, pero no invalidez de éste, ya que con la concurrencia de una sola voluntad podría válidamente constituirse. Este caso sería idéntico al del acreedor cuyo crédito ha nacido de contrato, que no quiera hacer efectivo en perjuicio de su deudor, las obligaciones que éste debe satisfacer; habría de por medio una condonación, remisión o renuncia de derechos que sería, como situación jurídica, muy distinta a la carencia de derecho.

## VI

Vemos como, no puede llegar a afirmarse que la hipoteca tenga siempre y necesariamente origen en un acto contractual. Para hablar en forma más precisa debemos sustituir el concepto extendido de que la causa eficiente del derecho real de hipoteca es el contrato, por el de que esa causa es el negocio jurídico. Al hablar así, no excluímos el concepto de contrato, pero incluimos la posibilidad de que hipoteca se haya podido constituir por un acto unilateral de voluntad.

(9) Obra citada. Tomo IV. Pág. 115.

340
R
Vol. II
Dic 1958
Nº 3
BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

# EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN COSTA RICA

Lic. JOSE LUIS QUESADA FONSECA

---

Tesis de Grado para optar el Título de Licenciado en Leyes

---

ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE COSTA RICA

1 9 5 8

# INDICE

## CAPITULO I

1.—Derecho Financiero. 2.—Derecho Tributario. 3.—Desarrollo del Derecho Tributario a través del impuesto, hasta constituirse en una rama autónoma del Derecho Público.

## CAPITULO II

4.—El impuesto. Definiciones. Concepto. 5.—Derecho Tributario y no Derecho Impositivo. 6.—Tasas. 7.—Ingresos de Derecho Público e Ingresos de Derecho Privado.

## CAPITULO III

8.—Principios generales que deben informar los impuestos. 9.—Principios sentados por Adams Smith: a) Justicia (uniformidad, generalidad). b) Certeza. c) Comodidad. d) Baratura.

## CAPITULO IV

10.—Nacimiento de una teoría del Derecho Tributario. 11.—Relación jurídico-impositiva. 12.—Liquidación del impuesto. (Artículos 26, 27 y 8 inciso 5º de la Ley del Impuesto sobre la Renta de Costa Rica). 13.—Principios constitucionales que regulan el Impuesto sobre la Renta en Costa Rica. 14.—Historia del Impuesto en Costa Rica. 15.—Concepto de renta. Concepto de renta según nuestra ley. 16.—Artículos 8 inciso 7, 62 y 45 de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

## CAPITULO V

17.—Sujetos activo y pasivo de la relación jurídico-impositiva en el Impuesto sobre la Renta. 19.—Artículo 2 de nuestra ley. 19.—Objeto del Impuesto sobre la Renta. 20.—Fuentes de ese impuesto. 21.—Base del impuesto. 22.—Territorialidad, Domicilio, Residencia y Nacionalidad como bases para establecer el impuesto. 23.—Criterio seguido en Costa Rica. 24.—Criterios seguidos en Venezuela, Argentina y México. 25.—Doble imposición. 26.—Rentas percibidas y rentas devengadas. 27.—Jurisprudencia.

## CAPITULO VI

28.—Renta Gravable. 29.—Renta bruta y Renta neta. 30.—Deducciones permitidas por la ley. 31.—Gastos necesarios para producir la renta. 32.—Diferencia entre renta líquida imponible y renta líquida económica

o contable. 33.—Deducciones admitidas por la ley que no tienen el carácter de gastos necesarios para producir la renta. 34.—Cargas de familia. 35.—Dependientes.

## CAPITULO VII

36.—Prescripción. 37.—Prescripción liberatoria del tributo. 38.—Prescripción del derecho de la Administración para determinar el impuesto. 39.—Artículo 28 de la Ley de Impuesto sobre la Renta vigente. Interpretación. Jurisprudencia Administrativa; Jurisprudencia Judicial; 40.—Artículo 113 de la Ley de Administración Financiera de la República.

## CAPITULO VIII

41.—Recursos a favor del contribuyente. 42.—Artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Apelación simple. Contralor Jurisdiccional y no reformatio in pejus (no empeoramiento). 43.—Artículo 34 de la Ley del Impuesto sobre la Renta. 44.—Agotamiento de la vía administrativa. 45.—Juicio contencioso-administrativo. 46.—Caducidad del recurso. 47.—¿Puede el Estado establecer juicio contencioso-administrativo en contra de las resoluciones del Tribunal de la Renta? Opinión de la Procuraduría General de la República.

## CAPITULO I

1.—Con A. D. Giannini, podemos definir el Derecho Financiero como "el conjunto de normas que regulan la obtención, gestión y el empleo de los medios económicos necesarios para la vida de los entes públicos". (1).

La actividad administrativa del Estado, regulada por el Derecho Administrativo, es comprensiva de la gestión financiera de sus entes públicos; por otro lado, la concepción moderna del Estado de Derecho, parte del principio de que sólo el órgano legislativo tiene atribuciones de crear normas tributarias. Ahora bien, siendo el Derecho Administrativo parte del Derecho Público, como lo es también el Derecho Constitucional —que regula entre otras cosas la función legislativa—, hemos de concluir que el Derecho Financiero forma parte del Derecho Público.

2.—El Derecho Financiero comprende el estudio de: a) la institución presupuestaria, que se deriva del Derecho Constitucional; b) las relaciones relativas a la imposición y recaudación de los impuestos y tributos, relaciones que caen dentro de la esfera de la actividad administrativa del Estado; y c) lo relativo a la gestión del patrimonio del Estado.

Como expone el ilustre tratadista italiano A. D. Giannini en su obra antes citada:

> "Por la diversidad de materias que comprende el derecho financiero, parece más conforme con un exacto criterio sistemático adoptar como objeto de una disciplina jurídica diferenciada tan sólo aquella parte del Derecho Financiero que se refiere a la imposición y a la recaudación de tributos, cuyas normas son, en efecto, susceptibles de coordinarse en un sistema científico, por ser las que regulan de un modo orgánico una materia bien definida, LA RELACION JURIDICO TRIBUTARIA, desde su origen hasta su realización. La autonomía del Derecho Tributario se justifica, además, por las especiales características que esta rama del Derecho Administrativo presenta frente a las demás: como exactamente observa Blumenstein, en ninguna otra parte del Derecho Administrativo aparece tan netamente

1) Giannini, A. D., Instituciones de Derecho Tributario, 7ª Edición, Traducción de Fernando Sáinz de Bujanda, Madrid, Editorial de Derecho Financiero 1957, página 5.

delimitada la relación jurídica entre el Estado y el ciudadano, tanto desde el punto de vista material, como desde el punto de vista formal". (2).

Establecido el lugar que dentro del derecho como ciencia general ocupa el Derecho Tributario, y establecida la autonomía de éste, procede señalar su contenido y objeto de estudio, y así diremos citando nuevamente al profesor Giannini:

"que es "aquella rama del Derecho Administrativo que expone las normas y los principios relativos a la imposición y a la recaudación de los tributos, y que analiza las consiguientes relaciones jurídicas entre los entes públicos y los ciudadanos". (3).

3.—Ya se dijo que el Derecho Tributario comprende el estudio de las normas y principios relativos a la imposición y a la recaudación de los tributos. Es decir, que comprende no sólo el estudio de los impuestos sino también de otras categorías (Tasas y contribuciones), que no tienen el carácter de impuestos. Sin embargo, y constituyendo el impuesto el renglón principal de ingresos del Estado moderno, ha sido a través del estudio del impuesto y de las relaciones jurídicas que él engendra, que la evolución y desarrollo del Derecho Tributario ha tenido lugar. El connotado jurista español F. Sáinz de Bujanda, al prologar la obra del profesor Giannini antes citada, y hablando sobre la influencia del impuesto en el desarrollo del Derecho Tributario manifiesta, "que así como una de las especies del proceso —el civil—, sea el que ha servido de núcleo a la formación científica de la disciplina, y el delito sea la especie de hecho delictuoso que trata con especialidad el Derecho Penal, el impuesto es la especie de contribución que ha dado lugar al gran desarrollo de la disciplina". (4).

## CAPITULO II

4.—Las definiciones y teorías que sobre el impuesto han elaborado los autores son tantas y tan variadas, que con sólo ellas habría material suficiente para hacer un libro. Así, tenemos desde las doctrinas que consideran al impuesto como el precio de los servicios prestados por el Estado a los particulares, las que lo consideran como una prima de seguros que se paga como garantía de la seguridad individual que el Estado está obligado a proporcionar, hasta las teorías que consideran que el impuesto es sólo un deber que no necesita fundamento jurídico especial.

2) Giannini, A. D., obra citada, página 7.
3) Giannini, A. D., obra citada, página 7.
4) Giannini, A. D., prólogo de Fernando Sáinz de Bujanda, página XXXII.

La teoría que hoy día es de más aceptación, y que fue lanzada primeramente por Otto Mayer, establece que el impuesto tiene como único fundamento jurídico el poder de imperio del Estado.

Siguiendo la idea de Otto Mayer, que luego fue desarrollada por la doctrina alemana, y que actualmente tiene un valor indisputable en la doctrina, acogeremos, a efecto de precisar el concepto del impuesto, las definiciones de algunos autores que parten de la idea expuesta.

Así, con Eheberg, podemos decir que "los impuestos son prestaciones materiales, que actualmente consisten por lo general en dinero, y que perciben el Estado y las demás corporaciones de derecho público para satisfacer las necesidades colectivas, determinándolos, tanto por lo que se refiere a su cuantía como modalidad, de una manera unilateral y coactiva. Son prestaciones materiales, pues los servicios personales, aunque se reclamen con carácter de obligatoriedad, no corresponden a este concepto". (5).

Para Giannini, "El impuesto es una prestación pecuniaria que un ente público tiene derecho a exigir en virtud de su potestad de imperio, originaria o derivada, en los casos, en la medida y según los modos establecidos en la ley, con el fin de conseguir un ingreso". (6).

Gastón Jéze, que no define el impuesto sino que enumera sus características esenciales, dice:

a) Es una prestación de valores pecuniarios, normalmente una suma de dinero y no servicios personales;
b) La prestación del individuo no es seguida por una contraprestación del Estado;
c) El constreñimiento jurídico. El impuesto es esencialmente un pago forzado;
d) Se establece según reglas fijas;
e) Se destina a gastos de interés general; y
f) Es debido exclusivamente por el hecho de que los individuos forman parte de una comunidad política organizada". (7).

De lo expuesto podemos concluir que el impuesto es una prestación en dinero; se usa ese término como opuesto a contraprestación, ya que no existe contravalor concreto que compense el pago del impuesto. Es establecido en forma unilateral por el Estado; su pago es forzoso (coactivo). Debe ser establecido por ley formal, y su único fundamento jurídico es el poder del Imperio del Estado, aunque es indisputable que detrás de ese fundamento jurídico están los fundamentos metajurídicos de

5) Compendio de Hacienda Pública, Editorial América, México 1945, Eheberg, página 78.
6) Giannini, A. D., obra citada, página 46.
7) Jéze Gastón, citado por Flores Zavala Ernesto. Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas, Editorial Porrua S. A., México 1955, página 34.

NO SALE

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

estimativa política, que se basan en la necesidad que el Estado tiene de ingresos suficientes con que hacer frente a sus atribuciones, principalmente de las relativas a los servicios públicos que presta en beneficio de la colectividad.

Debiendo el impuesto ser establecido mediante ley formal, el Estado únicamente puede exigirlo "en los casos, en la medida y según los modos" por ella establecidos, y el crédito fiscal nace cuando se presenta la situación prevista por la ley, el hecho generador, el supuesto del tributo. En el caso del impuesto sobre la renta, el crédito fiscal nace cuando el ciudadano obtiene una renta en el modo, la medida y según el monto previsto por la ley.

Algunas legislaciones definen el concepto de lo que por impuesto debe entenderse. Tal el caso del Código Fiscal de la Federación Mexicana, que en su artículo 2 establece:

> "son impuestos las prestaciones en dinero o en especie, que el Estado fija unilateralmente y con carácter obligatorio a todos aquellos individuos cuya situación coincida con la que la ley señala como hecho generador del crédito fiscal".

En Costa Rica no existe ley que defina lo que por impuesto debe entenderse, por lo que en caso de necesidad de precisar su concepto, debe estarse a lo que la doctrina establece al respecto.

5.—Ya se dijo que el Derecho Tributario es "aquella rama del Derecho Administrativo que expone las normas y los principios relativos a la imposición y recaudación de los tributos, y que analiza las consiguientes relaciones jurídicas entre los entes públicos y los ciudadanos". Pero tributo no es sinónimo de impuesto. Las tasas, las contribuciones, son categorías especiales de ingresos fiscales que no tienen el carácter de impuestos. Así, si denomináramos a esta rama del "Derecho Impositivo", estaríamos limitando el objeto de su estudio a los impuestos, cuando en realidad comprende también el estudio de las tasas y de las contribuciones.

6.—Las tasas son también prestaciones pecuniarias debidas a un ente público por disposición de la ley, pero se adeudan por virtud de la realización de una actividad del ente o corporación pública (servicio), que afecta de modo especial al obligado a pagarla. Como dice Giannini en su obra citada, el impuesto, si se conecta con una situación de hecho que forma el objeto de la imposición, es porque ha tomado en cuenta —en forma directa o indirecta—, una cierta capacidad contributiva; es decir, que la situación se refiere exclusivamente a la persona del obligado y a su esfera de acción, sin tomar en cuenta, ni siquiera de hecho, la actividad del ente público. La tasa en cambio tiene por presupuesto una situación de hecho que necesariamente se relaciona con el desenvolvimiento de una actividad del ente público a que se refiere la persona del obligado.

7.—Se denominan ingresos de Derecho Público aquellos en los que la obligación de pago proviene de la ley, sin tomarse en cuenta la voluntad de los obligados a pagarlos. (Impuestos, tasas, contribuciones).

Los ingresos de Derecho Privado son aquellos ingresos del Estado en los que por el contrario la obligación de pago tiene un origen contractual. La voluntad de las partes (particulares y entes públicos), es la que da origen a la obligación de pago. (Ingresos que el Estado recibe por arrendamientos, alquileres, etc. de bienes de su propiedad).

## CAPITULO III

8.—Desde el punto de vista estimativo, de política del impuesto, los autores y tratadistas han venido elaborando ciertos principios que hoy día se consideran criterios directrices que necesariamente deben tomar en cuenta los legisladores al dictar las leyes que establecen impuestos, a efecto de que éstos se impongan con justicia y equidad.

9.—Desde que Adam Smith escribió su libro "Wealth of Nations" (La Riqueza de las Naciones), cuatro principios sentados por él en el Capítulo V de su libro se han constituido en los principios fundamentales generales que deben informar los impuestos. Así, según él, los impuestos deben informarse en los principios de justicia, certidumbre, comodidad y economía (baratura).

a) "Los súbditos de cada Estado deben contribuir al sostenimiento del gobierno en una proporción lo más cercana posible a sus respectivas capacidades; es decir, en proporción a los ingresos de que gozan bajo la protección del Estado. De la observancia o menosprecio de esta máxima, depende lo que se llama la equidad o falta de equidad de los impuestos." (Adam Smith).

Así, los impuestos deben ser justos y equitativos, pero para que el principio de justicia se cumpla, han de tomarse, según Smith, dos reglas: La de UNIFORMIDAD y la de GENERALIDAD DE LOS IMPUESTOS.

Nadie debe quedar exento de pagar impuestos; todos deben pagarlos, para que los impuestos sean generales. Sin embargo, ello debe interpretarse siempre tomando en cuenta la capacidad contributiva, por lo que el principio debiera formularse así: nadie que tenga capacidad contributiva debe quedar exento del pago de impuestos; todos los que la tengan deben pagarlos. Así, el desgravamen de las rentas mínimas vitales, y las deducciones por cargas de familia, no van contra el principio de "generalidad" debidamente interpretado, sino que más bien lo cumplen.

Para que el impuesto sea "uniforme", todos deben ser iguales frente al Impuesto. En este aspecto, como todos aquellos casos en que se hace necesario el establecimiento de un trato igual, han surgido grandes controversias sobre la medida de esa igualdad. No hay duda, sin embargo, que la igualdad debe estar referida a la capacidad contributiva, así como

también a la "igualdad de sacrificio" de que habla John Stuart Mill, porque el imponer impuestos iguales en su monto a todas las personas implica presumir que todos tienen igual capacidad contributiva y que sus rentas tienen el mismo origen, lo que no es real.

b) La Ley debe establecer en forma clara el monto del impuesto que el individuo debe pagar, su fecha de pago, la manera de realizarse éste, y la cantidad que debe pagarse, a efecto de eliminar arbitrariedades y de que el impuesto sea cierto.

Como dice el ilustre autor mexicano Ernesto Flores Zavala (8), para cumplir con el principio de certidumbre,

> "la ley impositiva debe determinar con precisión: el sujeto, el objeto, la cuota, la fecha de pago, quién paga, a quién se paga, las penas en casos de infracción, los recursos que proceden frente a una actuación ilegal de la administración, etc."

c) "Todo impuesto debe recaudarse en la época y en la forma en las que es más probable que convenga su pago al contribuyente". (Adam Smith, La Riqueza de las Naciones).

d) "Todo impuesto debe planearse de modo que la diferencia de lo que se recauda y lo que ingresa en el tesoro público del Estado, sea lo más pequeño posible". (Stuart Mill).

## CAPITULO IV

10.—El desarrollo que en los últimos tiempos ha tenido el Derecho Tributario, principalmente a través de la institución del impuesto —su objeto de estudio más analizado, debido a su importancia en la época presente— ha logrado ir construyendo una teoría general del Derecho Tributario. Los temas que han logrado delinearse con perfiles propios y particulares son dos: la relación jurídico-impositiva, y la liquidación del impuesto. La definición precisa y definida de estos dos temas centrales de la teoría general del Derecho Tributario, es creación del insigne jurista italiano A. D. Giannini.

11.—El ilustre maestro italiano precisa el contenido de la relación jurídico-impositiva en la siguiente forma:

> "La determinación de los casos en que el impuesto se debe, de las personas obligadas al pago, de su cuantía, de los modos y forma en que el propio impuesto debe ser liquidado y recaudado, es materia que en el Estado moderno aparece regulada

8) Flores Zavala Ernesto, Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas, Editorial Porrua, S. A. México 1955, página 137.

por el ordenamiento jurídico con disposiciones imperativas, a cuya observancia quedan obligados tanto los órganos del Estado como las personas sujetas a su potestad.

De estas disposiciones, por tanto, surgen entre el Estado y los contribuyentes derechos y deberes recíprocos que forman el contenido de una relación especial: LA RELACION JURIDICO - IMPOSITIVA.

Del ordenamiento jurídico del impuesto nacen, además, no sólo la obligación de pagar y el correspondiente derecho a exigir una suma determinada cuando se produzcan los presupuestos de hecho establecidos en aquél, sino, además, una serie de obligaciones y derechos de naturaleza y contenido diversos, tanto del ente público como de la persona sujeta a la potestad estatal. Efectivamente, con el fin de hacer seguras, más fáciles y más expeditas la liquidación y recaudación del tributo, el legislador impone, ante todo, no sólo al contribuyente, sino también a otras personas, múltiples deberes, unos positivos —como la obligación de satisfacer el impuesto... cumplimiento de ciertas formalidades— y otros negativos —como la prohibición de expedir copias de documentos por lo que no haya sido satisfecho el impuesto correspondiente. El no pago del impuesto da lugar a sanciones civiles (ejecución) y penales: multas.

De tal modo que la relación jurídico impositiva tiene un contenido complejo...

La obligación de pagar el impuesto debido constituye la parte esencial y fundamental de la relación, así como el fin último al que tiende el instituto jurídico del impuesto (deuda impositiva; crédito impositivo). La deuda impositiva tiene su fuente en la ley; más concretamente en el hecho o situación de hecho que según el ordenamiento jurídico es idónea para hacerla surgir.

Esta situación de hecho puede denominarse PRESUPUESTO DEL TRIBUTO. Este presupuesto, con el concurso de otros factores, suministra la base fundamental para determinar concretamente el importe de la deuda impositiva. Cosa, hecho, acto o cualidad de la persona —presupuesto objetivo— y relación pre-establecida en la ley en que debe encontrarse el sujeto pasivo del tributo con el primer elemento. Los elementos material y personal se identifican cuando el impuesto grava a una persona por el simple hecho de tener determinada cualidad". (9).

9) Giannini, A. D., obra citada, páginas 67, 68, 69; 70 y 71.

La relación jurídico-impositiva, siendo una relación de obligación supone dos sujetos: un sujeto activo (el Estado) y un sujeto pasivo al que la ley impone determinadas obligaciones.

12.—Respecto a la liquidación del impuesto y con el profesor Giannini podemos decir:

> "La ley enuncia de un modo abstracto los presupuestos del tributo y los criterios para su determinación. Así, para comprobar en concreto si una deuda impositiva ha surgido y cuál es su importe, es necesario comprobar cada vez si los expresados presupuestos han tenido lugar, fijar su precisa naturaleza y entidad y valorar los restantes elementos preestablecidos para determinar la medida de la obligación tributaria.
>
> La liquidación en sentido amplio del impuesto consiste precisamente en el acto o la serie de actos necesarios para la comprobación y valoración de los diversos elementos constitutivos de la deuda impositiva (presupuesto material y personal, base imponible), con la consiguiente aplicación del tipo de gravamen, y la concreta determinación cuantitativa de la deuda del contribuyente. Así, la liquidación constituye una fase ineludible en el desenvolvimiento de la relación impositiva.
>
> El acto formal de la autoridad financiera (acto de liquidación en sentido estricto) tiene el mismo contenido que la sentencia meramente declarativa, aunque sean naturalmente, diversos los efectos respectivos.
>
> Para quienes hacen depender el nacimiento de la deuda impositiva no de la realización del presupuesto, sino de la ulterior liquidación, la naturaleza constitutiva de ésta es lógica consecuencia de las premisas de que parten." (10).

El artículo 60 de la Ley de Impuesto sobre la Renta vigente en Costa Rica, establece que la aplicación de esa ley corresponde a la Dirección General de la Tributación Directa.

El procedimiento de liquidación del impuesto sobre la renta, tiene como base más importante la declaración jurada que de sus ingresos y egresos debe presentar toda persona, cualquiera que sea el monto de sus rentas si es jurídica, o que tenga ingresos brutos iguales o superiores a cinco mil colones (₡ 5.000.00) durante un año determinado si es persona física (Artículos 16 y 17 de la ley).

El artículo 27 de la misma ley, faculta a la Oficina de Tributación Directa a examinar los libros de contabilidad y demás documentos pertinentes del interesado, en todo lo que se relacione con la renta u otros puntos que figuren o deben figurar en la declaración; todo con el objeto

10) Giannini, A. D., obra citada páginas 169 y 170.

de que verifique la exactitud de las declaraciones; de que no existe —de acuerdo con la ley—, la obligación de pagar el impuesto, o de que éste se paga en la forma y monto establecido por la ley.

Con base en ese artículo 27, la Oficina de Tributación tiene la facultad, al practicar la revisión de libros de contabilidad y documentos, de introducir las modificaciones y de practicar los ajustes del caso, ya sea por rechazo de partidas cuya deducción no admite la ley o rectificando los errores que de libros y documentos apareciere, a efecto de que el impuesto sea pagado por el contribuyente en el monto y proporción que la ley establece.

El artículo 8 inciso 5º, párrafo segundo, de la ley, establece:

> "Además de los documentos especiales exigidos para comprobar determinadas deducciones, todas deberán ser justificadas por medio de contabilidad llevada legalmente cuando, según la ley, sea obligatorio llevarla y de los documentos que abonen los asientos respectivos; de otro modo se rechazarán las deducciones, salvo casos especiales a juicio de la Dirección General".

El párrafo transcrito autoriza a la Dirección General a rechazar las deducciones que haga el contribuyente en concepto de gastos necesarios para producir la renta, cualquiera que sea su naturaleza y su monto, si el contribuyente, estando obligado legalmente a ello, no lleva contabilidad, y también si llevándola, las deducciones no están justificadas por medio de los documentos respectivos.

El artículo 26 de la misma ley establece otro procedimiento de determinación del impuesto, facultando a la Dirección General de Tributación Directa para proceder de oficio a la liquidación del impuesto (tasación de oficio), en los siguientes casos:

a) Omisión del contribuyente en la presentación de las declaraciones del período señalado;

b) Presentación de declaraciones manifiestamente falsas e incompletas;

c) Omisión de la obligación de llevar libros de contabilidad; y

d) Cuando los datos asentados en los libros de contabilidad sean falsos o incompletos.

Por disposición del mismo artículo, la oficina debe proceder a la liquidación del impuesto, con base en la presunción de utilidad neta que en cada caso haga tomando en cuenta todos los indicios que puedan revelar la renta percibida durante el período fiscal que se examina, por la entidad o persona de que se trate.

Demostrada la procedencia de la liquidación de oficio del impuesto y realizada ésta por la Oficina dentro de las limitaciones indicadas por la ley, el contribuyente sólo puede objetar la interpretación que la Direc-

ción General haga de los elementos de juicio que sirvieron para la liquidación del impuesto, alegando únicamente sobre cuestiones de hecho debidamente comprobadas. (Párrafo 2 del artículo 26 precitado). Como se observa, el contribuyente que incurra en alguna de las omisiones que la ley establece como constitutivas de la procedencia de la liquidación de oficio del impuesto, puede ser objeto del procedimiento de liquidación de oficio del impuesto mediante la determinación presuntiva de su renta neta, estableciéndose en su contra una reversión de prueba, ya que la única defensa que la ley le permite, es la de alegar únicamente sobre cuestiones de hecho debidamente comprobadas.

Los procedimientos de determinación del impuesto mencionados, por tener el carácter de actos administrativos preparatorios, los realiza la administración sin intervención del contribuyente, o con la que la administración crea conveniente darle. Una vez realizado el acto administrativo preparatorio, la oficina debe notificarlo en la forma indicada por la ley (mediante carta certificada) al contribuyente, para que éste pueda hacer uso de los recursos que la ley establece. Así pues, el procedimiento de determinación del impuesto tiene dos fases bien definidas. En la primera, de que se ha hablado, las atribuciones de la administración se ejercen de oficio y tienen en cierto aspecto, las características de la actividad de un juez instructor. Termina con la notificación al contribuyente del acto administrativo que lo conmina al pago del impuesto, y que contiene o debe contener la exposición escrita y clara de los procedimientos seguidos por la Oficina en la determinación del impuesto y del monto del mismo por él adeudado. La segunda fase que se inicia con la notificación del acto administrativo al contribuyente, y que da intervención a éste es una fase contenciosa (Ver infra, Nos. 41, 42, 43, 44, 45, 46 y 47).

13.—"La Constitución de un Estado de derecho parte del principio que sólo el órgano legislativo es capaz de crear normas tributarias". (11).

"El poder de imponer contribuciones sobre las personas y sus bienes es esencial a la existencia misma del gobierno, y puede ser legítimamente ejercido sobre los objetos a los que es aplicable con la máxima amplitud con que el gobierno pueda desear aplicarlos". (12).

Los principios jurídicos que regulan los impuestos, son aquellos que se encuentran establecidos en el derecho positivo de cada país, y pueden ser: Principios Constitucionales y Principios Legales.

Los principios Constitucionales se pueden dividir en:

"1.—Principios que garantizan determinados derechos fundamentales del individuo, que no pueden ser violados o coartados por la actividad impositiva del Estado.

---

11) Andreozzi Manuel, Derecho Tributario Argentino, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951; página 58.

12) Marshall, en el leading case Mc Cullock V, Maryland, decidido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norte América, citado por Segundo V. Linares en el Poder Impositivo y la Libertad Individual.

2.—Principios derivados de la organización política del Estado.

3.—Principios de política económica que por haberse considerado fundamentales fueron establecidos en las Constituciones". (13).

Nuestra Carta Magna del año 1949, hoy vigente, en su Título IV, establece los "Derechos y Garantías Individuales" de que gozarán los costarricenses y extranjeros dentro del territorio de la República.

Pues bien, el primer principio constitucional tributario que de ese capítulo se deriva, es el de que la "actividad tributaria" no puede impedir ni coartar el ejercicio de los derechos de los individuos, reconocidos en el capítulo mencionado.

"El artículo 46 de nuestra Constitución establece la siguiente garantía individual:

"Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora...".

El impuesto sobre la renta grava las rentas obtenidas por los individuos con las actividades comerciales, agrícolas e industriales. Podría creerse así, que el impuesto sobre la renta restringe la libertad de comercio, agricultura e industria, y que en ese supuesto sería inconstitucional. Sin embargo, es la propia constitución la que establece la obligación de pagar los impuestos. El Artículo 18 constitucional establece:

"Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y CONTRIBUIR PARA LOS GASTOS PUBLICOS".

Al disponer el artículo 19 del mismo cuerpo legal que los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, se establece también para los extranjeros la obligación de pagar impuestos.

Mientras los impuestos se establezcan y recauden dentro de las limitaciones establecidas en la propia constitución, no hay violación de aquel precepto; pero desde el momento en que un impuesto, por lo oneroso o molesto, haga imposible el cumplimiento de la garantía de libertad de comercio, agricultura e industria, el gravamen se constituye en violatorio de aquella garantía constitucional.

Los derechos de petición, asociación, expresión, y demás garantías individuales establecidas en el Capítulo de la Constitución antes mencionado, deben ser respetados en la misma forma en que se ha expresado para la libertad de agricultura, industria y comercio.

En términos generales puede decirse que un impuesto impide el ejercicio de determinado derecho o garantía individual, cuando por su monto, los procedimientos de su liquidación o de su pago, constituye un

13) Flores Zavala Ernesto, Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas, pág. 147.

obstáculo que es normalmente insuperable para el ejercicio de ese derecho.

El artículo 33 de nuestra Constitución establece la garantía de igualdad ante la ley: "Todo hombre es igual ante la ley".

De ese artículo deducimos el principio de que todos los individuos deben ser tratados con criterio de igualdad ante las leyes tributarias. Así, todo individuo cuya situación coincida con el presupuesto que la ley ha establecido como generador del crédito fiscal, debe ser sujeto pasivo del impuesto. No se pueden establecer impuestos a cargo de una o de varias personas consideradas en su individualidad, aunque sí se pueden establecer a cargo de determinadas categorías que asumen los individuos, tales como comerciantes, agricultores, profesionales, etc.

Nuestro artículo 34 constitucional dispone:

"A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas". De aquí que en Costa Rica no pueden dictarse leyes tributarias que tengan efecto retroactivo. A efecto de precisar los alcances de la retroactividad, es conveniente reproducir aquí las tesis expuestas por algunos autores que son de más aceptación actualmente.

"El principio de la no retroactividad significa que el legislador y el juez no pueden despojar a los individuos de los derechos que se llaman adquiridos; el primero por la expedición; y el segundo por la aplicación de una ley. (14).

Si el constituyente tiene facultades para establecer la regla general de no retroactividad de las leyes, es lógico que también la tiene para establecer excepciones.

En doctrina, se han expuesto varias soluciones para determinar cuando una ley es retroactiva. La llamada doctrina clásica distingue entre "derechos adquiridos" y "expectativas de derecho".

Son derechos adquiridos aquellos que ya han entrado a formar parte del patrimonio del individuo, mientras que las simples esperanzas de adquirir un derecho constituyen las "expectativas".

Por la variedad e imprecisión que de sus conceptos fundamentales dan sus seguidores, la tesis ha sido duramente criticada.

J. Bonnecase distingue entre situaciones jurídicas concretas y situaciones jurídicas abstractas. Las primeras constituyen una realidad positiva. Las segundas una simple forma de ser teóricas, una esperanza de beneficiarse con la ley. La situación jurídica concreta es la ley ejecutándose, funcionando en favor y beneficio de una persona determinada.

El tratadista Mario de la Cueva expone su brillante teoría sobre la retroactividad en la siguiente forma:

> "Una ley es retroactiva cuando vuelve sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, o para

14) Flores Zavala Ernesto, obra citada, página 154, citando Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Mexicana.

modificar los efectos de un derecho ya realizado. El problema de la aplicación de las leyes en cuanto al tiempo, descansa en la diferencia entre el efecto inmediato y el efecto retroactivo de una ley, siendo el primero, la aplicación de una ley en el presente y el segundo en el pasado. El principio general es que la aplicación de toda la ley es inmediata, esto es, que se aplica en el presente, pero que no puede ser aplicada en el pasado. Esta distinción se ve con claridad cuando se trata de situaciones jurídicas nacidas y extinguidas bajo el imperio de una sola ley, pero requiere algunas explicaciones cuando la duración de una situación jurídica nacida al amparo de la ley, se prolonga más allá de la fecha en que dicha ley fue sustituída por otra. Para estos casos se hace preciso determinar en qué consiste el efecto inmediato y cuál sería el retroactivo de una nueva ley, pudiendo, a este respecto, darse como criterio general el propuesto por Roubier en su libro Les Conflicts des Lois dans le Temps: Si la nueva ley pretende aplicarse a hechos verificados (Facta praeterita) es retroactiva; si pretende aplicarse a situaciones en curso (Facta pendentia) será necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación que no podrán ser tocadas sin que la ley sea retroactiva y las posteriores, para las cuales la ley nueva, al aplicarse, no tendrá sino un efecto inmediato; por último, con relación a los hechos futuros (Facta futura) es claro que la ley no puede ser nunca retroactiva.

Para explicar el alcance del principio propuesto, proporciona Rubier la siguiente explicación:

a) El desarrollo de una situación jurídica comprende tres momentos: el de constitución, el de producción de sus efectos y el de extinción, y con relación a ellos deberá analizarse el alcance de la distinción entre el efecto inmediato y el retroactivo de la ley.

b) Las leyes que gobiernan la constitución o extinción de una situación jurídica, no pueden sin ser retroactivas aplicarse a la constitución o extinción realizadas de una situación jurídica.

c) La ley que gobierna los efectos de una situación jurídica, no puede sin ser retroactiva, referirse a los efectos que una situación de esa naturaleza haya producido bajo el imperio de la ley anterior, ya se trate de modificarlos, aumentarlos o disminuirlos, pero todos los efectos jurídicos que en el futuro se produzcan, estarán regidos por la nueva ley.

d) Las leyes que crean situaciones jurídicas deben asimilarse a las leyes relativas a la constitución de una situación jurídica, de tal manera, que no pueden dar a hechos o actos pasados, el poder para determinar en un futuro, esa situación jurídica.

e) Por último, las leyes que suprimen una situación jurídica, pueden tener en cuenta, bien el medio de llegar a esa situación y entonces

son asimiladas a las leyes que gobiernan la constitución de la situación jurídica, o bien, por el contrario, a los efectos y al contenido jurídico de esa situación, siendo, entonces, asimilables a las leyes que gobiernan los efectos de una situación jurídica, por lo que, en el primer caso, no podrían tocar sin ser retroactivas, las situaciones ya constituídas, debiendo aplicarse, en el segundo, a las situaciones existentes para ponerles fin". (15).

> "En materia de retroactividad, la realidad jurídica no corresponde rigurosamente a la realidad material; pues cuando una situación jurídica concreta nace, lleva en sí virtualmente una porción de porvenir, que se somete, racionalmente, a la ley del pasado, en el sentido de que todas las consecuencias susceptibles de surgir de aquella situación, pueden perfectamente ser consideradas como producidas desde luego, porque forman parte de la misma. Al obtenerse una utilidad gravada con determinada tarifa, se crea una situación jurídica completa que no puede destruirse por la nueva ley, si no es incurriendo en el vicio del retroactividad". (16).

La Ley Costarricense del Impuesto sobre la Renta, Nº 837 del 20 de diciembre de 1946, ha sido objeto de varias reformas y adiciones. La más importante de todas las reformas es la introducida por ley Nº 1789 del 18 de setiembre de 1954, la que estableció ciertas innovaciones de trascendencia, tales como la admisión de ciertas deducciones que tienen por causa una motivación social (Artículo 8 incisos 9, 10, 11, 12 y 13), la creación de un Tribunal Administrativo —el Tribunal de la Renta— y otras; pero la más importante de todas fue la del cambio de la tarifa del impuesto, la que fue aumentada en general, pero sobre todo para las rentas superiores a ₡ 500.000 en que se aumentó de un 15 a un 30% anual. La ley Nº 1789 citada, en su artículo 2º dispuso:

"Esta ley es de orden público y rige a partir del 1º de julio de 1954. En consecuencia, todos los derechos, obligaciones, situaciones y declaraciones correspondientes hasta el período 1952-53, deberán ser acatados y cumplidos de conformidad con las leyes que le dieron nacimiento; pero en los procedimientos para el cobro y procedimientos compulsivos al efecto, se estará a los trámites señalados en esta ley".

Al establecer la disposición transcrita, que la reforma comienza a regir a partir del 1º de julio de 1954, está ordenando su aplicación retroactiva y la incidencia de la nueva tarifa, sobre rentas producidas, obtenidas y realizadas con anterioridad a la promulgación de la ley, que lo fue —como ya se dijo—, el 18 de setiembre de 1954.

Se está ordenando por dicha ley, el gravamen, con una tarifa de impuesto más alta, sobre hechos o situaciones productoras del crédito

15) De la Cueva, Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, 2ª Edición, página 348.
16) Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Fiscal de la Federación Mexicana, citada por Ernesto Flores Zavala en su obra antes citada, página 159.

fiscal que ya han tenido su aparición, que ya se han realizado. Es así como concluimos a través de lo expuesto que el citado artículo 2 de la Ley Nº 1789 citada es violatorio del artículo 34 Constitucional que nos rige. La única finalidad de la citada reforma ha sido inspirada en criterios netamente fiscalistas: allegar más fondos al erario público.

Para concluir podemos decir con el ilustre tratadista mexicano Ernesto Flores Zavala que:

> "Aún en los casos en que las nuevas cuotas del impuesto sean más bajas que las anteriores, sólo serán aplicables a partir de su vigencia. No debe incurrirse en el error de considerar que aplicar la ley retroactivamente en estos casos, sería en beneficio del causante. En materia impositiva no deben buscarse beneficios aislados; aplicar la cuota más benigna retroactivamente, causa perjuicio a los que pagaron de acuerdo con la ley anterior, porque quedarían en situación desventajosa y sería, además, una verdadera exención parcial de impuestos, rompiéndose así los principios de generalidad y uniformidad, es decir, de justicia en la imposición". (17).

Consecuencia del reconocimiento a la dignidad y libertad humanas es el principio que hoy contienen todas las constituciones de los países civilizados y que la nuestra consagra en su Art. 38 de que "Ninguna persona puede ser reducida a prisión por deudas".

Garantiza ese artículo el derecho a no ser privado de la libertad por incumplimiento en el pago de deudas impositivas. Nadie puede ser reducido a prisión por falta de pago del impuesto sobre la renta.

Sin embargo, sería correcta la imposición de penas privativas de libertad por defraudación y falsedad en las declaraciones, porque aquí se trata ya de la comisión de faltas o delitos fiscales y no de deudas por impuestos. Como la declaración de renta tiene el carácter de declaración jurada, el defraudador perjuro podrá ser objeto de una pena privativa de libertad: la correspondiente al perjuro, por disponerlo así el artículo 44 de la ley de Impuesto sobre la Renta.

El artículo 40 de nuestra Carta Magna, garantiza el derecho a no ser sometido a la pena de confiscación.

Consiste la pena de confiscación en la adjudicación que se hace el Estado de todos los bienes de un reo; se extiende aún contra sus herederos. Esta pena, que por su extrema dureza ha ido desapareciendo de casi todos los ordenamientos jurídicos vigentes en el mundo, se establecía contra delitos de extrema gravedad: atentado contra la seguridad del Estado, traición, etc.

Con base en el artículo que se comenta, no se pueden confiscar los bienes de una persona, pero en materia fiscal, si por la falta de pago de los impuestos es necesario llegar al procedimiento de ejecución y re-

17) Flores Zavala, Ernesto, obra citada, página 164.

mate de bienes del contribuyente moroso, ello no constituye confiscación, porque no se establece a título de pena; es un caso de forzosa ejecución por falta de pago.

Como dice el ilustre profesor argentino Manuel Andreozzi, en su libro Derecho Tributario Argentino, sabemos que un Estado de Derecho parte del principio de que sólo el órgano legislativo es capaz de crear normas tributarias. (18).

Ya dijimos que el artículo 18 de nuestra Constitución impone a los costarricenses la obligación de "contribuir a los gastos públicos".

Los extranjeros que se encuentren en la situación que constituye el presupuesto de la obligación impositiva, están también obligados al pago de los impuestos, y así se desprende del artículo 19 ibídem, al establecer que los extranjeros tienen los mismos derechos y deberes que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones establecidas en la Constitución y las leyes.

Si los artículos citados establecen la obligación de pagar impuestos, el artículo 121 inciso 13 del mismo cuerpo de leyes establece que es atribución "exclusiva" de la Asamblea Legislativa "establecer impuestos y contribuciones".

Así, todo impuesto, para que sea constitucional, debe ser establecido por la Asamblea Legislativa. Debe ser un acto legislativo formal.

La ley del Arancel de Aduanas que facultaba a la Comisión Nacional Arancelaria para fijar el monto de los impuestos aduanales según un criterio de oportunidad o conveniencia económico-social, era violatorio del precepto constitucional que se estudia. El monto del impuesto es algo fundamental, que no puede ser determinado por organismo distinto de la Asamblea Legislativa, sin violación del precepto constitucional. No se puede alegar tampoco que la comisión actuaba con base en una facultad legal emanada del Poder Legislativo, porque éste, constitucionalmente, carece de facultades legales para delegar el derecho de crear impuestos.

Constituciones hay que establecen no sólo el principio de la obligación de contribuir a los gastos Públicos del Estado, de pagar impuestos, sino que también agregan que su establecimiento debe ser proporcional y progresivo, o que expresan los principios políticos o económicos que deben inspirar la actividad impositiva del Estado. El proyecto de Constitución Política presentado por la Junta Fundadora de la Segunda República a la Asamblea Nacional Constituyente en 1949 establecía:

> "Artículo 67.—El dominio eminente del Estado sobre los bienes existentes en el territorio nacional, le confiere de manera exclusiva las siguientes facultades: ...4) Fijar los impuestos procurando que sean proporcionales y progresivos, así como determinar las garantías para su percepción".

18) Andreozzi, Manuel, obra citada, página 58.

Artículo 75.—"El Sistema tributario, el régimen de seguros y la asistencia social se organizarán de modo que la familia goce de la protección que le garantiza este capítulo".

14.—El Impuesto sobre la Renta se estableció en Costa Rica por primera vez en diciembre de 1916, bajo el Gobierno de don Alfredo González Flores. No pudo hacerse efectivo por problemas de carácter político. Al ser derrocado el gobierno del Lic. González Flores por los Tinoco en el mes de enero de 1917, la ley que creó el impuesto no tuvo aplicación. El intento que se hizo en 1925 para hacerlo efectivo también fracasó; en el año 1931 por Ley Nº 40 de 14 de noviembre, se estableció el impuesto Cedular de Ingresos que sí tuvo realización práctica, aunque los organismos administrativos encargados de su determinación y recaudación no tuvieron suficiente desarrollo para darle a la ley un cumplimiento por lo menos aceptable. El 20 de diciembre de 1946 se dictó la ley Nº 837 que derogó la del Impuesto Cedular de Ingresos y que estableció el de la renta, dándole a éste, al menos en sus rasgos generales, la fisonomía y características que hoy tiene ese impuesto en Costa Rica.

15.—Como se dijo, la ley de Impuesto sobre la Renta vigente es la Nº 837 del 20 de diciembre de 1946, la que ha sido objeto de reformas y adiciones, pero aún conserva los caracteres y estructura originales. Las reformas no han sido sustanciales.

El impuesto sobre la Renta en Costa Rica es un impuesto global. Grava en tesis general, todos los ingresos, todas las rentas.

Para la Real Academia Española de la Lengua, renta es "utilidad o beneficio que rinde anualmente una cosa o lo que de ella se cobra" (Diccionario de la décimo-séptima Edición).

"Renta es el beneficio utilidad o rédito que se percibe anualmente en dinero o en efectos como la renta vitalicia, la renta de un censo, la renta de un arriendo". (Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche).

Para el Derecho Tributario, el concepto de renta tiene su significación especial; renta es todo beneficio o utilidad que no importe aumento de capital.

El artículo 5 de nuestra ley dispone que es renta el conjunto de utilidades, beneficios y rentas consistentes o no en dinero y provenientes:

1) Del dominio o mero usufructo de bienes raíces.

2) Del dominio o mero usufructo de títulos de crédito emitidos por corporaciones públicas o privadas... y en general, de capitales mobiliarios de toda especie...

3) Del trabajo, prestación de servicios o desempeño de funciones de cualquier naturaleza.

4) De pensiones, jubilaciones y otras rentas semejantes.

5) De negocios, empresas, explotaciones u operaciones comerciales, industriales, agrícolas, mineras, de bosques naturales y similares, de

pozos de petróleo y de gas, de otros depósitos naturales, o de cualquier otra índole y en general de todas las rentas y beneficios no enunciados en los números precedentes y que no estén exceptuados por esta ley...".

El Tribunal de la Renta, en resolución Nº 32 de las dieciséis horas del cuatro de junio de mil novecientos cincuenta y seis, en reclamo de los señores Carlos Manuel, Marta y Margarita Gutiérrez Cañas contra resolución de la Dirección General de la Tributación Directa, resolvió:

> Considerando III.— ...El dominio del impuesto urbano (casa de habitación) puede otorgar a sus titulares beneficios de distinta naturaleza según el destino que se les dé. Les brindará el disfrute personal o goce de la cosa, si conservan para ello su posesión y la usan o habitan; o les brindará la renta respectiva si hacen entrega de su posesión a un tercero para que éste la goce, disfrute, use o habite, mediante el pago de un precio.
>
> En el primer caso no hay actividad económica en el sentido de producción de renta que aumenta o pueda aumentar por capitalización el patrimonio inicial; no hay lucro, sino beneficio o disfrute para los titulares... que no constituye renta monetaria, sino renta real o natural, la cual se encuentra incorporada en la ley de la renta como objeto de tributo bajo la denominación de beneficio. (Artículo 5).
>
> El concepto vulgar de renta lleva inmediatamente a la idea de renta monetaria, es decir, los ingresos en dinero, obtenidos por una persona de la explotación de un capital, durante tiempo determinado, deducidos los gastos en dinero hechos para conseguirlos. Mas aunque tal idea pudiera aparecer exacta, y aún en algunos casos típicos adecuada a la realidad económica, apenas salimos de esos especiales casos encontramos, que los ingresos en dinero sólo son parte de los ingresos totales de una persona, y los gastos en dinero no son todos los costos de producción posibles. Considérese el caso de los domésticos; que reciben el salario, la comida, vestido y alojamiento; el del agricultor que consume las legumbres de su huerta y la carne y la leche del ganado que él cría en su finca; el del propietario que habita su propia casa. Rápida enumeración que basta para comprender cómo el concepto de renta no es equivalente al de renta monetaria, y cómo al lado de ésta se haya introducido otro que ya es común en la literatura económica con el nombre de renta real, primaria o natural.
>
> El concepto de renta queda pues delimitado: es el conjunto de servicios prestados por el capital durante un período determinado. Precisada así la definición puede adaptarse a todos los significados accesorios de la renta, que no son sino servicios derivados de determinados instrumentos de riqueza. Si el ins-

trumento es una casa, el servicio natural que presta es el de uso y alojamiento; estamos en presencia de un caso de renta natural o primaria. La misma casa destinada a alquilarse rinde a su propietario como beneficio el pago de alquileres; se trata ya de una renta monetaria.

En el primer caso se está al frente de un beneficio natural de goce, por su naturaleza estático; en el segundo estamos ante una actividad económica, una actividad lucrativa por naturaleza dinámica, como productora de riqueza

Una casa de alquiler es una empresa sui-géneris, porque como va dicho, rinde una utilidad o beneficio como vivienda y si es alquilada el precio del arrendamiento, deducidos los gastos de mantenimiento y amortización, representa el rédito urbano neto.

No siempre el objeto de una empresa ha de ser la producción y venta de bienes: hay empresas que consisten en servicios como el alquiler de automóviles y pianos. Desde este punto de vista, una sociedad donde se alquilan pianos se diferencia de una sociedad que tiene por objeto alquilar casas urbanas, únicamente por el hecho de que, en aquélla se transfiere la utilización o disfrute de un objetivo mobiliario y en ésta de un inmueble..."

Queda así aclarado que, desde el punto de vista tributario, el concepto de la renta es más amplio que el que tiene en su acepción normal y corriente.

16.—Nuestra ley grava la renta líquida o renta gravable, que es la diferencia entre la renta bruta menos las deducciones permitidas por la ley, con una tarifa que es llamada en la doctrina de "Impuesto progresivo por excesos o progresional". Sin embargo, en algunos casos especiales, y debido a las dificultades en la determinación y cobro del impuesto sobre determinadas rentas obtenidas en Costa Rica por personas domiciliadas en el exterior, la ley establece un impuesto fijo sobre los ingresos brutos. Tal el caso del artículo 8 inciso 7) de la Ley, que grava las remuneraciones o sueldos que se abonen a personas, miembros de directorios, consejos y otros organismos directivos que actúen en el exterior, los honorarios u otras remuneraciones pagadas por asesoramiento técnico-financiero o de otra índole prestado desde el exterior, lo mismo que lo pagado por el uso de patentes, suministro de fórmulas, marcas de fábrica, privilegios, franquicias, regalías, las llamadas "Royalties" y otros pagos similares hechos a personas o entidades domiciliadas en el exterior. Sobre esos ingresos la ley establece un impuesto del 20% con carácter único y definitivo, imponiendo la ley, para el pagador de esas sumas, la obligación de retener y enterar en la Administración General de Rentas el impuesto correspondiente. Igual trato se da a los ingresos provenientes de espectáculos públicos percibidos por personas que, por la índole de sus

actividades, no están obligadas a presentar su declaración anual de renta; así, los ingresos percibidos por las Compañías Productoras de Películas que se exhiban en el territorio nacional quedan sujetos a una contribución del 5% sobre el total de los mismos (Artículo 62 de la ley); los ingresos provenientes de cédulas, bonos, "deventures" y demás valores al portador, están sujetos a un impuesto del 15% único y definitivo. Sobre los agentes pagadores de las anteriores rentas, la ley impone la obligación de retener y depositar en la Administración General de Renta el monto del impuesto respectivo, bajo pena, caso de incumplimiento, de pagar una multa igual al monto del impuesto dejado de retener. (Artículo 45 de la Ley de Impuesto sobre la Renta).

## CAPITULO V

17.—De la relación jurídico-impositiva que nace con el establecimiento del impuesto sobre la renta, se crean obligaciones para el sujeto activo, para el sujeto pasivo de la relación y aún para terceros.

Como expresa Giannini en su obra antes citada, "siendo dicha relación de obligación, presupone dos sujetos: un sujeto activo, el Estado, y un sujeto pasivo al que la ley impone determinadas obligaciones".

La principal obligación del sujeto activo es la del cobro o percepción del impuesto. Esta obligación, a cargo del Estado, no es un derecho de éste. No es facultativo para el Estado cobrar o no cobrar los impuestos. La ley le impone la obligación de cobrarlos, y su omisión en ese sentido implicaría una exención en favor de las personas favorecidas, exención no permitida, vale decir prohibida, por la ley, como quedó demostrado al analizarse los principios constitucionales que regulan los impuestos. La obligación del Estado de cobrar el impuesto sobre la Renta ha sido encomendada por el artículo 60 de la ley respectiva, a la Dirección General de la Tributación Directa. Como obligaciones secundarias del sujeto activo del impuesto, están las demás que la ley establece para que su percepción se realice en la forma por ella estipulada: procedimientos de investigación, liquidación, etc.

Sujeto pasivo de la relación es la persona inmediata y directamente obligada al pago del impuesto, y su obligación principal como es lógico, la constituye el pago del impuesto. Además de esa obligación, la ley lo compele a presentar declaraciones, a no dar datos falsos, etc., siendo éstas obligaciones secundarias ya que tiene por fin lograr el pago justo del impuesto correspondiente.

Establece la ley también, obligaciones para terceras personas, tales como dar los datos que se les solicite (artículo 41 de la ley), las de los agentes retenedores y otras más, pero como claramente se observa, estas obligaciones son secundarias, y se establecen para un mejor cumplimiento de la obligación principal de pago del impuesto.

18.—Dispone el artículo 2º de nuestra Ley de Impuestos sobre la Renta que:

> "Las personas físicas o jurídicas domiciliadas en Costa Rica pagarán el impuesto sobre las rentas que obtengan dentro del país y las personas no domiciliadas en él, lo pagarán sobre las rentas que obtengan de bienes, empresas o negocios situados o realizados en Costa Rica. Se considerarán como rentas gravables las provenientes del trabajo personal, cuando consistan en sueldos u otras remuneraciones que el Estado abone a sus representantes oficiales en el extranjero —diplomáticos o consulares—, o a otras personas a quienes encomienda la realización de funciones fuera del país.
>
> También se aplicará el impuesto a las rentas obtenidas por las sociedades de hecho, por los patrimonios hereditarios mientras permanezcan indivisos, por los bienes administrados en virtud de fideicomiso o encargo de confianza o cualquier otro fin".

Así, son sujetos pasivos del impuesto sobre la renta, las personas físicas o jurídicas, las sociedades de hecho, los patrimonios hereditarios mientras permanezcan indivisos y los bienes administrados en virtud de fideicomiso o encargo de confianza, cualquiera que sea su domicilio, cuando obtienen rentas de bienes, empresas o negocios situados o realizados en Costa Rica. Como se observa nuestra ley sigue un criterio territorial, al gravar sólo las rentas producidas en el país.

19.—"El objeto del impuesto es la situación que la ley señala como hecho generador del crédito fiscal". (19)

El objeto del impuesto sobre la renta es la renta misma; es la obtención de esa renta; el hecho de que ella se produzca.

20.—La fuente la constituye "el monto de los bienes o la riqueza de donde se obtiene lo necesario para pagar el impuesto, que puede ser la renta o el capital". (20)

Es la fuente de riqueza de donde sale el dinero para pagar el impuesto, y es la renta normal para ese pago. Los impuestos que tienen por fuente el capital, devienen en confiscatorios porque no le dan a la fuente la oportunidad de renovarse y lo van consumiendo poco a poco. El impuesto del 10 por ciento al capital que se estableció en Costa Rica en el año 1948 es de este tipo, y sólo en circunstancias de suma gravedad deben establecerse. En cambio, cuando la fuente es la renta, por ser ésta por lo general periódica, le da oportunidad de renovarse.

21.—La base del impuesto está constituida por el monto sobre el que se calcula el impuesto que debe pagar determinado contri-

19) Flores Zavala, Ernesto, obra citada, página 100.
20) Flores Zavala, Ernesto, obra citada, página 114.

NO SALE

buyente. En el caso del impuesto sobre la renta, se trata del monto de la renta líquida o renta gravable obtenida por el contribuyente.

22.—Existen distintos criterios según el origen de las rentas y las condiciones o situaciones de las personas que las obtienen, para establecer la obligación del pago del impuesto sobre la renta.

El principio de "territorialidad" lo siguen aquellos países en los que se grava únicamente las rentas producidas en el ámbito del territorio bajo su soberanía.

Con base en el "domicilio", se gravan las rentas, cualquiera que sea el lugar donde se produzcan, por el país en el cual tiene asentado su domicilio la persona que las obtiene. El concepto de domicilio en materia tributaria a veces difiere del que da el derecho civil, y hay legislaciones que lo asimilan a la residencia, y así, la persona por el hecho de tener su residencia en determinado país, está obligada a pagar el impuesto en él, aunque las rentas se hayan producido en el extranjero.

Con base en el principio de "nacionalidad", el nacional de un país está obligado a pagar el impuesto sobre la renta en el país de su nacionalidad cualquiera que sea su domicilio o residencia, y cualquiera que sea el lugar donde las rentas se producen.

23.—Nuestra ley de Impuesto sobre la Renta sigue el criterio de "territorialidad". Grava "las rentas que se obtienen de bienes, empresas o negocios situados o realizados en Costa Rica", sin tomar en cuenta la nacionalidad residencia o domicilio del perceptor de ellas. Aunque hace mención de las personas que tienen su domicilio en el país y de las que no lo tienen, las grava indistintamente si las rentas han sido obtenidas en el país. Se gravan los sueldos y otras remuneraciones que el Estado paga a sus representantes diplomáticos en el extranjero, no sólo porque esos ingresos se han producido en Costa Rica, ya que es nuestro gobierno el que los paga, sino que por virtud del principio de extraterritorialidad, las sedes de embajadas y legaciones se consideran parte del territorio nacional.

24.—Venezuela sigue como Costa Rica el criterio de la "territorialidad".

Evacuando consultas sobre el tema, la Dirección General de Impuestos Directos de ese país expuso lo siguiente:

> "De una manera general puedo informarle que nuestra Ley de Impuesto sobre la Renta es territorial, es decir que grava a "toda persona o comunidad por los enriquecimientos netos y disponibles que obtenga en virtud de actividades económicas o de bienes situados en Venezuela.
>
> En consecuencia, toda actividad económica de la misma en nuestro país, como la realizada por sus empleados en territorio nacional, será gravada de conformidad con nuestro estatuto impositivo; observando en cuanto a los empleados, que

no importa que los sueldos le sean pagados en el extranjero, pues mientras la actividad económica (vale decir, su trabajo) lo desempeñen en Venezuela, deberán declarar los sueldos y demás remuneraciones obtenidos y serles retenido el impuesto correspondiente de acuerdo con la referida ley". (21).

La República Argentina en su ley de impuesto sobre la renta Nº 11.682, establece en sus artículos 1, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 16 los principios que regulan la forma de gravar las rentas según la clasificación que venimos analizando. Dispone su artículo primero que, los réditos de "fuente" argentina están gravados con el impuesto cualquiera que sea la nacionalidad, domicilio o residencia de las personas de existencia visible o ideal, así como los de las sucesiones mientras no hay declaratoria de herederos. El artículo 6 dispone que son réditos de fuente argentina aquellos que provienen de capitales, cosas o derechos, situados, colocados o utilizados económicamente en la República Argentina. De la realización en el territorio del país de actividades civiles o comerciales, o trabajo personal. Se siguen en esas disposiciones el criterio de "territorialidad" en el establecimiento del impuesto.

El párrafo 20 del artículo 6 citado, grava los réditos provenientes de actividades realizadas ocasionalmente, por personas residentes en el país, siguiéndose aquí el criterio de "territorialidad".

El artículo 7 obliga al pago del impuesto a los réditos provenientes de créditos garantizados con derechos reales, si éstos se encuentran ubicados en el territorio del país (territorialidad).

Los intereses de deventures se consideran de fuente argentina si la entidad emisora está radicada en la República (criterio del domicilio).

El artículo 10 grava las rentas de las compañías no constituidas en el país, provenientes del negocio de transportes entre la República y países extranjeros, presumiendo que dichas compañías obtienen réditos netos de fuente argentina, iguales al 10% bruto del importe de los fletes por pasajes y cargas de esos transportes. Grava también ese artículo, y en su totalidad, las rentas dichas, cuando las compañías están constituídas en el país, prescindiendo de toda consideración acerca de los puertos entre los que se realice el tráfico. Deja a salvo para el caso primeramente expuesto, las exenciones establecidas en convenios internacionales.

El artículo 11 considera de fuente argentina un monto igual al 10% de los ingresos brutos que obtengan las agencias noticiosas internacionales por el suministro de noticias a personas o entidades residentes en el país.

En las disposiciones de los artículos 10 y 11 comentadas, al igual que las del artículo 12, que grava los ingresos provenientes de aseguros o reaseguros que cubran riesgos en la República y ante la imposibilidad

21) Boletín Informativo del Ministerio de Hacienda de Venezuela, número 123, Abril-Mayo 1956.

de determinar con exactitud la proporción de la renta producida en el país —criterio de territorialidad—, se fijan reglas específicas, determinando expresa y concretamente la parte o en su caso la totalidad de las rentas producidas que se consideran de fuente argentina.

Los artículos 25 y 26 de la citada ley, gravan con un recargo de un 30% sobre el impuesto básico y adicional, a las personas de existencia visible que residen en el extranjero o estén fuera del país más de un año, lo mismo que las de existencia ideal (personas jurídicas), cuando sus domicilios o sus consejos directivos estén en el extranjero. Caso peculiar de gravamen sobre rentas de fuente argentina, en que el hecho que genera la obligación de pago, lo constituye la circunstancia de residir en el extranjero o de no tener domicilio o consejo directivo en el país.

Las fracciones I y II del artículo 6 de la ley mexicana de impuesto sobre la renta, siguiendo el criterio territorial o del origen de la renta, grava las rentas de fuentes ubicadas en México

El mismo artículo dispone que son sujetos del impuesto sobre la renta, cuando se coloquen en alguna de las situaciones previstas por la ley, los mexicanos, esté dentro o fuera del país su domicilio. Sigue aquí el criterio de nacionalidad que se funda en el derecho del Estado a gravar a sus nacionales, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren, y cualquiera que sea el país de origen de su renta. Siguiendo el criterio de "domicilio", el citado artículo grava los extranjeros domiciliados en México, cualquiera que sea el origen de sus rentas y por el monto total de las mismas. Protegiendo a los extranjeros contra la doble imposición, el párrafo final de la fracción segunda del artículo 6 mencionado establece: "Si los extranjeros residentes en el país, obtienen ingresos de fuentes situadas o de negocios realizados fuera del país, podrán deducir el impuesto pagado en el país en donde se origine el ingreso".

25.—Existe doble imposición cuando un mismo objeto de imposición es sometido a dos o más gravámenes; cuando dos o más impuestos gravan una misma fuente. Puede darse dentro de un mismo país ya sea porque distintos estados, provincias o municipios establezcan en sus respectivas jurisdicciones impuestos que gravan el mismo objeto, la misma fuente, o porque el gobierno central o federal establece dos o más gravámenes sobre el mismo objeto de imposición, sobre la misma fuente. También se presenta la doble imposición internacional, y es ésta, a mi juicio, la que presenta problemas con caracteres más difíciles de resolver, por afectar en su soberanía a dos o más Estados.

La doble imposición nacional ocurre con más frecuencia en los países donde el impuesto sobre la renta es cedular, ya que en ocasiones se grava con distintas cédulas al mismo objeto de imposición.

Se ha discutido mucho el problema de la doble imposición nacional, concluyéndose que es contraria al principio de justicia, ya que la renta doblemente gravada se encuentra en desventaja frente a la que es objeto de un solo gravamen.

Respecto de los ingresos de las sociedades y de los dividendos que éstas reparten entre sus socios, el problema ha sido analizado extensamente por la doctrina. Se ha hecho diferencia entre sociedades de capital y sociedades de personas. Respecto de las primeras se dice que la actividad de la sociedad es distinta de la de los socios; la de éstos consiste en invertir su capital y en recibir los intereses de esa inversión; no tienen ninguna ingerencia— en su calidad de socios—, en las actividades de la sociedad. Que así, al gravar los ingresos de la sociedad por un lado, y el de los socios por otro no implica doble imposición, por gravarse actividades distintas. Que en cambio, confundiéndose en las sociedades de personas la actividad de la sociedad con la de éstas, sí existe doble imposición por gravarse la misma actividad. En todo caso en Costa Rica no existe el problema analizado, porque expresamente la ley dispone que los dividendos de los socios —cualquiera sea el tipo de sociedad—, no son gravables. (Artículo 15 de la Ley de Impuesto sobre la Renta). El problema tiene importancia histórica, por haberse propuesto en el proyecto de ley de impuesto sobre la renta elaborado por el Doctor Alvaro Rencoret Bravo, el gravamen tanto sobre las rentas de las sociedades como sobre los dividendos de los socios de sociedades de capitales. El proyecto, en este aspecto fue desechado, y sólo se gravan las rentas de las sociedades.

En el número 22 anterior, analizamos los criterios seguidos en el establecimiento del impuesto sobre la renta: territorialidad, residencia, domicilio y nacionalidad. En el número 24 se analizaron los criterios seguidos por algunos países de América, y ahí vimos como la mayoría de ellos siguen como principio básico y general el de la "territorialidad" de las rentas, unido o combinado con otro u otros.

El criterio de la "territorialidad", por sí solo, no presenta mayores problemas de doble imposición. Los problemas nacen cuando se siguen varios criterios. Tal el caso de México, en donde se gravan las rentas producidas o realizadas en el territorio mexicano; las rentas de los nacionales, cualquiera que sea el origen de tales rentas, y los ingresos de los extranjeros domiciliados en México, cualquiera que sea el origen o lugar donde se hayan obtenido, producido o realizado tales ingresos. Principios de parecido tenor sigue la legislación impositiva de los Estados Unidos de Norte América.

Como expresa el profesor Flores Zavala:

> "en términos generales puede decirse que el problema de la doble imposición por parte del Estado Soberano, se deriva de que cada Estado tiene derecho para gravar a las personas que dependen de él por razón de su nacionalidad, domicilio, o residencia; en estos casos el Estado grava a esas personas teniendo en cuenta su situación económica general, cualquiera que sea la ubicación de la fuente de las rentas o de sus bienes; esto

es lo que se llama sujeción personal. Al mismo tiempo tiene derecho para gravar las rentas creadas y los bienes situados en su territorio sin tener en cuenta las cualidades de las personas que las perciben o poseen, es decir, sin tener en cuenta las nacionalidades del causante, o su domicilio, etc.; esto es lo que se llama la sujeción real". (22).

El Comité Fiscal de la Sociedad de las Naciones, en documento del 3 de junio de 1939, plantea el problema en los siguientes términos:

"Tratándose de la sujeción personal, la doble imposición se presenta en los siguientes casos:

1) Doble nacionalidad del sujeto. Si una persona o empresa es nacional de dos países, en virtud de la aplicación de las reglas sobre la nacionalidad de cada uno de ellos, y cada país reclama su derecho de gravar a sus nacionales, esa persona estará sometida a una doble imposición.

2) Domicilio del sujeto en dos países a la vez. Es la misma situación del caso anterior, si cada Estado pretende gravar a los que están domiciliados en él.

3) Residencia del causante en dos países a la vez. La misma situación del caso anterior, si cada país pretende gravar a los residentes en él.

4) Domicilio o residencia en un país distinto al de la nacionalidad. Si el primer país sigue, para gravar, el criterio del domicilio, y el segundo el de la nacionalidad, habrá doble imposición.

5) Domicilio en un país y residencia en otro. Si un país sigue el criterio del domicilio y el otro el de la residencia habrá doble imposición.

La doble imposición en estos casos, se deriva de las siguientes causas:

1ª)—Diferencia de principio. Esto sucede cuando los Estados no siguen el mismo principio de sujeción, por ejemplo, una persona tiene su domicilio en un país extranjero y el país de su origen sigue, para la sujeción personal, el criterio de la nacionalidad y el otro, el del domicilio.

2ª)—Diferencia de interpretación. Cuando dos o más Estados, que siguen nominalmente el mismo criterio dan a éste distinta interpretación. Estos casos son más frecuentes cuando la imposición se funda en el domicilio o la residencia, que cuando se funda en la nacionalidad. Por ejemplo, una persona tiene su domicilio en un país y su residencia en otro. Los dos países fundan su derecho a gravar en el criterio del domicilio,

22) Flores Zavala Ernesto, obra citada, página 300.

pero el segundo entiende por domicilio lo que en realidad es residencia; habrá doble imposición.

3ª)—Diferencia de aplicación, o sea la doble imposición que se pretende cuando las administraciones de los Estados aprecian de modo diferente una misma situación de hecho, o cuando ciertas disposiciones prácticas de dos legislaciones, especialmente de las relativas a la fecha del nacimiento o expiración de la obligación fiscal, no están en armonía como puede suceder, por ejemplo, en casos de cambio de domicilio o de nacionalidad".

"Tratándose de sujeción real hay doble imposición cuando dos Estados consideran simultáneamente una misma renta como originada en su territorio.

La doble imposición puede presentarse así, con relación a todo género de rentas con excepción de las de propiedad inmueble.

Entre las rentas, las derivadas de capitales y las comerciales e industriales son las que más se prestan a la doble imposición...

...En materia de rentas industriales o comerciales pueden producirse los siguientes casos:

1º)—Cuando una empresa tiene su establecimiento en un país que sostiene el principio de que tiene derecho a gravar porque en él se encuentra el establecimiento y esa empresa realiza negocios con otro país que grava los beneficios correspondientes a las operaciones efectuadas en su territorio aún cuando no exista en él un establecimiento.

2º)—Cuando una empresa celebra negocios en dos países que al mismo tiempo reconocen que sólo tiene derecho a gravar el Estado en que exista un establecimiento, pero cada uno de esos países cree que la empresa tiene en él un establecimiento, porque cada uno de ellos tiene una noción diferente de lo que debe entenderse por establecimiento.

3º)—Cuando una empresa posee establecimientos en países que aplican métodos distintos para determinar los beneficios imputables a cada establecimiento". (23)

Se han propuesto soluciones de distinta índole para resolver los problemas de la doble imposición: ellas se pueden clasificar en dos categorías. Primera: cada Estado en forma unilateral, dicta medidas lagislativas con el objeto de evitar la doble imposición. Segunda: dos o más Estados celebran convenios en los que se establecen disposiciones que tienden a evitar la doble imposición.

Dentro de las soluciones de la primera categoría, se ha permitido en un Estado la deducción del impuesto sobre la renta pagado sobre los

23) Flores Zavala Ernesto, obra citada, páginas 300 a 303.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

mismos ingresos en otro Estado. Presenta el inconveniente de que la deducción puede absorber la totalidad del impuesto a pagar no logrando el Estado que la admite ningún ingreso por ese concepto. Si se establece, como sucede en los Estados Unidos, un límite para la deducción, la doble imposición existirá en cuanto exceda del límite.

Dentro de las soluciones de la segunda categoría, celebración de convenios entre dos o más Estados soberanos, ha existido gran preocupación de los países por concertar convenios de esa índole, siendo ejemplo de ello la gran cantidad de convenios que a partir de 1899 se han venido celebrando entre distintos países de Europa, y entre algunos de ellos y los Estados Unidos de Norteamérica.

El problema ha sido también objeto de estudio en los congresos y reuniones internacionales. Así tenemos al Instituto de Derecho Internacional que ha hecho estudios sobre la materia, lo mismo que la Cámara de Comercio Internacional. En el Congreso de Londres de 1922 se acordaron las siguientes recomendaciones:

"1.—Para evitar la doble imposición el mejor medio es aceptar el domicilio para la base del impuesto sobre la renta.

2.—Para las compañías de navegación debe aplicarse el principio de la recíproca exención.

3.—Se asimilan al impuesto sobre la renta los derechos de sucesión".

Costa Rica, hasta la presente fecha, no ha celebrado ningún convenio sobre la doble imposición internacional del impuesto sobre la renta. Nuestro país, de limitados recursos económicos, de economía netamente agrícola y de unos pocos años a esta parte con un incipiente desarrollo industrial, no se ha visto abocado a los grandes problemas que sobre el tema han tenido que afrontar los países de economía industrial. Se une a lo anterior, el hecho de ser nuestro impuesto sobre la renta relativamente reciente —20 de diciembre de 1946—, y no es sino en la última década en que se ha ido logrando su desarrollo con una más efectiva aplicación de la ley y la consiguiente recaudación con caracteres de mayor generalidad; además, como se dijo, nuestra ley sigue el criterio de la "Territorialidad", que presenta pocos problemas de doble imposición. No obstante lo expuesto, y debido a la política seguida en los últimos tiempos de propiciar y facilitar la inversión de capitales extranjeros en el país, de las relaciones comerciales con los países hermanos de América principalmente con los Estados Unidos de Norteamérica y debido también al incipiente desarrollo industrial de que se ha hablado, los problemas en estudio han logrado categoría suficiente para llamar la atención sobre el tema. Ya en el curso del año 1957, se realizaron conversaciones y algunas gestiones oficiales entre los gobiernos de los Estados Unidos de Norteamérica y de Costa Rica, tendientes a concertar un convenio de esta índole. Se quiso tomar como base de ese proyecto, el convenio celebrado entre "los Estados Unidos de América y la República de Honduras para evitar la doble imposición y para impedir la evasión fiscal con respecto a los impuestos de la renta".

Entre las disposiciones más importantes de ese convenio se encuentran las siguientes:

"ARTICULO III.— 1) Una empresa de uno de los estados contratantes no estará sujeta al impuesto del otro estado contratante con respecto a sus ganancias industriales, comerciales o agrícolas, a no ser que tenga un establecimiento permanente situado en dicho otro estado. Si tiene el mencionado establecimiento permanente, tal otro estado podrá imponer su tributo a dicha empresa, por la renta completa proveniente de fuentes dentro de este otro estado citado.—..."

Se considera establecimiento permanente, según definición del mismo convenio, "una rama, oficina, fábrica, plantación, mina, ferrocarril, bodega y cualquier otro negocio: pero no incluye el uso casual o temporal de simples facilidades de almacenaje; ni tampoco incluye un agente, a no ser que tenga y habitualmente ejerza, una autoridad general para negociar y efectuar contratos a favor de una empresa.

ARTICULO V.— 1) Cuando una empresa de uno de los estados contratantes tenga un establecimiento permanente situado en el otro estado contratante, se atribuirán a tal establecimiento permanente, las ganancias industriales, comerciales o agrícolas, que se espera obtendría si fuera una empresa independiente ocupada en las mismas o semejantes actividades bajo las mismas o semejantes condiciones, y tratando sobre una base independiente con la empresa de la cual ella es un establecimiento permanente.—..."

"ARTICULO VI.—Las ganancias derivadas por una empresa de uno de los estados contratantes, de la operación de barcos, aviones, o vehículos motorizados de alquiler, estos últimos entre Honduras y los Estados Unidos por medio de la Carretera Interamericana, estarán exentas del impuesto de parte de un estado contratante, si tales barcos, aviones o vehículos motorizados, están registrados bajo las leyes del otro estado".

El artículo X establece que los salarios, sueldos y compensaciones semejantes y pensiones pagados por uno de los estados contratantes a sus ciudadanos por servicios prestados al dicho estado, estarán exentos del pago sobre la renta en el otro.

El artículo XVI establece la obligación, para cada estado contratante, de admitir la deducción al hacer el cálculo del impuesto sobre la renta, del impuesto pagado en el otro estado.

Sin embargo y debido principalmente a los escasos problemas de doble imposición que el carácter de territorialidad del impuesto sobre la renta presenta en nuestro país, las gestiones para la concertación del mencionado convenio con los Estados Unidos de América, se paralizaron, y el convenio en proyecto no se concertó.

26.—La doctrina y las legislaciones del impuesto sobre la renta en los distintos países, hacen diferencia entre renta percibida y renta devengada. Algunas gravan las rentas en el período en que son devengadas; en el período en el que las operaciones se realizan, aunque la renta no

haya ingresado en forma efectiva al patrimonio del contribuyente. En otras se gravan los ingresos cuando ellos han entrado efectivamente al patrimonio del contribuyente.

Rafael Bielsa, criticando la ley argentina que sigue el sistema de gravar las rentas devengadas, expone:

"La renta neta no es sólo la atribución nominal de ella, pues a los efectos del impuesto también es necesaria la efectiva disposición o percepción de la cantidad considerada renta dentro del año fiscal.

La percepción y la imposición de ingresos o rentas difieren, pues mientras la percepción sólo puede hablarse cuando efectivamente se recibe la cantidad, por disposición se entiende la posibilidad que voluntariamente tiene el acreedor de recibirla (Artículo 17b). Por eso cuando los ingresos han sido reinvertidos, acumulados, capitalizados, acreditados en cuenta, puestos en reserva o en fondo de amortización o seguro, casos estos en que se ha operado la incorporación patrimonial de la renta, hay disposición y no percepción.

De ahí una diferencia entre renta y crédito, que puede no hacerse efectivo, sea por insolvencia del deudor, sea por otra causa. En la misma situación están las rentas devengadas, que, sin embargo la ley asimila a las sumas cobradas, lo que es injusto. Si no se tiene la disposición del ingreso por "imposibilidad legal" (fuerza mayor, etc.) ese ingreso no incorporado en el patrimonio, no debe reputarse tal, a los efectos de los réditos. Es necesario a juicio nuestro, que los ingresos patrimoniales estén a disposición del contribuyente". (24).

En Venezuela, la ley de impuesto sobre la renta sigue los dos sistemas, estableciendo específica y concretamente las rentas a las que se aplica el sistema de devengos, así como aquellas otras que se rigen por el sistema de rentas efectivamente percibidas. Las rentas provenientes de sueldos, salarios, honorarios, alquileres, y algunos otros, son gravadas cuando ellas son efectivamente percibidas. A los contribuyentes que se dedican a las actividades comerciales e industriales (cédula III), se les aplica el sistema de ingresos causados durante el ejercicio, ya sea que hayan entrado por caja o hayan sido acreditados en cuenta.

La Administración General del impuesto sobre la renta de ese país, evacuando consulta formulada por una compañía que preguntaba si podía cambiar su sistema de contabilidad, no considerando como ingresos los provenientes de ventas de artículos al crédito sino incluyéndolos bajo el renglón de ingresos diferidos pendientes de cobro, contestó lo siguiente:

"...El sistema contable... aunque para efectos internos de esa empresa, esta administración carezca de interés en objetarlo en lo que atañe a sus consecuencias con relación a la ley de impuesto sobre la renta, debo advertirle, que tanto este despacho como esa compañía tienen pautas legales de imperiosa necesidad en su observancia para ambas partes y por sobre las cuales es irrita cualquiera modificación que se introduzca

24) Bielsa Rafael, Compendio de Derecho Público, Constitucional, Administrativo y Fiscal, Edición Roque Depalma, tomo III, página 344.

en contravención de ellas, ya que las leyes fiscales son de orden público". (25).

La ley costarricense no contiene disposición expresa sobre el sistema general seguido por ella al respecto. No obstante, es mi opinión que de su interpretación global ha de concluirse necesariamente que sigue el sistema de gravar las rentas devengadas.

En efecto tenemos: que el artículo 8 inciso 4) permite la deducción de las "deudas manifiestamente incobrables". Si se siguiera el sistema de rentas real y efectivamente percibidas, no tendría sentido deducir los incobrables. Dentro de este sistema los ingresos se gravan cuando se reciben; cuando ingresan al patrimonio. Si sólo toma en cuenta esa clase de ingresos, la deducción por incobrables no tienen razón de ser.

El artículo 2 de la ley dispone que las personas físicas o jurídicas pagarán el impuesto sobre las rentas que "obtengan" dentro del país.

Obtener, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, (Décimoséptima Edición), significa alcanzar, conseguir y lograr una cosa que se merece, solicita o pretende. Tener, conservar y mantener.

Así, rentas obtenidas en Costa Rica son las rentas alcanzadas, conseguidas, logradas en Costa Rica, y la renta se obtiene, alcanza consigue o logra cuando la operación se realiza, ya que desde ese momento el patrimonio del contribuyente aumenta con la suma ganada, aunque su pago no sea inmediato porque en su lugar se aceptan títulos de créditos. Estos tienen su valor y pueden ser negociados.

La mayoría de los contribuyentes que realizan operaciones de venta al crédito, se han venido ajustando al criterio expuesto, en la declaración de sus rentas ya que ese ha sido el criterio sustentado por la Dirección General de la Tributación Directa.

Así los problemas y reclamos que sobre el punto se presentan son muy escasos. Uno de los reclamos presentados se relaciona con las rentas obtenidas por las personas que se dedican al negocio de lotificación —loteo de fincas y ventas de lotes—, y del que se hablará en el siguiente punto.

27.—La Dirección General de la Tributación Directa modificó las declaraciones presentadas por una persona jurídica dedicada al fraccionamiento y venta de bienes inmuebles.

Consideró como renta líquida o gravable, la diferencia entre el valor del terreno antes de la lotificación más las mejoras introducidas para su urbanización, y el precio de venta. La firma mencionada aducía que las ventas las había hecho a pagos de largo plazo, cinco y diez años, y que hasta tanto no recibiera el pago de todo el precio, no se le podía gravar como renta líquqida, la ganancia obtenida. Que a lo sumo se le podría gravar dicha ganancia en proporción a los pagos recibidos en cada período fiscal.

25) Boletín informativo del Ministerio de Hacienda de Venezuela, Caracas, número 123 abril-mayo, 1956.

El Tribunal de la Renta, en sentencia No. 40 de las quince horas treinta minutos del diecisiete de setiembre de mil novecientos cincuenta y seis confirmó la resolución de la Dirección General de la Tributación Directa, exponiendo:

> "II).—Considera este Tribunal que el párrafo final del artículo 7 de la ley de Impuesto sobre la Renta es claro y terminante al disponer: "Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, la ganancia obtenida mediante el fraccionamiento y venta de bienes inmuebles —loteo—, estará sujeta al impuesto de esta ley. Se tendrá como renta gravable en estos casos la diferencia entre el valor del terreno antes de la lotificación —determinado por avalúo de la Tributación Directa— más las mejoras introducidas para su urbanización y el precio de venta del mismo".
>
> No sólo determina claramente el artículo citado que las actividades objeto de esta apelación estarán sujetas al tributo de esta ley, sino que además claramente indica cómo se obtiene la renta gravable o ganancia.
>
> III.—) Ya que el apelante indica que la ganancia es la diferencia entre el precio de venta y el valor del terreno antes de la lotificación, más las mejoras introducidas para su urbanización, quiere indicar este Tribunal que la ganancia se produce y se registra inmediatamente después de que se dispone de algún activo cambiándolo por otro y otros de mayor valor. En la actividad de loteo la ganancia se obtiene al cambiar un valor representado por los terrenos ya urbanizados por valores mayores, representados ahora por efectivo y créditos a cobrar. Por consiguiente la ganancia como bien lo indica la ley se obtiene en ese preciso momento, sin que pueda tomarse en cuenta los plazos más o menos largos, los cuales quedan sujetos a la capacidad financiera del comerciante".

## CAPITULO VI

28.—El impuesto sobre la renta no grava la renta bruta: como lo dispone el artículo 3 de nuestra ley, "el impuesto gravará la renta líquida, o sea la diferencia que haya entre la renta bruta y las deducciones permitidas por esta ley".

29.—Ya dijimos anteriormente que el concepto de renta difiere según se analice desde el punto de vista corriente o desde el punto de vista fiscal.

Corrientemente se entiende por renta "el beneficio, utilidad o rédito que se percibe anualmente en dinero o en efectos, como la renta vitalicia, la renta de un censo, la renta de un arriendo". (Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche). "...utilidad o beneficio que rinde

anualmente una cosa, o lo que de ella se cobra". (Diccionario Real Academia Española de la Lengua, 17ª Edición).

Para la ley (artículo 5), renta bruta es:

"...el conjunto de utilidades, beneficios y rentas, consistentes o no en dinero o provenientes:

1) Del dominio o mero usufructo de bienes raíces.
2) Del dominio o mero usufructo de títulos de crédito...
3) Del trabajo, prestación de servicios o desempeño de funciones de cualquier naturaleza...
4) De pensiones, jubilaciones y otras rentas semejantes....; y
5) De negocios, empresas, explotaciones y operaciones comerciales, industriales, agrícolas, mineras, de bosques naturales y similares, de pozos de petróleo, de gas, de otros depósitos naturales.."

Vemos como la ley considera rentas, beneficios e ingresos que no constituyen "utilidad o beneficio que rinde anualmente una cosa". Tales los casos de los ingresos provenientes del trabajo, de pensiones, de las explotaciones mineras, de bosques naturales, etc.

La renta es aquella que se obtiene deduciendo de la renta bruta, todos los gastos en que se haya incurrido para producirla.

30.—Ya dijimos que la ley grava la renta líquida, y que ésta se determina deduciendo de la renta bruta todas aquellas partidas autorizadas por la ley. Entre éstas, hay algunas que tienen el carácter de gastos necesarios para producir la renta, otras se basan en el "mínimo vital" o "mínimo de existencia", que son sumas fijas cuya deducción autoriza la ley a las personas físicas para su mantenimiento y subsistencia, mientras que otras tienen finalidades de otra índole: sociales, culturales etc.

31.—El artículo 8 de nuestra ley de impuesto sobre la renta establece las deducciones que se permite hacer a la renta bruta, para determinar la renta líquida.

En su inciso 1), que tiene un carácter genérico, se permite la deducción de "todos los gastos necesarios" para producir la renta.

En los demás incisos se autoriza la deducción específica de algunos gastos que tienen ese mismo carácter, pero también se autoriza la deducción de otros que no lo tienen, y cuya admisión se funda en principios de otra índole; sociales, culturales,

Haciendo hincapié la ley en el carácter de "necesarios" para producir la renta que deben tener los gastos a efecto de su deducibilidad, establece en el párrafo primero del inciso 1) citado, que todos esos gastos han de estar "referidos a la cosa productora del ingreso".

En reclamos planteados ante la Dirección General de la Tributación Directa, solicitándose la deducción de las sumas pagadas por las sucesiones, por concepto de honorarios de abogado y de albacea, de timbre universitario y del impuesto de beneficencia, y de otros similares, aquella oficina los ha rechazado considerando que tales gastos no tienen el

NO SALE



carácter de necesarios para producir la renta. Al fundamentar sus pronunciamientos, la citada oficina ha dicho, citando al tratadista Alvaro Rencoret Bravo, que el gasto para ser deducible, ha de "haber sido ineludible incurrir en él para producir la renta". Que necesario, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es lo que "es menester indispensablemente o hace falta para un fin". Que los gastos discutidos no presentan las características dichas que los hagan acreedores a ser considerados "necesarios para producir la renta", y que en esa condición no son deducibles. (Reclamos de la Sucesión del Lic. don Napoleón Sanabria Coto, y de la Sucesión de don Francisco Müller Hemeier que fueron confirmados por el Tribunal de la Renta). (Resoluciones del 10 de enero de 1957 y el 11 de setiembre del mismo año respectivamente).

32.—Dijimos ya que la renta líquida imponible es la diferencia entre la renta bruta y las deducciones permitidas por la ley. Pues bien, es frecuente que ese concepto no coincida con la renta líquida contable o económica del contribuyente. Hay gastos que no obstante haber sido causados en la gestión económica productora de la renta, no son, por disposición expresa de la ley, deducibles. Tales los casos de intereses pagados por las sociedades —excepción hecha de las anónimas—, a los socios; de las remuneraciones o regalías que el contribuyente asigne para él, para su cónyuge y para sus hijos menores por servicios personales, y de los intereses pagados o acreditados entre padres, lo mismo que entre cónyuges. (Artículo 9, incisos: 1); 4, apartes d) y g) de la Ley de Impuesto sobre la Renta.) En estos casos, la renta líquida económica o contable del contribuyente toma en cuenta las erogaciones mencionadas. pero para la ley, tales gastos no deben ser tomados en cuenta en la determinación de la renta líquida imponible o renta gravable.

3.—Las deducciones permitidas por ley que no tienen el carácter de gastos necesarios para producir la renta, no obstante que desde un punto de vista netamente doctrinario y científico de la teoría del impuesto sobre la renta no son aconsejables, son, en algunas ocasiones admitidas por el derecho positivo debido a que el legislador toma en cuenta fines de índole social, política, cultural, etc. El artículo 8 inciso 9 de la ley citada, permite la deducción de las donaciones que se hagan a ciertas instituciones dedicadas a labores culturales, científicas o de beneficencia públicas (Donaciones hechas a la Universidad de Costa Rica, Cruz Roja Costarricense, Juntas de Protección Social, etc.)

El mismo artículo 8 en sus incisos 10) y 11), permite la deducción en cinco años consecutivos, de las sumas invertidas en construcciones para uso y habitación de los trabajadores, o en obras que construyan los patronos con el objeto de mejorar las condiciones sociales, higiénicas y culturales de los trabajadores, cuando tales obras reúnan las condiciones por él estipuladas. Aquí, el fin perseguido por el legislador tiene un carácter netamente social. No obstante que estas deducciones tienen una finalidad infinitamente plausible desde el punto de vista teórico, en

la práctica presentan problemas que las hacen no aconsejables. Se prestan a abusos y a evasiones cuyo control se hace muy difícil para las Oficinas recaudadoras, y dan origen a desgravamientos de sumas considerables de renta que benefician mayormente a sus titulares que a los trabajadores. El beneficio de éstos se limita a un simple uso "tolerado" por el patrono, de las obras mencionadas. Más aconsejable es que el Estado, con el impuesto que esas rentas desgravadas podrían producir, realice obras y emprenda actividades que sí produzcan beneficios reales y positivos en favor de los trabajadores.

La deducción de un 50% del beneficio neto del período anterior que se hubiere invertido en bienes de capital, autorizada por el inciso 12 del artículo precitado, para las empresas agrícolas e industriales, es todavía más inconveniente. Además de que participa de algunas de las desventajas de las anteriores, es altamente injusta, porque la deducción sólo es posible para las empresas que obtienen ganancias, es decir, para las que menos la necesitan.

34.—Se denominan cargas de familia ciertas deducciones que la mayoría de las legislaciones conceden a las personas físicas.

Los conceptos de capacidad contributiva y de igualdad de sacrificio mínimo, son los que han inspirado esas deducciones. Se considera que la persona física necesita determinada suma de renta con que hacer frente a las necesidades suyas y las de su familia. Nace así el concepto de "renta mínima" o del mínimum vital, cuyo monto es fijado por cada legislación atendiendo a los ingresos que necesita la persona para hacer frente a sus necesidades más perentorias. Esa renta mínima no es objeto de imposición. Se considera que una persona que tiene rentas que no son superiores a la renta mínima no tiene capacidad contributiva. Así, esas rentas mínimas no son objeto de imposición; son desgravadas.

El inciso 4), artículo 13 de nuestra ley de impuesto sobre la renta, fija esa renta mínima en cinco mil colones, al establecer que la persona física tiene derecho a deducir "cinco mil colones en concepto personal".

35.—La deducción por dependientes es una modalidad de la deducción genérica que se conoce con el nombre de cargas de familia. Toma en cuenta la ley al concederlas, que el contribuyente que es casado, tiene hijos y que además está obligado legalmente a mantener a uno o varios parientes suyos no tiene la misma capacidad contributiva de otro que perciba el mismo monto de ingresos pero que es soltero, y no tiene parientes a cuyo mantenimiento se encuentre obligado.

Así, la ley autoriza la deducción de determinada suma, por cada una de esas personas a cuyo mantenimiento esté legalmente obligado el contribuyente.

El mismo artículo 13 citado, en su inciso 6), autoriza la deducción de dos mil colones si el contribuyente es casado: si ambos cónyuges son declarantes, sólo podrán deducir dos mil colones entre los dos.

El inciso 7) del mismo artículo autoriza al contribuyente la deduc-

ción de mil quinientos colones por cada hijo, y de mil colones por cada persona que reúna las condiciones de dependiente suyo.

Reúne las condiciones de dependiente la persona que se encuentre en alguna de las situaciones taxativamente enumeradas: ser menor de edad; adolecer de incapacidad física o mental que imposibilite para proveerse del sustento propio; ser estudiante universitario hasta la obtención del grado universitario respectivo, y siempre que no sea mayor de veinticinco años, o ser ascendiente o descendiente por consaguinidad o afinidad, y que además no sea declarante y haya recibido del contribuyente, durante el período de la declaración, más de la mitad de su sustento.

No obstante que la ley establece una deducción especial por el cónyuge y los hijos, ellos son "dependientes" del contribuyente.

El artículo 162 del Código Civil refuerza la tesis sustentada al disponer: "Se deben alimentos: 1) Al cónyuge y a los descendientes; 2) Al padre y a la madre; y 3) A los abuelos y demás ascendientes."

Siendo los hijos y el cónyuge "dependientes" del contribuyente, la deducción que por ellos concede la ley se debe regir por las mismas disposiciones establecidas para la procedencia de la deducción por dependientes. Así por ejemplo, el inciso 8 del artículo que se analiza permite la deducción de un porcentaje sobre las sumas pagadas a médicos, bacteriólogos, abogados, etc., por servicios prestados al contribuyente o a sus dependientes. No obstante que la ley expresamente no autoriza esa deducción si el servicio ha sido prestado a los hijos o al cónyuge del contribuyente ella debe admitirse por tener estos últimos el carácter de dependientes. La deducción de mil quinientos colones por cada hijo, siguiendo el mismo criterio, sólo procede si el hijo no es declarante, y si además reúne alguna de las condiciones de minoridad, incapacidad, etc., que la ley exige para la deducción por los dependientes. Es por ello que el reglamento a la ley del impuesto sobre la renta, al disponer en su artículo 16, inciso 1, aparte c), que se admite la deducción por cada hijo, "siempre que sea menor,..." no viola la ley, sino que, en recta interpretación de su espíritu, actúa dentro de los límites de la facultad reglamentaria.

## CAPITULO VII

36.—Con el fin de que los litigios no perduren a perpetuidad y de que no se establezcan en plazos de tiempo muy posteriores al nacimiento de los derechos reclamados, la doctrina reconoce, y las leyes establecen, como uno de los medios extintivos de las obligaciones, la prescripción. Extingue ésta por el simple transcurso del tiempo las obligaciones no reclamadas dentro de los plazos establecidos por la ley. Esta es la llamada prescripción extintiva o liberatoria. Reconoce la doctrina y acogen también los distintos derechos positivos, la prescripción adquisitiva, por medio de la cual, transcurrido cierto tiempo, y dadas ciertas condiciones

preestablecidas, se adquiere un derecho. La que nos interesa en la presente exposición es la prescripción primeramente mencionada.

37.—La obligación tributaria al igual que las obligaciones de dar del derecho privado, es susceptible de extinguirse mediante la prescripción. No deben los ciudadanos estar expuestos de por vida a ser objeto de investigaciones y reclamos por parte del fisco en cobro de impuestos no pagados. La seguridad necesaria para la buena y armónica convivencia de los ciudadanos, ha hecho, por necesidad imperiosa, que las leyes y la doctrina reconozcan la prescripción liberatoria del tributo. Así, el Estado, cuando ha dejado pasar determinado plazo de tiempo sin hacer valer sus créditos tributarios, pierde el derecho a exigirlos. Reconoce la doctrina que aún cuando la ley positiva no establece en forma expresa dicha prescripción, ella existe y se rige por los principios del derecho privado. Así lo reconocen los más connotados autores del Derecho Tributario, entre otros el profesor de la Universidad de Bari, Giorgio Tesoro y el ilustre tratadista argentino Manuel Andreozzi.

La prescripción liberatoria del tributo, sin embargo, no tiene por efecto extinguir por el simple transcurso del tiempo la obligación sino que la transforma en natural: "El acreedor no puede exigir su cumplimiento; pero el deudor puede pagarla. El Juez no puede estimarla ni resolverla de oficio". (26).

38.—La doctrina hace distinción entre la prescripción del crédito u obligación tributaria y la prescripción del derecho de la administración para determinar el tributo debido. Ello por cuanto hay casos en los que la obligación de pagar el impuesto es la secuencia de un procedimiento administrativo, tal y como sucede con el impuesto sobre la renta. La distinción tiene gran importancia para fijar el punto de partida para el cómputo de los plazos, así como para determinar el plazo aplicable en cada caso.

La prescripción del crédito tributario comienza a contarse a partir del momiento en que el dicho crédito tiene el carácter de líquido y exigible. La del derecho del fisco para determinar el monto del impuesto debido, comienza a correr a partir del momento en que la administración se encuentra en posibilidad de iniciar los procedimientos tendientes a esa determinación. Es claro que todo esto lo es sin perjuicio de lo que expresamente disponga la ley al respecto.

> "Para solucionar el problema de la influencia de la prescripción en el "accertamento", (nombre que le da la doctrina italiana al procedimiento administrativo de la determinación del tributo), comencemos por aclarar si éste es declarativo o constitutivo de la obligación tributaria.
>
> La determinación de este carácter (declarativo constitutivo) dependerá de la ley y de los hechos mismos, pues no basta

26) Andreozzi Manuel, obra citada, tomo II, página 315 y 316.

que aquélla lo declare constitutivo, si por su naturaleza es sólo declarativo." (27).

"Si el "accertamento" es simplemente declarativo, comenzarán dos prescripciones distintas. Una será la del "accertamento" y otra la de la obligación tributaria.

La primera se iniciará en el momento que la ley exija la actividad del administrado o de la administración, en tal o cual sentido. La segunda desde el momento en que la obligación tributaria haya quedado caracterizada.

Pero, puede hablarse de la prescripción del "accertamento"?

En rigurosa doctrina sí, porque aunque no esté constituída una obligación de dar una suma de dinero la norma ha creado una obligación de hacer (o de no hacer) que es también prescriptible.

La consecuencia de la aplicación de estos principios será que el administrado no podrá ser obligado a hacer (no a no hacer) aquello que la ley tributaria estableció como requisito previo a la determinación del tributo por lo que faltando las bases para el "accertamento", la obligación tributaria no podría hacer.

A nuestro juicio, no hay razón alguna para sostener que en esta etapa del proceso tributario no son aplicables los principios de la prescripción, pues si se acepta que ella es una defensa contra la obligación tributaria que es lo más, debe aceptársele para hacer o dejar de hacer aquello que constituye la base para su caracterización.

En estos casos no habría prescripción de la obligación tributaria sino prescripción del derecho de la administración para determinarla.

Si la ley aplicable da plazos para aquella conducta de hacer o de no hacer por parte del administrado, serán éstos los de la prescripción; pero si la ley no lo contiene, no podrían ser otros a nuestro juicio que los de la obligación misma.

¿Cuál sería la proyección de estas ideas en el terreno de la interrupción de la prescripción y en el del procedimiento?

En cuanto al primer problema, no hay razón, a nuestro juicio, para apartarse de los principios generales de la ley aplicable y del derecho privado, en ausencia de aquélla.

En cuanto al segundo, no vemos ningún inconveniente doctrinario para que no se pueda invocar como excepción o como acción y en la forma y en la oportunidad que analizamos en esta obra.

---

27) Andreozzi Manuel, obra citada, página 322.

> La excepción tendría la finalidad de impedir que la administración exigiera actitud alguna del administrado; la acción tendría la finalidad de obtener la declaración de la imposibilidad de la administración para llevar a cabo cualquier "accertamento". (28).

De las citas doctrinarias transcritas, se desprende que existe diferencia entre la prescripción del crédito tributario y la del "accertamento" (procedimiento de determinación de dicho crédito).

39.—Dispone textualmente el artículo 28 de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente:

> "Artículo 28.—Las diferencias entre el impuesto calculado de acuerdo con la declaración y el que realmente deba pagarse de conformidad con la ley, lo mismo que las diferencias provenientes de declaraciones incompletas, podrán ser cobradas dentro del plazo de tres años contados desde la expiración del año en que el impuesto haya debido pagarse. Este plazo será de cinco años para aquellos contribuyentes que no hubieren presentado declaración o que la hubieren presentado falsa o maliciosamente incompleta, esto último a juicio de la Dirección General de la Tributación Directa.
>
> Transcurridos esos plazos, no procederá el cobro de diferencias o del impuesto respectivo". (Ley Nº 1789 del 18 de setiembre de 1954).

Es opinión nuestra, que el artículo transcrito establece una prescripción del derecho del fisco para realizar el procedimiento de determinación del crédito tributario, y no una prescripción del crédito mismo.

Por la redacción del párrafo final de ese artículo, al disponer que: "transcurridos esos plazos no procederá el cobro de diferencias o del impuesto respectivo", se ha querido ver en él un medio de extinción para el cobro del impuesto, aún del que el contribuyente adeuda según datos de su propia declaración. Se ha querido ver en la frase de redacción imperativa "no procederá', una verdadera caducidad y no una prescripción. Si se tratara realmente de una "caducidad", los plazos establecidos serían fatales; debería ser declarada de oficio, y no existiría ningún medio, ni siquiera el requerimiento judicial de pago, que interrumpiera los plazos.

La tesis de la caducidad fue sustentada por la Sala 2ª Civil de la Corte Suprema de Justicia, en resolución Nº 906 del 9 de noviembre de 1957, en ejecutivo seguido por el Fiscal Específico de la Dirección General de la Tributación Directa contra Eduardo Moreno Carrión.

Nuestra opinión, contraria a la de la caducidad, se funda en lo siguiente:

---

28) Andreozzi Manuel, obra citada, página 322 a 324.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

a) La tesis de la caducidad dificultaría a tal extremo el cobro del impuesto que dicho cobro llegaría a ser casi imposible.

Siendo fatal el plazo de la caducidad —como ya se dijo—, no habría ningún medio legal capaz de interrumpirlo. Cumplido, de pleno derecho se extingue la obligación. Bastaría con que los contribuyentes se percataran de ello, para que inmediatamente, y si no todos por lo menos una gran mayoría de ellos pusiera en práctica el siguiente medio de evasión: no presentan sus declaraciones. Esperan que la Oficina recaudadora los "tase de oficio" (haga sus declaraciones). Recibida la comunicación de la resolución que les liquida el impuesto, establecerán contra ella todos los recursos administrativos que la ley les brinda; revocatoria ante el Departamento del Impuesto sobre la Renta; apelación para ante la Dirección General y apelación para ante el Tribunal de la Renta. Luego, establecerán el juicio contencioso administrativo que se inicia ante el juez correspondiente, con recurso de apelación para ante la Sala Civil y de Casación si la cuantía del reclamo le da cabida. Luego, iniciados por el Fisco los procedimientos de ejecución, establecerán contra la sentencia del Alcalde o Juez todos los recursos que las leyes establecen, y es muy seguro que antes de poderse ejecutar el cobro ya haya transcurrido el plazo de caducidad, con lo que el impuesto sería incobrable.

b) El artículo 28 de la ley del impuesto sobre la renta antes de la reforma introducida por ley N° 1789 antes citada, estaba concebido en los siguientes términos:

"Artículo 28.—Cualquier diferencia entre el impuesto calculado de acuerdo con la declaración y el que realmente deba pagarse en conformidad con la ley podrá ser cobrada dentro del plazo de tres años contados desde la expiración del año en que el impuesto haya debido pagarse. Este plazo será de diez años para aquellos contribuyentes que no hubieren presentado declaración o la hubieren presentado falsa o incompleta".

Como se observa, los plazos de prescripción establecidos por ese artículo son los de tres y diez años; se expresa en él que el impuesto "podrá ser cobrado" dentro de esos plazos; no tiene la redacción imperativa del artículo 28 vigente, sino que por el contrario establecía una facultad-obligación a cargo del Fisco al disponer que el impuesto "podrá ser cobrado dentro de esos plazos".

Además, habla de las diferencias de impuesto entre lo que debe pagarse según declaración y lo que debe pagarse realmente en conformidad con la ley, diferencias cuya determinación sólo se puede establecer mediante los procedimientos (investigaciones, estudio de libros, tasación de oficio, etc.), establecidos por la propia ley, lo que está indicando que la prescripción se refiere al derecho del Fisco para iniciar los procedimientos de determinación y no para el crédito mismo.

Con base en lo expuesto es que concluimos que el párrafo segundo del artículo 28 vigente, al disponer "transcurridos esos plazos no procederá el cobro... del Impuesto respectivo" se refiere únicamente al impuesto que debe pagar el contribuyente que no ha presentado declara-

ción y que es "tasado de oficio", o el que debe pagar en los casos en que declarando que no está a cargo suyo ninguno por no tener renta líquida gravable, la Oficina recaudadora le comprueba que sí tiene renta líquida imponible y de consiguiente impuesto a pagar.

Tanto la Dirección General de la Tributación Directa como el Tribunal de la Renta, han interpretado que el artículo 28 de la ley de impuesto sobre la renta vigente establece una prescripción y no una caducidad; y así han establecido que, la comunicación enviada al contribuyente por el Departamento del Impuesto sobre la Renta, de la resolución en la que se le conmina al pago de determinada suma de impuesto establecida por los procedimientos de determinación, constituye gestión cobratoria interruptiva del plazo de prescripción.

En ese sentido, la resolución del Tribunal de la Renta N. 38 de las quince horas del 8 de agosto de 1956, (reclamos de los señores Guido e Inés Pulis Cosca), que dispuso:

> "Considerando VI.— ...Consta de autos que la resolución del Departamento del Impuesto sobre la Renta de fecha 14 de setiembre de 1955 interruptiva de la prescripción fue certificada el 23 de setiembre de 1955.— ...El 30 de setiembre de 1955 concluye el plazo de esos tres años ; pero el 23 de setiembre de ese año quedó interrumpida la prescripción que se estudia..."

El Juez Primero Civil de San José en sentencia de las diez horas del 17 de agosto de 1957, acogiendo la tesis de la caducidad, expuso:

> "...Es necesario llamar la atención hacia el hecho de que ese artículo no establece propiamente una excepción de prescripción en favor del contribuyente, sino más bien una caducidad en contra del Estado... El Juzgado estima que se trata de una caducidad porque así lo da a entender el texto mismo del artículo 28; y si bien no siempre basta, por sí sola, la redacción de la norma legal para determinar si el legislador estableció un plazo de prescripción o una caducidad, sí sirve de guía para que el intérprete de la ley fije los alcances y el sentido del precepto. No dispone en ninguna parte ese artículo que los derechos del Estado" "se prescriban", ni tampoco habla de que al contribuyente corresponda oponerse al reclamo si éste fuere presentado después de los plazos que allí se señalan.— ...la caducidad se opera de pleno derecho y los tribunales deben declararla aun de oficio, según los autores y lo resuelto reiteradamente por la jurisprudencia". (Ejecutivo establecido por Fiscal Específico de la Tributación Directa( contra Eduardo Moreno Carrió).

La Sala Segunda Civil de la Corte Suprema de Justicia, en resolución Nº 906 del 9 de noviembre de 1957 confirmó la resolución del Juez, acogiendo así también el criterio de la caducidad.

No hay duda de que la interpretación que el artículo 28 de la Ley del Impuesto sobre la Renta dan los Ilustrados Funcionarios Judiciales, se ajusta al tenor literal del mencionado artículo. En efecto, de su letra, la única interpretación es la sustentada por ellos.

Sin embargo, la mencionada tesis lleva forzosamente a una situación muy especial: la de hacer nugatorio el cobro del Impuesto sobre la renta, como ya se expuso más arriba y es lógico pensar que el legislador no dicta una ley estableciendo un impuesto para después establecer normas que hacen imposible su recaudación en forma absoluta. Así, en una interpretación integral de la ley del Impuesto sobre la Renta, ha de concluirse que ella ha sido establecida para que el impuesto sea recaudado. La tesis de la caducidad dentro de una interpretación "de lo razonable", es insostenible, porque lleva la imposibilidad total del cobro del impuesto. En nuestro criterio, no obstante la redacción del artículo que se comenta, él establece una prescripción y no una caducidad, ya que lo que se ha tenido en mente es el proteger al contribuyente contra reclamaciones de impuesto tardías, y no el establecer un obstáculo insuperable para su cobro.

40.—Dispone el artículo 113 de la ley de Administración Financiera de la República que "Toda acción contra el Estado o sus Instituciones o Corporaciones Autónomas o Semiautónomas, fundada en pago indebido de impuestos, contribuciones o tasas, prescribirá tres años después de que sea exigible. La acción se considerará exigible desde el momento en que se hubiere hecho el pago que se estima ilegal o erróneo".

La prescripción que así se establece en favor del Estado, tiene por finalidad el evitar que el Fisco esté expuesto a reclamaciones a perpetuidad o tardías, por la repetición de sumas indebidamente pagadas por impuestos, contribuciones o tasas.

Así, si un contribuyente, al formular su declaración de renta, se equivoca en su perjuicio y paga el impuesto con base en ella, tiene un plazo de tres años para reclamar la repetición del impuesto pagado de más, plazo que comienza a contarse a partir del dicho pago.

La ley Nº 837 del 20 de diciembre de 1946 y sus reformas, exclusive la introducida por ley Nº 1789 del 18 de setiembre de 1954, en su artículo 33, párrafo tercero, establecía:

"Las reclamaciones, en los casos de impuestos calculados de acuerdo con las declaraciones, deberán presentarse por los interesados dentro de los 60 días siguientes al vencimiento del plazo señalado para el pago".

Con base en esa disposición, que fue eliminada por la ley Nº 1789 citada, el contribuyente tenía que presentar sus reclamaciones por el pago indebido de impuestos, dentro de ese plazo perentorio. Si por cualquier motivo no se daba cuenta dentro de él, de sus errores, perdía todo derecho a reclamar lo pagado indebidamente, beneficiándose el Fisco

con un enriquecimiento sin causa que sólo se justifica por la seguridad que debe existir en favor del Fisco de que después de un término prudencial no será obligado a devolver ingresos que ya han sido tomados en cuenta en los correspondientes presupuestos anuales. Pero tampoco es conveniente el establecimiento de plazos de prescripción demasiado cortos, como el de 60 días comentado, porque de hecho eliminan casi toda posibilidad de que el contribuyente se dé cuenta de sus errores y pueda así reclamar la devolución de lo que pagó sin causa. Al eliminar la ley Nº 1789, tantas veces citada, la disposición del comentario, la regla aplicable es el artículo 113 de la Ley de Administración Financiera, que sí establece un plazo de prescripción más acorde con la garantía de los derechos del contribuyente.

## CAPITULO VIII

41.—Como expresa Rafael Bielsa, el problema jurídico más importante en todo sistema tributario consiste en la protección del contribuyente ante la arbitrariedad legislativa y administrativa". (29).

Al hablar de la "relación jurídico-tributaria", dijimos que ella crea diversos derechos y obligaciones a favor y a cargo tanto del Estado (Fisco) como del contribuyente; dijimos también que la principal obligación de éste la constituye el pago del impuesto. Pero así como la ley lo obliga al pago del impuesto, el contribuyente tiene el derecho de pagarlo en los casos y en el monto fijado por la ley. Como garantía de ese derecho, y dadas las limitaciones de la naturaleza humana, que llevan a la fabilidad de los titulares de los órganos recaudadores de impuestos de la administración con no poca frecuencia, la ley establece el derecho del contribuyente de solicitar y lograr, por parte del órgano que establece el impuesto debido, la revisión del acto administrativo que lo establece; también el derecho de solicitar y de lograr la revisión de ese acto por parte de otros órganos administrativos, y aún, de recurrir a los Tribunales de Justicia, en demanda de sus pretensiones.

42.—El artículo 33 de la Ley de Impuesto sobre la Renta establece que cuando el Departamento del Impuesto sobre la Renta de la Dirección General de la Tributación Directa modifique los datos consignados con el contribuyente en su declaración y fije el impuesto de acuerdo con esa modificación, o cuando la determinación del impuesto se origina en una tasación de oficio o en una revisión de libros, el contribuyente inconforme puede solicitar al propio Departamento la rectificación del cálculo respectivo, petición que debe hacer por escrito y dentro de los treinta días hábiles siguientes al de la notificación que le hubiere sido hecha. El contribuyente inconforme con la nueva resolución del Departamento puede apelar de ella para ante la Dirección General, y contra la

29) Bielsa Rafael, obra citada, Tomo III, página 139.

resolución de ésta puede apelar para ante el Tribunal de la Renta; en los dos últimos casos, la apelación debe presentarse dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación de la respectiva resolución.

Dispone el párrafo tercero del citado artículo:

> "Tanto el Director General como el Tribunal de la Renta resolverán, con arreglo a esta ley, a las disposiciones de los reglamentos respectivos y a los principios de derecho tributario y de procedimientos que fueren aplicables en todo lo que se relacione con la admisión, sustanciación y fallo de los recursos antes dichos...".

No existiendo Código ni leyes de procedimientos administrativos especiales, en todo lo que se refiere a la admisión, sustanciación y fallo de los recursos, el Director General y el Tribunal de la Renta deben ajustarse a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles.

Teniendo los procedimientos administrativos características y finalidades que en ocasiones difieren de los judiciales, el Código de Procedimientos Civiles resulta inapropiado para regular muchas de las distintas fases del proceso administrativo de determinación del impuesto, haciéndose necesaria la promulgación de una ley especial de estos procedimientos. Dentro de los procedimientos civiles, es de principio la regla de que la apelación sólo se considera en lo desfavorable al recurrente, y es natural que así sea, ya que dentro de ellos se discuten intereses particulares regidos por el derecho civil. En el Derecho Público, la regla de principio es la del contralor jurisdiccional. La autoridad administrativa que —ya por apelación, ya por la facultad de revisión—, conoce de la resolución o acto administrativo de un inferior, tiene el derecho y la obligación de vigilar que las leyes se cumplan en la forma y modo que ellas mandan. Así, en los procedimientos de determinación del impuesto, la doctrina reconoce y algunas legislaciones lo establecen expresamente, que el acto administrativo de la entidad que fija el impuesto en monto determinado, puede ser revisado en su totalidad por el superior (organismo que ejerce facultades de contralor). Si practicada la revisión se determina que el contribuyente debe pagar impuesto mayor que el fijado por la autoridad administrativa inferior, la diferencia debe ser cobrada y el pago que de ella se haga lo es correcto y legal. En Costa Rica, y dada la regla del párrafo tercero del artículo 33 de la ley de Impuesto sobre la Renta antes transcrito, que manda aplicar los procedimientos civiles en todo lo que se refiere a admisión, sustanciación y fallo de los recursos, el sistema vigente es el de la apelación simple; de la no reformatio in *pejus* (no empeoramiento), ya que el artículo 867 del Código de Procedimientos Civiles establece que "La apelación se considerará en lo desfavorable al recurrente.— ...".

El Tribunal de la Renta, en resolución Nº 25 de las 16 horas del 6 de diciembre de 1955, definió en forma muy clara el punto comentado al resolver:

"...No omite este Tribunal el declarar que no existe en la Ley de Impuesto sobre la Renta el trámite de "consulta" para el caso de que el recalificado no ejercite los recursos legales que la ley brinda; y que, al llegar el expediente a la Dirección General, en virtud de recurso interpuesto por el inconforme, debe ser respetado el espíritu que informa la norma contenida en el artículo 867 del Código de Procedimientos Civiles en cuanto ordena que la apelación se considerará sólo en lo desfavorable al recurrente, por mandarlo así el artículo 33 de la Ley de Impuesto sobre la Renta.—" ....—

...La no reformatio in *peus* que se invoca, es trasunto exacto de la Teoría del Derecho Administrativo dentro del Estado del Derecho que resuelve el punto en forma radical. Veamos: Fritz Fleiner, en su libro *Instituciones de Derecho Administrativo,* Editorial Labor 1933, páginas 187 y 188 expresa: "Puede la superioridad modificar también la disposición impugnada en sentido tal que perjudique al recurrente? Es admisible una reformatio in peus (empeoramiento) ? Si la superioridad es, al mismo tiempo, la autoridad de control de la instancia que ha dictado el decreto impugnado, entonces la procedencia de la reformatio in peus es una consecuencia general de los órganos de control para intervenir de oficio contra disposiciones ilegales o peligrosas al interés público. En cambio, si para juzgar ciertas categorías de reclamaciones (CONTINGENTE TRIBUTARIO) se han establecido instancias especiales, éstas quedan limitadas, con arreglo al destino que se les dió, al ejercicio de la protección jurídica en favor de cuantas personas (o autoridades) puedan requerir esa protección.

Resulta pues, que no pueden modificar una disposición en perjuicio del recurrente, excepto el caso en que la ley lo haya permitido expresamente".

43.—El artículo 34 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, que es el que establece la competencia del Tribunal de la Renta creado por Ley Nº 1789 del 18 de setiembre de 1954, dispone que "todas las calificaciones, determinaciones, impugnaciones, reducciones apreciaciones, fijaciones, presunciones juicios y pronunciamientos que haga la Oficina de Tributación y/o el Director General de la misma de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Capítulos III, VI, VIII y XI de esta ley, se podrá apelar —en única instancia.—...", para ante el mencionado Tribunal.

De la redacción del artículo se desprende que la intención del legislador fue la de dar plena competencia al Tribunal para conocer en alzada de las resoluciones dictadas por la Dirección General de la Tributación Directa en los procedimientos de determinación del impuesto sobre la Renta.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA



Sin embargo, al disponer que puede conocer en alzada de las resoluciones que dicte la Dirección General de la Tributación Directa de conformidad con las disposiciones de los Capítulos III, VI, VIII y XI de la Ley, excluye la competencia para conocer de las resoluciones que Tributación Directa dicte de conformidad con los Capítulos I, II, IV, V, VII, IX y X que se refieren en su orden a los siguientes títulos: "Sujeto pasivo del impuesto"; "De las exenciones"; "Tarifa del impuesto"; "Declaración de la renta"; "Pago del impuesto"; "Personas que dejan de ser contribuyentes" e "Informes obligatorios"; Capítulos de tanta importancia como los que sí están incluídos. No obstante el error apuntado, hasta el momento no ha sido presentado ningún reclamo por incompetencia de jurisdicción por el motivo expuesto.

44.—Por disposición expresa del artículo 34 antes citado, la resolución que dicte el Tribunal de la Renta agota la vía administrativa, quedando desde luego abiertas las puertas para que el contribuyente establezca los juicios y reclamos ante las autoridades judiciales, en la forma y modo establecidos por la ley, y de que se hablará en el siguiente número.

45.—Como lo expone el ilustre tratadista argentino Rafael Bielsa en su monografía "Sobre lo contencioso-administrativo", el recurso contencioso administrativo no es de apelación sino autónomo; de lo administrativo no se apela para ante lo judicial.— ..." (30).

En Costa Rica, la jurisdicción contencioso-administrativa, que fue implantada en su verdadera forma —por primera vez en la Constitución Política de 1949, es "función" del Poder Judicial,— según lo dispone el artículo 49 del citado cuerpo de leyes. En otros sistemas es administrativa y es jurisdiccional, tal y como ocurre en Francia, en donde el Consejo de Estado es el órgano supremo de la jurisdicción administrativa.

Por disposición del mencionado artículo Constitucional, el objeto de esta jurisdicción es el de "proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semi-autónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas".

La doctrina reconoce dos modalidades de recurso contencioso-administrativo: el recurso de "plena jurisdicción" y el recurso de "nulidad", también llamado de "ilegitimidad". El primero tiene por objeto obtener la reparación de los derechos subjetivos lesionados, y por ser de "plena jurisdicción" faculta no sólo el examen de la legitimidad del acto administrativo que se impugna, sino que, además, y caso de admisión del recurso, a condenar a la parte accionada al pago de los daños y perjuicios causados con la lesión. El segundo tiene por objeto la reparación

30) Bielsa Rafael, "Sobre lo Contencioso-administrativo", segunda edición, Buenos Aires, página 22.

de derechos objetivos lesionados. Se establece en garantía de legitimidad o legalidad de las actuaciones de la administración pública. No se impugna la lesión de un derecho subjetivo, sino la violación de ley por parte de la administración, violación que se pretende anular con el recurso. Si éste prospera, el acto impugnado se anula, pero no se condena a la parte accionada al pago de la lesión inferida. Aquí, el impugnante actúa con base en un "interés"; el de que el acto violatorio de la ley sea anulado. En el otro sistema, el impugnante solicita la reparación de un "derecho" lesionado.

Disponiendo nuestro artículo 49 Constitucional, lo que hace también el artículo 1º de la Ley Nº 1226 de 15 de noviembre de 1950, que reglamenta el juicio —contencioso administrativo—, que éste tiene por objeto "proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados...", podemos afirmar que el sistema establecido lo es el de "plena jurisdicción". No se establece en garantía o como contralor de la legitimidad de las actuaciones de los órganos administrativos, sino, y esto es lo importante, "para proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos". Confirma la tesis expuesta el artículo 3º de la ley citada, al estatuir que el recurso lo puede interponer "toda persona cuyos derechos administrativos hubieren sido lesionados".

Pues bien, agotada la vía administrativa con la resolución que dicte el Tribunal de la Renta, el contribuyente inconforme con ella, y que la considere lesiva de sus derechos administrativos puede incoar el juicio contencioso administrativo. Existiendo esta jurisdicción especial, la única vía judicial, que tiene para solicitar la reparación del agravio de que se considere objeto es la del juicio contencioso administrativo, el que debe interponerse ante el Juez de lo Contencioso Administrativo. Disponiendo la ley respectiva que en cuanto a sustanciación y fenecimiento del juicio se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles en cuanto no resulten modificadas por dicha ley, contra la sentencia del Juez caben los recursos ordinarios y el de Casación, según la respectiva cuantía.

46.—Dispone el artículo 5º de la precitada ley, que la acción para establecer el juicio contencioso administrativo se extingue por el transcurso de un año contado desde que se tiene por agotada la vía administrativa. Si el perjudicado es el Estado, las Municipalidades o sus instituciones Autónomas o semiautónomas, la acción para establecerlo se extingue por el transcurso del término de cinco años, contados desde la fecha en que se tuviere conocimiento de la disposición que causa el agravio. Los anteriores plazos de uno y cinco años según se trate del contribuyente del impuesto sobre la renta o el Estado (Fisco), por ser extintivos de los derechos de incoar el correspondiente juicio, son constitutivos de caducidad que no de prescripción, y como tales no son susceptibles de ser interrumpidos. Cumplidos, fatalmente operan la caducidad de la acción.

47.—Puede el Estado establecer juicio contencioso-administrativo contra las resoluciones del Tribunal de la Renta?

La Procuraduría General de la República, evacuando consulta que al respecto se le formuló, y en lo fundamental expuso:

> ..."Cabe resolver si el Tribunal de la Renta actúa en uso de "facultades regladas"; a ese respecto no cabe ninguna duda. Aplica leyes y reglamentos. El segundo requisito es el de ser PERSONA DE DERECHO PUBLICO.
>
> El Tribunal no es persona de derecho público, porque: "Aunque las disposiciones que aplica pertenecen todas al Derecho Público, la condición de persona no la adquiere por ese hecho y faltan al tribunal los atributos mismos que caracterizan a las personas, ya sean éstas físicas o morales: ser capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones.
>
> Particularmente, los miembros que componen el Tribunal pueden adquirir derechos y contraer obligaciones como personas físicas que son, y dentro de las funciones que desempeñan, y adquirir responsabilidad; pero el Tribunal como ente gubernamental no puede hacerlo, por lo que no puede ni podría tener nunca, la condición de persona jurídica.
>
> Así expuesta la situación, es nuestro criterio que como el Tribunal de la Renta no actúa como PERSONA DE DERECHO PUBLICO, no puede el Estado ir a juicio contencioso-administrativo contra las resoluciones que dicte para obtener su anulación por lo que, en cuanto al Estado se refiere, tales resoluciones son definitivas.
>
> Es más: si a través de un sutil razonamiento pudiese llegar a establecerse que el Tribunal de la Renta es una persona jurídica y que sus resoluciones finales, por pertenecer a la actividad jurisdiccional, llevan imbíbitas las características de imperio que conforman la actuación que se conoce con el nombre doctrinario de "derecho público" aún así no estimamos que el Estado pueda incoar contra el Tribunal, una acción deducida en la vía contencioso administrativa, pues que, aparte de su materialidad, que entonces sería posible, la acción siempre correría riesgo inminente de no prosperar, atendida la circunstancia de que se podría argumentar —por quien dirigiese la defensa en pro del Tribunal, que éste no había hecho otra cosa más que interpretar la ley, y frente a una tesis así de robusta, de exégesis jurídica, muy pocas serían las posibilidades de desvirtuación encaminadas a demostrar que, la resolución final impugnada, por su sentido arbitrario y por desconocer los derechos del Estado, "no se dió en el ejercicio normal de la facultad de interpretar la ley".— ..." (Nota de 9 de octubre de 1956).

Con base en la anterior consulta, el Fisco (Estado) no ha establecido en ningún caso el recurso, por lo que no existe ninguna jurisprudencia al respecto.

Discrepamos del autorizado criterio de la Procuraduría General, por considerar que el Tribunal de la Renta sí es una persona de derecho público. La función jurisdiccional que dentro de la administración desempeña el Tribunal, cae dentro de la esfera de acción de lo que en doctrina se denomina "Derecho Público". Su competencia procede de disposición expresa de ley formal y material. (Artículos 33 y 34 de la Ley de Impuesto sobre la Renta).

El Tribunal de la Renta es una autoridad administrativa. Es parte integrante de la Administración; sus funciones, que desde el punto de vista formal son administrativas, las ejerce por delegación de funciones el Poder Administrador, delegación que ya dijimos tiene un origen legal. Así, como parte del todo (Poder Administrador), no hay duda de que es Persona de Derecho Público. El artículo 3º de la Ley que establece el juicio de lo contencioso-administrativo antes citada, dispone que el juicio lo puede interponer cualquier persona cuyos derechos hubieren sido lesionados en los términos del artículo 1º, "inclusive el Estado". Por lo expuesto, concluimos que el Estado puede establecer juicio contencioso-administrativo contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de la Renta, solicitando la nulidad de las resoluciones que considere lesivas de sus derechos administrativos.

Nótese que la afirmación de que el Tribunal de la Renta no es persona de derecho público lleva a la tesis de negar al contribuyente que se considere lesionado en sus derechos administrativos, el derecho a establecer el recurso, pues si el Estado no puede establecerlo por carecer el Tribunal de los atributos de la persona de derecho público, el contribuyente tampoco puede establecerlo, ya que para él, el Tribunal sigue careciendo de aquellos atributos. En lo que se refiere al contribuyente, ya han sido establecidos recursos contra las resoluciones del Tribunal de la Renta, recursos que han sido admitidos por los Tribunales Judiciales. (Juicio de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz S. A. y otros contra el Estado).

En abono de la tesis sustentada, está también el problema de la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que establecen la competencia del Tribunal, si las resoluciones de éste tuvieran el carácter de resoluciones firmes y definitivas para el Estado. Por mandato del artículo 153 Constitucional, corresponde al Poder Judicial conocer de las causas civiles, comerciales etc., etc., así como de las otras que establece la ley "cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan", así como "resolver definitivamente sobre ellas". Si sólo el Poder Judicial tiene jurisdicción para conocer y resolver definitivamente las "causas" que establezca la ley, la tesis de la Procuraduría llevaría a aceptar la anticonstitucionalidad comentada.

## *BIBLIOGRAFIA*

Andreozzi, Manuel. DERECHO TRIBUTARIO ARGENTINO. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

Bielsa, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO PUBLICO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO, FISCAL, Edición Roque Depalma, 1952.

Bielsa Rafael. SOBRE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO. Segunda Edición. Argentina, Buenos Aires, 1954.

BOLETIN INFORMATIVO DEL MINISTERIO DE HACIENDA, Caracas, Venezuela. Abril - Mayo 1956.

Eheberg, K. Th. von. COMPENDIO DE HACIENDA PUBLICA, Editorial América, México, 1945.

Flores Zavala, Ernesto. ELEMENTOS DE FINANZAS PUBLICAS MEXICANAS. Tercera Edición, Editorial Porrua, S. A., México.

Giannini, A. D. INSTITUCIONES DE DERECHO TRIBUTARIO. 7ª Edición Italiana, Traducción de Fernando Sáinz de Bujanda, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1957.

Linares Quintana, Segundo V. EL PODER IMPOSITIVO Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL. Editorial "Alfa", Buenos Aires, 1950.

Rencoret Bravo, Alvaro. DERECHO TRIBUTARIO. EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA. Editorial Jurídica de Chile, 1950.

Sayagués Laso, Enrique. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Montevideo, 1953.

Soley Güell, Tomás. ELEMENTOS DE CIENCIA HACENDARIA. Soley & Valverde, San José, Costa Rica, 194

NO SALE



BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

# UN RIESGO PROFESIONAL FRENTE A UNA TESIS DE LA SALA DE CASACION

CARLOS CARRO Z.

Al inicio no más, con la intitulación, se vislumbra ya el objeto alrededor del cual gravitarán las consideraciones teórico positivas de este corto trabajo de investigación: un accidente de trabajo real y jurídicamente configurado y, por tanto indemnizable a nuestro juicio, frente a una sentencia de la Sala de Casación que le niega ese carácter.

No trataremos de subestimar, y menos aun, de menospreciar el criterio sustentado por este alto Tribunal; sólo nos mueve el propósito de fijar nuestros puntos de vista ante ese criterio, a toda luz respetable para nosotros, con espíritu crítico y afán académico, y en todo caso generado por la inquietud que sembrara en nuestro ánimo desde el momento mismo en que tuvimos conocimiento de él.

El punto neurálgico del debate judicial se circunscribió a determinar si la muerte de un Guardia Civil acaecida en acción de guerra es o no accidente de trabajo indemnizable. La reclamación en el caso concreto fue motivada por un deceso que tuvo ocurrencia en los actos bélicos que azotaron nuestro país en 1955.

La Sala de Casación en sentencia N° 56 de 16 horas del 13 de julio de 1956 se pronunció por la tesis negativa argumentando lo siguiente:

> "II.—Tiene razón la parte recurrente, cuando al impugnar la sentencia que combate, para rebatirla, dice que el término guerra debe entenderse en un sentido amplio y no únicamente como lo interpreta el Tribunal Superior de Trabajo. En realidad, la expresión apuntada, conforme lo expone la Enciclopedia Seix (Tomo XVII, pág. 366) tiene distintas acepciones; y en-

tre la clasificación que hace, dice que por su extensión, la guerra puede ser extranjera o exterior en cuyos casos se conoce como internacional; y otra modalidad, es la de nacional ó interior, que es conocida con el distintivo de guerra civil. De lo expuesto se concluye, que lo que sufrió nuestro país en la época en que se sucedieron los acontecimientos donde perdió la vida el hijo de la actora, fue genéricamente una guerra, la que para los efectos que aquí interesan sí debe estimarse como fuerza mayor que irresponsabiliza al Estado dentro del marco de la legislación laboral, para poder exigirle la renta correspondiente a los accidentes de trabajo, conforme la disposición del artículo 210 del Código de la materia, pues tanto esta norma como la doctrina que alude a la cuestión, así lo determinan. En estos casos, no puede entenderse que rija el seguro corriente de accidentes, como el sufrido por un guardia civil que en cumplimiento de su deber, al intervenir en una riña para evitarla, al perseguir a un delincuente o al atravesar un río en una comisión parecida, fuera herido o muerto por algún contendiente, o se ahogara; pues el militar, o cualquier funcionario del Gobierno al empuñar el arma, o al ser llamado a ese servicio en caso de guerra, sea ésta para defender la soberanía del país o el orden constitucional amenazado, no obedece a un relación de trabajo con el Estado, sino a un deber de ciudadanía que lo obliga hasta ofrendar su vida en defensa del Estado y de sus instituciones. No se conoce en ningún país del mundo que exista el seguro que cubra los riesgos de guerra de los hombres que van a ella, ya sea en cumplimiento de su deber de ciudadanos del mismo, o en cualquier otro concepto, sin que esto quiera decir que el Estado deba ser indiferente por la suerte de esas personas, que abnegada y valientemente hayan contribuido a su defensa, pues son dignas de la admiración, respeto y consideración de la colectividad, la que como tal, debe preocuparse en la medida de sus capacidades por las consecuencias económicas que a ellos o en su caso a sus deudos afecten, pero por el camino de leyes especiales que fijen pensiones o remuneraciones acordes, como se ha expuesto, con las condiciones económico-fiscales del país y tomando en cuenta la cuantía de la obligación que eso implicara, de manera que pueda soportarla; pero no es aceptable, como lo reclama la parte recurrente, que situaciones como la del caso de autos pueda tratarse y ser acogidas como prestaciones o compromisos de carácter laboral; no es argumento que sostenga esta tesis, que las leyes Nos. 1876 de 4 de junio de 1955 y 1922 de 5 de agosto del mismo año, al legislar concediendo pensiones e indemnizaciones de guerra a las víctimas y deudos

de éstos, las otarga sin perjuicios de otros seguros, porque aún en caso de guerra puede ser accidentado un individuo en condición de trabajador: por ejemplo en un ataque a la población civil, pueden ser víctimas en un cuartel, cocineros, jardineros, etc.; y en otras dependencias del Estado, otros trabajadores".

Como se nota, son dos argumentos pilares en que se hace recaer el fundamento de la resolución: I) La concurrencia de fuerza mayor que exime de responsabilidad al Estado y, II) La existencia de relación laboral entre el Guardia Civil y el Estado. Con base en este mismo orden trataremos nosotros de enfocar el problema.

I.—a) LA FUERZA-MAYOR Y EL CASO FORTUITO EN MATERIA DE RIESGOS PROFESIONALES.—El Derecho Romano definió la fuerza mayor y el caso fortuito como accidentes que el hombre no podía prever o que, previstos no podía resistir (Quod humano caput praevidere non potest nec sui praevisso potest resistit) (1). Siguiendo este criterio es hoy enseñanza muy generalizada en el área de la doctrina civil acogida por numerosas legislaciones, no hacer distingo entre una y otro, conceptuando a ambos como acontecimientos extraordinarios e insuperables que, por regla general, provocan la liberación del obligado; irresponsabilidad que deriva de la inimputabilidad del suceso. Sin embargo, en el Derecho del Trabajo, motivada por la teoría del riesgo profesional, se ha elaborado una interesante distinción, cuyos principios rectores iniciales se encuentran en la doctrina y jurisprudencia francesas, inspirada no en un afán especulativo, sino en el deseo de afincar bases más amplias y justas en la protección contra los infortunios laborales, presupuesto importante de la previsión social.

La teoría del riesgo profesional asiéntase en el principio de la responsabilidad objetiva y específica de la industria; sus preconizadores rechazan toda fundamentación de la responsabilidad patronal basada en concepciones de tipo sujetivo o de relación contractual y declaran enfáticamente a la empresa como principal fuente creadora de estos riesgos; empero, ante la situación no peregrina de que el infortunio sea ocasionado por fuerzas extrañas y sin relación alguna con el trabajo, casi en el que no habría asidero con arreglo a esta teoría para imponer el deber de reparación, surgió como imperativo necesario intentar la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito en sus aspectos formales y en sus consecuencias de derecho.

A tono con estas ideas se expresa entonces que la fuerza mayor y el caso fortuito tienen el común denominador de ser acontecimientos imprevisibles, o inevitables en caso de ser previstos, pero, al paso que la primera obedece a factores absolutamente extraños a las labores, el

(1) G. Cabanellas: "Tratado de Derecho Laboral". T. IV pág. 206.

segundo encuentra causa o relación en ellas; en tanto la fuerza mayor se origina fuera del círculo industrial el caso fortuito es inherente a éste, o como gráficamente se ha dicho, "el caso fortuito es la culpa objetiva, es decir, la culpa, ya no del jefe de la industria, sino de la industria misma." (2).

"Fuerza mayor son, —escribe Sachet— en el orden físico: los temblores de tierra, los ciclones, las inundaciones, el rayo, las intemperies, etc.; en el orden moral: la invasión extranjera, el pillaje, la guerra civil, etc.; en una palabra, todo lo que la ley inglesa reúne bajo las expresiones hecho de Dios o enemigo de la Reina" (3). Caso fortuito es: la coz del animal, la explosión de una caldera, el vuelco de un vehículo, el incendio de un motor.

En consonancia con esta postura dualista sostiénese que la fuerza mayor trae aparejada la pérdida del derecho a indemnización y que, el caso fortuito, en cambio, acarrea el deber de indemnizar por tratarse de un riesgo nacido en la empresa misma, o por mejor decir, surgido de la explotación a que se dedica ésta.

I.—b) LA FUERZA MAYOR COMO CAUSA EXTINTIVA DE LA OBLIGACION.—No obstante la considerable extensión de que está dotada la teoría del riesgo profesional, haciendo responsable al empleador por una variada gama de accidentes, la fuerza mayor, como queda puntualizado líneas atrás, tiene, dentro de ciertas circunstancias, la singular cualidad de convertirse en eximente de la responsabilidad patronal. Nuestro propio Código de Trabajo, artículo 210, así expresamente lo dispone con el aditamento especial de que la fuerza mayor ha de ser "extraña y sin relación alguna con el trabajo".

Este especial significado de la fuerza mayor en los riesgos profesionales parece no haber sido captado en su plenitud por Casación; es, precisamente, en torno a este punto, de donde surge nuestra primera divergencia, pues la Sala, al fundar el fallo, preceptúa que la guerra, de acuerdo con el artículo 210 y la doctrina que alude al punto, debe tenerse en el caso concreto como fuerza mayor que, dentro del marco de la legislación laboral, libera al Estado en materia de accidentes de trabajo. En contraste con esa tesis, nos parece que la resolución indicada, impregnada de acentuado sabor civilista, no encuentra apoyo en el texto legal predicho ni fundamento en la doctrina; aún más, para mayor pena, nos inclinamos a pensar que Casación fue bastante generosa en la interpretación de la ley y no menos pródiga en aplicación de la doctrina, en un aspecto en que la estimación debió hacerse con sentido limitativo por tratarse de un caso de excepción, a nuestro juicio, muy calificado. Tanto los textos positivos como la enseñanza teórica, de manera cate-

(2) Adrien Sachet: "Tratado Teórico Práctico de la Legislación Social sobre los Accidentes del Trabajo y las Enfermedades Profesionales", T. I pág. 371.
(3) Adrién Sachet opus cit. T. I pág. 362.

górica señalan que la fuerza mayor excusante de responsabilidad no debe tener relación con las funciones que se realizan al suceder el siniestro, principio plasmado por el artículo 210, como queda dicho supra, con claridad inobjetable y del cual se desprende como elementos sine qua non la "ajenidad" y desvinculación que ha de tener la fuerza mayor en relación a las tareas y al medio en que se ejecutan éstas.

Siempre en apoyo de nuestros puntos de vista, hacemos ver que la expresión gramatical "...y sin relación alguna con el trabajo" que consagra nuestra ley, y que Casación descuidó, es copia del inciso 2) artículo 255 del Código de Trabajo Chileno (4) y que en comentario al mismo razonan Gaete Berríos y Exequiel Figueroa: "...La fuerza mayor, para que tenga efecto de excepción es preciso que no tenga relación alguna con el trabajo. Esta condición que el artículo 255 establece en forma precisa nos permite afirmar que si el accidente ocurre por caso de fuerza mayor y éste presenta relación con el trabajo, el accidente debe ser indemnizado pues ambas condiciones deben concurrir en forma copulativa. Sería un caso de esta naturaleza la muerte de un obrero ocurrida en una faena a consecuencia de la caída de un rayo, cuando el trabajo se realice en regiones en las cuales dicho fenómeno natural es de frecuente y ordinaria ocurrencia. En este caso la muerte del obrero sería debida a fuerza mayor extraña pero ésta no sería sin relación alguna con el trabajo al realizarse éste precisamente en una región afecta a dicha clase de fenómenos..". (5).

A la par de aquellas legislaciones que, como la chilena y la costarricense, exigen con notable claridad la "ajenidad" y la desvinculación de la fuerza mayor con el trabajo, existen otras de mayor concreción en sus principios que hablan pura y simplemente de "fuerza mayor extraña al trabajo" (6), pero pese a esta parquedad, la doctrina y la jurisprudencia de esos países se han encargado de fijar los justos límites al término "extraña", de suerte que lo que gramaticalmente omite la ley en cuanto a extensión lo suple o procura la orientación judicial y el comentario del entendido desentrañando el espíritu presunto o incuestionable del legislador. Dentro de ese marco de ideas merece citarse, por la precisión de sus conceptos, una ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de México, que dice:

> "La fuerza mayor como fenómeno liberatorio de responsabilidad patronal en los accidentes de trabajo tiene significado especial en el derecho laboral, más restringida que en el derecho común, pues es necesario que tal fenómeno no tenga relación

(4) Vid. en este sentido de los Licdos. Oscar Barahona Streber y Harry Zurcher Acuña: "Aspectos Teóricos y Prácticos de los Riesgos Profesionales", pág. 41.
(5) "Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales", pág. 112.
(6) Entre otras la argentina, mexicana y española.

alguna con el medio y condiciones en que se ejecuta el trabajo". (7).

En el campo de la doctrina (8) como lo acabamos de enunciar, es criterio unánimemente sancionado el de considerar como fuerza mayor liberatoria solamente aquella que por su manifestación objetiva se presente totalmente desunida del trabajo. El mismo Sachet, de quien tomamos prestados los ejemplos de fuerza mayor, al inicio citados, guarda alguna reserva en su manifestación advirtiendo que no siempre esos ejemplos constituyen eximentes, pues el ejercicio de un determinado trabajo puede que tenga por efecto agravar, para los obreros en él ocupados, el peligro que esos sucesos hacen correr normalmente, hipótesis en la cual, manifiesta, el riesgo profesional se torna aplicable; idea, que por lo demás, ha sido reiteradamente aceptada por los tribunales franceses.

I.—c) LA GUERRA COMO FUERZA MAYOR EXIMENTE. En lo que atañe a la guerra veníasela tradicionalmente considerando, con sustento más civil que laboral, como caso típico de fuerza mayor que en todo caso creaba a favor del empleador la excluyente de responsabilidad; mas este clásico concepto se ha visto conmovido en sus bases por la moderna caracterización que el Derecho del Trabajo da, en materia de riesgos profesionales, a la fuerza mayor; tan es así que, por un lado la doctrina ha levantado su voz para que se proceda a revisar tan unitaria postura; y por otra parte, para que modernos ordenamientos positivos, como el belga y el chino, reglen los siniestros laborales de esta naturaleza con criterio sensiblemente distinto a lo que parecía tener cimiento inconmovible en la dogmática jurídica.

La necesidad de revisar teórica y legislativamente este caso particular de fuerza mayor, la hace descansar Hernáinz Márquez en dos razones principales: "Es la primera, la distinta manera de producirse actualmente las guerras, en relación a como antes generalmente se daban. Así como en el pasado tenían lugar en el espacio más o menos reducido de los campos de batalla, y afectando casi exclusivamente a los que tomaban parte activa en las mismas como guerreros, en la actualidad, con el empleo de nuevos métodos de combate, preferentemente la artillería a gran distancia y la aviación, con la existencia de grandes industrias bélicos diseminadas en todo el territorio de los beligerantes, con las acciones

(7) Ejecutoria del 26 de abril de 1946. Citada por De la Cueva: "Derecho Mexicano del Trabajo" T. II pág. 104.

(8) Entre otros: Rubén Mera Manzano: "Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales", pág. 61; Mario de la Cueva: opus. cit. T. II págs. 104 - 108 y 109; Miguel Hernáinz Márquez: "Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales", págs. 107 y s. s.; Roberto Pérez Paton: "Derecho Social y Legislación del Trabajo", págs. 553 y 554; Alejandro Gallart Folch: "Derecho Español del Trabajo", pág. 289; Juan D. Pozzo: "Derecho del Trabajo", T. III págs. 262 y s. s.

BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA



aéreas de represalia, de intimidación, sobre nudos de comunicaciones, etc., hacen que la guerra, modernamente entendida, sea, más que una lucha entre ejércitos, una batalla entre pueblos. De aquí la mayor extensión de posibles accidentes motivados por el empleo de medios de ataque y de defensa".

La segunda razón la constituyen "los reiterados años de lucha mundial en que, por desgracia, nos vemos sumidos, y ante la repetición frecuente de hechos, surge la necesidad de considerar jurídicamente las consecuencias que de ellos se derivan, y que, naturalmente, al haberse modificado los puntos básicos de los que se venía partiendo, nada tiene de extraño que las consecuencias sufran alteración" (9).

El mismo autor, siguiendo la tendencia del Tribunal Supremo de su país, ha elaborado una distinción doctrinal y práctica (10) que, aparte de ser novedosa, tiene la virtud de ajustarse en su totalidad al genuino carácter de la fuerza mayor en esta materia. Nos habla de una hipótesis excepcional en la que la guerra no tiene la condición de fuerza mayor: "Se encuentra constituida por aquellas industrias o trabajos que afectan a una fase del proceso productivo en íntima conexión con la defensa nacional. O dicho de otro modo, a las explotaciones o servicios cuyo ataque bélico por el enemigo pueda ser considerado, no como un objetivo de terror, castigo o intimidación, sino como la consecución normal de los usuales y adecuados métodos guerreros. En este caso se encuentran los obreros que, durante la campaña, trabajen en fábricas de municiones, de armamento, en depósitos de combustible, en la construcción de fortificaciones, etc." Luego, la hipótesis, que "comprende la generalidad de los locales y funciones que no estén afectos a la excepción que luego hemos de señalar (ya indicada por nosotros). Para ellas, entendemos debe continuarse manteniendo, en toda su pureza e integridad, la postura de considerar la guerra como un caso típico de fuerza mayor". (11).

De los conceptos precedentes se infiere claramente que Hernáinz Márquez, al formular su teoría en lo que respecta a la guerra, no hace otra cosa que aplicar las ideas reseñadas en páginas anteriores en el sentido de que la fuerza mayor debe ser extraña y sin relación alguna con el trabajo; posición, que, como lo demostraremos en líneas sucesivas, es la que mejor se acomoda a nuestra realidad jurídica no obstante el adverso criterio judicial.

De todo lo anterior, despréndese la inconsistencia de la doctrina en que Casación pretende apoyar su tesis; en el instituto jurídico de los riesgos profesionales la fuerza mayor por sí sola no extingue la responsabilidad del empleador, es menester, además, como lo hemos repetido insistentemente, que de su desencadenamiento aparezca una absoluta

(9) Opus cit. pág. 131.
(10) Con la que participa G. Cabanellas, opus. cit. T. IV, págs. 211 y s. s.
(11) Opus. cit. pág. 133.

separación con las labores. No puede negarse que los ciclones y las tempestades son hechos constitutivos de fuerza mayor, pero, resulta insostenible, a la luz de los buenos principios, atribuirles el carácter de eximentes en cierto género de ocupaciones, como en la marina o en el trabajo de mar, tareas en las cuales esos sucesos se presentan agravando los riesgos corrientes a que están expuestos los trabajadores.

La misma observación cabe hacer en el caso de guerra; reconocemos que una vez desatada se mantiene gravitando entre los beligerantes de manera inevitable; admitimos, asimismo, que para la generalidad de los trabajos será extraña y posiblemente con muchos no tenga relación, mas, esto no debe conducir por el sendero equívoco de cerrar los ojos a las circunstancias rechazando toda idea de examen en la situación concreta, como a nuestro entender, se hizo en el caso que comentamos. La guerra, como bien lo anota el preclaro tratadista hispano, agrava los riesgos de ciertas actividades y los accidentes que en éstas ocurran, con motivo de los actos bélicos, en buena lógica son profesionales y legalmente indemnizables; concretamente, en nuestro derecho positivo, porque a más de reunir los elementos que exige la definición del artículo 203 del Código de la materia, la exención de responsabilidad no opera, de acuerdo con las previsiones del 210 ibídem. Sin embargo, la Sala, no aceptó este universal distingo, y así, erradamente, usando el mismo criterio con que resolvía las reclamaciones *civiles* contra el Estado por los sucesos del 55 —arguyendo la existencia de fuerza mayor (12)— logra terminar con las justas y merecidas aspiraciones de los Guardias Civiles, o en su caso, con las de sus derechohabientes, que tendían a obtener la reparación respectiva por los accidentes de trabajo sufridos.

Casación no prestó importancia al agregado de este último texto legal, que, como dijimos, proviene de la legislación chilena, y no se tomó la molestia de examinar si, los riesgos ordinarios de la Guardia Civil, en algún aspecto se ven agravados ante la eventualidad de una lucha armada; igualmente desestimó la idea de una posible conexión entre la guerra y el ejercicio de tales cargos, todo lo cual la llevó a dictar un fallo, en esencia, desacertado.

En idéntica plataforma lógico-jurídica se encuentra la Guardia Civil en caso de guerra, que los marinos de una empresa pesquera frente a una tempestad, o que el trabajador, para tomar el ejemplo de Gaete Berríos y Figueroa, que labora en una zona afecta a la caída frecuente de rayos.

En tanto no varíe el régimen jurídico vigente, la posibilidad de un suceso de esta clase, se mantiene en estrecha relación con las funciones de la Guardia Civil, aunque no lo estime así nuestro Alto Tribunal. La Constitución Política misma es muy clara al respecto, pues dispone, en su artículo 12, que "para la vigilancia y conservación del orden público,

(12) Entre las más recientes sentencias puede verse la Nº 22 – 16.30 hs. 29/II/1957.

habrá las fuerzas de policía necesarias". No se explica entonces, cómo, ante una norma de nuestro máximo estatuto, Casación afirme que los actos bélicos de 1955 no estuvieron relacionados con el trabajo de este cuerpo policial; semejante manera de pensar es contraria a los principios del buen interpretar; es errado sostener, que la Guardia Civil, al empuñar las armas y al aprestarse a defender la soberanía nacional y la organización institucional del país, no lo hace en el ejercicio de los deberes que le señala el precitado artículo 12. Las fuerzas de policía son las encargadas de velar por la seguridad tanto interna como externa de la República, y, precisamente, por los peligros que entraña para ellas el mantenimiento de estas seguridades, es por lo que el legislador, no sólo presumiendo sino tomando muy en cuenta las posibles consecuencias de tan riesgosas obligaciones, ha ordenado su aseguro obligatorio contra riesgos profesionales en el artículo 251, inciso j), del propio Código, precepto que, por lo demás, y aunque está vigente, ni el Estado lo cumple ni Casación lo respalda.

II.—Otro de los argumentos usados por la Sala de Casación para liberar al Estado de responsabilidad, fue el de afirmar que el Guardia Civil, como cualquier otro funcionario del Gobierno, al empuñar el arma, o al ser llamado a ese servicio en caso de guerra, no obedece a una relación laboral con el Estado, sino a un deber de ciudadanía que le obliga hasta ofrendar su vida en defensa de éste y sus Instituciones.

Las ideas anteriores, cuidadosamente escritas en el considerando II, no encierran un concepto de fondo definido ni concretan principio alguno de auténtico valor legal.

En el campo del Derecho Administrativo y en el de Trabajo, se ha intentado explicar, con mayor o menor acierto y con distintas posiciones doctrinarias, la naturaleza jurídica de la relación que vincula al Estado con sus servidores. No trataremos de traer aquí esas teorías pues ello excede de los propósitos de este trabajo; simplemente nos concretaremos a examinar la naturaleza de esa relación en lo que respecta a la Guardia Civil, tomando como punto exclusivo de referencia el texto positivo, destinado, en definitiva, a prevalecer aun ante la mejor opinión técnica adversa.

La Guardia Civil, según el artículo 579 del Código de Trabajo y su correspondiente reglamentación —Decreto Ejecutivo Nº 8 de 11 de agosto de 1952— está excluída, en principio, de la protección que otorga la legislación social y ha de regirse por las leyes, decretos o acuerdos que se dicten con tal objeto. Decimos en principio, porque de acuerdo con las mismas disposiciones, mientras no se promulguen esas leyes, decretos o acuerdos especiales que regulen su situación, estarán amparados por el Código de Trabajo, en lo que a juicio del Poder Ejecutivo, o en su caso, de los Tribunales competentes, sea compatible con la seguridad del Estado y la naturaleza de su puesto y siempre que concurran en la

situación concreta los elementos configurativos del contrato de trabajo y se dé una verdadera relación obrero patronal.

Como hasta la fecha no se ha dictado ese estatuto que de manera integral defina legalmente la posición de estos servidores frente al Estado, las autoridades administrativas y judiciales, incluso Casación, ajustándose a la letra y al espíritu de la ley y reconociendo de previo la existencia de una relación laboral, ya que así lo exige el artículo 2 del nombrado decreto, han declarado a favor de estos trabajadores una serie de beneficios laborales como el preaviso, auxilio de cesantía, vacaciones y otros que, como los anteriores, no son contrarios a la seguridad estatal ni incompatibles con la condición del cargo. Mas Casación, desconociendo su jurisprudencia y ejercitando facultades que no le han sido conferidas por la ley, declara que la Guardia Civil, cuando va a la guerra, no lo hace por obligación de trabajo sino por deber ciudadano, como si la relación de trabajo (que efectivamente existe entre el Estado y la Guardia Civil, según la doctrina sancionada por los tribunales, las normas citadas y los artículos 2, 4 y 18 del Código de la materia) o sus efectos jurídicos, fuesen de carácter intermitente que ante ciertas situaciones de hecho pueden dejar de serlo para adquirir naturaleza distinta a la laboral; la relación de trabajo y sus efectos terminan, se suspenden o se modifican en la forma y condiciones determinadas por el Código, pero no conocemos, no creemos que exista en legislación alguna, regla que autorice cambios automáticos, como al que alude Casación, en que la relación laboral y sus efectos dejan de serlo para convertirse en cosa distinta precisamente en el instante mismo en que se están prestando los servicios y cumpliendo los deberes que de ellos se desprenden; la relación de trabajo no es cambiante ante estímulos o causas extrañas a la ley o a la voluntad de las partes (esta última en la medida que tuviere validez); admitir lo contrario significa entronizar la confusión y la inseguridad en el vínculo obrero patronal y permitir que los tribunales abandonen las reglas concretas que la ley y la teoría señalan para resolver.

No atinamos a comprender cómo para Casación es trabajador el Guardia Civil que vigila y mantiene el orden interno, para usar sus ejemplos: cuando interviene en una riña para evitarla, cuando persigue a un delincuente o cuando cumple comisión parecida, y no lo es cuando se apronta a mantener la paz externa. En qué queda entonces el artículo 12 de la Carta Magna. Será que Casación estima que el orden público sólo puede alterarse por movimientos surgidos dentro de las fronteras y que las acciones provenientes del extranjero no representan ese peligro?

No es un deber de ciudadanía el que impulsa a la Guardia Civil a defender el suelo patrio, sino un deber derivado de su condición de tal, un deber que dimana de la Carta Magna que la considera como una fuerza de policía cuya principal atribución consiste en mantener el orden público

nacional. Con esto no queremos afirmar que la Guardia Civil sea incapaz de sentir el ultraje y la humillación que significa una agresión extranjera, ni queremos expresar que sus integrantes están desprovistos de todo sentimiento patriótico. El Guardia Civil como cualquier buen costarricense puede y debe sentir el deseo de defender a su país en una emergencia de esta índole; lo que no aceptamos del criterio de Casación, es que se estime el deber ciudadano como presupuesto esencial, desconociendo valor a la relación jurídica previa que une al Guardia Civil con el Estado y que se generalice al extremo de situarlo en el mismo nivel que a "cualquier funcionario del Gobierno".

"Cualquier funcionario del Gobierno" no comprendido por el régimen militar al igual que los simples particulares que voluntariamente asistan al campo de batalla, lo hacen por convicción sincera, por principios morales o éticos, por un "deber de ciudadanía", en fin, por uno o muy variados motivos, pero no porque se sientan obligados por un deber impuesto por una relación jurídica anterior, como los Guardias Civiles. Tan es así, que para aquéllos, particular o no en la lucha, es cuestión que deciden libremente, en cambio para éstos el problema es obviamente opuesto; "cualquier funcionario del Gobierno" puede negarse a tomar las armas en estas emergencias, a menos que se imponga el servicio militar obligatorio; para un Guardia Civil la situación es muy distinta, su negativa, en el campo laboral, da margen para su destitución justificada sin derecho a prestaciones legales. Si fuese un simple deber de ciudadanía, la negativa del Guardia Civil no podría sancionarse laboralmente. Se atrevería entonces Casación, llegado el caso, a condenar el Estado al pago de preaviso y cesantía por un despido que tenga por causa la rebeldía del Guardia Civil de asistir al frente de batalla? Deja entrever el fallo en comentario que ese sería su criterio.

AED ASOCIACION DE ESTUDIANTES DE DERECHO UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

# NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION PUBLICA

Lic. JORGE OBANDO VEGA

---

Tesis de Graduación para optar al Título de Licenciado en Leyes

---

ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE COSTA RICA

AÑO 1957

# I N D I C E

## CAPITULO PRIMERO

*Derecho al Desempeño de la Función Pública*

1.—Bosquejo Histórico.
2.—Derecho del Ciudadano.
3.—Limitaciones a este Derecho:
a) La Nacionalidad.
b) Las Ideas Políticas.
c) La Religión.
d) La Edad
e) El Sexo.
f) La Inhabilitación: Judicial y Administrativa.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

## CAPITULO SEGUNDO

*Por medio de quiénes actúa el Estado*

1.—El Organo Administrativo: Realizador de la Voluntad del Estado.
2.—El Titular del Organo Administrativo.
3.—Relación entre el Organo Administrativo y el Titular del mismo.
4.—Qué denominaciones ha recibido el Titular: funcionario, empleado, agente, gobernante, autoridad, servidor público, etc.
5.—Criterio que usa para diferenciar al "Funcionario" del "Empleado" la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica.
6.—Nuestro Derecho Positivo.
7.—Nuestra Posición.

## CAPITULO TERCERO

*Naturaleza Jurídica de la Función Pública*

1.—Esfera jurídica en la que debe colocarse esta relación: Derecho Privado, Derecho Público.
2.—Teorías de Derecho Privado:
a) Asimilación a las Instituciones del Derecho Civil.
b) Contrato de Arrendamiento de Servicios.
c) Contrato de Mandato.
d) Contrato de Adhesión.
3.—Teorías de Derecho Público:
a) Teoría Unilateral.
b) Teoría Contractual.
c) Teoría Estatutaria.
Acto Unión o Acto Condición.
Acto Admisión.

## CAPITULO CUARTO

*Naturaleza Jurídica de la Función Pública (Continuación)*

1.—Doctrina del Contrato de Trabajo.
2.—Objeciones a esta Doctrina:
   a) El Salario.
   b) En cuanto a las causas que dan lugar al rompimiento del contrato de trabajo.
3.—Esta relación en nuestro Código de Trabajo.
4.—A quienes no se considera trabajadores del Estado.
5.—Servidores que no se consideran incluídos en el Estatuto de Servicio Civil.
6.—Nuestra Posición.

## ANEXOS

Diferencias fundamentales entre las relaciones laborales de la empresa privada y la Administración Pública.
Bibliografía.

CAPITULO PRIMERO

# DERECHO AL DESEMPEÑO DE LA FUNCION PUBLICA

1º)—*Bosquejo Histórico.*—

Los tratadistas no han dado al estudio del desarrollo histórico del derecho a ocupar cargos públicos la importancia que realmente tiene en el campo de la doctrina general. Y es de lamentar que así haya ocurrido por cuanto a falta de estudios concienzudos sobre esta materia, han quedado sin explicar algunas de las más importantes instituciones del Derecho Administrativo, entre las cuales contamos la institución del Servicio Civil.

Sin embargo, bien puede decirse que antiguamente los servidores del Estado no tenían conciencia exacta de lo que representaba el ejercicio de la función pública, tanto que algunos "o no sabían que lo eran o tenían una idea muy vaga al respecto. Los de las categorías máximas, por ejemplo, (emperador, rey, nobleza, etc.), se consideraban a sí mismos como dueños de la cosa pública por derecho divino y por nacimiento y los de las categorías inferiores se consideraban unidos a los de arriba, por un lazo de lealtad personal en su calidad de vasallos del emperador, cortesanos del rey, feudatarios del duque, conde, etc." (1).

Muchas fueron las luchas que sostuvieron los pueblos del Viejo Mundo para obtener el reconocimiento del derecho a ocupar los cargos públicos. El antiguo régimen, según el cual el monarca era dueño de la cosa pública, y el señor feudal, amo de vidas y haciendas, traían como consecuencia que los puestos públicos fueran conferidos a los individuos más allegados a la Corona, haciendo caso omiso de las cualidades personales de los mismos. Toda la vida del Estado antiguo estuvo influída por la

(1) "Nociones Fundamentales de Relaciones Públicas". Mario García Arocha y Eric Carison. Material de Trabajo de la Escuela Superior de Administración Pública de América Central y de los Cursos de Administración Pública del Servicio Civil. Editado por la ESAPAC. 1956, p. 371.

imposición, prepotencia y absolutismo de los reyes; éstos eran quienes disponían de la hacienda pública, ocupando sus cargos por derecho divino o por el vínculo de la sangre.

No debemos olvidar que en las primeras etapas de la evolución de la humanidad, en las épocas en que el Estado empezaba a consolidarse en las sociedades, el acceso a los cargos públicos devenía de las conquistas y fama obtenidas en las guerras, o de la posición religiosa que ocupara el individuo en los estratos sociales. El guerrero, el sacerdote, eran así los que tenían en sus manos ese derecho y con éste la facultad de distribuir, de nombrar a su antojo a las personas que debían desempeñar puestos públicos. El siervo, el extranjero, el sectario religioso distinto, no tenían derecho a ello. Estos eran reservados a la nobleza, a los ciudadanos ilustres, a los que más cerca estuvieran de los "propietarios" del Gobierno.

Gracias a la Revolución Francesa, que acabó, con el absolutismo de los reyes y con toda la serie de instituciones medioevales que limitaban los derechos de los ciudadanos, pudo lograrse, a medias, que la mayoría tuviera derecho a aspirar a ocupar los cargos públicos, sin más limitaciones que las impuestas por las leyes y las provenientes de su misma preparación y aptitudes. El avance del régimen democrático vino a consagrar definitivamente el derecho a la función pública, hasta el punto de llegar a ser consagrado en las constituciones de algunos pueblos como un indiscutible derecho del ciudadano.

2º)—*Derecho del Ciudadano.*—

No siempre se reconoció a las personas el derecho a ocupar los cargos públicos. Y cuando se les reconoció, no fue todo lo amplio que era de esperar.

3º)—*Limitaciones a este derecho.*—

El derecho a desempeñar funciones o cargos públicos, encuentra, sin embargo, algunas limitaciones, derivadas de las leyes que se fundan en sentimientos nacionalistas, políticos, religiosos, o bien en motivos propios de las personas con derecho a ocuparlos. Se cuentan entre tales limitaciones:

a) *La Nacionalidad.*—

Ha sido quizá la más antigua e importante limitación al derecho a ejercer la función pública. Desde épocas pasadas, al extranjero no se le reconocían nada más que unos cuantos derechos, especialmente de carácter civil, por lo que se les despojaba completamente de la facultad de ocupar cargos públicos, fundamentándose para ello, en que por seguridad del mismo Estado y para favorecer a los nacionales del mismo, sólo podían ser ocupados por éstos.

Es la nacionalidad un vínculo moral que une al individuo con el Estado. En tal virtud, es el único que puede estar íntimamente ligado a la sociedad, pues en ella tiene sus afectos, dentro de ella satisface sus necesidades y desarrolla normalmente su actividad; es el único a quien puede interesar más intensamente el bienestar social y el avance de las instituciones. Al extranjero, aun cuando viva durante años en el país, no pueden interesarle los negocios públicos de la misma manera que le pueden interesar al nacional del país.

En Costa Rica ha sido tendencia de los legisladores limitar ese derecho exclusivamente para los costarricenses. Del estudio comparado de las Constituciones de los años 1871 y 1949, sacamos en conclusión que a los extranjeros únicamente se les reconocía, en la primera, el derecho a ejercer libremente su culto, testar y casarse con arreglo a las leyes, pudiendo también adquirir, poseer y enajenar bienes raíces, navegar ríos y costas y ejercer su industria y comercio conforme a las normas y con las limitaciones que fijen la ley y los tratados internacionales. No se reconocía a los extranjeros el derecho a tener acceso a los cargos públicos (Artículo 12 de la Constitución Política de 1871). La Carta Magna actual sostiene un criterio más amplio de este aspecto, aunque no deja de fijar, por eso, algunas limitaciones para los extranjeros. El artículo 19 consigna, por ejemplo, que éstos tienen los mismos deberes y derechos individuales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. Es la Ley de Extranjería y Naturalización la que viene a establecer concretamente la limitación que comentamos. En efecto, el artículo 21, al desarrollar los preceptos constitucionales, señala: "Por no gozar los extranjeros de los derechos políticos no podrán votar ni ser elegidos para cargo alguno de elección popular, ni ser nombrados para cualquier otro empleo o comisión que otorgue autoridad o jurisdicción civil o política, ni asociarse para intervenir en la política militante de la República, ni tomar parte alguna en ella, ni ejercer el derecho de petición en esta clase de actividades". El artículo transcrito es claro e inmediatamente nos hace ver la desigual situación en que se encuentra el extranjero en relación con el costarricense respecto a esta clase de derechos.

Pero no sólo esta limitación contempla la ley; también se encuentran otras en cuerpos de leyes diferentes: el inciso a) del artículo 9º del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil expresa, en cuanto a los requisitos necesarios para ingresar al Servicio Civil: "Ser costarricense, salvo que por razones técnicas, por falta de candidatos idóneos o por las razones previstas en el artículo 13, párrafo segundo, del Código de Trabajo, la Dirección General, de común acuerdo con el Ministro de la Dependencia en donde ocurra la vacante, resuelva dispensar de este requisito". Este artículo es claro: sólo por razones técnicas muy calificadas, por falta de candidatos idóneos, o por tratarse de inmigraciones autorizadas y controladas por el Poder Ejecutivo, o de persona contratada por el mismo y que ingrese al país para trabajar en instituciones de beneficencia.

educación u otras de indudable interés social, puede dispensarse el requisito de ser costarricense para poder ingresar al Servicio Civil. Estas dispensas son excepcionales y tienen como mira solventar situaciones extraordinarias que de momento no pueden resolverse, sea por no haber medios suficientes para atenderlas, sea porque hay situaciones que respetar a las que el Poder Ejecutivo se ha obligado o ha autorizado.

Hay también ciertos cargos a los que la ley señala la calidad de ser costarricense como requisito indispensable para optar a ellos: vemos, por ejemplo, el artículo 108 de la Constitución Política, que la exige para ser diputado; el artículo 131, inciso 1º, para ser Presidente o Vicepresidente de la República; en este caso la limitación es más estricta, pues no puede aspirar a esos cargos el costarricense por naturalización, sea cualquiera el tiempo que tenga de residir en nuestra tierra. El artículo 142, que señala para ser Ministro: "a) Ser costarricense por nacimiento o por naturalización con diez años de residencia en el país después de haber obtenido la nacionalidad". En este especto exige el mismo requisito para ser diputado. El artículo 159, que para ser Magistrado requiere "Ser costarricense por nacimiento o por naturalización con domicilio en el país no menor de diez años después de obtenida la carta respectiva. Sin embargo, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia deberá ser costarricense de nacimiento". En estos casos, el de puestos de la Corte Suprema de Justicia, vemos dos limitaciones bien definidas: para ser magistrado y para ser Presidente de la Corte; en el primer caso, puede serlo aún el costarricense por naturalización con domicilio en el país por lo menos de diez años después de haber obtenido la carta respectiva, y en el segundo, que sólo pueda serlo el costarricense por nacimiento. Igual requisito se exige para ser Magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones, pues el artículo 180 de nuestra Carta Política indica que deben reunir "iguales condiciones exigidas para serlo de dicha Corte".

Para otros cargos públicos, como es el de Director General del Servicio Civil, se exige también en el inciso a) del artículo 8º del correspondiente Estatuto, "Ser costarricense, mayor de treinta años y ciudadano en ejercicio". Esa misma calidad requieren los miembros del Tribunal de Servicio Civil, al disponer el párrafo segundo del artículo 10 del Estatuto mencionado que "Para ser miembro del Tribunal de Servicio Civil se requiere reunir los mismos requisitos que para ser Director General".

El inciso b) del artículo 65 de la Ley de Administración Financiera de la República indica como uno de los requisitos indispensables para ser Jefe de la Oficina de Presupuesto "ser costarricense por nacimiento o por naturalización con diez años de residencia en el país después de haber obtenido la nacionalidad".

Y así como éstas, hay en nuestras leyes disposiciones semejantes, que sería largo enumerar, a través de las cuales se deja ver el propósito de nuestro legislador de reservar ciertos cargos exclusivamente a los costarricenses.

NO SALE



b) *Las Ideas Políticas.*—

Modernamente, y debido a la lucha que han sostenido las dos principales tendencias en el campo de las ideas políticas: Democracia y Comunismo, han surgido otras limitaciones respecto al derecho a ejercer los cargos públicos, y así, casi por un sentimiento autodefensivo, los Estados han dictado algunas medidas para evitar que individuos que profesan credos políticos opuestos o peligrosos para la existencia misma del Estado, puedan ocupar cargos públicos. Esta nueva limitación al derecho de que se habla se ha hecho más fuerte en los últimos años, quizá desde fines de la Segunda Guerra Mundial, hasta el punto de que en la actualidad hay algunas Constituciones que contemplan expresamente la prohibición de que puedan ocupar esos cargos personas que profesen credos políticos distintos al democrático. Nuestra Carta Magna, por ejemplo, señala en el artículo 1º que "Costa Rica es una República democrática, libre e independiente", en tanto que el artículo 11 agrega: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. DEBEN PRESTAR JURAMENTO DE OBSERVAR Y CUMPLIR ESTA CONSTITUCION Y LAS LEYES..."; de manera que todo funcionario o empleado público debe observar y respetar el precepto constitucional de que Costa Rica "es una República democrática". Por otra parte el inciso b) del artículo 20 del Estatuto de Servicio Civil consagra, como requisito esencial para ingresar al régimen de Servicio Civil, "Firmar una declaración jurada de adhesión al régimen democrático que establece la Constitución Política de la República."

Este principio, tan sabiamente concebido, nos obliga a rechazar todo aquello que implique perjuicio o pretenda menoscabar el sistema de vida política que tradicionalmente hemos seguido, y a defender nuestras instituciones de ideas políticas que por sus medios de acción y conexiones internacionales, puedan poner en peligro nuestras libertades y la estabilidad de nuestro sistema de Gobierno.

Bien vale la pena reseñar aquí lo que respecto a las ideas políticas, como medio de discriminación para no reconocer el derecho al acceso a los cargos públicos a ciertos individuos, ha expuesto el ilustre tratadista Angel Ossorio y Gallardo: "Otro tanto digo respecto a las ideas políticas. También se afirma que no hay que tomarlas en cuenta para la provisión de los destinos. Esto es absolutamente lógico en cuanto a todas las ideas que se mantengan dentro del régimen establecido, pero enteramente inadmisible respecto a las que estén contra él. Ya he tratado la cuestión en otro lugar y aquí no habrá de hacer sino insistir en la materia. Si la Argentina es una república democrática, puede comprenderse que se llenen las oficinas públicas de enemigos de la democracia y de la república y que el ejército, la marina, la justicia, la enseñanza, la policía, las obras públicas, la agricultura, las comunicaciones, estén invadidas por un personal monárquico o totalitario fascista o nazi, falangista o comunista? No creo que quepa en una cabeza medianamente organizada una solución

semejante, por la cual el Estado sufragaría su propia destrucción". (2).

Es conveniente hacer notar, como lo dejara entrever el ilustre tratadista citado, que no todas las ideas políticas pueden servir de base para negar el libre acceso a la función pública; únicamente debe atenderse a aquellas que estén contra las ideas políticas imperantes o que estén en abierta contradicción con los principios que fundamentan la organización social o política del país, pues bien puede suceder que algunas de esas ideas puedan coexistir. Pero mientras no suceda esto, la limitación está bien fundada y debe ser respetada por aquellos que tienen en sus manos la provisión de "los destinos", como dice Ossorio y Gallardo.

c) *La Religión.*—

La religión, como factor limitativo del derecho a ejercer puestos en la Administración Pública, tiene menos importancia que los anteriores y las razones que podemos apuntar respecto a aquélla son similares a las que referimos en relación con las ideas políticas.

En realidad su importancia es muy relativa como factor de discriminación por cuanto las actividades de sus representantes se reducen principalmente al aspecto espiritual o moral del individuo. Y si bien es cierto que en algunos casos han ejercido cierta influencia en el régimen de Gobierno de los pueblos, éste no ha sido precisamente en cuanto a la provisión de los puestos públicos, sino con miras de otra especie. Sin embargo, es de hacer notar que hay en los gobiernos ciertos cargos que son exclusivos de ciertos sacerdotes, mas esto no implica que se les vaya a negar el derecho de ocupar otros de diversa índole, por ejemplo, para ocupar los puestos de microbiólogos, agrónomos, etc. No sería posible proceder de este modo puesto que no existe prohibición expresa en este sentido y porque implicaría una violación grave a las disposiciones mismas de la Carta Magna.

A pesar de lo dicho, hay en la Administración ciertos cargos que no pueden ser desempeñados sino únicamente por individuos pertenecientes al estado seglar: nuestra Constitución Política, por ejemplo, dispone en el inciso 2) del artículo 131, que para ser Presidente o Vicepresidente se requiere ser del estado seglar. El artículo 142, inciso 3), exige también esa calidad para ser Ministro de Gobierno; el inciso 3) del artículo 159, para serlo como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y el artículo 100, para ser Magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones.

Se ha dicho que por ser el término "seglar" propio del léxico religioso católico, se presenta la duda de si los miembros de otras religiones pueden llegar a desempeñar tales cargos. Pienso que en este aspecto nuestro legislador quiso darle al término "seglar" el sentido más amplio posible y que en tal virtud no pueden entrar a ocupar esos cargos aquellos que revistan la calidad de sacerdotes de otras religiones que

(2) "Los Derechos del Hombre, del Ciudadano y del Estado", pág. 170. Editorial Claridad, primera edición, julio de 1946.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA



no sea la católica, apostólica y romana. Y así debe ser en realidad porque creo que la mente del legislador ha sido buscar la mayor independencia de criterio en las personas que lleguen a ocuparlos, que no se encuentren ligados por votos o vínculos de ninguna especie con organizaciones religiosas de cualquier índole y que puedan obligarlo o inducirlo a anteponer los intereses de su organización religiosa a los propios del país, al que debe servir. Sostener lo contrario sería peligroso y debe ser evitado. Estimo que tanto el Presidente de la República, como el Vicepresidente, los Magistrados, sean de la Corte Suprema de Justicia o del Tribunal Supremo de Elecciones, deben conservar la mayor amplitud de criterio, la mayor libertad en el ejercicio de sus funciones, sin más limitaciones que las que sus propios destinos les impongan.

Estas consideraciones, sin embargo, sufren un debilitamiento sensible tratándose de los cargos de diputado de la Asamblea Legislativa, lo cual, antes de causar perjuicios más bien trae beneficios, pues en realidad el diputado llega a formar parte de un cuerpo colegiado, muy heterogéneo, al que llegan personas de toda clase de ideas y creencias; de este modo puede llegar a compensarse, mediante el debate correspondiente de los asuntos públicos, el interés que puedan tener los representantes del pueblo no pertenecientes al estado seglar en los asuntos que de una manera u otra tiendan a favorecer a sus respectivas religiones. Además, creo que a las Asambleas Legislativas o a los Congresos deben llegar individuos que se dediquen a toda clase de actividades porque de esta manera puede legislar con mayor propiedad sobre los múltiples aspectos que desarrolla el Estado moderno.

Acerca de la religión como medida discriminatoria para llegar a ocupar los cargos públicos, Angel Ossorio y Gallardo ha dicho: "El "Estado anuncia a la juventud de su país: "voy a enseñar a ustedes la existencia y las cualidades de Dios". y para hacerlo confía el encargo a un hombre que niega su realidad. Todo el mundo comprenderá que tal contradicción entre el anuncio y la conducta no se puede sostener. La religión no tendrá nada que ver para ser ingeniero de obras públicas o contador de una oficina. Mas para desempeñar cargos relativos al la religión misma, es indispensable poseerla y la equiparación entre los que la crean y los que no la crean, sería un completo desatino. Véase por dónde el criterio religioso puede ser motivo de ineludible discriminación". (3)

d) *La Edad.—*

La edad, como factor que limita el derecho a desempeñar cargos públicos reviste cierta importancia; no es un factor decisivo, pero sí debe ser tomado en cuenta.

En realidad, volviendo otra vez a lo que acerca de los cargos de

(3) Op. cit. pág. 169.

Presidente, Vicepresidente, Diputado, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o del Tribunal Supremo de Elecciones, expresa la Constitución Política, vemos que en cuanto a los primeros se exige ser mayor de treinta años (artículo 131, inciso 3); para Diputados, haber cumplido veintiún años de edad (artículo 108, inciso 3); para Magistrados, ser mayor de treinta y cinco años (artículo 159, inciso 5), y para otros cargos las leyes exigen ser mayor de treinta años, como lo indican los artículos 8, inciso a) y 10, párrafo segundo, del Estatuto de Servicio Civil, para los de Director General y miembro del Tribunal de esa materia.

Las mismas limitaciones que se dan en la empresa privada en relación con la edad de las personas que pueden ser contratadas como trabajadoras, se manifiestan también en la esfera de las relaciones laborales de la Administración Pública. En efecto, nuestro Estatuto de Servicio Civil consigna en el artículo 51 que los casos no previstos por el mismo, por su reglamento o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con el Código de Trabajo, la Ley de Seguro Social, los principios generales y leyes de derecho común, la equidad, la costumbre, y el uso locales. Como en el Estatuto no existen disposiciones relativas a la edad que se requiere para poder ingresar a los cargos públicos protegidos por el régimen de Servicio Civil, se hace necesario recurrir a las disposiciones del Código de Trabajo al examinar este aspecto del problema. Y ya sabemos que éste prohibe el trabajo de los menores de doce años y en general de aquellos comprendidos en la edad escolar que no hayan completado, o cuyo trabajo no les permita completar, la intrucción obligatoria (artículo 89, incisos c) y d) del Código citado), sentando también algunas reglas en cuanto al trabajo nocturno de los menores de dieciocho años y el diurno de los mismos en ciertos lugares en los que peligre su salud moral.

Pero dada la organización misma del trabajo en la Administración y los relevantes servicios que ésta debe prestar a la comunidad, muy pocos son los puestos que puedan ser ocupados por menores de edad; se encuentran, por ejemplo, algunas labores de secretariado, de mensajeros y carteros en los servicios de comunicaciones y labores de aseo y asistenciales en algunas oficinas públicas, es decir, se trata de puestos de inferior categoría en los que se exige no preparación intelectual ni desarrollo físico, sino agilidad, rapidez, movimiento constante, que son característicos en los menores de edad.

e) *El Sexo.*—

De igual manera que la edad, es una causa limitativa de muy escaso valor. La experiencia nos ha enseñado que las mujeres en muchos casos desempeñan ciertos cargos públicos con mayor propiedad que los varones, pero que hay otros que parecen reservados exclusivamente a los individuos del sexo contrario, como son los de Presidente y Vicepresidente

de la República, Magistrados y los que se relacionan con las fuerzas públicas del país o los que requieren esfuerzo físico considerable. Sin embargo, opino que todos los cargos públicos, con muy ligeras excepciones, pueden ser desempeñados por mujeres, pero que mientras se mantenga el estado actual de cosas, tendrán que ver limitado ese derecho.

La eficiencia en la prestación de los servicios públicos requiere que sean desempeñados por los más capaces e idóneos, sin reparar en el sexo de la persona y en tal virtud, pueden las mujeres gozar plenamente de su derecho a participar en la función pública mediante la prestación personal de sus servicios, sin más limitaciones que las impuestas por la naturaleza del trabajo respectivo.

f) *La Inhabilitación Judicial y Administrativa.*—

La inhabilitación judicial es otra de las causas que producen limitación al derecho de ejercer los cargos públicos. Entiendo por inhabilitación judicial, para diferenciarla de la administrativa, aquella que es producto de sentencias dictadas por autoridades del orden judicial con base en disposiciones legales que les imponen esa obligación. Nuestro Código Penal, por ejemplo, en el artículo 53, inciso 3º, dispone la pena de interdicción de derechos, la cual comprende, según el artículo 67, la inhabilitación y la suspensión; la primera produce, de acuerdo con el artículo 68, la pérdida de todo empleo, oficio, función o servicios públicos conferidos por elección popular o por nombramiento de cualquiera de los Poderes del Estado o de los gobiernos locales o de las instituciones sometidas a la tutela del Estado o de los Municipios. Produce también incapacidad para obtener los cargos y empleos mencionados, durante el término de la condena. Ahora bien, esta pena de inhabilitación es obligatorio imponerla en sentencia cuando sea consecuencia necesaria de la pena de prisión que exceda de tres años. Si la pena de prisión aplicable no excediere de tres años, lo que procede aplicar no es inhabilitación sino suspensión para ejercer los cargos mencionados.

De manera que tanto la suspensión como la inhabilitación vienen a constituir una limitación para disfrutar de este derecho. Para hacerlas efectivas nuestra organización administrativa cuenta con el auxilio de dos oficinas dependientes del Poder Ejecutivo: EL REGISTRO JUDICIAL DE DELINCUENTES y los ARCHIVOS NACIONALES.

Debe tomarse en cuenta que la inhabilitación para ejercer los cargos públicos conferidos por nombramiento de cualquiera de los Poderes del Estado se reduce al término de la condena, sea que haya aplicado prisión directamente o que se haya procedido a su conversión legal en multa; de manera que finalizada ésta, puede el individuo tener derecho nuevamente a ocupar los cargos públicos, aunque entonces encontraría el obstáculo de que no tendría la aptitud moral satisfactoria a que alude el inciso c) del artículo 9º del REGLAMENTO DEL ESTATUTO DE

SERVICIO CIVIL, ni los antecedentes de buena conducta a que se refiere el inciso d) de ese mismo artículo.

En cuanto a la inhabilitación administrativa, entendiendo por tal aquella que es producto de sentencias o resoluciones dictadas por organismos dependientes del Poder Ejecutivo, como son el Tribunal de Servicio Civil y la Dirección General del mismo ramo, sus principios y limitaciones devienen de las normas legales que regulan la Administración del Personal de dicho Poder, sea el Estatuto de Servicio Civil, su Reglamento y sus leyes supletorias y conexas.

Esta inhabilitación, junto con la que hemos denominado Judicial, tiene por objeto lograr la mayor honradez en el ejercicio de los cargos públicos y el decoro en la Administración Pública, impidiendo el acceso a los mismos a aquellas personas que han cometido faltas que por su naturaleza y consecuencias puedan venir a perjudicar el buen nombre de las oficinas del Gobierno.

Según dispone el inciso d) del artículo 9º del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, es requisito para ingresar a dicho Servicio, aparte de lo que establece el Estatuto, "Acreditar antecedentes de buena conducta mediante certificado del Registro Judicial de Delincuentes y no haber sido destituído por infracción del Estatuto, del presente Reglamento o de los Reglamentos Interiores de Trabajo respectivos, en los tres años anteriores a la fecha del ingreso o en un plazo mayor, si la gravedad de la falta así lo amerita, a juicio de la Dirección General, de cuya resolución podrá apelar el interesado, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación, para ante el Tribunal. Sin embargo, se considerará inelegible, indefinidamente, el servidor que por segunda vez haya sido destituído de cualquiera de las dependencias del Estado con posterioridad a la fecha de vigencia del Estatuto". Transcrito así este inciso, se hace necesario examinar en él dos clases de inhabilitaciones:

a) La que es producto de la destitución del servidor por infracción del Estatuto de Servicio Civil, de su Reglamento o de los Reglamentos Interiores de Trabajo respectivos, en los tres años anteriores a la fecha del ingreso, o en un plazo mayor si a juicio de la Dirección General de la materia la gravedad de la falta así lo amerita; y

b) La que es producto de la inhabilitación que se origina cuando el servidor ha sido destituído por segunda vez de cualquiera de las dependencias del Estado con posterioridad a la fecha de vigencia del Estatuto, la cual es definitiva.

En realidad, el plazo de la inhabilitación señalado en el caso a) puede sufrir variaciones si en un caso dado la Dirección General de Servicio Civil estima que la gravedad de la falta cometida por el servidor ame-

rita un plazo mayor de inhabilitación; pero como la citada Dirección, en cuanto al ejercicio de esta facultad discrecional, no puede actuar sin ajustarse a la realidad y consecuencias posteriores del caso, el Reglamento viene entonces a limitar esa facultad concediendo al servidor contra quien se ha ejercitado, el derecho de recurrir ante el Tribunal de Servicio Civil en reclamo de sus derechos. La violación de los deberes del cargo o las prohibiciones que el Estatuto o el Reglamento de éste contienen en verdad hacen indispensable que los individuos que hayan cometido dichas faltas sean inhabilitados por un tiempo más o menos largo para que puedan volver a ejercer cargos públicos. El hecho de que un servidor sea destituído indica ya una situación de naturaleza grave a la que debe ponerse mucha atención, tanto porque de no ser así se estaría llenando a la Administración de elementos que no han querido cumplir con los deberes de sus cargos o que han actuado con manifiesta ignorancia de la ley, como porque aquélla debe ser decorosa en todo momento. Una Administración Pública servida por individuos irresponsables, que no han sabido cumplir conforme a sus deberes y la ley, puede convertirse en una Administración deshonesta, perjudicial más bien a los intereses de la colectividad.

Y si esto es así en cuanto a los que han sido destituídos por primera vez, con mayor razón ha de ser respecto a los que hemos señalado en el aparte b), sea aquellos que han sido destituídos por segunda vez de cualquiera de las dependencias del Estado. Está bien que la Ley y el Reglamento hayan establecido la inhabilitación indefinida para estos casos, pues sólo de este modo se pueden garantizar los principios morales que debe sustentar toda Administración Pública.

Cabe observar, sin embargo, que cuando se celebró en San José el PRIMER CONGRESO DE ADMINISTRACION PERSONAL, organizado por la Dirección General de Servicio Civil (del 22 al 27 de octubre de 1956), se hizo la observación de que la regla contenida en el inciso d) del artículo 9º precitado, y a la que nosotros nos referimos en el punto a), es demasiado drástica y contraria a principios constitucionales definitivos, pues la inhabilitación para ocupar los puestos públicos, se alegaba, no se origina en todos los casos de despido en faltas de la misma índole. Se agregó que si bien la Dirección General de Servicio Civil podía subir el lapso de la inhabilitación según la gravedad de la falta, tal cosa no implicaba liberar a esta regla de ser demasiado drástica, pues en realidad se iba a producir una situación antijurídica al darse el absurdo de que la inhabilitación viniera a cubrir toda la vida del exservidor, lo cual no sólo estaba en pugna con principios constitucionales reconocidos, sino también con los que sustentan la institución jurídica de la prescripción.

En vista de esta observación, que se había concretado ya en una ponencia, la Comisión de Normas y Procedimientos del mencionado Congreso la acogió en principio y a la vez recomendó fijar un límite mínimo de un año y uno máximo de veinticinco años, al cual debería

atenerse el Tribunal de Servicio Civil para fijar la inhabilitación definitiva del servidor despedido. El Congreso decidió no acoger la recomendación tal y como fue presentada por la Comisión, sino que acordó nombrar un Comité integrado por tres personas, con el objeto de que se encargaran de estudiar las reformas necesarias del inciso d) del artículo 9º tantas veces citado, en el sentido de señalar un máximo y un mínimo a la inhabilitación de los servidores públicos; es decir, se varió la recomendación dada por la Comisión de Normas y Procedimientos únicamente en cuanto a la fijación de los límites para la inhabilitación.

La ponencia me pareció atinada pues con ella se venía a poner orden en una materia que aparecía oscura a los ojos de todos, máxime si no cumplía el Reglamento con lo que disponía el artículo 43 del Estatuto en su párrafo segundo, de que la gravedad de las faltas las harían en detalle el Reglamento de esa Ley y los Reglamentos Interiores de Trabajo de los respectivos Ministerios.

Es de observar, en verdad, que la inhabilitación, tal y como aparece concebida en el artículo 9º, inciso d) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, no iba a tener término, lo cual no sólo chocaba con principios constitucionales, sino que implicaba un desconocimiento absoluto de las reglas de la prescripción de todas las medidas, sean o no de carácter administrativo. Si aún en materia penal se admite la prescripción de la sanción impuesta y aún para ejercer la acción penal, máxime su importancia y referencia a intereses de superior naturaleza como son la vida, la libertad o la honra de las personas, con mayor razón debiera admitirse en materia administrativa, tanto porque con un máximo de veinticinco años, más o menos, se lograba sancionar al servidor infractor, como porque se procedía con más justicia al valorar las faltas y su correspondiente inhabilitación en caso de que hubiera necesidad de despedirlo.

Debe agregarse que esta inhabilitación es una sana medida, pero que por eso no debe ser perpetua e indefinida; debe tener una límite, que es precisamente el que debe reconocerse en virtud de la naturaleza humana del servidor afectado. En este aspecto me parece muy atinado acoger la disposición de la ley penal, porque en realidad ésta contempla la posibilidad de que la sanción que impuso la inhabilitación para desempeñar puestos públicos prescriba en beneficio de la persona que la ha sufrido; así debiera ser también en materia administrativa, y más aún si se toma en cuenta que en ésta no están en juego, como lo dijimos, intereses supremos para el ser humano como son la vida, la libertad o la honra.

## CAPITULO SEGUNDO

## POR MEDIO DE QUIENES ACTUA EL ESTADO

Se ha dicho, entre otros por Gabino Fraga (4) que "el derecho administrativo no puede definirse tomando como base exclusiva la consideración formal o la coinsideración material de la Administración", que, por el contrario, "ambas consideraciones deben ser abarcadas por la definición de tal modo que, por una parte, incluya el régimen de organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo, y por la otra comprenda las normas que regulan la autoridad del Estado que se realiza en forma de función administrativa"; mas este régimen de organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo y estas normas que regulan la autoridad del Estado, no pueden ser comprendidos si no se recurre a los entes por medio de los cuales realiza éste sus fines. En efecto, toda la actividad del Estado se encuentra dirigida por ciertos entes, que tienen por objeto hacer efectiva su voluntad, sin los cuales no existiría, pues si se eliminaran "no nos queda el Estado como titular de ellos, sino que sólo nos resta, jurídicamente, la nada" (5). De ahí que, para conocer a fondo esta materia y llegar a comprender el objeto de esta tesis, sea necesario entrar al estudio de los entes por medio de los cuales el Estado hace efectiva su voluntad y puede cumplir los fines que su misma naturaleza le señala como representación de la máxima organización social.

1º) *El Organo Administrativo: Realizador de la Voluntad del Estado* —

Sostiene Jellinek (6): "De la propia naturaleza del Estado, esto es del hecho de tener el carácter de una asociación organizada, se sigue necesariamente la existencia de órganos del Estado. Un Estado sin órganos es una representación que no puede psicológicamente llegar a existir, es decir, equivale a anarquía, por lo cual resulta una contradictio in adjecto'.' De modo que, de acuerdo con lo expuesto por Jellinek el Estado necesita del concurso de los órganos para poder cumplir sus fines. Esta situación de complemento absoluto entre el Estado y el órgano, hace que sea éste el que venga a hacer patente la voluntad del Estado; si no existe aquél, el Estado no puede ejercer la representación de la colectividad en todos los órdenes de la actividad administrativa, y no la asume o adquiere sino por medio de órganos que vengan a definir su voluntad, su actividad.

Los autores modernos han considerado que el órgano es un ente complejo, en el cual no sólo debe verse a la persona física que lo representa y le da vida, manifestando su voluntad, sino que también debe con-

(4) "Derecho Administrativo". Quinta Edición. Editorial Porrua S. A. México, 1952, párrafo 69, páginas 108 y 109.
(5) "Teoría General del Estado". G. Jellinek. Editorial Albatros. Pág. 424.
(6) Op. cit. pág. 412.

siderarse como parte integrante de éste el conjunto de atribuciones y funciones que la ley le ha encomendado. Mas se preguntan los autores: ¿de dónde le viene la autoridad al órgano para cumplir su cometido? Se dice que toda la vida de la sociedad está regulada por infinidad de reglas que se imponen coactivamente a todos los asociados y que por eso, el nacimiento de un órgano ha debido ser producto de una disposición de derecho. En esto están contestes la mayoría de los tratadistas, mas en lo que no han logrado ponerse de acuerdo es en cuanto al origen mismo de la facultad que tiene el órgano para actuar en nombre del Estado manifestando su voluntad. Algunos sostienen que estas facultades del órgano provienen de un MANDATO, otros que se trata de una SIMPLE REPRESENTACION cuyo origen es la ley y otros crean toda una teoría que llaman TEORIA DEL ORGANO, que es la que en en la actualidad cuenta con más adeptos. Enrique Sayagués Laso en su obra titulada "Tratado de Derecho Administrativo" (7), al exponer las teorías que tratan de explicar este fenómeno, dice refiriéndose a la teoría del mandato: "La existencia de un mandato explicaría por qué los actos realizados por ciertos seres humanos valen como si emanasen directamente de la persona jurídica: aquéllos serían los mandatarios de ésta. Pero el error de esta concepción es evidente, pues deja sin aclarar la cuestión básica, de cómo actúa la persona jurídica para otorgar el mandato. Esa teoría presupone que la persona jurídica puede ya manifestar su voluntad, a fin de otorgar el mandato, siendo que eso es precisamente lo que debe explicarse". Luego expresa que en lugar del mandato se recurre a la representación según la cual "Los seres humanos cuyos actos se imputan a la persona jurídica, son sus representantes. Actúan en su nombre, ejerciendo una representación legal, en forma análoga al tutor, curador, etc." A esta teoría de la representación comenta Sayagués Laso que "es indudablemente superior a la del mandato y hasta cierto punto soluciona muchos problemas. Pero encuentra algunos obstáculos serios. En efecto, es inaplicable al Estado, pues no se concibe quién puede dar a éste tal o cual representante. Además, si bien explica satisfactoriamente la situación de las personas jurídicas respecto de las cuales la ley expresamente establece como han de actuar, no ocurre lo mismo con aquéllas que nacen de un acuerdo de voluntades particulares, sin intervención activa del poder público. En esos casos estaríamos en presencia de un mandato y no de una representación legal", agregando más adelante que "...la doctrina predominante se inclina por la llamada teoría del órgano. Las personas jurídicas expresan su voluntad por intermedio de sus órganos. Estos integran la entidad colectiva, son parte de la misma, sin la cual aquélla no podría accionar y aún mismo no se concebiría. No cabe hablar de mandato ni de representación, lo cual supone dos sujetos de derecho frente a frente: mandante y mandatario,

(7) Editorial Martín Bianchi Altuna. Montevideo, 1953. Pág. 179, párrafo 97.

o representante y representado, siendo que en realidad existe una sola persona y la cuestión es puramente de organización interna de ésta". Llega el mismo autor a decir seguidamente: "...la opinión más generalizada estima que el órgano es algo más complejo, que comprende a la vez el cúmulo de funciones individualizadas y la o las personas llamadas a ejercerlas, que son el elemento que le da vida, voluntad, acción, agregando algunos que ese complejo configura lo que la doctrina califica como institución". De este modo, todas las personas jurídicas, entre las cuales se cuenta el Estado, no pueden actuar si no es por medio de sus órganos, cuya autoridad puede tener diversos orígenes; una sociedad anónima, por ejemplo, no podría existir si no tiene una Junta Directiva que haga efectiva su voluntad; un Ministerio no podría cumplir sus funciones si no tuviera a su cabeza un órgano especial denominado Ministro.

De todo lo expuesto sacamos en conclusión que los órganos administrativos son entidades abstractas, complejas, constituídas por esferas de competencia, de carácter permanente.

No existe entre el Estado y sus órganos ninguna relación de carácter jurídico, pues para que la hubiera sería necesario que los dos sujetos de la relación tuvieran personalidad jurídica, que sólo tiene el Estado, pues el órgano no es más que una porción de la personalidad de éste, "cuyo conjunto forma la competencia misma del Estado". (7 bis).

En los mismos conceptos abunda el tratadista G. Jellinek (8) al decir: "No existen, pues, dos personas, la del Estado y la del órgano, entre las cuales haya una relación de derecho, sino que Estado y órgano son más bien una unidad".

2) *El Titular del Organo Administrativo.* —

Siendo el órgano del Estado un ente abstracto, y siendo éste una persona jurídica perpetua, necesita, para realizar su voluntad, del concurso de personas físicas que vengan a desarrollar las múltiples funciones que debe cumplir en provecho de la colectividad, que vengan a hacer efectiva su competencia. Estas personas físicas que personifican al órgano reciben el nombre de TITULARES del mismo y las atribuciones o derechos que se confieren al órgano se le dan, no para que entren a formar parte del patrimonio del funcionario que es su titular, sino que es como una esfera legal de competencia dentro de cuyos límites puede actuar el órgano. Esas personas se vienen a relacionar íntimamente con éste, adquiriendo entonces la calidad de titulares y "asumiendo el ejercicio de las facultades que se encuentran dentro de la esfera de competencia de cada uno de los órganos" (9).

(7 bis) "Curso de Derecho Administrativo", Paul Chaverri. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
(8) Op. cit. ps. 412 y 422.
(9) Paul Chaverri, "Curso..." p. 25.

3) *Relación entre el Organo Administrativo y el Titular del mismo.*—

Es necesario hacer una distinción entre lo que es el órgano y lo que es su titular. El tratadista mexicano Gabino Fraga (10) dice al respecto: "Un examen cuidadoso demuestra que no es posible ni debido confundir el órgano con su titular, porque siendo este último una persona física, tiene, junto con la necesidad de satisfacer sus intereses particulares, una actividad que se realiza en interés del Estado, y solamente desde este último punto de vista se le puede considerar con la categoría de titular, como desempeñando funciones que al órgano corresponden". De manera que no hay ninguna similitud entre el órgano y su titular: el primero es un ente abstracto, el segundo, físico, diferenciándose ambos en cuanto a las misiones que les toca cumplir: al órgano, la actividad que realiza en interés del Estado; al titular, además de esta actividad, la satisfacción de sus propios e íntimos intereses, como son, por ejemplo, la percepción del salario, el goce de las vacaciones, el aprovechamiento de algunas remuneraciones especiales (subsidio familiar, sueldo adicional en el mes de diciembre, etc.)

Por otro lado, es conveniente citar lo que expone el tratadista Georg Jellinek (11) al respecto: "El órgano no tiene derecho alguno y sí sólo competencia política; de suerte que ésta no puede constituir un derecho de personalidad para el órgano". Más adelante expresa: "El individuo, por el contrario, puede tener su derecho a ocupar el lugar de órgano; esto es, al reconocimiento de órgano y a que se le admita a llenar las funciones de tal", para concluir, a punto y aparte, que "La situación del órgano tiene siempre, naturalmente, como titular a un individuo, que jamás se puede identificar con el órgano mismo. Estado y titular del órgano, son, por tanto, dos personalidades separadas, entre las cuales es posible y necesaria una pluralidad de relaciones jurídicas. Así por ejemplo, los derechos y deberes de los funcionarios frente al Estado no son derechos y deberes del órgano, sino del titular del órgano. La retribución la recibe el titular del órgano, no el órgano; del propio modo que las penas disciplinarias se imponen a aquél, no a éste".

Se ha dicho que entre el Estado y sus órganos no pueden darse relaciones jurídicas, pero que sí es posible se den en los órganos entre sí. Para negar el primer extremo se dice que para que se manifestaran tales relaciones jurídicas sería necesario que los dos términos de la relación (Estado-Organo) gozaran de personalidad jurídica, "lo cual no ocurre con los órganos que no constituyen sino una parte de la personalidad jurídica del Estado, que no son sino esferas de competencia cuyo contenido forma la competencia misma del Estado". (12). Pero como hemos dejado dicho anteriormente, sí se admiten esas relaciones en los

10) Op. cit. p. 239.
(11) Op. cit. p. 245.
(12) Fraga, op. cit. p. 239.

NO SALE



órganos entre sí, lo cual, como dice Fraga, "precisamente todo el régimen relativo a la organización administrativa regula esa clase de relaciones".

Examinadas, pues, las diferencias que se manifiestan entre el titular y el órgano, y las relaciones jurídicas que se pueden presentar entre éste y el Estado y de los órganos entre sí, nos queda por examinar qué relación jurídica se produce entre el titular del órgano y la Administración Pública, que es, precisamente, el objeto de esta tesis. Para entrar a analizar la naturaleza de esta relación jurídica que se origina entre el Estado y el servidor por el hecho de llegar éste a prestar sus servicios a aquél, es necesario que previamente analicemos algunos otros aspectos de suma importancia en esta materia.

4º) *Qué denominaciones ha recibido el Titular: Funcionario, empleado, agente, gobernante, autoridad, servidor público, etc.—*

Sabemos que el Estado actúa por medio de órganos; que tales órganos requieren el concurso de personas físicas que hagan efectiva su voluntad, que es ni más ni menos que la voluntad del Estado. Pero preguntémonos, ¿qué nombres reciben esas personas que son titulares del órgano del Estado, a través de las cuales manifiesta éste su voluntad? En realidad, la terminología doctrinaria y jurídica en cuanto a este aspecto es verdaderamente confusa; no hay acuerdo entre los tratadistas ni las legislaciones acerca de cuál denominación es la más adecuada; al contrario, son tan variadas que algunos han pretendido hacer algunas diferencias del concepto de titular recurriendo a múltiples denominaciones. Creo que el punto no reviste mayor interés en el Derecho Administrativo y que los autores se han enfrascado en una discusión que no tiene, a nuestro juicio, ningún resultado práctico.

En cuanto al término "funcionario", el tratadista Carlos García Oviedo, en su obra "Derecho Administrativo" (13) dice lo siguiente:

"Deriva el concepto de funcionario de función, y el adjetivo público con que se conoce a los que figuran en el servicio del Estado, de su referencia a un organismo público y que cumple fines de esta naturaleza. Es pues, funcionario público el que desempeña funciones públicas, esto es, funciones mediante las cuales realiza el Estado su destino". No hace la distinción o no señala el concepto de empleado público, porque incurre este tratadista en el error de dar carácter de funcionario a todo aquel que desempeña funciones públicas, es decir, funciones por medio de las cuales cumple el Estado sus fines, incluyendo en esta denominación a todos los servidores de la Administración Pública, cuando en realidad es necesario hacer una distinción entre éstos debido a la mayor responsabilidad del cargo, pero únicamente en cuanto a la determinación de tal responsabilidad, pues ya veremos más adelante que bien puede adoptarse

(13) Volumen I. Cuarta Edición, 1953. Distribuidor Eisa. Pág. 368.

un término que cubra por igual a todos los servidores del Estado, sin que haya necesidad de estar haciendo distinciones que lo que hacen es confundir más esta materia y crear problemas de mayor o menor gravedad.

La doctrina ha debatido mucho los conceptos de funcionario y empleado público. El tratadista Gabino Fraga (14) hace una extensa exposición sobre los criterios que han privado para hacer la diferencia entre empleados y funcionarios, que por implicar un resumen de todos esos criterios y la importancia que tiene en el desarrollo de la presente tesis, creo necesario señalarla. Expresa Fábrega: "Entre las opiniones que se han expresado para hacer la distinción, podemos señalar las siguientes:

1ª)—Se ha considerado que el criterio que distingue a los funcionarios de los empleados es el relativo a la DURACION DEL EMPLEO y que mientras que los funcionarios son designados por un tiempo determinado, los empleados tienen un carácter permanente. Este criterio en realidad no da ninguna base segura para hacer la distinción, pues bien pueden encontrarse, entre los que se llaman funcionarios, algunos que tienen la misma permanencia de los empleados"

2ª)—Se recurre al criterio de la RETRIBUCION para fijar la distinción, considerando que los funcionarios pueden ser honoríficos, en tanto que los empleados son siempre remunerados.

Tampoco este criterio parece decisivo, puesto que en un régimen como el nuestro en realidad todos los servidores públicos gozan de una remuneración".

3ª)—También se señala como criterio para distinguir a los funcionarios de los empleados LA NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICA QUE LOS VINCULA CON EL ESTADO. Si la relación jurídica es de derecho público, entonces se tiene al funcionario; si es de derecho privado, al empleado.

Como más adelante vamos a ver, la relación de la función pública de los empleados es por su naturaleza de derecho público, y, por lo tanto, el criterio de distinción es inadmisable".

4ª)—Se ha dicho que los funcionarios públicos son los que tienen el PODER DE DECIDIR Y ORDENAR, en tanto que los empleados son MEROS EJECUTORES.

Esta distinción, como se ve, se confunde con la que ya hemos expuesto en páginas anteriores, de autoridad y auxiliares. Sin embargo, creo que la noción de funcionario no se confunde completamente con la de autoridad, pues tendremos oportunidad de señalar que mientras que todos los funcionarios son autoridades, no todas las autoridades son funcionarios".

5ª)—Se ha recurrido al criterio de considerar como funcionario a aquel que tiene señaladas sus facultades EN LA CONSTITUCION

(14) Op. cit. p. 248.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO



O EN LA LEY, y empleado al que las tiene EN LOS REGLAMENTOS.

Como dejamos indicado al hablar del origen de la competencia, todos los órganos de la Administración deben tener señaladas sus atribuciones en una ley de carácter material, sin que la distinción desde el punto de vista formal signifique facultades diversas que sean motivo bastante para hacer una distinción como la que se trata de consignar".

6ª)—Por último, se ha señalado como una distinción entre el concepto de funcionario y el de empleado la de que el primero SUPONE UN ENCARGO ESPECIAL TRANSMITIDO EN PRINCIPIO POR LA LEY, QUE CREA UNA RELACION EXTERNA QUE DA AL TITULAR UN CARACTER REPRESENTATIVO, mientras que el segundo sólo supone UNA VINCULACION INTERNA QUE HACE QUE SU TITULAR SOLO CONCURRA A LA FORMACION DE LA FUNCION PUBLICA. (15)

Concluye Fraga en que la última de las concepciones expuestas es la que corresponde en realidad a la idea que se consigna en las constituciones, y su prolija exposición nos revela con toda claridad la falta de unión en los pareceres de los tratadistas respecto a una materia que en nuestro entender no tiene la importancia que le ha sido dada por los estudiosos en la materia, desde el punto de vista del buen éxito de la gestión administrativa.

Y como ésta, que es quizá la distinción más importante entre los conceptos de "funcionario" y "empleado", hay otras denominaciones de muy diversa índole; agentes, gobernantes, servidor público, autoridad, etc., son algunas de las tantas denominaciones que se han ideado para llamar a los titulares de los órganos del Estado, que son producto, principalmente, del criterio o del parecer del tratadista que las defienda.

5ª)—*Criterio que usa para diferenciar al "funcionario" del "empleado" la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica* —

En realidad, es en el plano de la organización judicial donde se puede encontrar un poco más de orden en esta materia, ya que no podemos decir lo mismo en cuanto a la organización del Poder Ejecutivo.

Esa Ley ha venido a señalar un concepto bastante claro, aunque no el más técnico, de lo que se entiende por "funcionario" y por "empleado" en materia de organización judicial. El artículo 54 de dicha Ley dispone, en efecto: "Cuando en esta ley se hable de empleado, ha de entenderse de toda persona que desempeñe un puesto o cargo en el Poder Judicial con sueldo en la Ley de Presupuesto. Por funcionario, aquellos que tengan atribuciones y responsabilidades propias determinadas en esta ley". Se dice que no es realmente el criterio más técnico para hacer la diferencia entre "empleado" y "funcionario", porque en realidad no viene a definir quién es empleado: simplemente se concreta a decir que

(15) Bielsa, "Derecho Administrativo". 1938. T. II. p. 23.

será aquel que aparezca desempeñando un puesto en el Poder Judicial con sueldo en la Ley de Presupuesto, teniendo también los funcionarios un puesto en el Poder Judicial con sueldo en esa ley. Quizá hubiera sido mejor decir que empleados son los que tienen atribuciones y responsabilidades propias determinadas en esta ley y no concretar el concepto a que desempeñen un puesto en el Poder Judicial y tengan un sueldo asignado en la Ley de Presupuesto.

Este criterio bien podría ser aplicado al Poder Ejecutivo, mas se correría el riesgo de excluir del concepto de funcionario a una serie bastante grande de servidores que, por no tener atribuciones ni responsabilidades propias señaladas en la ley, no pueden ser considerados como tales, aún cuando en realidad sus atribuciones y responsabilidades ameriten darle ese carácter.

6º—*Nuestro Derecho Positivo*

Además de lo que anteriormente hemos dejado expuesto, conviene tratar este punto con un poco más de profundidad. Dijimos que nuestro Derecho Positivo en esta materia vive en la mayor anarquía, que tan pronto los llama funcionarios, como luego los llama empleados, servidores públicos, autoridades, gobernantes, etc. Para evitar esta anomalía se hace indispensable, entonces, una noción clara de lo que es cada uno de los titulares de los órganos de la Administración y sus subalternos y esto sólo se consigue educando a quienes tienen a su cargo el dictado de las leyes. Agreguemos, entonces, que de acuerdo con nuestro Derecho Positivo, no hay uniformidad en llamar funcionario o empleado a quien efectivamente lo es. Citemos como ejemplo los artículos 11, 184, inciso 4º; 194 y 96 de la Constitución Política; artículos 2, 51, 17, 30 inciso a), 50, del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil y 20, 21, 39, 40 y 43, 2 y 37 del Estatuto de Servicio Civil. Esto para no citar otras leyes en las que también aparece el mismo defecto.

Don Ernesto Martín en su obra "Principios de Derecho Administrativo" (16) hace una extensa exposición acerca de las leyes costarricenses que contienen diferentes denominaciones de los servidores públicos. También refiere numerosas sentencias dictadas por la Sala de Casación en las que se da el carácter de funcionario a ciertos empleados de la Administración Pública.

7º)—*Nuestra Posición*

En este mar de confusión, en esta anarquía acerca de las denominaciones que reciben los titulares de los órganos del Estado, se hace indispensable concebir un concepto que venga a darnos una regla fija, una pauta a seguir, en esta materia. Creo que la distinción entre "funciona-

(16) Parte General. Editorial Trejos, MCMXXXIX, pgs. 47 y 48.

rio" y "empleado", y las denominaciones de agentes, gobernantes, servidores del Poder Ejecutivo, autoridades, etc., pueden ser resumidos en una sola: SERVIDOR PUBLICO. En realidad, si los servidores públicos no son dueños de la autoridad sino sus depositarios, como dice nuestra Carta Política, y vienen a proporcionar a la colectividad los servicios que el Estado está obligado a prestarle, nada más correcto que considerarlos como servidores del público, de la colectividad. De este modo, será un servidor que tiene el carácter de público en razón de figurar en sus servicios, es decir, a causa de participar en las actividades que debe desarrollar el Estado. El término "SERVIDOR PUBLICO" debe imponerse, máxime si ya existe entre nosotros la institución del Servicio Civil. Ahora, si es que en verdad es necesario hacer una distinción, pues recúrrase, en caso dado, a alguna de las que con tanta propiedad ha reseñado Fraga, pero no se mantenga en nuestro Derecho Positivo semejante desorden. La ley debe ser clara, uniforme y sencilla en todos sus conceptos; si no fuera así, no sería inteligible a las personas a quienes va a ser aplicada y se ocasionarían discusiones y conflictos innecesarios, que obligarían a los órganos judiciales a buscar una interpretación que no es siempre la más correcta y lógica.

## CAPITULO TERCERO

## NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION PUBLICA

No puede negarse que entre el Estado y el Servidor Público nace, en virtud del ingreso de éste a la función pública, una relación jurídica que, como bien lo dice Francisco Carnelutti en su tratado de "Teoría General del Derecho" (17), en su noción más amplia y sencilla es "una relación constituída por EL DERECHO entre DOS SUJETOS respecto a UN OBJETO".

Ahora bien, qué naturaleza tiene ese elemento que une a esos dos "continentes", como llama Carnelutti a los sujetos de la relación jurídica, es decir, al Estado y al Servidor Público; ¿qué naturaleza tiene ese medio de unión, de relación entre dos sujetos tan distintos en su esencia? Ya dijimos, siguiendo al autor citado, que entre ambos existe una relación de orden jurídico y que es jurídico precisamente porque viene a ser establecida por el Derecho, por una norma que se impone coactivamente a ambos sujetos.

Y siendo una relación jurídica, veamos ahora cuáles son sus elementos: dijimos que según Carnelutti, ésta es la constituída por el derecho entre dos sujetos respecto a un objeto; pero qué disposición de derecho es esa que le da carácter jurídico a esta relación y qué elementos la constituyen? Tales elementos son: a) Sujetos; b) Objeto. En cuanto

(17) Editorial de Revista de Derecho Privado, p. 184.

a los sujetos, concurren dos: El Estado y el Servidor Público. Estos elementos no se encuentran, en esta relación, en un plano de igualdad, pues más adelante veremos que el Estado puede imponer al servidor las condiciones en que el servicio va a ser prestado, es decir, puede modificar unilateralmente las condiciones en que se produjo el acceso a la función pública. Ambos sujetos son de distinta naturaleza: uno es físico, el Servidor Público, el otro es moral o jurídico, el Estado, pero ambos tienen capacidad legal y facultades suficientes para realizar dentro de la esfera de los derechos y deberes toda clase de relaciones. En cuanto al objeto, su determinación con esta clase de vínculos es un tanto más difícil, pues puede asumir diferentes caracteres según sean los fines que se propongan los sujetos de la relación para el Estado, en este caso, podría ser el aprovechamiento de la energía del servidor para poder cumplir sus fines y satisfacer las necesidades colectivas; para éste puede ser la percepción del salario y ciertas garantías que le reconoce la ley, como son las relativas a pensiones, jubilaciones, ascensos, inamovibilidad, permisos con goce de sueldo, becas, subsidios, etc.

1º).—*Esfera jurídica en la que debe colocarse esta relación: Derecho Privado, Derecho Público* —

No se han puesto de acuerdo los tratadistas en cuanto a la naturaleza jurídica de la función pública, pero como bien lo dice Gabino Fraga (18): "Las teorías que sobre el particular se han construido, pueden reducirse fundamentalmente a dos: las teorías de derecho privado y las teorías de derecho público". Las primeras, siguiendo las tendencias que se manifestaron en todos los órdenes de la vida jurídica en los siglos pasados, trataron de asimilar esta relación a las instituciones del derecho privado, tratando de comprobarlo observando que en esta relación también se exige a las partes capacidad y consentimiento que, como sabemos, son principios fundamentales del derecho privado y de la contratación así como que tanto de parte del Estado como del Servidor Público, hay prestaciones recíprocas, al proporcionar el empleado sus servicios a cambio de la compensación pecuniaria que recibe el Estado (19).

Sin embargo, el tratadista Fraga expone con toda claridad por qué no debe considerarse relación de derecho privado la que se produce como consecuencia del acceso a la función pública. Dejemos que sea él quien nos explique este punto: "Sin necesidad de entrar a discutir las diversas formas que adoptan las teorías civilistas sobre la función pública deben descartarse todas ellas, en primer lugar porque el régimen que en principio y de una manera natural conviene a las relaciones en que el Estado interviene es el régimen de derecho público y en segundo lugar porque en la función pública los empleados y funcionarios son

(18) Op. cit. p. 249.
(19) Gabino Fraga, p. 250.

titulares de las diversas esferas de competencia en las que se dividen las atribuciones del Estado y, por lo mismo, el régimen jurídico de dicha función debe adaptarse a la exigencia de que las referidas atribuciones sean realizadas de una manera eficaz, regular y continua, sin que el interés particular del personal empleado llegue a adquirir categoría jurídica para obstruir la satisfacción del interés general. Ahora bien, como las normas que están inspiradas en tal exigencia son normas de derecho público, según lo hemos demostrado anteriormente, de derecho público tendrán que ser también las relaciones que constituyan la función pública". (20).

Los conceptos anteriores, claros y convincentes, por la importancia que revisten en el tema de esta tesis, son determinantes y resultaría innecesario agregar algo más a lo que tan sabiamente ha expuesto este ilustre tratadista.

2º)—*Teorías de Derecho Privado*

*a) Asimilación a las Instituciones de Derecho Civil*

Expresa el tratadista nacional Ernesto Martin, (21) refiriéndose a la "Teoría del contrato de Derecho Privado": "Esta doctrina tiene una doble explicación histórica: 1ª—El empleado lo era del monarca, señor de vidas y haciendas, un sirviente, con mayores o menores rango y emolumento, de la autoridad absoluta del gobernante de derecho divino. 2ª—No se habían delimitado las provincias del Derecho privado y del Derecho público, por no existir todavía el concepto de la soberanía nacional o del pueblo, y, consiguientemente, las relaciones jurídicas se concebían dentro del estrecho concepto civilista del Derecho romano". Y así como don Ernesto refiere lo anterior en cuanto a la "Teoría del contrato de Derecho privado", lo mismo podría decirse en cuanto a todas las demás teorías que se han basado en principios civilistas, pues la misma explicación que se da a ésta, bien puede darse a todas las demás.

Este ha sido, precisamente, el grave error en que han incurrido los tratadistas del Derecho Administrativo hasta hace pocos dias: introducir en esta disciplina los términos e instituciones del Derecho Civil para explicar sus propias instituciones y sentar las bases de las mismas. De ahí que se haya producido una lamentable confusión en este aspecto y se haga indispensable ir ideando poco a poco una dictrina propia, exclusiva del Derecho Administrativo, con exclusión de todo otro principio de Derecho privado, máxime si tomamos en consideración que aquél es público y que en él no tienen nada que hacer las instituciones o principios del Derecho privado, especialmente del Civil.

(20) Op. cit. p. 250.
(21) Op. cit. p. 59.

El tratadista Gabino Fraga (22), al referirse a esta asimilación de las instituciones del Derecho privado al Administrativo, explica lo siguiente: "Sin embargo, es bien conocida la tendencia de asimilar las instituciones del derecho administrativo a las instituciones del derecho civil, y la terminología misma de aquél se resiente de esta influencia, como lo demuestran las expresiones de dominio público, de dominio directo, de servidumbres públicas, de contratos administrativos, etc. Pero esta terminología no debe originar confusiones si se tiene un concepto claro de lo que es el derecho público, cosa que no es frecuente en nuestros juristas que han sido educados en una forma predominante dentro de las nociones del derecho civil, notándose entre ellos la tendencia marcada de hacer encajar las instituciones del derecho administrativo en las bien conocidas de la legislación civil. Esta tendencia produce deformaciones que no solamente interesan desde un punto de vista abstracto, sino que también se traducen en consecuencias perjudiciales, pues pretender regir la vida del Estado por las normas que rigen las relaciones entre particulares es subordinarlo al cumplimiento de condiciones que son un obstáculo para la eficaz satisfacción de las necesidades colectivas".

Y así como Fraga, hay otros tratadistas que abundan en los mismos conceptos (23).

Sin embargo, en lo que no están de acuerdo los autores es en cuanto a la clase de contrato, si es de ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS, un MANDATO, un CONTRATO DE ADHESION, etc. A examinarlas iremos seguidamente:

*b) Contrato de Arrendamiento de Servicio*

Producto es esta teoría, según hemos dicho anteriormente, de la asimilación de las instituciones del Derecho Civil al Derecho Administrativo. Igual proceso sufrió el Contrato de Trabajo.

Esta es la opinión más extendida. Como bien lo dice Carlos García Oviedo (24): "Las características peculiares de este contrato lo asemejan considerablemente al acto de ingreso en el servicio del Estado. En ambas una persona ha de servir a otra. El funcionario contrae la obligación de prestar servicios al Estado y adquiere, en reciprocidad, ciertos derechos, preferentemente económicos". Agrega luego que "Se objeta no obstante, que la identidad no es perfecta. La doctrina tradicional contrae el contrato de arrendamiento de servicios a las prestaciones materiales, y lo hace de duración temporal. El de empleado público, por el contrario, recae sobre ciertos servicios liberales, y el compromiso de ser-

(22) Op. cit. p. 113.
(23) Ludwig Spiegel, "Derecho Administrativo". Editorial Labor, ps. 155 y 168. Gastón Jeze, "Principios Generales del Derecho Administrativo". Editorial de Palma. T. IV, p. 197.
(24) "Derecho Administrativo", Cuarta Edición, ps. 379-380.

vir es en él indefinido, pero la ampliación moderna del contrato de arrendamiento de servicios a las profesiones liberales y el hecho de que la relación de empleo no es perpetua, sino meramente indefinida, con causas que la pueden hacer cesar, privan de toda fuerza a las expresadas observaciones". Sin embargo, y a pesar de que García Oviedo trata de restarle fuerzas a las observaciones que se hacen a esta teoría, es lo cierto que por implicar el acceso a la función pública una relación de carácter laboral, en la que el servidor pone a disposición del Estado su fuerza de trabajo a cambio de la percepción del salario y demás derechos que le concede la ley, no puede por este hecho ser objeto, su fuerza, de un contrato de arrendamiento, como si fuera una mercancía que se encuentra dentro del comercio de los hombres sujeta, como las cosas, a los vaivenes de las leyes de la oferta y la demanda.

En realidad, *en cuanto a explicar la naturaleza jurídica de la función pública* se ha incurrido o se incurrió en el mismo error que se dió respecto al contrato de trabajo; la misma crítica que se puede hacer a la teoría que trata de considerar éste como un contrato de arrendamiento o de locación de servicios, se puede hacer en cuanto a la naturaleza que jurídicamente tiene la función pública. Y así se explica, además de lo que expusimos en líneas precedentes, que la energía del trabajador no forma parte de su patrimonio y que por eso no puede ser objeto de contrato de arrendamiento; en éste la cosa sale de la esfera de acción del arrendador y procede devolverla al finalizar el contrato, lo cual no se concibe en cuanto a la fuerza del trabajador, porque lo que se separa de éste es el efecto mismo del trabajo y la energía proporcionada no es posible devolverla. Se agrega que el patrono en ningún momento está en la posibilidad de ocupar las fuerzas de su trabajador, aun cuando estén a su disposición, lo cual no ocurre con las cosas, que siempre están a disposición de su dueño en cualquier momento. Además, no puede ser tal contrato el origen de la relación producida entre el Estado y el servidor porque, como lo veremos más adelante, no se perfecciona por el consentimiento de las partes sino que el servidor se sujeta a ciertas condiciones que el Estado ya tiene establecidas mediante una legislación especial, pero sí se aconseja a la locación de servicios por la circunstancia de que no es solemne ni requiere formas especiales y porque es bilateral, es decir, origina prestaciones recíprocas, además de que en todo caso será siempre oneroso.

*c) Contrato de Mandato*

De acuerdo con esta teoría, la relación que se origina en virtud del acceso a la función pública es consecuencia del encargo que hace el Estado a ciertas personas para realizar en su nombre determinadas funciones que tiene el carácter de públicas.

El tratadista García Oviedo (25) hace a esta teoría la siguiente crítica: "También ha sido objeto esta tesis de serias impugnaciones Según la doctrina clásica del derecho privado, el mandato es generalmente gratuito, recae sobre prestaciones determinadas, y el mandatario sólo incurre en responsabilidad civil por el incumplimiento del contrato, al paso que en la relación entre el funcionario y el Estado, aquél percibe una remuneración por su trabajo, se obliga a una serie indeterminada de prestaciones y responde por quebrantamiento del deber de oficio, no sólo con responsabilidad civil, sino, en ocasiones, con responsabilidad disciplinaria y aun penal". De manera que hay mayores responsabilidades y ciertas condiciones en la relación entre el Estado y sus servidores que vienen a quitarle cualquier vestigio de contrato de mandato que se le pretenda dar. Si bien puede haber una representación del servidor público a favor del Estado, que es una de las características del contrato de mandato y una obligación ineludible del mandato, no es sin embargo criterio definitivo para considerar que por existir esa representación tiene el carácter de mandato esa relación jurídica entre el Estado y sus servidores; en realidad, el objeto primordial de esta relación no es la representación sino más bien la prestación del servicio al Estado, la percepción del salario y ciertas ventajas que reconocen las leyes al servidor, la manifestación concreta de la voluntad de aquél. Claro está que el servidor actúa en nombre del Estado, pues sólo de este modo se puede hacer efectiva su voluntad, mas tal circunstancia no es esencial en cuanto a considerar la naturaleza jurídica de la función pública; la representación, si es que la hay, tiene un aspecto secundario y no puede ser tomada en cuenta para determinar esa naturaleza, sino para concretar la validez del acto realizado por el servidor público y las consecuencias que de tal acto se puedan derivar.

*d) Contrato de Adhesión:*

Dentro de las teorías contractualistas de derecho privado, merece citarse la que considera que la relación jurídica que estudiamos no es más que un contrato de adhesión

Según los principios sostenidos por esta doctrina, que tiene, como se ve, un corte civilista, una de las partes es la que fija las condiciones y la otra lo que simplemente hace es adherirse a ellas, quedando por eso vinculado al otro sujeto (el Estado) que señala las condiciones.

Esta teoría encuentra también serias objeciones, especialmente en cuanto considera que esa relación es de naturaleza contractual. El hecho de que a "contrato" se le agregue el término "de adhesión" no varía, en esencia, la objeción que se le ha hecho a esta teoría. Debemos tener presente que en la relación que analizamos no puede darse nunca un contrato, ni siquiera de trabajo, como más adelante lo veremos, sino,

(25) Op. cit. p. 380.

que hay una situación muy distinta a la contractual. De ahí que nos inclinemos por señalar a esta teoría los mismos defectos que hemos apuntado a todas aquellas que sostienen el criterio contractualista.

De acuerdo con el significado que el término "adhesión" tiene según el Diccionario de la Real Academia Española, es "Acción y efecto de adherir o adherirse", siendo entonces "adherir" "pegarse una cosa con otra. Convenir en un dictamen y abrazarlo...". No hay en esta relación una "pega" de una cosa con otra, ni el servidor conviene en "abrazar" ninguna condición creada por la otra parte; pensar lo contrario sería ocasionar conflictos, pues si al momento de ingresar a la función pública se han señalado unas condiciones y el particular que aspira a las mismas se ha adherido a ellos, no podría luego variarse esas condiciones, pues tal cosa implicaría ya una situación que el particular no tomó en cuenta al adherirse y porque representaría también una modificación al contrato, con todas las consecuencias que de ésta se derivan. Semejante estado de cosas no sería aplicable en materia de servicios públicos; ya sabemos que por la misma naturaleza de éstos y en virtud de los fines que debe cumplir el Estado, se hace necesario que constantemente se están variando las condiciones en que se ingresó al servicio, aun con sacrificio del interés del particular o del servidor en provecho del bien de la comunidad. En otras palabras, el Estado fija las condiciones del servicio; el servidor viene y se adhiere a las mismas porque las encuentra accesibles a sus intereses, pero qué pasaría si el Estado variara unilateralmente esas condiciones?; estaría obligado a adherirse nuevamente a las condiciones que el Estado pretende imponer y que no formaron parte de las primeras o que reformaron éstas en alguna forma?; podría el servidor, por eso, dar por concluido el contrato?. Creemos que no. Y aun en el caso de que al fijarse las condiciones se dijera que el servidor se someterá a todas las modificaciones que en lo sucesivo ocurran, tal eventualidad crearía desconfianza y recelo en el otro contratante.

El acceso a la función pública reviste en realidad, tanta importancia, no sólo para el Estado sino también para el servidor, puesto que de esta manera aquél cumple sus fines y éste satisface sus necesidades, que no es posible venir a regularlo mediante un contrato de adhesión. Los intereses superiores que debe satisfacer el Estado y los mismos que competen al servidor, pues que de su trabajo depende su subsistencia y la de su familia, nos obliga a mirar en esta relación no un vínculo contractual, sino una unión en la que se compaginan el interés social con el interés del servidor.

3)—*Teorías de Derecho Público* —

Como consecuencia de la aparición del Derecho Administrativo como ciencia autónoma del Derecho, surgieron las teorías del Derecho Público. Según éstas, la naturaleza jurídica de la función pública se en-

cuentra dentro de la esfera de ese Derecho porque el régimen jurídico aplicable a estas relaciones y a todas aquellas en que el Estado interviene es el Derecho Público y porque el titular del órgano no puede anteponer sus intereses a los propios del Estado, que son los intereses de la colectividad. Esto obliga, entonces, a enmarcar dentro del régimen de tal Derecho esta clase de relaciones; su importancia, sus repercusiones dentro de la colectividad, los intereses que deben satisfacerse y la supremacía del interés social sobre el particular, invitan a considerar como formando parte de este Derecho a la relación jurídica que se origina entre el Estado y su servidor en virtud del acceso a los cargos públicos.

Sin embargo, y a pesar de que los autores están de acuerdo en que tal relación cae dentro de la órbita del Derecho Público, no se han puesto de acuerdo en cuanto a qué carácter asume esa relación. Han surgido varias teorías, más o menos aceptadas, que no han hecho sino confundir la opinión en materia de tanta importancia para el Estado y sus servidores. Expongamos enseguida algunas de ellas:

*a) Teoría Unilateral*

Los tratadistas Enrique Sayagués Lasso (26), Carlos García Oviedo (27), y Gabino Fraga (28), exponen con toda claridad esta teoría. El primero manifiesta: "La naturaleza jurídica del vínculo entre el funcionario y la administración varía según sea la actividad que éste desarrolle. Cuando la administración actúa como poder público, el funcionario se encuentra en situación de subordinación, de origen unilateral; en cambio, cuando realiza actos de gestión, es decir, cuando actúa como persona privada, la vinculación es de naturaleza contractual". El primer aspecto que menciona este tratadista, sea cuando el funcionario se encuentra en situación de subordinación, de origen unilateral, es la que cae dentro de la órbita del Derecho Público; el segundo, pertenece ya a la categoría de los contratos de derecho privado, analizados por nosotros en líneas anteriores.

El segundo de los tratadistas, sea García Oviedo, es el que con más profundidad examina esta teoría de la "Unilateralidad", exponiendo: "la relación entre el funcionario y el Estado no es contractual, sino que deriva de un acto de autoridad, de un acto de soberanía. El origen de la relación reside en el deber pre-existente del individuo de servir al Estado. Es un deber de sumisión impuesto a los miembros de la comunidad política en virtud del carácter ético del Estado, de su condición de persona moral necesaria y de la inexcusabilidad del funcionamiento de los servicios públicos".

Gabino Fraga, el tercero, dice: "Se ha llegado a sostener que la relación del servicio no solamente no es contractual, sino que ni siquiera requiere el consentimiento del particular; que ella constituye una obli-

(26) Op. cit. p. 268.
(27) Op. cit. p. 381.
(28) Op. cit. p. 250.

gación que imperativamente se impone por el Poder Público".

Expuesto el pensamiento de estos autores, sacamos en conclusión, al final, que los principios fundamentales de esta teoría son:

a) No hay una relación contractual;

b) El funcionario se encuentra en situación de subordinación, proveniente de un acto de autoridad, de soberanía del Estado, que constituye una obligación que imperativamente se impone por éste.

No es esta teoría más que una negación de la libertad humana, tanto que sólo en casos muy especiales, como son los que refieren al servicio militar y a ciertos cargos concejiles, hay obligación de prestar los servicios. De manera que para nosotros no reviste tal teoría mayor importancia y sólo la mencionamos como una doctrina más de todas las que se han desarrollado en cuanto al origen o naturaleza jurídica de la función pública.

b) *Teoría Contractual.* —

Otro sector importante de la doctrina considera que la relación del Estado con sus servidores es de orden contractual, pero de derecho público, lo cual le permite al Estado variar unilateralmente las condiciones en que se ha celebrado el contrato.

Para sostener esta teoría consideran que hay, como en todo contrato, un concurso de voluntades: la del Estado al nombrar y la del servidor que acepta el nombramiento "sin que importe que no haya una perfecta igualdad entre las partes, puesto que lo mismo ocurre en todos los contratos administrativos, ni que la función o cargo no sean bienes que estén en el comercio, puesto que el objeto del contrato son los servicios y la remuneración que sí lo están, y sin que importe que el Estado fije previamente y unilateralmente los derechos y obligaciones del empleado o que los pueda modificar en la misma forma durante la prestación del servicio, pues, en primer lugar, dentro del derecho civil se reconoce la existencia de los contratos de adhesión en los que una de las partes fija de antemano las condiciones a las que la otra parte simplemente se adhiere, y, en segundo lugar, porque no se afecta la naturaleza del contrato si el empleado, con conocimiento de causa, consiente desde un principio que el Estado pueda variar las condiciones originales del acto". (29).

En realidad, según lo sostiene esta teoría, en la función pública se dan los mismos elementos que en los contratos, pero difieren fundamentalmente en que en aquéllos el Estado puede variar unilateralmente las condiciones en que el contrato fue celebrado, lo cual no es más que un

(29) Gabino Fraga, op. cit. p. 251.

desconocimiento absoluto del principio de igualdad de las partes, consagrado desde antiguo en materia de contratación. Se dice que se pueden dar los mismos elementos del contrato: CONSENTIMIENTO, ya que si la persona no quiere, no entra a ejercer el cargo; hay también OBJETO y CAUSA. Se exige también que haya CAPACIDAD; hay ciertas FORMALIDADES: publicación de anuncios para las vacantes, firma de declaraciones juradas de adhesión al régimen democrático de la República, publicación en el Diario Oficial de los acuerdos correspondientes al nombramiento, etc. Pero como dice García Oviedo (30): "Sorprenden, sin embargo, ciertas circunstancias que concurren en la relación de empleo y que no suelen darse en los negocios jurídicos corrientes de la vida privada. En los contratos ordinarios es lícito a cada parte entrar en conversaciones con la otra, discutir, transigir... En el acto de designación de un funcionario público está vedado al particular este derecho. Las condiciones de los oficios públicos aparecen establecidas unilateralmente por la ley, expresión de la voluntad del Estado, y no está permitido al particular otra cosa que la aceptación pura y llana de las mismas. No hay, pues, relación de igualdad entre las partes".

Además, estas teorías incurren en el error, por lo menos en cuanto al objeto primordial de esta tesis, de no establecer claramente qué clase de contrato es éste que dicen existir entre el Estado y el servidor público. Por otro lado, sus sostenedores no pueden desconocer el hecho de que el Estado, como se ha dicho anteriormente, puede fijar, unilateralmente, las condiciones en que el servicio debe ser prestado, señalando las obligaciones y deberes del servidor y las obligaciones y derechos propios. También ignoran que el Estado, colocado en un plano superior al del particular que aspira a la función pública en virtud de los intereses superiores que debe satisfacer, puede cambiar, por su sola voluntad, mediante leyes, esas obligaciones y deberes, y aun los mismos derechos, durante el curso de la relación con el servidor, sin que quede a éste posibilidad alguna de reclamo. Ellos sostienen que es suficiente que haya un concurso de voluntades para que exista en esta relación un vínculo de carácter contractual, pero otros niegan este carácter por la circunstancia de que no siempre que existe una concurrencia de voluntades generadoras de efectos jurídicos, puede decirse que hay contrato. Los actos jurídicos son de tres clases, según la moderna teoría:

a) Relación o acto jurídico general: La Ley;

b) Relación jurídica individual que es ley entre las partes: El Contrato;

c) Relación jurídica generada por una ley: Matrimonio, Acto condición o Acto unión.

(30) Op. cit. p. 379.

La teoría contractual se fundamenta, entonces, en el acto jurídico individual que es ley entre las partes, es decir, en el Contrato. Ya hemos dejado dicho con amplitud por qué razón no debe estimarse que exista un vínculo contractual entre el Estado y el servidor público, pero a pesar de esto, hay ciertos casos en los que sí se da un verdadero contrato y es cuando ocupa los servicios de ciertas personas, como han sido entre nosotros los profesores, técnicos y demás que han laborado en distintas oficinas públicas. En estos casos se fijan bilateralmente las condiciones en que el servicio va a ser prestado, señalándose derechos y obligaciones a ambas partes. Sin embargo, creemos que esta clase de contratos no son más que verdaderos contratos de trabajo, que deben ser analizados y examinados de acuerdo con los principios del Código de Trabajo y nunca del Estatuto de Servicio Civil.

*c) Teoría Estatutaria.* —

Es la más reciente y la que más se acomoda al estado actual de la doctrina jurídica y de las legislaciones. Ha sido sostenida por los más renombrados autores franceses: Hauriou, Duguit, Valine y por algunos tratadistas americanos como Fraga y Varas. El punto de vista de estos autores parece ser el más aceptable; dicen que el Estado tiene infinidad de funciones que cumplir, múltiples necesidades sociales que satisfacer y para poderlo lograr necesita la más completa libertad de acción, a veces con sacrificio de los derechos de sus propios súbditos en provecho del interés general o social, con las limitaciones reconocidas por las leyes.

Esta libertad de acción que el Estado requiere, puede alcanzarla mediante un Estatuto de la función pública que le permita regular las relaciones con sus servidores de una manera amplia, atendiendo siempre a los superiores intereses de la sociedad para realizar su actividad y acomodarla a las exigencias del momento. La atención y salvaguardia de estos intereses de orden superior, no podrían lograrse si el Estado estuviera ligado con el servidor público mediante un vínculo contractual, pues si así fuera debería respetar los términos del referido contrato sin que tuviera posibilidad, en ningún momento, de variar las cláusulas de éste para acomodar sus servicios a las exigencias de las necesidades sociales.

El tratadista Enrique Sayagués Laso (31), define el Estatuto del funcionario así: "Conjunto orgánico de normas legales que regulan los derechos, deberes y obligaciones de los funcionarios públicos". Bulrich dice que: "Consiste en una serie de disposiciones que regulan las normas generales que rigen el desempeño de la función pública, el acceso a la misma, los deberes y derechos de los funcionarios y los procedimientos para exigir unos y otros, su remoción, todo lo que emana de esa situa-

(31) Op. cit. p. 271.

ción estatutaria, que podrá ser legal o reglamentaria, según las instituciones de cada país". (32). Ambas definiciones pueden ser útiles; ambas vienen a comprender, con palabras de más o de menos, todas las posibles situaciones que pueden originarse por el acceso a la función pública, empezando con el ingreso hasta llegar al despido o a la renuncia.

Pero a pesar de la claridad de estas definiciones, siempre queda flotando el verdadero significado, la naturaleza, de esta relación estatutaria. Sayagués Laso (33) dice al respecto: "Resulta claro que el funcionario se encuentra en una situación estatutaria de origen constitucional, legal o reglamentario, según los casos. En efecto, los funcionarios están sometidos a un régimen jurídico cuya existencia es anterior al momento de su ingreso a la función pública, que ha sido creada unilateralmente por la entidad estatal y que, por lo tanto, puede modificar en cualquier momento para adaptarlo a las necesidades de la administración...". Agrega el mismo autor, más adelante: "La circunstancia de que ese régimen estatutario sea creado unilateralmente y pueda ser modificado en la misma forma, no significa que los funcionarios estén desamparados. Las normas citadas imponen deberes igual que confieren derechos y la administración debe exigir el cumplimiento de aquéllos así como respetar éstos, máxime que las normas fundamentales son generalmente de origen constitucional o legal y por lo tanto limitan la discrecionalidad administrativa...". Estos conceptos de Sayagués Laso no son más que repetición de lo contenido en el artículo 191 de nuestra Carta Política que dice: "Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración" y del 192, que viene a ser la base de protección al servidor al decir: "Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos".

En realidad, al ingresar la persona a la función pública se somete, no se adhiere simplemente, a un régimen jurídico preexistente creado por el Estado, que vendrá a regular las relaciones de éste con aquélla, tratando de comprender todas las consecuencias que de esa relación puedan derivarse, la manera cómo ingresará a la función pública y qué derechos y obligaciones corresponden a esas partes.

*Acto Unión o Acto Condición.* —

Expuesto así el régimen jurídico aplicable a esta vinculación entre el Estado y sus servidores, y establecida la naturaleza estatutaria de la

(32) "Derecho Administrativo", p. 291.
(33) Op. cit. p. 270.

misma, hay sin embargo, algunas tendencias dentro de esta teoría, que le dan el carácter de un Acto Unión o de un Acto Condición. Fraga, por ejemplo, dice lo siguiente: "El examen precedente demuestra que el acto de nombramiento o de investidura para un cargo público no es ni un acto unilateral, ya que no se puede imponer obligatoriamente ni un contrato porque él no origina situaciones jurídicas individuales. Entonces es necesario considerarlo como un acto diverso cuyas características son: la de estar formado por la concurrencia de las voluntades del Estado que nombra y del particular que acepta el nombramiento, y por el efecto jurídico que origina dicho concurso de voluntades que es, no el de fijar los derechos y obligaciones del Estado y del empleado, sino el de condicionar la aplicación a un caso individual (el del particular que ingresa al servicio) de las disposiciones legales pre-existentes que fijan en forma abstracta e impersonal los derechos y obligaciones que corresponden a los titulares de los diversos órganos del Poder Público", para agregar luego: "Ahora bien, ese acto diverso que condiciona la aplicación del estatuto legal y que no puede crear ni discutir la situación que establece dicho estatuto y que además permite la modificación de éste en cualquier momento sin necesidad del consentimiento del empleado, es el acto que la doctrina publicista, a la cual nos hemos adherido, denomina acto unión" (34).

De manera que para Fraga la verdadera naturaleza jurídica de la función pública no es más que una relación estatutaria producida por un acto unión, cuyas características esenciales, sean las que concurren a formarla, son las de estar formada por la concurrencia de dos voluntades, la del Estado y la del servidor, cuyo efecto jurídico es el condicionar la aplicación a un caso individual una situación jurídica pre-existente, que no era otra cosa que el estatuto dictado por el Estado y que como sabemos, puede ser de origen constitucional, legal o reglamentario.

No creemos, sin embargo, a pesar de la indiscutible autoridad de Fraga para hacer doctrina sobre esta materia, que esté en lo cierto cuando sostiene que esta relación es un acto unión. Y no creemos que sea tal por cuanto, como lo hemos visto, el estatuto del funcionario es un conjunto de reglas o de normas, dictadas unilateralmente por el Estado y para cuyo cumplimiento o aplicación no es necesaria unión alguna. En efecto, la relación jurídica se origina en una ley, sin que haya necesidad de ningún acto anterior o posterior por parte del individuo para que la relación se produzca; basta con que éste llene los requisitos señalados en el estatuto legal para que la relación se origine; no hay, entonces, ningún acto unión porque el individuo no se une a nada; lo que ha hecho es colocarse en la situación señalada por el estatuto legal. Más adelante, al exponer nuestra posición, haremos algunas otras consideraciones respecto a esta tendencia.

(34) Op. cit. p. 253, párrafo 155.

Enrique Sayagués Laso comenta también los actos jurídicos y al clasificar éstos estudia los actos-condición, "es decir, los que tienen por objeto colocar a una persona en una situación jurídica general preexistente", y agrega enseguida: "La situación jurídica general existe desde antes y con prescindencia del acto-condición; pero éste lo hace aplicable al interesado. La designación de los funcionarios públicos es un acto-condición típico. El régimen legal y reglamentario que regula la función pública está ya creado unilateralmente por la administración; la designación solamente incorpora al interesado a la función pública, con lo cual, automáticamente, aquel régimen lo comprende en todas sus partes. En el derecho privado el matrimonio es también un acto-condición". Ya veremos más adelante, conforme se desarrolla la exposición, cuáles son los motivos que tenemos para no considerar el acto condición como el sustento jurídico de la función pública. Por ahora conformémonos con lo anterior.

En Costa Rica el debate acerca de la naturaleza jurídica de la función pública ha sido también objeto de discusión: En la Asamblea Legislativa, a raíz de una moción presentada por los diputados Quesada Hernández y Molina Quesada tendiente a que se mantuviera, en cuanto al cargo que ocupaba el Inspector General de Comunicaciones, "la nominación que contiene la Ley de Presupuesto General de Ingresos y Egresos para el año 1955, en su artículo 401, inciso 3)", en la Ley de Presupuesto para el año de 1956. Esta moción originó una interesante discusión entre los Representantes Gonzalo Facio Segreda y Otón Acosta Jiménez, que se recoge en el Acta de la Sesión Extraordinaria Nº 109 del 26 de enero de 1956 y se publica en "La Gaceta" Nº 154 del 11 de julio de 1956, durante la cual se dijo, por parte del Representante Facio Segreda: "...La relación jurídica, la naturaleza de la relación jurídica que existe entre el funcionario público y el Estado, no es contractual. No pueden aplicarse los principios del contrato, ni civil ni laboral, y ni siquiera del administrativo, a la relación jurídica que existe entre el servidor público y el Estado. Hoy día está perfectamente aclarado que la naturaleza de esa relación jurídica está ubicada en lo que se llama el "acto condición", un acto unión, acto estatutario; o sea un acto jurídico en virtud del cual se condiciona la aplicación de una serie de disposiciones generales, llamadas estatutos, a un caso particular. No hay, pues, una relación jurídica contractual, entre el funcionario y el Estado, sino un simple acto unión, un acto administrativo en virtud del cual al nombrarse al funcionario, automáticamente se le aplican una serie de normas jurídicas que regulan el ejercicio de la función pública, normas jurídicas que se establecen en la ley...". De este modo expuso el Licenciado Facio su pensamiento respecto a esta materia y es de esperar, en verdad, que las teorías contractualistas den lugar a que crezcan otras teorías más acordes con la verdadera naturaleza de la relación jurídica producida por el acceso a los cargos públicos.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

*Acto Admisión.* —

Expuestas así las críticas que hacemos a las teorías que consideran que la naturaleza jurídica de la función pública se encuentra en el acto unión o en el acto condición, expongamos seguidamente la teoría que más logra convencernos y a la que nos hemos adherido, tanto porque se conforma plenamente con lo que pensamos sobre esta materia, como porque parece estar en un todo de acuerdo con nuestro derecho positivo referente al Estatuto de Servicio Civil: La Teoría del Acto Admisión.

Es de observar que es quizá la teoría más reciente y que no han dedicado a ella los autores la atención que requiere; éstos se han concretado a dar definiciones más o menos exactas acerca de lo que administrativamente se entiende por acto de admisión, pero no han profundizado en el mismo ni han observado que éste bien podría ser la solución de un problema espinoso y grave, como es el de determinar la verdadera naturaleza jurídica de la función pública.

Al acto de admisión se refiere muy superficialmente Gabino Fraga; en el mismo error incurre Sayagués Laso, pero corresponde a éste el dar la definición que más nos satisface. Dice este autor (35), que acto de admisión "es el que tiene por objeto introducir una persona en un servicio, institución o categoría especial, atribuyéndole los derechos y obligaciones que establece el régimen jurídico propio de aquéllas. Entre los muchos actos de admisión que pueden ilustrar el concepto cabe mencionar LA DESIGNACION COMO FUNCIONARIO, la aceptación para utilizar un servicio público, la inscripción en un concurso, etc. La admisión es un ACTO UNILATERAL. No altera esa solución la circunstancia de estar precedida de la solicitud del interesado o que en ciertos casos el acto requiera la aceptación del beneficiado para surtir sus efectos. Puede ser DISCRECIONAL, aunque corrientemente no lo es, en cuyo caso deben admitirse a todos los que reúnan las condiciones requeridas. Claro que a veces circunstancias de hecho impiden la admisión de los interesados a pesar de reunir los requisitos exigidos".

Analicemos los elementos del acto de admisión que se desprenden de la definición dada por Sayagués Laso y relacionémoslos con nuestro derecho positivo en materia de Servicio Civil para sacar las conclusiones que nos han inclinado a aceptar la teoría del acto de admisión.

Sin embargo, hay que hacer notar previamente a dicho análisis, para no incurrir en confusiones respecto a lo que vamos a decir, que de acuerdo con nuestra legislación referente a la función pública, se producen dos actos de admision bien definidos: por un lado encontramos el que realiza la Dirección General de Servicio Civil al aceptar o admitir la oferta de servicios del particular para un puesto de la Administración Pública y por otro, el que lleva a cabo el Ministro respectivo al escoger de la nómina correspondiente al candidato para el puesto. El primero, en reali-

(35) Op. cit. p. 419, párrafo 259.

dad, no nos interesa propiamente en el objeto de esta tesis, pero no por eso vamos a restarle importancia.

De acuerdo con el Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, la persona que aspire a desempeñar un puesto en el Poder Ejecutivo debe cumplir el trámite que ese Reglamento señala en el artículo 15. En los dos primeros incisos de este artículo encontramos la regla de que el aspirante a esos puestos debe presentar o llenar una oferta de servicios escrita en la fórmula autorizada por la Dirección General, junto con los documentos que en cada caso se exijan. Esta oferta bien puede ser rechazada por dicha Dirección cuando el oferente de servicios tuviere ineptitud evidente, incapacidad física, delincuencia u otra razón. Si así ocurriere y el particular considera que la resolución de esa Dependencia denegando su oferta le causa evidente perjuicio, pude hacer uso de la facultad que le concede el inciso b) del artículo 14 del Estatuto de Servicio Civil, es decir puede recurrir al Tribunal de Servicio Civil en reclamo de sus derechos. Vemos entonces cómo aun antes de ingresarse al servicio público se produce una relación jurídica entre el Estado y el particular originada en la presentación de la oferta de servicios; esto viene a demostrar, como un argumento más contra los que sostienen las teorías contractualistas, que la relación jurídica en la función pública es de origen estatutario, creada por la ley y que por lo menos en los inicios de tal relación no se manifiesta un acto unión o un acto condición.

Aclarado lo anterior, procedamos entonces a analizar dónde se encuentra el acto de admisión, cuáles son sus caracteres y cuáles sus formas, siguiendo la definición que de este acto nos ha dado Sayagués Laso:

De acuerdo con lo que se entiende gramaticalmente por "admisión", ésta es "acción de admitir", que significa "recibir, dar entrada". Entendido así este concepto, vemos claramente que lo que se produce con el acto ministerial de designar a la persona para el puesto, es recibir, determinar o definir la entrada de tal persona al servicio público.

Esta designación origina la relación jurídica entre el servidor público y el Estado, es decir, constituye el momento en que aparecen en tal relación los dos sujetos que la constituyen. Pero para que ésta se produzca es necesario el consentimiento, la voluntad positiva de ambos sujetos; de este modo, la relación se producirá entonces, para el servidor, en el momento en que ofrece sus servicios al Estado y su oferta es admitida por el órgano correspondiente (Dirección General de Servicio Civil), momento que implica también la manifestación de su consentimiento, y para el Estado o Poder Ejecutivo en este caso, en el momento en que el órgano ministerial, en uso de la facultad que le confiere el inciso 2) del artículo 140 de la Constitución Política, escoge a la persona para desempeñar el puesto de la nómina que para ese efecto le ha enviado la Dirección General de Servicio Civil. Es en este momento cuando se produce el acto de admisión al servicio público y se

NO SALE

le atribuyen al servidor "los derechos y obligaciones que establece el régimen jurídico propio de aquéllas", a que alude Sayagués Laso.

Lo que viene luego, como es la publicación del acuerdo ejecutivo correspondiente en el Diario Oficial, no es más que la formalidad requerida para que esa admisión adquiera forma legal, no desde el punto de vista de las relaciones internas que se producen en los diferentes órganos de la Administración Pública, sino respecto a terceros, es decir, respecto a los particulares que irán a ocupar los servicios de esa persona y para efectos fiscales, o en otras palabras, para controlar los gastos públicos.

Lo dicho nos lleva a afirmar que el acto de nombramiento no es lo esencial cuando se trata de determinar la naturaleza jurídica de la función pública, pues en verdad, ésta es la forma que adopta un acto anterior, el de admisión, que sí es el que verdaderamente ha originado la relación y el que viene a indicar su naturaleza jurídica. En efecto, el mismo Fraga (36) sostiene que "La forma constituye un elemento externo que viene a integrar el acto administrativo. En ella quedan comprendidos todos los requisitos de carácter extrínseco que la ley señala como necesarios para la expresión de la voluntad que genera la decisión administrativa. A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, la forma de derecho administrativo tiene normalmente el carácter de una solemnidad necesaria no sólo para la prueba, sino principalmente para la existencia del acto, y es que en esta última rama del derecho, el elemento formal constituye una garantía automática de la regularidad de la actuación administrativa". Estos conceptos que expone Fraga acerca de la forma del acto administrativo vienen a apoyar aun más la tesis que hemos venido sosteniendo. En efecto, cuál es la forma que viene a "integrar" el acto administrativo de ingresar a la función pública? El nombramiento, que se hace entre nosotros publicando el acuerdo correspondiente en el Diario Oficial.

El error de Fraga y de todos los que se muestran partidarios de la teoría del acto unión o acto condición como la base jurídica de la función pública, estriba, precisamente, en que todo su estudio y toda la construcción de sus ideas se basan y parten del acto de nombramiento, olvidando que antes de que éste se manifieste hay un acto anterior —el de admisión— que ya ha originado la relación; olvidan también que el acto de nombramiento no es más que la forma que adopta el de admisión para "integrarse", para señalar "la expresión de la voluntad que genera la decisión administrativa", para "constituir una garantía automática de la regularidad de la actuación administrativa", como dice el eminente tratadista.

---

36) Op. cit. p. 184, párrafo 116.

## CAPITULO CUARTO

## NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION PUBLICA

(Continuación)

1º) *Doctrina del Contrato de Trabajo.* —

Hemos dedicado a esta doctrina un capítulo especial porque en verdad es la que actualmente cuenta con más adeptos y la que con mayor propiedad se ha impuesto en las últimas décadas. Sin embargo, y a pesar de que los principios que la sustentan casi nos convencieron, es lo cierto que tiene, como todas las teorías contractualistas que hemos analizado, algunos errores y conceptos equivocados que trataremos de estudiar en líneas siguientes. Debo hacer notar que no ha sido sostenida propiamente como una teoría especial, pero que en vista de la importancia que ha tomado y la ingerencia que ha tenido, cada vez mayor, en nuestra legislación y pensamiento de los tratadistas, nos han inclinado a darle el carácter de doctrina.

Digamos, entonces, que es una de las doctrinas que más recientemente ha surgido; ha tratado de explicar que la naturaleza jurídica de la función pública se encuentra dentro de la esfera de los contratos de trabajo; que en aquélla se dan los mismos elementos, aunque con algunas variantes, que se dan en éstos. Pero a pesar de esto, las mismas objeciones que hemos hecho a todas las teorías contractualistas, debemos enfrentarlas a esta otra. Tendremos oportunidad más adelante de ver cuáles son esas objeciones y qué fundamento encontramos en las mismas.

Agreguemos que así como en siglos anteriores se asimilaron al Derecho Civil la mayor parte de las instituciones jurídicas que existían —entre ellas el contrato de trabajo— así también se han incluido en este contrato, erróneamente desde luego, ciertas relaciones laborales que en realidad no tienen un carácter contractual, como en efecto no lo tiene el acceso a la función pública. Esta equivocada asimilación, debida quizá a la similitud que hay entre ambas relaciones, es necesario estudiarla con mucho detenimiento para que no nos llamemos a engaño, porque lo que existe en el fondo de la relación Estado-Servidor Público no es un contrato sino un vínculo que no teniendo carácter contractual nos lleva a ubicarlo dentro de los principios que conforman las relaciones estatutarias, es decir, producidas por leyes o estatutos.

2º) *Objeciones a esta doctrina.* —

Es indispensable analizar algunos de los aspectos que comprende el contrato de trabajo y hacer luego una comparación con la naturaleza

jurídica de la función pública que nosotros hemos aceptado —el acto de admisión— para que se vea cómo en aquélla sufren los principios del contrato variaciones tan esenciales y determinantes que nos hacen inclinarnos por conceptos desligados de los estrictamente contractuales. Examinemos, entonces, algunas de esas variaciones, por lo menos las que consideramos de mayor importancia.

a) *El Salario.* —

En primer lugar, el concepto que tradicionalmente reconocen la doctrina y las legislaciones de que "salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del contrato de trabajo" (artículo 162 del Código de Trabajo), sufre en materia de Administración Pública y sus relaciones con los servidores públicos una modificación sustancial. De ahí que haya necesidad de concebir, de captar, una definición especial del salario para esta clase de relaciones. Por otro lado, el salario no es, en materia de relaciones estatutarias, objeto de especial contratación y no lo puede ser porque el Estado debe velar, principalmente, al disponer de los fondos públicos, por el interés social y no por el interés particular del servidor. Si el Estado se obligara o estuviera obligado en virtud de un contrato de trabajo a pagar al servidor el mismo salario en todo tiempo y adquiriera responsabilidad al disminuirlo, muy graves consecuencias se producirían al régimen financiero del Estado, que debe acomodar sus gastos a las entradas que tuviere y cubrir las necesidades sociales de mayor importancia. Es precisamente en resguardo de este equilibrio financiero que el Poder Público se ve en la necesidad de dictar disposiciones terminantes en cuanto a las erogaciones que debe hacer en concepto de salarios para los servidores públicos. La Ley General de Presupuesto y la Ley de Administración Financiera de la República contienen reglas suficientes que nos pueden servir de ejemplo. El punto ha sido objeto de discusión en nuestros Tribunales de Justicia; se cita el juicio seguido por la señora Garnier Ugalde y otros contra el Estado, del que conociendo la Sala de Casación el recurso correspondiente, dictó a las 10 horas y 20 minutos del 6 de junio de 1950, la sentencia que en lo que nos interesa dijo:

"...es lo cierto que una indiscutible razón de orden superior del Estado, al promulgar la Ley de Presupuesto, puede variar las dotaciones de sus servidores conforme lo aconseje la realidad fiscal...", agregando más adelante que el salario no es materia de especial contratación entre el Estado y su servidor. Y en realidad, no puede ser el salario objeto de especial contratación por cuanto no existe entre ambas entidades ninguna relación contractual y porque los salarios de éstos se encuentran fijados en una ley especial, como es la Ley de Presupuesto. Recordemos que el artículo 180 de la Constitución Política dice que: "El presupuesto

ordinario y los extraordinarios constituyen el límite de acción de los poderes públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo".

Uno de los principios fundamentales en la legislación de trabajo es el del salario mínimo. En esta legislación se ha dicho que "Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo que cubra las necesidades normales de su hogar en el orden material, moral y cultural...". (artículo 177 del Código de Trabajo), pudiéndose pactar contractualmente un salario mayor. Este principio, conquista indiscutible de la clase trabajadora, sufre en las relaciones laborales originadas por el acceso a la función pública una variación sustancial. El artículo 11 de las "Disposiciones Generales" de la Ley de Presupuesto vigente, consigna lo siguiente: "Los sueldos correspondientes al detalle de la partida Sueldos Fijos, son máximos, pudiendo señalarse, dentro de la misma retribución, una suma inferior, atendiendo a las condiciones particulares de cada servidor, tales como eficiencia, antigüedad, etc.". Siendo, pues, salarios máximos los que fija el Estado a sus servidores, en qué pie queda entonces esta conquista de los salarios mínimos?; si bien es cierto que el artículo 178, in fine, del Código de Trabajo dice que el Estado y sus instituciones "harán anualmente en sus respectivos presupuestos las rectificaciones necesarias a efecto de que ninguno de sus trabajadores devengue un salario inferior al mínimo que les corresponda", también es cierto que debe acatarse siempre el principio de equilibrio fiscal y el principio constitucional del artículo 180 que señala los presupuestos ordinarios y extraordinarios como el límite de acción de los poderes públicos. No omito manifestar que este problema ha venido a quedar solucionado con la promulgación de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en octubre de 1957, que contempla una escala en las remuneraciones que comprende desde un mínimo a un máximo pasando por tres niveles diferentes.

b) *En cuanto a las causas que dan lugar al rompimiento del contrato de trabajo* —

Las diversas causales que en la empresa particular pueden dar lugar, por su incidencia violatoria de las disposiciones legales o contractuales, al rompimiento del contrato de trabajo, también soportan importantes variaciones en las relaciones entre el Estado y sus servidores, que nos inducen a creer con mayor seguridad en la no existencia de un contrato de trabajo en tales relaciones.

Dentro de tales variaciones se comprende la de que, con el objeto de garantizar el principio de la inamovilidad de los servidores, el Estatuto de Servicio Civil sustituye la facultad de dar por roto el contrato de trabajo consignada en la legislación laboral, por la de reclamar contra las disposiciones o resoluciones de los jefes cuando se alegue per-

juicio causado por ellas, siguiendo el trámite y llenando los requisitos señalados en los artículos 88 y siguientes y 77 y 81 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil. Se establece esta sustitución no porque se considere que en realidad entre el Estado y sus servidores hay un contrato de trabajo, sino una relación originada en la ley, que es ella misma, sea el Estatuto de Servicio Civil.

Este criterio de la sustitución, al que nos referiremos en líneas siguientes, ha sido acogido por nuestro Tribunal de Servicio Civil. Efectivamente, en resolución dictada a las 16 horas y 30 minutos del 10 de julio de 1957, en diligencias de ejecución de sentencias promovidas por Alicia Monge Rojas contra el Ministerio de Salubridad Pública, dijo lo siguiente: "Conforme lo dispone el artículo 43, párrafo primero, del Estatuto de Servicio Civil: "Los servidores públicos sólo podrán ser removidos de sus puestos si incurren en las causales que determina el artículo 81 del Código de Trabajo y 41, inciso d), de esta ley, o en actos que impliquen infracción grave del presente Estatuto, de sus Reglamentos, o de los Reglamentos Interiores de Trabajo respectivos". Viene a consagrar la regla precedente la inamovilidad de los servidores públicos de sus puestos, principio fundamental del régimen de Servicio Civil. Tiende esta teoría, esencialmente, a garantizar la eficiencia de la Administración Pública y a proteger a los servidores, manteniendo a éstos en sus cargos mientras no incurran en faltas que ameriten su destitución. Es así como, aplicando ese principio de la inamovilidad, sustituye el Estatuto de Servicio Civil, para los servidores que protege, la facultad de dar por roto el contrato de trabajo que en determinados casos concede a los trabajadores del Código Laboral, por la de reclamar contra las disposiciones o resoluciones de los Jefes cuando se alegue perjuicio causado por ellas..." (Considerando I).

Sin embargo, y a pesar de la autorizada opinión del Honorable Tribunal de Servicio Civil, creo que no hay tal sustitución; lo que ha ocurrido es que imbuídos como están nuestros jueces y legisladores de los principios del Derecho de Trabajo, aplican éstos a las relaciones estatutarias que se originan en el binomio Estado-Servidor Público. La facultad que concede el Estatuto de Servicio Civil y su Reglamento para reclamar contra las disposiciones o resoluciones de los Jefes cuando se alegue perjuicio causado por ellas, es exclusiva de la institución del Servicio Civil que no tiene nada que ver con contratos de trabajo o con sustituciones de premisas sentadas por éstos; el Estatuto viene a regular las relaciones del Poder Ejecutivo con sus servidores y en tal virtud sienta ese principio. De modo que siendo esta relación de origen estatutario y estando la legislación referente al Servicio Civil completamente desligada —aún cuando entre nosotros no lo esté por las razones que hemos dejado expuestas— de los principios del Derecho de Trabajo, no puede haber en aquélla ninguna sustitución de los postulados o facultades que se conocen en ésta. Esa aparente sustitución

viene, más bien, a corroborar que no existe en la relación Estado-Servidor Público ningún origen contractual de carácter laboral.

Lo anterior no implica, desde luego, que queremos desconocer que efectivamente haya entre el Estado y su servidor una relación de trabajo, pero lo que sí deseamos que quede claro es que esa relación de trabajo no es producto de un contrato sino de un cuerpo de leyes especial denominado Estatuto que viene a crear reglas especiales aplicables a esa relación. Tanto es así que aún el mismo principio laboral que establece la presunción del contrato de trabajo entre la persona que presta sus servicios y la que los recibe, no tiene aplicación en esta materia, por cuanto semejante presunción no puede darse nunca en razón de que para ser servidor del Poder Ejecutivo es necesario que expresamente se encuentre señalada en la Ley de Presupuesto la plaza que está ocupando o va a ocupar el servidor. Quedan a salvo, desde luego, los cargos que se puedan servir ad-honorem.

Los mismos elementos que señala Mario de la Cueva en la relación de trabajo, sean "a) Prestación de un servicio personal, pues se trata de la fuerza de trabajo de una persona, prestación que, consecuentemente, sólo podrá prestarse por el trabajador mismo. b) Pago de una retribución, como contraprestación por la energía de trabajo recibida. c) El trabajador pone su fuerza de trabajo al servicio de la empresa y, por tanto, en el desarrollo de su fuerza de trabajo, subordina su actividad a los fines de la empresa" (37), los encontramos también en las relaciones del Estado con sus servidores, pero como dijimos, no como integrantes de un contrato sino de una relación estatutaria.

3º) *Esta relación en nuestro Código de Trabajo*

A pesar de que el artículo 51, párrafo final, del Estatuto de Servicio Civil, dice que quedan derogadas "las disposiciones del Código de Trabajo o cualesquiera otras legales que se opongan a este Estatuto", es lo cierto que debió hacer derogatoria expresa de Título Octavo del citado Código, pues si ese Estatuto iba a regular las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, no había necesidad de conservar en el Código de Trabajo disposiciones que se referían a esas relaciones. Este error y el de tratar de aplicar los principios de éste a los servidores públicos cubiertos por el régimen de Servicio Civil, debe ser salvado, tanto porque como lo hemos demostrado no puede haber entre el Estado y el Servidor Público un contrato de trabajo, como porque la actividad administrativa está regulada por disposiciones especiales que nada tienen que ver con las de ese Código, si no es con carácter supletorio o para llenar lagunas que aquéllas han dejado.

(37) "Derecho Mexicano del Trabajo". Editorial Porrua S. A., México. Cuarta Edición. T. I. p. 494.

BIBLIOTECA
DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA



4º) *A quienes no se considera trabajadores del Estado* —

Hay algunos servidores a los que la ley no ha querido darles el carácter de trabajadores al servicio del Estado; son los que señala el artículo 579 del Código de Trabajo, que comprende a los militares, a los funcionarios electos por el Congreso, ni a quienes desempeñan puestos de elección popular, de dirección, de representación o de confianza. Este mismo artículo deja en manos de un Reglamento la enumeración precisa de estos casos de excepción. Tal enumeración es bastante extensa y se hace en 23 incisos que empiezan con cargos como el de Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros y Secretarios de Gobierno, para terminar "En todos los que sin relación de subordinación, reciban del Estado o de sus Instituciones subvenciones o auxilios, como funcionarios del Gobierno Eclesiástico, becarios, etc., asimismo aquellas personas que presten al Estado o a sus Instituciones, servicios profesionales o realicen trabajos no subordinados, conforme al derecho de trabajo". Este Reglamento es el Nº 8 del 11 de agosto de 1952.

El artículo 579 citado establece que: "Las personas que exceptúa el párrafo que precede no se regirá por las disposiciones del presente Código sino, únicamente, por las que establezcan leyes, derechos o acuerdos especiales", para agregar luego que "mientras no se dicten dichas normas, gozarán de los beneficios que otorga este Código en lo que, a juicio del Poder Ejecutivo, o en su caso, de los Tribunales de Trabajo, sea compatible con la seguridad del Estado y la naturaleza del cargo que sirven". Regla semejante consigna el artículo 2º del Decreto Ejecutivo Nº 8 del 11 de agosto citado, que es el Reglamento mencionado en el artículo 579 del Código de Trabajo.

5º) *Servidores que no se consideran incluídos en el Estatuto de Servicio Civil*

Además de los servidores citados en el punto anterior, que no se consideran trabajadores al servicio del Estado, hay en la Administración Pública algunos otros a quienes se excluye del régimen de Servicio Civil por razón del origen de sus nombramientos o por la naturaleza misma del cargo que sirven.

Entre tales puestos se cuentan, según el artículo 3º del Estatuto de Servicio Civil, reformado por Ley Nº 1918 del 5 de agosto de 1955, a) Los funcionarios de elección popular, en lo que concuerda con el Código de Trabajo que, como vimos, tampoco los considera servidores del Estado; b) Los miembros de la fuerza pública, o sea aquéllos que estén de alta en el servicio activo de las armas por la índole de las labores o funciones que ejecuten, excepto el personal de los Departamentos de Extranjeros y Cédulas de Residencia y Migración y Pasaportes y el personal de las Bandas Militares; y c) los funcionarios y empleados

que sirvan cargos de confianza personal del Presidente o de los Ministros. El artículo 4º hace enseguida una enumeración de los servidores que se considera ocupan cargos de confianza, señalando entonces a) Los Jefes de Misiones Diplomáticas y a los Diplomáticos en misión temporal; b) El Procurador General de la República; c) Los Gobernadores de Provincias; d) El Secretario y demás asistentes personales directamente subordinados al Presidente de la República; e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros; y f) Los Jefes Políticos y Agentes Principales y Auxiliares de Policía. También se exceptúa de las disposiciones del Estatuto de Servicio Civil, en su artículo 5º, a una serie bastante grande de servidores, como son: a) El Tesorero Nacional; b) El Subtesorero Nacional; c) El Jefe de la Oficina de Presupuesto; d) Los trabajadores pagados por el sistema de planillas; e) Los trabajadores que presten servicios interinos u ocasionales o servicios técnicos en virtud de contrato especial; f) Los que reciban pago en concepto de servicios profesionales temporales o de otros trabajos realizados sin relación de subordinación; g) Los médicos que presten el servicio social de que habla el Artículo 66 del Código Sanitario; y, h) Los maestros de enseñanza primaria aspirantes (Artículo 101 del Código de Educación) y los profesores de segunda enseñanza interinos o aspirantes (Artículo 280 del Código de Educación).

Estas excepciones que hace el Código de Trabajo y el Estatuto de Servicio Civil respecto a considerar que ciertos servidores no lo son del Estado ni se encuentran incluídos dentro del régimen de Servicio Civil, ha producido una injusta situación en cuanto a todos ellos, pues se deja en manos del Poder Ejecutivo, o en su caso, de los Tribunales de Trabajo, el aplicar los beneficios que reconoce el Código de Trabajo en todo aquello que sea compatible con la seguridad del Estado y la naturaleza del cargo que sirven, con las consiguientes molestias para dichos servidores cuando los encargados de aplicar tales disposiciones no son lo suficientemente honrados. Más justo me parece haber dedicado a toda esta serie de servidores un capítulo especial dentro del Estatuto de Servicio Civil en los casos dichos, en los que se consignaran los derechos y deberes que les correspondían: de este modo pudo haberse puesto orden en una materia confusa y desordenada en vista de la necesaria unidad de disposiciones legales a ellos aplicables.

Agreguemos que bien pudo haberse solucionado la ambigua situación en que se encontraban esos servidores, dictando en su provecho las "reglas especiales" a que alude el artículo 579 del Código de Trabajo y el Decreto Ejecutivo Nº 8 citado. Esta omisión ha producido, ha originado entre nosotros una pugna entre los principios que alientan la Institución de Servicio Civil y los de la legislación laboral, cosa desde todo punto de vista anómala, pues si había necesidad y posibilidad de apartarse de los postulados de ésta, así debió hacerse y a lograrlo deben poner todo su empeño nuestros legisladores.

El ideal sería que se dejara al Código de Trabajo la regulación de las relaciones laborales entre la empresa privada y el trabajador particular y al Estatuto de Servicio Civil, las relaciones del Estado con sus servidores, sean o no militares, empleados o no de confianza, maestros aspirantes o interinos, médicos en el servicio médico sanitario, empleados pagados por el sistema de planillas, etc.

6°) *Nuestra Posición.* —

Expuestas así, a grandes rasgos, todas las teorías y doctrinas que se han creado con el propósito de explicar la naturaleza jurídica de la función púbica, la que más poderosamente nos llama la atención es la que considera que dicha relación tiene un origen estatutario y que su fundamento jurídico es el acto de admisión.

En realidad, las teorías del derecho privado no pueden ser tomadas en cuenta para explicar esta naturaleza. Y no lo pueden ser por cuanto el Derecho Público es el que regula la actividad del Poder Administrador y ya sabemos que estas relaciones caen dentro de la esfera del Derecho Público.

Los fines superiores que debe satisfacer el Estado, el cual debe buscar siempre la satisfacción de las necesidades colectivas con perjuicio, a veces, del interés de los particulares, hace necesario que los derechos y prerrogativas de los servidores públicos cedan en algo en favor del interés social. La maquinaria estatal y la satisfacción de las necesidades públicas no pueden detenerse por el simple hecho de que el Estado deba atender con preferencia el interés del servidor frente al interés social únicamente porque se haya obligado mediante un contrato a guardar en sus relaciones con aquél el más venerable respeto.

Hay que tomar en cuenta, sin embargo, que no puede el Estado actuar arbitrariamente en sus relaciones con los servidores que le prestan sus fuerzas de trabajo mediante una remuneración; las mismas leyes que ha dictado, vienen a limitar cualquier desmán por parte de Estado que viole, con desconocimiento absoluto de las leyes, los derechos que en éstas ha consagrado en favor desde luego, de sus súbditos.

Es innegable, entonces, que esta relación no tiene jurídicamente ningún origen contractual; que éste se encuentra en un Estatuto especialmente dictado para regularla, para cubrirla en todas sus facetas.

En todo caso, el perfeccionamiento de esas importantes relaciones, que trasluce también el mejor ordenamiento de la sociedad, sólo puede conseguirse aplicando la ley con el criterio más justo que la Providencia ha puesto en los hombres encargados de impartir justicia aquí en la Tierra.

# DIFERENCIAS FUNDAMENTALES ENTRE LAS RELACIONES LABORALES DE LA EMPRESA PRIVADA Y LA ADMINISTRACION PUBLICA

| CODIGO DE TRABAJO<br>y Leyes Conexas | ESTATUTO DE SERVICIO CIVIL<br>Su Reglamento y Leyes Conexas |
|---|---|
| **Patrono — Trabajador** | **Servidor — Estado** |
| Naturaleza jurídica de la relación: Contractual. | Naturaleza jurídica de la relación: Estatutaria. |
| Supremacía del interés del trabajador sobre el interés del patrono; por ser un Derecho clasista, trata de compensar, favoreciendo al trabajador, la supremacía que por su poder económico ejerce el patrono, dictando mayores medidas de protección para aquél. | Supremacía del interés social sobre el interés del servidor. |
| Objeto primordial de la actividad: el lucro. | Objeto primordial de la actividad: Prestar servicios a la comunidad. |
| No modificación unilateral de las condiciones del contrato. | Modificación unilateral por parte del Estado de las condiciones de la relación. |
| Las violaciones a lo pactado, dan lugar al rompimiento del contrato por cualquiera de las partes. | Las violaciones a las condiciones de la relación por parte del Estado, sólo dan lugar a reclamación. |
| Salarios mínimos. | Salarios máximos. |
| El proceso de la producción tiende a la riqueza. | El proceso de la producción tiende a prestar servicios para satisfacer necesidades; no a la riqueza. |

# BIBLIOGRAFIA

"NOCIONES FUNDAMENTALES DE RELACIONES PUBLICAS", Mario Arocha y Eric Carlson. — Editado por la ESAPAC, 1956.
"LOS DERECHOS DEL HOMBRE, DEL CIUDADANO Y DEL ESTADO", Angel Ossorio y Gallardo. — Editorial Claridad, 1ª Edición, julio de 1946.
"DERECHO ADMINISTRATIVO", Gabino Fraga. — Editorial Porrua, S. A., 5ª Edición, México.
"TEORIA GENERAL DEL ESTADO", Georg Jellinek. — Editorial Albatros.
"TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO", Enrique Sayagués Laso. — Editorial Martín Bianchi Altuna, Montevideo, 1953.
"DERECHO ADMINISTRATIVO", Carlos García Oviedo. — Distribuidor EISA, Volumen I, 4ª Edición, 1953.
"PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO", (Parte General), — Ernesto Martín. — Editorial Trejos Hnos., 1934.
"TEORIA GENERAL DEL DERECHO", Francisco Carnelutti. — Editorial Revista de Derecho Privado.
"DERECHO ADMINISTRATIVO", Ludwig Spiegel. — Editorial Labor S. R., Barcelona, 1933.
"PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO", Gastón Jéze. Editorial de Palma, Tomo 4.

FOLLETOS:

Primer Seminario de Administración de Personal, editado por la Dirección General de Servicio Civil. 1956.
Curso de Derecho Administrativo, Texto de Estudio en la Facultad de Derecho, elaborado por el Lic. Paúl Chaverri, 1949.
Curso de Derecho de Trabajo, Texto de Estudio en la Facultad de Derecho, elaborado por el Lic. Otto Fallas M., 1954.
Curso de Derecho Administrativo (Primer Curso), Texto de Estudio en la Facultad de Derecho, elaborado por el Lic. Ismael Antonio Vargas B.

LEYES, REGLAMENTOS Y DECRETOS:

Constitución Política de Costa Rica de 1871.
Constitución Política de Costa Rica de 1949.
Código de Trabajo.
Código Penal.
Ley de Extranjería y Naturalización.
Ley Orgánica del Poder Judicial.
Ley de Administración Financiera de la República.
Ley de Presupuesto General Ordinario de 1957.
Estatuto de Servicio Civil.
Reglamento del Estatuto de Servicio Civil.
Decreto Ejecutivo Nº 8 de 11 de agosto de 1952.

OTRAS FUENTES DE INFORMACION:

Colección de Sentencias del Tribunal de Servicio Civil.
Colección de Sentencias de la Sala de Casación. Primer semestre de 1950.
Gaceta Nº 154 de 11 de julio de 1956.
Archivos de la Dirección General de Servicio Civil.

# RELACIONES DEL PODER EJECUTIVO CON EL PODER LEGISLATIVO EN LA CONSTITUCION POLITICA DE COSTA RICA

A propósito de un conflicto planteado en Costa Rica entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, el Decano de la Facultad de Derecho, Lic. Rogelio Sotela Montagné, organizó en el Paraninfo de la Universidad una Mesa Redonda sobre el tema arriba indicado, comprendiendo los siguientes puntos:

a) La iniciativa en la formación de las Leyes.
b) Presentación y retiro de proyectos.
c) Efectos jurídicos derivados de esas actuaciones.

El acto se llevó a efecto el día 6 de agosto de 1958.

Solicitamos a los señores Profesores que participaron en la Mesa Redonda una reconstrucción de las ideas expresadas. Seguidamente ofrecemos el texto resumido de tres de esas intervenciones.

---

**LIC. ISMAEL ANTONIO VARGAS BONILLA**

(Profesor de Derecho Constitucional)

La única circunstancia de ejercer actualmente la cátedra de Derecho Constitucional en la Escuela de Derecho, me ha dado la honrosa oportunidad de presentarme en este "Forum" ante compañeros de muchísimos merecimientos, y ante un auditorio tan distinguido, a hacer una presentación, lo más general posible, del tema, sin sentar conclusiones, como bien lo dijo el Licenciado Sotela, porque lo que más importa es el planteamiento de los diversos aspectos y el análisis de las diferentes situaciones que este tema pueda despertar.

La importancia jurídica de un delineamiento claro de las relaciones entre los Poderes que forman el Gobierno, y también entre éstos y las demás Instituciones que contribuyen a su ejercicio, es indiscutible; sin embargo ocurre a veces, que el constituyente o el legislador, al crear las

normas generales se desentienden de aquellos detalles considerándolos quizás de menor importancia, y en un momento dado, cualquier desequilibrio en esas relaciones viene a producir la pérdida de la armonía política, lo que deriva a su vez hacia la descomposición del orden social.

El problema de las relaciones entre los Poderes, especialmente entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, es un tema central del Derecho Constitucional y de la Ciencia Política, pero en detalles o aspectos como los que van a importar principalmente en el desarrollo de este tema, poca doctrina se ha dado, quizá porque, por tratarse de materia de alguna flexibilidad, ha preferido el constituyente esperar a que las legislaciones positivas o el derecho objetivo vayan estableciendo esas regulaciones. Concretando pues, la exposición a las relaciones entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, vale decir, entre Parlamento y Gobierno, podemos adoptar una clasificación tomando o considerando dos sistemas principales, que admiten sub-clasificaciones.

El primero, que podemos llamar de confusión de potestades admite la subclasificación de *absoluta* y *relativa*. *La confusión absoluta de potestades* implica la concentración en un solo órgano de las funciones políticas, y puede decirse que fue siempre o ha sido siempre la que caracteriza a los gobiernos absolutos, a las monarquías absolutas, y también ha caracterizado, en la época neocontemporánea a las dictaduras, a los sistemas totalitarios. Sin embargo, puede destacarse una nota singular: la disposición que contiene la Constitución del Estado de la Ciudad del Vaticano, que establece en el Soberano Pontífice el ejercicio pleno de los tres Poderes, reunidos todos en su persona.

La *confusión relativa de potestades,* responde a aquel sistema en que se da la presencia de los dos órganos, Legislativo y Ejecutivo, pero éste debe obrar o actuar bajo los impulsos y las orientaciones del primero. Ha sido denominado también Sistema de Convención o de Asamblea, porque, aunque existe el Poder Ejecutivo, éste se limita a ser un mero ejecutor, un órgano ejecutor de las decisiones que tome el Legislativo. Tal sistema se dio en algunas Constituciones alemanas de postguerra y se practica actualmente en Suiza, en donde el Poder Ejecutivo está compuesto o integrado por siete miembros, que forman un Ejecutivo Colegiado, designados por la Asamblea Federal y cuyas atribuciones o cuya competencia se limitan a ejecutar las decisiones que toma la Asamblea Federal Suiza.

El otro sistema definido podemos denominarlo de *separación de potestades,* sub-clasificado en rígida y flexible, esta última también llamada de colaboración. El sistema de *separación rígida de potestades* es aquel en que los poderes Ejecutivo y Legislativo reciben de la Constitución el conferimiento del ejercicio de una función, pero sólo de esta función. En ningún caso pueden interferir el ámbito de competencia del otro Poder. No hay un ejemplo completamente definido en este tipo, pero puede señalarse el de los Estados Unidos como el más aproximado. En los Estados Unidos, por ejemplo, el Poder Ejecutivo no tiene en

ningún caso el ejercicio del derecho de iniciativa en los proyectos de leyes y las relaciones que se producen entre ambos poderes son más bien de orden indirecto, aunque como antes expuse, no se da en una forma pura el sistema ya que hay algunas modalidades peculiares en el sistema de los Estados Unidos que le dan características muy especiales.

Y finalmente, el sistema de *separación flexible de potestades* o de *colaboración de poderes.* Este sistema supone tres ideas principales. Una, en su base, la distinción de los atributos de la soberanía cuyo ejercicio se confiere a distintos titulares, en este caso al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. En segundo término, a diferencia de la separación rígida, en este sistema los poderes no están exclusiva y rigurosamente especializados en sus funciones. Y finalmente, las relaciones entre ambos poderes se dan tanto en las funciones como en el recíproco control.

Dentro de este planteamiento, muy general, podríamos ubicar la organización o la relación entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en Costa Rica como más próximo al último sistema mencionado, el de la separación flexible o de colaboración de poderes, pero con algunas características del Sistema de separación rígida. En Costa Rica puede decirse que el ejercicio de la soberanía, o más bien, la representación de la soberanía está asignada a ambos Poderes. Partiendo del concepto integral del Gobierno, que fija el artículo 9º de la Constitución, puede afirmarse que los dos Poderes propiamente políticos son el Legislativo y el Ejecutivo. El artículo 105 de la Constitución establece que la potestad de legislar *reside en el pueblo,* el cual la delega por medio del sufragio en la Asamblea Legislativa. Y el 121 ibídem, desenvuelve plenamente la función Legislativa de este cuerpo. El artículo 130 expresa que el Poder Ejecutivo lo ejercen *en nombre del pueblo* el Presidente y los Ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores. Otras disposiciones complementan este principio. La facultad, la atribución de dictar las leyes, reformarlas, derogarlas, y darles interpretación auténtica es exclusiva de la Asamblea Legislativa. El Poder Ejecutivo, en ese carácter representativo de la soberanía ejerce la iniciativa en la formación de las leyes; participa, por medio de los Ministros, en la discusión de los Proyectos de Ley y está facultado para ejercer el derecho de Veto. Por otra parte, el Presidente de la República representa a la Nación en los actos de carácter oficial. Se observa pues, que este elemento representativo de la soberanía se da perfectamente en la organización de poderes de nuestra Constitución Política. Igualmente puede decirse, que no existe una especialización rigurosa de funciones entre los Poderes. La Asamblea hace nombramientos, ejerce jurisdicción con respecto a los fueros judiciales de los miembros de los Supremos Poderes, y realiza actos materiales. El Poder Ejecutivo dicta reglamentos, produce resoluciones y ejecuta leyes. De tal modo que, en la interdependencia en que se encuentran, ninguna de las funciones en su totalidad pertenece a los respectivos Poderes. Por último, las relaciones entre éstos se producen, conforme al planteamiento de ese sistema, dentro de una recíproca vigilancia y a la vez en

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA



un gran campo de colaboración de funciones como veremos adelante.

Ahora bien, concretando la exposición a uno de los aspectos de colaboración entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, como es la iniciativa en la formación de las leyes, podemos aceptar el concepto que de *la iniciativa* dan casi todos los tratadistas y que se encuentra también en los Diccionarios de Derecho usuales, a saber: la facultad de presentar proyectos de ley para que se discutan y sean aprobados. Es una definición o un concepto simple, pero en la realidad constitucional no tiene, no puede tener, otros alcances. La iniciativa llega hasta la presentación. En Costa Rica la iniciativa cabe clasificarla en dos categorías: directa e indirecta. Gozan, y tienen el ejercicio de la iniciativa directa el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo por medio de sus Ministros. El Poder Legislativo, según el artículo 123 de la Constitución, en el período de sesiones ordinarias. El Poder Ejecutivo en éste, en el de sesiones extraordinarias, y exclusivamente respecto a la presentación de los proyectos de presupuestos ordinarios y extraordinarios del Estado. Por otra parte, algunas entidades gozan por ley de la iniciativa indirecta. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, según el artículo 71, inciso 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tiene la facultad de presentar (dice ese artículo) a los Poderes Legislativo y Ejecutivo los proyectos de ley y las reformas necesarias para mejorar la administración de justicia. Pareciera en este caso, excesiva la extensión que se hace de esa facultad para presentar proyectos al Poder Legislativo, salvo que se haga, por medio de la aceptación de uno de los diputados; por lo que conviene entender que el medio que tiene la Corte Suprema de Justicia para presentar sus proyectos a la Asamblea es el Poder Ejecutivo. Las Instituciones Autónomas tienen también, conforme a las Leyes Orgánicas que las rigen, la facultad de proponer, por medio del Poder Ejecutivo, las reformas que consideren convenientes al desarrollo y cumplimiento de sus fines.

Pues bien, la formación de las leyes comienza por el ejercicio de la iniciativa, es decir, por la presentación del proyecto. De ahí en adelante, puede afirmarse que nace el procedimiento parlamentario, nace el procedimiento legislativo. Entonces surgen varias preguntas: dentro del ejercicio de la potestad legislativa, regulada por un procedimiento especial, que en nuestra Constitución está autorizada la Asamblea Legislativa para dictarlo, la presentación de proyectos determinará, cualquiera que sea su origen, la "canalización" necesaria y obligatoria de esos proyectos dentro de aquel procedimiento, sin restricciones ni limitaciones? Es decir, puede el proponente retirar el proyecto de ley que ha presentado, cuando ya éste ha sido incluído en la Orden del Día, y por lo tanto, podría considerarse como propio de la función legislativa y como "canalizado" dentro del procedimiento parlamentario? El carácter de co-legislador que se le atribuye al Poder Ejecutivo, le da la facultad de retirar un proyecto? Cabe al respecto establecer algunas observaciones.

En realidad, de acuerdo con nuestra Constitución, las potestades públicas están básicamente deslindadas. El artículo 9º de la Constitución establece que el Gobierno de la República lo ejercen tres poderes distintos e independientes y agrega al final que ninguno de ellos puede delegar en otro funciones que le son propias. Y si se complementa esa disposición de carácter general, con la que define cada una de las funciones, según quedó expuesto anteriormente y señalado en los artículos 105, 121, 130, 139 y 140 constitucionales, se concluye en que esas potestades están completas y bien definidas en la Constitución, en lo esencial. Siendo además que, por tratarse de competencias, no podría admitirse que un Poder, al que no corresponde directa y propiamente una función, pueda intervenir en esa función que es de otro Poder sin que expresamente esté autorizado por la Constitución.

En cuanto al retiro de proyectos de ley por el Poder Ejecutivo, es cierto que en la Carta Política no se da ninguna disposición prohibitiva expresa, pero también lo es que no existe ninguna norma expresa que autorice tal intervención. Si la potestad legislativa, básicamente, reside sólo en la Asamblea Legislativa, debe haber facultades expresas en la Constitución para que otro Poder pueda intervenir en los trámites, en la formación de las leyes, puesto que con base en la teoría de la Competencia ésta deba ser siempre expresa, y no cabe presumir su existencia donde no hay disposición concreta que la consigne. Así, el Poder Ejecutivo puede presentar proyectos, intervenir por medio de los Ministros en las discusiones, sancionar, promulgar y vetar las leyes, en virtud de facultades expresas dadas por la Constitución. Dentro de esta realidad, pueden señalarse varias diferentes situaciones, a saber: durante las sesiones ordinarias, en que ambos poderes participan de la iniciativa en la formación de las leyes, no parece que pueda aceptarse el ejercicio de la facultad de retirar proyectos por el Poder Ejecutivo cuando éstos ya han sido encauzados formalmente dentro del procedimiento parlamentario. Veremos más adelante, que si la ley llegase a resultar defectuosa o inconstitucional, la misma Constitución ofrece los correctivos adecuados. Pero en cambio, si se admitiera que el Poder Ejecutivo tiene el ejercicio pleno de la facultad de retiro de proyectos de ley, sin que exista ninguna restricción por parte de la Asamblea, podría darse el caso de que el Poder Ejecutivo hiciera nugatoria la labor de la Asamblea. En un momento de desequilibrio político, el Poder Ejecutivo podría llenar de proyectos a la Asamblea Legislativa, esperar que los tramite, y antes de que los apruebe en el tercer debate, proceder a retirarlos. Pues ni siquiera sería válido el motivo que pueda aducir el Poder Ejecutivo para retirar un proyecto, de que éste contiene errores, porque para el caso no faltan soluciones en la Constitución y dentro del trámite de las leyes, como podría ser la intervención del propio ministro en los debates o el acercamiento a la labor de la Comisión que prepara el dictamen, etc. En segundo término, puede ocurrir que en sesiones ordinarias el Poder Ejecutivo presente los Proyectos que, por su medio, han llevado la Cor-

te Suprema de Justicia o las Instituciones Autónomas. En esta situación, aunque el ejercicio formal de la iniciativa se mantiene en el Poder Ejecutivo, el origen del proyecto es otro y el interés que envuelve también es distinto. Y sin embargo, si se admitiera que la iniciativa involucra la facultad de retiro, el Ejecutivo podría hacerlo con estos proyectos que ni siquiera ha elaborado, sino que simplemente se ha limitado a presentar.

Examinemos ahora el caso de los proyectos presentados durante las sesiones extraordinarias. Según el artículo 118 de la Constitución corresponde al Poder Ejecutivo exclusivamente la convocatoria a sesiones extraordinarias, con la circunstancia limitativa de que en esas sesiones sólo pueden conocerse lo proyectos sometidos por el Poder Ejecutivo, salvo el nombramiento de funcionarios que corresponda hacer a la Asamblea o las reformas legales necesarias en los asuntos confiados a su conocimiento. En este lapso de sesiones podría pensarse que la exclusividad de la atribución del Poder Ejecutivo le da margen suficiente y validez a la facultad de retirar los proyectos que ha presentado. Pero en contrario podría argumentarse que contra leyes expedidas en sesiones extraordinarias cabe también el veto como uno de los correctivos, o cabe cualquiera de los otros correctivos, porque para ello no hay limitación ninguna en la Constitución.

Tratándose de presupuestos, es decir en materia presupuestaria, conforme lo expresa el artículo 178 de la Constitución, es una facultad exclusiva del Poder Ejecutivo presentar esos proyectos. Y existe además la circunstancia de que la propia Constitución suprime el ejercicio del derecho de veto del Poder Ejecutivo contra el *Proyecto de Presupuesto Ordinario de la República*. Es en este caso, quizás el único, en que sería aceptable la potestad irrestricta del Poder Ejecutivo de retirar un proyecto cuando pueda aducir errores o defectos justificados, porque, en esta situación, no existe la posibilidad del recíproco control. Sin embargo, también puede sostenerse la tesis contraria, de que, si precisamente la Constitución suprimió el veto contra este tipo de leyes, lo que quiso es preservar la potestad soberana de la Asamblea en materia tan importante, como es la fijación de los ingresos y de los gastos públicos. Y entonces, el retiro de un proyecto de presupuesto Ordinario por el Poder Ejecutivo, cuando ya está en trámite, en cierto modo equivale a vetarlo, puesto que al devolverlo lo hará con modificaciones. Además, la intervención de la Asamblea en materia presupuestaria, no es meramente formal, como algunos sostienen; la atribución constitucional es categórica en cuanto a que la Asamblea es la que dicta los presupuestos de la República, correspondiendo al Poder Ejecutivo sólo su preparación y presentación.

Si se trata de Presupuestos Extraordinarios, quizás por omisión del constituyente, puede afirmarse que no hay limitación ninguna en la Constitución para oponer contra ellos el veto. Me atrevo a decir, que aún en la ampliación del presupuesto ordinario cabría un veto del Poder Eje-

cutivo, porque la única excepción, en forma individualizada, de modo muy concreto, que la Constitución establece dentro del sistema de veto, es respecto al proyecto de Presupuesto Ordinario de la República. La ampliación del mismo presupuesto ordinario no es el *proyecto* de que habla la disposición constitucional, contra el que no procede veto; y aunque, en esencia, constituye parte de la ley de presupuesto ordinario, no es el proyecto mismo.

En realidad, puede afirmarse, para concluir este punto, que la facultad de retiro de proyectos de ley por el Poder Ejecutivo, puede ejercerse de modo relativo, es decir, que por tratarse precisamente de la intervención del Poder Ejecutivo en la esfera del Poder Legislativo, debe estar el ejercicio de esta facultad condicionado a la aceptación de la Asamblea Legislativa, porque se supone que las relaciones entre ambos poderes han de transcurrir dentro de situaciones lógicas y normales y no va a mediar, por ejemplo, el simple capricho de un Poder, para oponerse al retiro de un proyecto que está debidamente justificado. Pero aún en el caso de que se llegara a adoptar un procedimiento legislativo absoluto, impidiendo al Poder Ejecutivo ese retiro, quedan los correctivos, los remedios constitucionales, para esta situación. En la formación de las leyes los Ministros tienen participación, pueden concurrir, en cualquier momento, con voz pero sin voto, a las deliberaciones de la Asamblea. Y lo deberán hacer cuando ésta expresamente lo requiera. En esas circunstancias, los Ministros pueden influir decisivamente en la elaboración de la ley, y sería una oportunidad muy importante la que los Ministros aprovecharían para corregir cualesquiera defectos que un proyecto de ley contuviese.

Ahora bien, suponiendo que se adoptara un sistema de la separación absoluta de Poderes, en cuanto a este punto de retiro de proyectos de ley, declarando inhibido al Poder Ejecutivo para hacerlo; y aceptando también que un proyecto de ley saliera del seno del Poder Legislativo, con errores, entonces surge la aplicación, dentro de un planteamiento doctrinario, de la teoría sobre los errores parlamentarios y los posibles remedios que se adopten. Al respecto se dan varios casos: que un Proyecto de Ley no contenga errores, pero que en cambio el texto aprobado no coincida con la intención o con el pensamiento del legislador. Por ejemplo, la utilización de un término erróneo o indebido, o poco claro, o la omisión de una palabra que altere el sentido esencial del proyecto de ley. En este caso, la doctrina y las legislaciones positivas, aconsejan, como correctivo, la interpretación auténtica de la ley, en el caso, desde luego, de que en la exposición de motivos por lo menos, aparezca esa omisión o la utilización de una palabra diferente, o cualesquiera otros defectos. Otro caso sería el de un Proyecto de Ley que tenga plena coincidencia entre el texto y el pensamiento del legislador, pero que, al tramitarse, se hubieran violado disposiciones constitucionales de procedimiento. Por ejemplo, la inobservancia de quórums, la aprobación en menor número de debates del que la Constitución establece, la

omisión de cualquiera de los otros requisitos reglamentarios constitucionales. En este caso, la ley es indudablemente inconstitucional, y quizá no existe la posibilidad de un correctivo, porque la jurisprudencia de casi todos los países ha venido uniformando criterio en el sentido de que la Corte Suprema de Justicia no puede entrar a conocer sobre la regularidad o irregularidad extrínseca de las leyes, debiendo limitarse, simplemente, a calificar su legitimidad intrínseca. En ese sentido, creo que hasta la doctrina francesa de los últimos años, ha llegado a adoptar tal criterio, y cabe aceptar entonces que la ley así emitida no tendría otro medio de corregirse que una reforma por la propia Asamblea o bien, cuando el defecto puede subsanarse, antes de que se apruebe en último debate, devolverse al trámite equivocado o defectuoso y reponer los trámites que faltan después de la corrección.

Finalmente, estaría el caso de un error parlamentario de fondo, la violación de una disposición constitucional por la ley, que todos sabemos tiene una vía especial para declarar su inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, y que en nuestra Constitución, además, se anticipa la corrección con un trámite especial que se ha puesto en manos de la Corte Suprema de Justicia, cuando en un veto fundado en razones de inconstitucionalidad la Asamblea no acepta esas razones.

En esta forma, muy pobre, y seguro muy tediosa, espero haber esbozado el tema y presentado algunas situaciones, que de su desarrollo surgen, y aunque he hecho algunas afirmaciones, no he pretendido darles un valor definitivo, sino simplemente he ofrecido a la consideración de mis distinguidos compañeros esos puntos para que los discutamos.

---

**LIC. FABIO FOURNIER JIMENEZ**

(Profesor de Derecho Internacional Público)

Señor Decano,

Señores Visitantes,

Señores Profesores,

Señoras y señores.

He oído con gran interés las exposiciones anteriores y como comentario a ellas debo manifestar, en primer lugar, que fui uno de los miembros de la Facultad que miró con aprensión la convocatoria hecha por el señor Decano para discutir en la Facultad de Derecho el tema que

nos ocupa, por las implicaciones de carácter político que esta discusión pudiera producir en nuestra casa de enseñanza.

Sin embargo, accedí a participar en el debate en vista de que el Lic. Sotela me hizo saber que era su intención evitar que la discusión del punto jurídico derivara hacia el campo de lo político, y que con esa misma intención había decidido que esta Mesa Redonda se limitara a la exposición de las distintas tesis, prescindiendo de adoptar conclusiones de ninguna especie. He de confesar que mis temores resultaron infundados y que la actitud del señor Decano ha sido sumamente acertada, pues el debate ha discurrido en un plano elevado y exclusivamente tecnico. Esto revela que con acertada dirección pueden discutirse en nuestra Facultad toda clase de temas jurídicos, sin que el análisis de los mismos se vea perturbado por las pasiones partidistas.

Refiriéndome concretamente a la exposición hecha por nuestro compañero, Lic. don Ismael Vargas, debo manifestar que encuentro correcta la exposición de la historia del asunto, pero que no estoy de acuerdo con algunos puntos importantes del planteamiento jurídico que él ha hecho del problema, por las razones siguientes:

El Lic. Vargas Bonilla ha sentado las premisas de que la iniciativa en la formación de las leyes, que corresponde por igual a los poderes Legislativo y Ejecutivo, consiste exclusivamente en la facultad de presentar proyectos de ley para su discusión y aprobación; que entendida así la iniciativa, ella termina con la presentación de los proyectos de ley a la Secretaría de la Asamblea. No puedo estar de acuerdo con el criterio del Lic. Vargas porque él analiza la iniciativa con un criterio limitativo al extremo, que para mí no tiene respaldo en la Constitución Política de la República, ni en la teoría del Derecho Constitucional ni en los precedentes que encontramos en países que, por la seriedad de sus instituciones, podemos tomar como ejemplos en la materia.

Yo creo que el Lic. Vargas confunde los términos "iniciativa" e "iniciación", y que esa confusión no cabe ni desde el punto de vista gramatical ni desde el punto de vista jurídico. Si el Constituyente del año 49 hubiera querido decir que la participación del Poder Ejecutivo en la formación de las leyes se limitaba a los actos de preparar y enviar proyectos a la Asamblea, habría dicho que ese Poder tenía la facultad de "iniciación" o "propuesta" de las leyes, con lo cual habría quedado excluído cualquier otro acto tendiente a activar la tramitación de los proyectos de ley hasta la aprobación o improbación por la Asamblea.

Pero el Constituyente no recurrió a ninguno de esos términos; sólo usó la palabra "iniciativa" y entonces debemos hacer el análisis gramatical de lo que por tal se entiende en la Lengua Castellana.

En el Diccionario de la Real Academia encontramos que "iniciativa es el derecho de hacer propuesta, el acto de ejercer ese derecho". También define la iniciativa como la "acción de adelantarse a los demás

en hablar u obrar". Ahora bien, si el Ejecutivo tiene el derecho de proponer, también le asiste, —de acuerdo con los principios generales del Derecho de sobra conocidos para extendernos esta noche sobre el particular,— la facultad de retirar su propuesta mientras no haya sido aceptada. Y si la iniciativa le corresponde en forma exclusiva al Poder Ejecutivo nadie, ni aun otro Poder del Estado, puede apoderarse de aquella iniciativa para llevarla adelante si el Ejecutivo desiste de ella.

Si iniciativa es, de acuerdo con la acepción gramatical de la palabra, un derecho de proponer, como tal derecho puede ser renunciado por el titular, que en el caso concreto es el Poder Ejecutivo. Y de sobra sabemos los abogados que la facultad de renunciar un derecho no puede serle discutido a quien lo posee.

La última acepción que da la Real Academia al término "iniciativa" aclara que quien tiene tal derecho tiene también la "acción para adelantarse a los demás en hablar u obrar". Es, pues, un derecho exclusivo de gestionar que no puede serle disputado ni obstaculizado a quien lo ejerce. Es así, como en ejercicio de ese derecho, el Ministro del Ramo, en representación del Ejecutivo, puede presentarse, cuando lo tenga a bien, a gestionar la aprobación de la ley propuesta. Así lo dispone el Artículo 145 de la Constitución Política, que a la letra dice:

"Los Ministros de Gobierno podrán concurrir en cualquier momento, con voz pero sin voto, a las sesiones de la Asamblea Legislativa, y deberán hacerlo cuando ésta así lo disponga".

En ese caso la acción del Ejecutivo no ha sido limitada exclusivamente a la iniciación o proposición de la ley sino que se ha extendido a los debates de la Asamblea en que se conoce de la ley para decidir sobre la aprobación o improbación.

Con tal criterio, que por ser el que se ajusta al sentido gramatical de las palabras, debe ser el único que puede concebirse en la Constitución, queda establecido que en aquellos casos de proyectos de leyes cuya iniciativa corresponde exclusivamente al Poder Ejecutivo sólo este puede proponerlos y "obrar" para conseguir la aprobación de los mismos. En otras palabras, cuando la Constitución dice que sólo el Ejecutivo tiene la iniciativa de determinadas leyes deja establecida la facultad exclusiva para ese Poder de propugnar la aprobación de las mismas y, consiguientemente la facultad derivada de suspender y aún de retirar su iniciativa cuando así estimare conveniente a los intereses de la nación.

No debe olvidarse que el Constituyente del año 49, informado de los más modernos conceptos del Derecho Constitucional, consideró que en materia de presupuestos es el Poder Ejecutivo el mejor informado de las necesidades de la Administración Pública; y que, por lo tanto, debe reservarse a ese Poder, en forma exclusiva, la facultad de gestionar la adopción de presupuestos extraordinarios para atender necesidades pe-

rentorias del Estado, debiendo indicar las rentas con que han de ser cubiertos los gastos señalados en dichos presupuestos.

En Francia el asunto ha sido ampliamente estudiado y resuelto de acuerdo con las ideas que dejo expresadas. Para confirmar mi dicho me voy a permitir leer algunos párrafos de la obra "Elementos de Derecho Constitucional Francés", edición de 1918, del Profesor Esmein de la Facultad de Derecho de París. Esos párrafos dicen lo siguiente:

"La iniciativa de las leyes pertenece al mismo tiempo al Presidente de la República y a los miembros de las dos Cámaras. Los actos por los cuales el Presidente de la República ejerce este derecho llevan, en la práctica, el nombre de proyectos de leyes... El proyecto de ley es, en derecho, un acto presidencial no un acto del Ministro que lo deposita... Contenido en un decreto presidencial él no puede ser retirado más que por un nuevo decreto presidencial presentado ante la Cámara que conocía del Proyecto... La aplicación de estos principios hace que, a menudo, después de un cambio de Ministerio, una serie de decretos vienen a retirar proyectos de ley presentados bajo el Ministerio precedente.

---

El segundo punto que creo conveniente analizar es el de si la Asamblea Legislativa tiene o no el derecho de imponer normas distintas o adicionales a las que establece la Constitución Política, con el objeto de regir sus propias relaciones con los demás Poderes del Estado. Y analizo ese punto porque considero que la Asamblea Legislativa al decidir que el Poder Ejecutivo no tiene el derecho de retirar el proyecto de ley en discusión, ha adoptado una norma de conducta que no aparece consignada en ningún artículo de la Constitución. En otras palabras, la Asamblea se ha atribuído facultades de Poder Constituyente al establecer una nueva norma de relación entre ella y el Poder Ejecutivo al tratar de imponer su criterio de que el Ejecutivo pierde la iniciativa en materia de presupuestos extraordinarios una vez que la Asamblea empieza a conocer de ellos.

Creo que en este caso se plantea un asunto de competencia jurídica, pues por tal debe entenderse, según Carnelutti *"la extensión de poder que pertenece a cada oficio* o a cada componente del oficio, en comparación de los demás; el concepto de competencia, incluso según el significado de la palabra, implica el concurso de varios sujetos respecto de un mismo objeto, que, por tanto se distribuye entre ellos. Por consiguiente, competencia es el poder perteneciente al oficio o al oficial considerados en singular".

Para Enrique Sayagues Laso "la competencia es la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos. *Ello determina pues los límites dentro de los cuales han de moverse unos y otros"*; y más adelante agrega

que "el Estado puede extender sus actividades y poderes, *pero limitándose a ejercer potestades que le atribuye el constituyente y dentro de los límites establecidos por éste, o sea que en definitiva actúa en base a textos expresados. Las normas que fijan competencia no pueden ser alteradas por quienes están llamados a ejercer los poderes que ellos acuerden. Su cumplimiento es una obligación, no una facultad.* Este es un principio básico del Derecho Público. De ahí la improcedencia de cualquier delegación de potestades, salvo que medie autorización legal expresa".

Otros párrafos del mismo tratadista Sayagues Laso, tomados de su libro "Tratado de Derecho Administrativo" me confirman en la idea de que el Poder Legislativo no ha podido ni puede dictar normas para corregir o completar el texto constitucional porque, al hacerlo, se está extralimitando en su competencia. Dice el autor citado: "Toda persona jurídica tiene determinadas atribuciones y potestades para ejercer las cuales precisamente fue creado.

Al estructurarse su organización interna, dichas atribuciones y potestades son distribuidas entre los ditintos órganos. Ese conjunto de atribuciones y potestades asignadas a cada órgano, *constituyen la respectiva competencia".*

Para actuar en la materia que les compete y dentro de los límites territoriales fijados, las personas públicas y por lo tanto también sus órganos, disponen de potestades variadas. Dichas potestades, que corresponden a las llamadas funciones jurídicas estatales pueden ser poderes de legislación, de administración o jurisdiccionales, y, aún potestad constituyente.

El órgano de administración debe mantenerse dentro de los límites de su competencia; si los excede el acto *resulta viciado.* Este vicio puede afectar el acto con más o menos intensidad, según sea la naturaleza del exceso cometido. Procurando esquematizar los distintos excesos de competencia en que puede incurrirse, cabe señalar las siguientes categorías:

a) .....

b) Al dictar el acto, el órgano administrativo invade la competencia propia de los órganos legislativos o jurisdiccionales, *o a la inversa,* alguno de estos órganos dicta un acto que compete a la administración.

Esta idea es expresada, dándole un carácter de mayor generalidad, por el llamado *principio de legalidad,* que consiste en que *ningún órgano del Estado puede tomar una decisión individual, que no sea conforme a una disposición general anteriormente dictada".* (Duguit, Traité de Droit Constitutionnel).

Otro eminente autor en la materia, Gabino Fraga, en su tratado de "Derecho Administrativo" se pronuncia en el mismo sentido, en los siguientes párrafos:

"El principio de la legalidad se puede entender desde un punto de vista material, en cuyo caso su alcance es el de que la norma en la que

se funda cualquiera decisión individual tiene que ser una norma de carácter abstracto e impersonal. Puede también ser tomada en su sentido formal, significándose entonces que, además de ser una ley desde el punto de vista material la norma que precede al acto individual, debe también tener los caracteres de una ley desde el punto de vista formal, es decir, que debe ser una disposición expedida por el Poder que conforme al régimen constitucional está normalmente encargado de la formación de las leyes.

El principio de que ningún órgano del Estado puede realizar actos individuales que no estén previstos o autorizados por disposición general anterior, tiene en todos los Estados modernos un carácter casi absoluto; pues salvo el caso de facultad discrecional, *en ningún otro y por ningún motivo es posible hacer excepción a este principio fundamental.*

Como la actitud del Estado resolviendo casos individuales sin sujeción a normas generales constituye la definición clásica del despotismo, y como esta noción es contraria a todos los sistemas constitucionales modernos, *se ha considerado que el principio de la legalidad, desde el punto de vista material, no debe sufrir, fuera de la señalada, ninguna excepción.*

De la misma manera que los actos jurídicos de la vida civil requieren una capacidad especial para ser realizados, así, tratándose de los actos del Poder Público, es necesaria la competencia del órgano que los ejecuta.

La competencia en Derecho Administrativo tiene una significación idéntica a la capacidad en Derecho privado; es decir, el poder legal de ejecutar determinados actos. Constituye la medida de las facultades que corresponden a cada uno de los órganos de la Administración".

Creo que bastan los párrafos transcritos de los citados tratadistas, autoridades indiscutibles en las materias de Derechos Constitucional y Administrativo, para relevarme de otras consideraciones tendientes a demostrar que la Asamblea no tiene atribuciones para regular sus relaciones con los demás organismos del Estado, so pretexto de ausencia de normas constitucionales expresas y menos aún para ponerse a interpretar y a limitar las atribuciones de otro Poder del Estado, como lo han hecho en el caso que nos ocupa.

Para terminar creo que la Asamblea, al tratar de poner límites a la acción del Ejecutivo en materia que es de la exclusiva competencia e iniciativa de aquél, ha cometido una violación flagrante de la Constitución Política y de Principios básicos del Derecho Constitucional y Administrativo moderno. Y creo que semejante actitud no es saludable en la vida de una República, pues, como lo expresa el tratadista Julio Bañados Espinoza, en su libro "Gobierno Parlamentario y Sistema Representativo": "Cualquiera que busque con imparcialidad lecciones en la historia parlamentaria del mundo, tendrá que desengañarse de algo que miramos como un axioma: es igualmente peligroso en el Gobierno de un

pueblo, fundado en la soberanía popular la exageración de facultades de cualquiera de sus Poderes, sea el Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial". "Así como es necesario poner obstáculos al despotismo personal de un Rey o de un Presidente de la República, debe hacerse igual cosa con el despotismo irresponsable de un cuerpo deliberante. Es malo endiosar ya a un Jefe de Estado, ya a un Parlamento... La confusión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo que puede llegar a producir la dictadura o el despotismo de muchos, lleva consigo dos grandes peligros: anarquía administrativa y debilitamiento del principio de autoridad".

Parecidos pensamientos había expresado Jorge Washington en su inmortal Farewell Address cuando dijo: "El espíritu de usurpación tiende a consolidar los Poderes de todos los Departamentos en uno, y de este modo se crea, sea cual fuere la forma de gobierno, un verdadero despotismo".

Para terminar pido disculpas al paciente y culto auditorio por no haber podido hacer más breve mi intervención.

Sírvame de justificativo la importancia que atribuyo el tema que considero trascendental para nuestras Instituciones Democráticas.

Muchas gracias.

---

LIC. ALFONSO CARRO ZUÑIGA

(Profesor de «Teoría del Estado»)

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Frente al criterio de los señores Profesores que me han precedido en la exposición de sus ideas sobre el problema objeto de esta Mesa Redonda, yo considero que en la forma que se ha presentado el conflicto de Poderes —concretamente del Legislativo y del Ejecutivo— en Costa Rica, no existe solución jurídica para el mismo, por la sencilla razón de que tiene exclusivamente naturaleza política. No hay conflicto jurídico, sino político, entre ambos Poderes.

Recordemos algunos antecedentes del problema, y los caracteres de éste.

En el primer período constitucional de sesiones ordinarias de la actual Asamblea Legislativa, el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley para modificar el Presupuesto Ordinario en vigencia. La presentación es correcta, no sólo porque el Ejecutivo tiene la iniciativa de las leyes —conjuntamente con los Diputados en sesiones ordinarias (Art.

123 de la Constitución) y en forma exclusiva en las sesiones extraordinarias (Art. 118 ib.)—, sino porque la iniciativa específica para la modificación de los Presupuestos le corresponde en forma total a ese Poder (Art. 180 ib.).

La Cámara decidió introducirle al proyecto algunos cambios, por los medios constitucionales. Dichos cambios no fueron del agrado del Poder Ejecutivo, por lo que, con base en diversos pretextos, envió comunicación a la Asamblea retirando ese proyecto de ley.

Como el Poder Ejecutivo ya había procedido con la misma irreflexión en oportunidades anteriores, algunos Diputados consideramos que aquel procedimiento lesionaba los derechos soberanos de la Asamblea Legislativa, por lo que decidimos terminar de una vez por todas con aquella falsa interpretación que el Ejecutivo venía haciendo de sus facultades constitucionales.

Concretamente, el Diputado Lic. Daniel Oduber presentó a consideración de la Asamblea una moción para declarar que cuando un proyecto del Poder Ejecutivo está comprendido en el Orden del Día de la Asamblea Legislativa, aquél no puede retirarlo en forma unilateral, sino que para ese efecto requiere la aprobación de ésta. La moción fue aprobada por amplia mayoría.

Hay varios puntos de vista desde los cuales se puede analizar este conflicto de Poderes.

Primero, es necesario manifestar que la Asamblea Nacional Constituyente de 1949 — la que creó la Constitución Política vigente — no previó esta clase de conflictos entre los Poderes, sobre todo entre los de naturaleza política, o consideró que no era indispensable establecer en la Constitución normas para resolver esas situaciones. En consecuencia, el indicado conflicto no puede resolverse con base en la Constitución, porque ésta no encierra normas dedicadas a ese tipo de problemas. Es con fundamento en esta omisión constitucional que manifiesto que este problema es sustancialmente político y no jurídico.

Segundo, debemos recordar que por expreso mandato de la Constitución (Art. 121, inciso 22), la Asamblea Legislativa tiene facultades para dictarse un Reglamento interno de orden y disciplina, en el que se comprenden normas de diversas especies: las de procedimiento para la formación de las leyes y demás disposiciones propias de esa Asamblea, las de disciplina interna, etc. Ese Reglamento se aprueba y reforma por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros, sean treinta diputados.

El artículo 32 del Reglamento indicado, expresa en lo conducente:

"El Orden del Día no podrá ser alterado sino por razón de urgencia y en virtud de moción aprobado por los dos tercios de los Diputados presentes".

Existe, en consecuencia, un ordenamiento jurídico interno de la

Asamblea, que ésta se da con base en lo que dispone la Constitución, el cual expresa que cuando un asunto o proyecto está comprendido en el orden del día, el cambio del destino de ese proyecto (para que tome prioridad, para que se envíe de nuevo a Comisión, para que se elimine del orden del día por retiro del proyecto, etc.) debe ser aprobado por las dos terceras partes de los Diputados presentes. Tal norma se le aplica, v.gr., al proyecto de ley presentado por alguno de los Diputados, —comprendido ya en el orden del día—, y que el proponente desea retirar del conocimiento de la Asamblea Legislativa. Ese Diputado, insistimos, sólo podrá lograr su propósito si las dos terceras partes de los Diputados presentes aprueban su moción de retiro.

Analicemos ahora el caso en estudio. No es un Diputado, sino el Poder Ejecutivo quien desea retirar de la Asamblea Legislativa un proyecto de ley de su propia iniciativa, el cual ya está en el orden del día. ¿Qué razones existen para que dicha norma se aplique únicamente a los Diputados, y no al Poder Ejecutivo? ¿Puede este Poder retirar, —aún en forma irreflexiva y arbitraria, conforme a sus caprichos e intereses políticos—, sus proyectos de ley en forma unilateral, sin tomar en cuenta la voluntad de la Asamblea Legislativa? El orden jurídico interno de la Asamblea debe ser respetado o no por el Poder Ejecutivo?

Aquí se nos complica un poco más el análisis del problema. Porque resulta, en primer término, que si bien es cierto que la Constitución no regula esta clase de conflictos, no lo es menos que existe un Reglamento interno de la Asamblea,— que ésta acuerda con fundamento en la Constitución Política—, el cual comprende normas aplicables al problema en estudio. Podríamos entrar a una amplia exposición sobre la "categoría" jurídica de este ordenamiento. En otros países, este ordenamiento interno del Poder Legislativo tiene rango constitucional; en otros, es una simple ley. Entre nosotros, se le llama Reglamento. Obviamente, ni es norma constitucional ni es ley. Quiere decir, entonces, que a pesar de su función principalísima dentro de la Asamblea Legislativa, este Reglamento parece tener una "categoría" jurídica inferior. Si esto es así, lógicamente podemos preguntarnos si en rigor dicho Reglamento interno de la Asamblea puede obligar al Poder Ejecutivo, en términos que le sea aplicable la norma anteriormente transcrita sobre el retiro de los proyectos de ley que forman parte del orden del día, y consiguientemente no pueda ese Poder retirar sus proyectos en forma unilateral, sino que para lograr ese propósito debe contar con la voluntad de la Asamblea. El asunto es complejo y las interpretaciones que pueden hacerse al respecto son diversas y hasta contrapuestas.

Lo que me interesa manifestar sobre esta cuestión es lo siguiente:

Aún cuando se llegare a afirmar que el Reglamento interno de la Asamblea no es obligatorio para el Poder Ejecutivo, —afirmación que sería muy controvertible, ya que se pondría a ese Poder en condiciones para

irrespetar, sin ninguna clase de límites, el orden jurídico interno de otro Poder, y como resultado tendríamos un quebrantamiento del principio constitucional de la independencia de la Asamblea Legislativa—, la solución del conflicto no puede ser favorable al Ejecutivo, por una razón fundamental, de carácter político. Aquí es donde encontramos propuesto el problema, en su verdadera radicalidad.

En mi concepto, para encontrarle al problema planteado la solución correcta es preciso recurrir a algunos conceptos modernos de la Teoría del Estado. Durante el siglo XIX, fue constante la pretensión, — en el campo de las ciencias políticas—, de atribuirle al Estado un carácter puramente jurídico. Se afirmó entonces, y eso tuvo aceptación general entre los doctrinarios, que el Estado es pura y simplemente una estructura jurídica. Ejemplo de esa tendencia fue el pensamiento demoliberal.

Fuera de Kelsen y de sus seguidores, en nuestros días no encuentra acogida esa concepción exagerada y errónea.

Fundamentalmente, en cuanto nos proponemos hoy el problema de la fijación de la esencia de esa organización que llamamos el Estado, tenemos que centrar nuestro interés en dos grandes pensadores alemanes: Carl Schmitt y Hermann Heller. En mi concepto, son las dos primeras figuras del pensamiento político del siglo XX, por lo que en su pensamiento encontramos de novedad y acierto en el análisis de la realidad política en general y de la realidad del Estado en particular.

Critica Schmitt a los sistemas liberales, en primer término, el no haber determinado la realidad del poder político, precisamente por haber puesto su atención en forma casi exclusiva en el Derecho. Esa laguna del pensamiento liberal le permite a ese pensador someter toda la ideología liberal a una crítica destructora. Para Schmitt, la realidad sustancial del Estado no es el Derecho, sino un poder político, "genuinamente" político, según lo expresa el autor para destacar el hecho de que tal realidad no puede ser reducida a otro tipo de realidad por tener una naturaleza propia, política. La soberanía se vincula esencialmente a dicha realidad política, ya que solamente aquel que ejerce ese poder político y *decide* qué hacer y resuelve los problemas que plantean los *estados de excepción* (digamos, para efectos de este pequeño trabajo, que los estados de excepción son aquellos no previstos por el Derecho, por lo tanto, que no tienen solución jurídica; en consecuencia, será el poder político quien debe *decidir* frente a ellos) es propiamente soberano. En su "Politische Theologie" expresa: "Soberano es aquel que *decide* sobre el estado de excepción".

Con fundamento en algunas ideas de Schmitt, considero que la esencia del Estado reside precisamente en ese poder político, que se expresa en actos de "voluntad política". Usualmente, esos actos toman forma jurídica; entonces se afirma que el Derecho es la vía normal de expresarse o manifestarse el poder político. Mas, es preciso admitir que frente

a situaciones imprevistas por el ordenamiento jurídico, —sobre todo por la Constitución y las leyes—, el poder político puede actuar y decidir en forma directa y no a través del Derecho. Son manifestaciones directas y puras de la voluntad política del soberano.

Por el contrario, el pensamiento de Heller no nos permite esa clase de afirmaciones. Sostiene una solución ecléctica para este problema doctrinario de la Teoría del Estado. En síntesis, cree Heller que el poder político es el que crea el Derecho; pero a la vez afirma que una forma de poder social no puede convertirse en poder político sino a través del Derecho. Quiere decir Heller, en otros términos, que el poder político no existe independientemente del Derecho, y en consecuencia que aquél no puede manifestarse sino por medio de éste.

En el caso concreto del conflicto planteado recientemente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo de Costa Rica, considero que cuando la Asamblea aprobó la moción del Diputado Daniel Oduber, anteriormente citada, hizo una manifestación de *voluntad política* (no jurídica) por medio de la cual decidió sobre un conflicto no previsto por la Constitución. No es posible negarle facultades a la Asamblea para tomar esa clase de decisiones, por cuanto es un cuerpo soberano. Y frente a su decisión política, no tiene el Poder Ejecutivo, de hecho, ningún recurso. Esa es para mí la única solución correcta al problema. Y afirmo esto, no en mi condición de miembro de la Asamblea Legislativa, sino como Profesor y con base en doctrinas modernas de la Teoría del Estado.

No entro a analizar las afirmaciones hechas en esta ocasión por otros Profesores, por falta de tiempo. Solamente quiero destacar dos errores capitales de sus argumentaciones: en primer lugar, es insostenible la pretensión de que la iniciativa en las leyes es un derecho que se mantiene en todo el proceso de formación de dichas leyes. La iniciativa no es otra cosa que la facultad de dar el impulso inicial o primero a un proyecto de ley. Por su medio, se pone en marcha al órgano legislador en relación con un proyecto concreto. Estos alcances limitados de la iniciativa fueron fijados desde hace mucho tiempo por la doctrina, la cual afirma que en todo el proceso creador de las leyes hay cinco etapas: 1) la iniciativa; 2) la deliberación; 3) la adopción o aprobación; 4) la promulgación; y 5) la publicación (Vid., por ejemplo, "Teoría General del Estado", de Carré de Malberg, pgs. 353 ss.).

En segundo lugar, sostienen los partidarios de la tesis favorable al Poder Ejecutivo, que es inadmisible la afirmación por parte de la Asamblea Legislativa de una *voluntad política* que limite a aquel Poder, porque a ello se opone el principio de la igualdad de los Poderes del Estado. Al respecto, considero que se está exagerando tal principio. No podemos afirmar, en términos absolutos, que los tres Poderes del Estado son iguales. No hay tal igualdad absoluta. Esta igualdad no puede existir por la sencilla razón de que cada Poder estatal, en el cumplimiento de su propia y específica función, es superior a los otros poderes. En

cuanto realiza su función de administrar justicia, el Poder Judicial es superior al Ejecutivo y al Legislativo. En el cumplimiento de sus tareas políticas y administrativas, el Poder Ejecutivo es superior al Judicial y al Legislativo. Y en la realización de su función primordial, sea la formación de leyes, el Poder Legislativo es superior al Ejecutivo y al Judicial, los cuales están limitados por esas normas.

Para finalizar, creo que incluso en términos absolutos es legítimo sostener la superioridad del Poder Legislativo sobre los otros dos Poderes, por dos razones básicas: primero, porque en él se representa de manera más amplia la soberanía popular; segundo, porque ese Poder es el que en forma radical crea el ordenamiento jurídico, el cual regula y limita no sólo los actos de los hombres sino también la actividad de aquellos otros Poderes. Al respecto, el mismo Carré de Malberg sostiene la tesis de que en el Estado lo real no es la igualdad de los Poderes, sino su organización jerárquica, destacando la preeminencia del Poder Legislativo (Vid. op. cit. pgs. 834 ss.).