

DERECHO ADMINISTRATIVO COSTARRICENSE

Dr. Aldo Milano S.

Doctor en Derecho ULACIT, Costa Rica

Doctor en Derecho UNED, España

San José, Costa Rica

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho administrativo costarricense muestra una alta dosis de influencia del Derecho administrativo europeo y, en especial, del español.

Las principales leyes de la materia, es decir, la hoy derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que rigió entre el 1 de marzo de 1966 hasta el 1 de enero de 2008, y la Ley General de la Administración pública muestran claras evidencias de tal circunstancia.

La primera se inspiró en la ley española de la materia de 1956, hoy igualmente derogada. Más aún, no menos de un ochenta por ciento de sus normas eran idénticas. La segunda, por su parte, muestra grandes coincidencias con el modelo español en el trato de los grandes temas del Derecho administrativo. Un claro ejemplo es el modelo de responsabilidad administrativa, que incorpora al medio costarricense, con pequeños ajustes, el régimen de la Ley de Expropiación Forzosa de España de 16 de diciembre de 1954.

A esta situación, debe agregarse la gran empatía con los grandes juristas españoles, cuyas obras son seguidas con gran atención por la comunidad jurídica nacional.

No puede desmerecerse, por todo ello, el gran aporte y profunda influencia de la doctrina y legislación española en el medio costarricense y debe por ello dejarse patente tal circunstancia.

Otro de los aspectos que es preciso señalar a modo de introducción, es que la praxis jurídica costarricense muestra un fuerte protagonismo de la jurisprudencia.

dencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia¹ que ha alcanzado, sin duda, al Derecho administrativo.

La debilidad de la jurisdicción contencioso administrativa costarricense, ha debido ser compensada por una protagónica jurisdicción constitucional que ha intervenido en todos los grandes temas del Derecho administrativo.

Como se verá al cubrir cada uno de los temas de este ensayo, la intervención de ese Tribunal, en muchos casos, ha sido la que, en detrimento de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha definido los lineamientos a partir de los cuales se sustentan los institutos jurídicos de que se compone el ordenamiento jurídico administrativo.

Se trata, con todo, de una nueva evidencia del débil protagonismo que afectó la jurisdicción contencioso-administrativa hasta inicios del año 2008, fecha en la cual entró a regir el Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCA), debilidad que no ha logrado superarse a pesar de la referida reforma procesal que representa un antes y un después en vista de su revolucionaria impronta.

2. MODELO REGULATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COSTARRICENSE, BASE CONSTITUCIONAL, CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y FUENTES

2.1. Costa Rica, un Estado Constitucional de Derecho

La Constitución Política costarricense postula como ideario fundamental la construcción de un Estado Constitucional de Derecho, lo cual permea de forma transversal el Ordenamiento Jurídico. Así lo ha entendido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en sus fallos, cuya eficacia es vinculante por disposición de ley².

Conforme al artículo 9 de la Constitución Política, «El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

¹ De conformidad con lo establecido por el artículo 10 de la Constitución Política, corresponde a «una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho público [...]». El artículo 48 constitucional le asigna la competencia para conocer, además, de los recursos de *habeas corpus* y de amparo.

² Así resulta de lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional n.º 7135 del 5 de octubre de 1989.

Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias».

Se ha encontrado en esa norma, entre otras cosas, el sustento constitucional de la división de poderes, noción jurídica que ha sido objeto de evaluación por parte de la Sala Constitucional, en múltiples ocasiones. Así, para el aludido Tribunal, la división de poderes no puede entenderse como un mecanismo rígido que define, de una forma químicamente pura, las funciones de cada uno de los Poderes del Estado. Se decanta el Alto Tribunal, por la idea de una «...separación de funciones, es decir, de la distribución de ellas entre los diferentes órganos estatales»³.

Se ha considerado legítimo, por ello, que el Poder Ejecutivo entre a regular normativamente en materia de policía, materia resguardada, por principio, a la reserva de ley⁴. También, se ha admitido que una norma reglamentaria, «complete» una norma legal, «...siempre que el Ejecutivo se mantenga dentro del marco propio de sus atribuciones constitucionales y que la ley que remite establezca con suficiente claridad los presupuestos de la punibilidad, así como la clase de extensión de la pena»⁵.

La doctrina ha entendido que el diseño constitucional costarricense, en lo que a distribución de funciones entre los Poderes se refiere, ha conducido a «una concentración excesiva de poder en manos del Ejecutivo», lo cual hace recomendable, en procura de un mayor balance entre Poderes, el reforzamiento del control político a cargo de la Asamblea Legislativa⁶.

Con todo, no se observa en la realidad jurídico constitucional del Estado costarricense, continuas colisiones entre poderes, al grado que la Sala Constitucional, a quien le corresponde resolver conflictos de competencia entre los Supremos Poderes, conoció y resolvió, tan solo, veintidós conflictos de cons-

³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 6829-93 de las ocho y treinta y tres horas del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y tres. En el mismo sentido véanse, entre otras, las Sentencias n.º 1011-95 de las quince horas cincuenta y un minutos del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cinco; n.º 3939-95 de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco; n.º 3575-96 de las once horas dieciocho minutos del doce de julio de mil novecientos noventa y seis y n.º 1018-97 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete, entre otras.

⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 6579-94 de las a las quince horas doce minutos del ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 1876-90 de las dieciséis horas del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y la 2527-94 de las quince horas con treinta minutos del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, entre otras.

⁶ HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN. (1999). En *Temas Claves de la Constitución Política, Investigaciones Jurídicas*, S.A., San José, pp. 80 y 81.

titucionalidad, entre 1989 y el 2021, muchos de los cuales, en realidad, resultaron inadmisibles⁷.

Esto deja ver, en alguna medida, el grado de madurez institucional y de acople entre los Supremos Poderes, en ejercicio de sus respectivas funciones, sin perjuicio de una ciertamente protagónica intervención del Poder Ejecutivo que ha visto ensanchadas algunas de sus potestades, en especial, la reglamentaria.

2.2. Fuentes del Derecho administrativo costarricense

A. *Normas escritas*

Según lo establece el artículo 6 de la LGAP, el ordenamiento jurídico administrativo está constituido por la Constitución Política, como norma de normas, los tratados internacionales, las leyes y demás actos con valor de ley, los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, así como los de los demás Supremos Poderes en materia de su competencia; los reglamentos autónomos y de servicio del Poder Ejecutivo y los reglamentos de los demás entes descentralizados.

Como se ve, la norma citada descarta, de plano, cualquier duda en torno al valor normativo y de aplicación directa de la Constitución, como también su consabida supremacía en la pirámide normativa.

En lo que a los Tratados internacionales se refiere, interesa destacar el hecho de que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha visto en estos, también, una fuente normativa de aplicación directa, con supremacía por encima de la ley⁸.

La Ley, en su concepto formal, de acuerdo con el régimen jurídico costarricense, es la norma que resulta del procedimiento legislativo que compete a la Asamblea Legislativa conforme al artículo 121 constitucional. Para su plena eficacia, la ley requiere sanción del Ejecutivo y su publicación. Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 de la Constitución, la Ley «no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior», lo cual alude al concepto de la fuerza de ley, directamente relacionado con el de la jerarquía normativa.

⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Evolución Histórica desde su Creación 1989-2003*, p. 6.

⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia n.º 202-99 de las dieciséis horas del quince de junio de mil novecientos noventa y nueve.

Aunque excepcionales, los actos con valor de ley son admitidos en el régimen jurídico costarricense. Pueden distinguirse al menos dos distintos tipos: los *de facto*, algunos de ellos vigentes, y que fueron adoptados por la Junta Fundadora de la Segunda República a mediados del siglo pasado, entre los cuales destaca el que creó una entidad autónoma a la cual se delegó, monopólicamente, la prestación del servicio de energía eléctrica y de telecomunicaciones⁹, y además, aquellos que se adopten con ocasión de calificadas circunstancias de urgencia administrativa (art. 180 párrafo 3 de la CP). Jinesta Lobo, distingue en el ordenamiento jurídico costarricense, dos distintos supuestos de estado de urgente necesidad: el estado de sitio (art. 141.4 CP) y el estado de defensa nacional (art. 121.6 y 147.1 CP)¹⁰.

En cuanto a los reglamentos, existe una expresa o implícita autorización constitucional para adoptar reglamentos ejecutivos y autónomos, sean estos de organización o de servicio. En el caso de los ejecutivos, su adopción corresponde, exclusivamente, al Poder Ejecutivo. En el caso de los reglamentos autónomos, se ha admitido que tanto los demás Poderes de la República, como las entidades autónomas, están en posibilidad jurídica de adoptarlos en la materia de su competencia y como resultado de una potestad que les resulta inherente en beneficio de la mejor prestación del servicio público –en sentido amplio– a su cargo.

B. *Normas no escritas*

La insuficiencia del Derecho escrito para cubrir la totalidad de supuestos de hecho que la realidad social genera ha sido manejada por la LGAP –artículo 7– a partir de la incorporación al Bloque de Legalidad, de las normas no escritas –la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales–, a las cuales se asigna la tarea de «interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito», asignándoseles «...el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan». En el caso de que deban suplir la ausencia o insuficiencia de normas escritas, dice el párrafo segundo del citado artículo, que dichas fuentes «tendrán el rango de ley»¹¹.

⁹ Se trata del Decreto-Ley de la Junta Fundadora de la Segunda República n.º 499 de 9 de abril de 1949.

¹⁰ JINESTA LOBO, ERNESTO, *Tratado de Derecho administrativo*, pp. 154 y 155.

¹¹ En efecto, explica Ortiz Ortiz, que «Cuando el principio suple la ley en el supuesto de laguna, su rango debe ser el de la ley. En esta hipótesis el principio es fuente primaria, como la ley, dada la ausencia total de regulación expresa. Y como la ley, debe reputarse subordinada únicamente a la Constitución que confiere la fuerza de aquella a toda fuente primaria por naturaleza. Pero se trata de una ley sui generis. Pues por su propia función, si bien puede ser modificada y derogada por la ley formal, no puede modificar y derogar la ley, porque entonces

Interesa destacar, en el manejo de las normas no escritas que realiza la LGAP, el papel que asigna a los principios generales de Derecho, ya no solo como integradores del Ordenamiento Jurídico, sino además, como fuente para la autorización implícita de los actos de la Administración, tal y como resulta de lo dispuesto por el artículo 14 párrafo 1 de la citada ley¹².

A esta consideración, cabe agregar la acogida de los Principios de Autosuficiencia y Autointegración del Ordenamiento Jurídico Administrativo que postula el artículo 9 *ibidem*, lo cual ha ratificado el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda¹³. Efectivamente, no solo se reconoce la posibilidad de acudir a normas no escritas para suplir la insuficiencia de las normas escritas, sino que, además, conforme a la disposición citada, se declara la independencia del ordenamiento jurídico administrativo, por lo que el Derecho privado o común y sus principios, solo podrán servir para integrar el Derecho administrativo, en caso de ausencia de norma escrita o no escrita del Derecho público.

La misma consideración se ha planteado en materia procesal. En efecto, según lo establecido por el artículo 220 del CPCA, «Para lo no previsto expresamente en este Código, se aplicarán los principios del Derecho público y procesal, en general».

Con todo, la especial importancia que se ha atribuido a las normas no escritas que integran el ordenamiento jurídico administrativo, termina ratificándose en lo establecido, precisamente, por el recién citado CPCA, según el cual, el recurso de casación procederá «por violación de normas sustantivas», «Cuando la sentencia viole las normas o los principios del Derecho constitucional, entre otros, la razonabilidad, proporcionalidad, seguridad jurídica e igualdad» –artículo 138 inciso d)–.

Como se aprecia, uno de los parámetros de legalidad de las sentencias deriva de las normas escritas, así como de las no escritas que conforman el Derecho de la Constitución, es decir, principios constitucionales como los que la norma de reciente cita detalla ilustrativa y no taxativamente.

desaparecería, por definición, la hipótesis de laguna (ausencia de ley)». ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Tesis de Derecho administrativo*. Tomo I, pp. 321 y 322.

¹² Señala la disposición: «Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración».

¹³ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia n.º 459-2003 de las diez horas treinta minutos del veintiséis de septiembre del dos mil tres.

3. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, EN ESPECIAL EL ESTADO Y LOS MUNICIPIOS

3.1. DEL ESTADO CENTRAL

Según las disposiciones de la Constitución Política costarricense, dentro de los distintos centros de acción de que está compuesto el Estado central, se encuentran el presidente de la República (A), el Poder Ejecutivo (B) y el Consejo de Gobierno (C).

A. *El presidente de la República*

El presidente de la República, de elección popular cada cuatro años, posee tanto deberes y atribuciones de su exclusivo resorte¹⁴, como otros que comparte con el ministro del ramo¹⁵.

En la primera hipótesis, la Presidencia de la República adopta competencias en calidad de órgano administrativo simple, mientras que la segunda lo hace, más bien, como uno de los centros de acción que compone el Poder Ejecutivo, órgano administrativo de carácter complejo desigual¹⁶.

Además de las atribuciones que le confiere la Constitución Política, el presidente de la República, como órgano simple, posee las definidas por el artículo 26 de la LGAP. Dentro estas facultades, destaca la de «dirimir en vía administrativa los conflictos entre los entes descentralizados y entre estos y la Administración Central del Estado»¹⁷. Dicha facultad fue oportunamente objeto de un cuestionamiento de constitucionalidad, al estimarse que podría quebrantar la autonomía de los entes descentralizados o autónomos. La tesis no fue, sin embargo, acogida por el Tribunal Constitucional, para el cual «no existe inconstitucionalidad alguna en la medida en que el conflicto de competencia verse sobre las atribuciones asignadas por ley al ente en cuanto a sus fines y propósitos, en relación con la obligada coordinación que debe existir con la Administración pública central, es decir, materia de Gobierno»¹⁸.

¹⁴ Se trata de las establecidas por el artículo 139 constitucional.

¹⁵ Son las previstas por el artículo 140 de la Carta Magna.

¹⁶ En ese sentido, ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, *Tesis de Derecho administrativo*, Tomo II, Biblioteca Jurídica DIKE-Editorial Stradtman, edición 2002, p. 66.

¹⁷ Los artículos 78 a 80 de la LGAP, regulan el procedimiento a seguir para la resolución de conflictos de competencia por parte del presidente de la República, entre un Ministerio y una entidad descentralizada, o entre estas.

¹⁸ Ver Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 1948-90, de las 9:15 horas del 11 de agosto de 1993.

B. *Del Poder Ejecutivo*

El Poder Ejecutivo está compuesto por el presidente de la República y el ministro del ramo¹⁹. El artículo 140 constitucional detalla una larga lista de tareas a su cargo, de la cual interesa resaltar la potestad reglamentaria prevista en el inciso 3) y 18), de las cuales deriva la potestad de reglamentación ejecutiva, incluyendo la de determinar, mediante reglamentos autónomos –de servicio y organización–, la distribución interna de sus competencias y creación de centros de acción, en su caso.

Se ha entendido que tal está sujeta a tres distintos límites: la reserva legal; el ámbito material de la potestad reglamentaria y la imposibilidad de que el Reglamento viole la Ley²⁰.

La potestad de autoorganización del Poder Ejecutivo carece de un sustento constitucional explícito²¹, circunstancia que en nada ha afectado su legítimo ejercicio.

Además de las aludidas potestades del Poder Ejecutivo regidas por la citada norma constitucional, cabe agregar las previstas en el artículo 27 de la LGAP, dentro de las que destaca la potestad de «...dirigir y coordinar la Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo...» prevista en el primer párrafo de la norma.

Al alcanzar tal potestad de dirección del Poder Ejecutivo no solo el Estado Central, sino además, a las entidades descentralizadas, se llegó a discutir en torno a una posible lesión de la autonomía que la Carta Política le atribuye a estas últimas. Tal cuestionamiento fue resuelto señalándose que, desde la óptica constitucional, una potestad como la descrita resultaba legítima, siempre y cuando no se excedieran los límites implícitamente establecidos por la Carta Política²².

C. *Del Consejo de Gobierno*

El Consejo de Gobierno es un órgano colegiado compuesto por el presidente de la República y sus Ministros. A ese órgano, la Constitución Política

¹⁹ Cabe aclarar que el ministro actúa, también, en calidad de órgano simple. Se le reconocen, mediante el artículo 28 de la LGAP, atribuciones cuyo ejercicio le concierne «*exclusivamente*», al decir de esa misma norma, las cuales están referidas a su posición de superior jerárquico supremo del Ministerio de que se trate.

²⁰ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, *Tesis de Derecho administrativo*, Tomo I, p. 277.

²¹ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, *Tesis de Derecho administrativo*, Tomo I, p. 273.

²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 6345-97 de las 8:33 hrs. del 6 de octubre de 1997 de la Sala Constitucional.

le asigna funciones concretas en el artículo 147²³, a las cuales debe agregarse las previstas en el artículo 29 de la LGAP, dentro de las cuales se encuentran las relativas al ejercicio de la autotutela administrativa –resolución de recursos en vía administrativa y declaratoria de lesividad de los actos de la Administración Central–.

La misma LGAP regla los procedimientos a seguir por tal órgano colegiado, para adoptar sus decisiones en los artículos 49 a 58.

3.2. DE LA ADMINISTRACIÓN DESCENTRALIZADA

En cada cantón que conforma la República, una Corporación Municipal ha de administrar los intereses y servicios locales. Se habla así de una Administración descentralizada en razón del territorio (A).

Además, se dispone en la propia Carta Política, la posibilidad de conformar instituciones autónomas del Estado, las cuales gozarán de independencia administrativa y estarán sujetas en materia de Gobierno a lo dispuesto por la Ley. Habrá en cada una de ellas, una especialidad funcional y servicial debido a la materia que les resulta atribuida en su respectiva ley constitutiva (B).

A. *Las Corporaciones Municipales*

La República está conformada por un total de 83 cantones repartidos por todo el territorio nacional. Hay quien, con tino, ha estimado que se trata de una repartición territorial que no resulta eficiente para la distribución de las competencias, por involucrar muy pequeñas circunscripciones territoriales, condición que las hace en muchos casos, incapaces de contar con los recursos financieros necesarios para la mejor atención de los asuntos locales²⁴.

A pesar de ese riesgo, lo cierto es que, lejos de reducirse el número de cantones, se decidió aumentarlo²⁵.

La Constitución costarricense, al igual que la generalidad de las constituciones que se han ocupado del tema, implantó un régimen municipal autó-

²³ Entre ellas, solicitar a la Asamblea Legislativa la declaratoria de estado de defensa nacional, ejercer el derecho de gracia, nombrar y remover los funcionarios diplomáticos, nombrar los directores de las instituciones autónomas, etc.

²⁴ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, *La Municipalidad en Costa Rica*, Madrid, 1987, p. 37.

²⁵ Mediante Ley n.º 9440 del 20 de mayo de 2017, se creó el cantón XVI Río Cuarto de la provincia de Alajuela. Además, con base en la Ley n.º 10019, se creó el cantón de Monteverde, cantón XII de la provincia de Puntarenas.

nomo²⁶. Tal autonomía alcanza tanto la administrativa como la de política o Gobierno, consideración que se hace derivar de los términos en que se expresó el Constituyente en el artículo 170 constitucional²⁷.

Al respecto, la Sala Constitucional ha encontrado en tal autonomía, el fundamento de la potestad tributaria municipal²⁸, además ha juzgado inconstitucional una norma que atribuía la competencia a la Contraloría General de la República de designar el auditor municipal, en detrimento de la propia Corporación Municipal²⁹. En contraste, no se estimó violatorio de la autonomía municipal, el sometimiento de las Municipalidades al control de legalidad en el manejo de la hacienda pública, por parte del aludido órgano contralor³⁰.

La definición de las materias de competencia municipal ha sido tratada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sin perjuicio de que el artículo 169 de la Constitución Política define como «locales» los intereses y servicios que atienden las municipalidades.

Para Ortiz Ortiz son de competencia municipal los «i) servicios públicos; ii) policías especiales, con exclusión de la general sobre el orden, la seguridad y la tranquilidad, que es monopolio estatal; iii) planificación edilicia y urbanística; iv) administración de la zona marítimo-terrestre; v) participación en la unión educativa propia del Estado»³¹.

Por su parte, para la Sala Constitucional, son de competencia municipal las materias relativas a orden público (ver sentencias n.º 2306-91; n.º 1677-94 y n.º 2984-94); otorgamiento de licencias, patentes y permisos (sentencias n.º 530-94, n.º 896-96, n.º 6469-97, n.º 139-98 y n.º 1477-98); protección del medio ambiente y la salud pública (sentencias n.º 5141-94, n.º 941-96 y n.º 726-98); planificación urbana local (sentencias n.º 4857-96 y n.º 423-97), control, inspección, administración y vigilancia sobre las calles, aceras, plazas, parques o caminos públicos entre otras (sentencias n.º 3981-94, n.º 5024-94, n.º 5195-94, n.º 3362-95 y n.º 6464-97); el manejo de basura (sentencias n.º 2001-8137, 1221-99) y policía municipal (sentencia n.º 2000-3895), entre otras.

²⁶ JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE, *Constitución Política Comentada de Costa Rica*, McGraw Hill, p. 694.

²⁷ JINISTA LOBO, ERNESTO, *Tratado de Derecho administrativo*, p. 99.

²⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 1613-91 de las catorce horas seis minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno.

²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2934-93 de las quince horas veintisiete minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres.

³⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2934-93 de las quince horas veintisiete minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres.

³¹ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, *La Municipalidad en Costa Rica*, pp. 66 y 67

Lo cierto, sin embargo, es que las enumeraciones no podrán considerarse taxativas, toda vez que, como lo ha planteado Leiva Poveda, se trata de competencias que no se han atribuido de modo exclusivo o excluyente con relación al Estado –ente mayor– y que, en todo caso, parten de una atribución definida por el Constituyente a partir de un concepto jurídico indeterminado, a saber, «intereses y servicios locales» –artículo 169 CP–³².

B. *Las Instituciones Autónomas*

La Constitución Política también define las líneas generales en que las Instituciones Autónomas asumirían su competencia especializada. Dichas instituciones forman parte del sector público estatal, aunque no así del Estado Central, como resultado, precisamente, de la autonomía que se les asegura en el texto constitucional.

Es claro, sin embargo, que la definición de los alcances de dicha autonomía es un tema intrínsecamente convulso, lo cual queda en evidencia en la amplia jurisprudencia constitucional que ha debido pronunciarse al respecto. Como resultado de esos antecedentes, se han sentado las líneas generales en que han de desenvolverse las relaciones de dirección y coordinación entre el Poder Ejecutivo y las autónomas.

De esta forma, se ha entendido que resulta congruente con el Derecho de la Constitución, que las instituciones autónomas se sometan a directrices definidas por el Poder Ejecutivo, siempre que no se vulneren ciertos límites, precisamente los intrínsecos a aquellas, es decir, su abstracción y una virtualidad operativa tal que no agote la capacidad de autogobierno de las entidades autónomas a que irían dirigidas³³. Así, la directriz del Ejecutivo debe dar al ente la oportunidad de apreciar la conveniencia u oportunidad de una concreta decisión. En suma, se ha dicho que «...es esencial a la autonomía administrativa, que el ente pueda cumplir o incumplir las directrices por su cuenta, sin perjuicio de ser sancionados los personeros y de que los actos guarden su valor y eficacia» (Sentencia n.º 3 309-94 antes citada).

Las entidades autónomas, por prescripción constitucional, solo pueden ser creadas por la Asamblea Legislativa mediante votación de mayoría calificada. Por otra parte, una vez creada una entidad autónoma, todo proyecto de ley que pueda afectar su ámbito de competencia, deberá serle consultado en el

³² LEIVA POVEDA, JORGE (2016). «La elusiva definición de "lo local" que de existir perjudicaría a las Municipalidades» En: *Memoria V Congreso Jurídico Nacional Municipal, Competencias Municipales: ¿qué es lo local?*, San José, pp. 17-27.

³³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 3 309-94 de las 15:00 hrs. del 5 de julio de 1994.

curso del procedimiento legislativo, so pena de incurrirse en un vicio formal que haría inconstitucional la norma finalmente aprobada.

Por último, cabe destacar que mientras algunas de las instituciones autónomas son de creación constitucional, como es el caso de los Bancos Estatales (art. 189 inciso 1), el Instituto Nacional de Seguros (art. 189 inciso 2); el Patronato Nacional de la Infancia (art. 55); la Caja Costarricense del Seguro Social (art. 73) y la Universidad de Costa Rica y en general, las instituciones dedicadas a la enseñanza superior universitaria del Estado (art. 84), otras lo han sido mediante disposiciones de ley que les atribuyen la atención de sectores tales como la enseñanza técnica (Instituto Nacional de Aprendizaje), la ayuda social a los sectores menos favorecidos de la población (Instituto Mixto de Ayuda Social) o bien, al sector de la vivienda y urbanismo (Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo), entre otros.

En la actualidad, según registros del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, existe un total de treinta y cinco entidades de esta naturaleza.

4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

4.1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y CONSTITUCIÓN

El procedimiento administrativo ha sido objeto de miles y miles de pronunciamientos de la Sala Constitucional, si bien a mi juicio interesa resaltar la Sentencia n.º 15-90 de las dieciséis horas con cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa.

En efecto, estimo que el fallo, a pesar de su reducida extensión, logra regular de forma precisa, las distintas garantías instrumentales que cabe derivar del Derecho de la Constitución, de modo que vino a definir las formalidades esenciales que deben ser respetadas en un procedimiento administrativo por parte de la Administración, a saber, «... *a*) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; *b*) derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; *c*) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; *ch*) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; *d*) notificación adecuada de la decisión que dicta la Administración y de los motivos en que ella se funde y *e*) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada». «... el derecho de defensa resguardado en el artículo 39 *ibidem*, no solo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino

también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la Administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa...».

Con esa fórmula, el Alto Tribunal acoge la definición del debido proceso en vía gubernativa que sentara una vieja sentencia de lo contencioso administrativo, confirmada por la antigua Sala de Casación³⁴ y que se inspirara en la doctrina argentina, concretamente, en la obra de Héctor Jorge Escola.

Posteriormente, miles de resoluciones de la Sala Constitucional han considerado ese pronunciamiento como base para estimar o desestimar la violación del debido proceso administrativo en la vía de amparo. Sin embargo, el haz de garantías fundamentales que intervienen en el procedimiento administrativo, no se reduce a tales formalidades o garantías instrumentales.

Con posterioridad, un fallo de la misma Sala Constitucional sistematizó los principios rectores que rigen los procedimientos administrativos desde la óptica constitucional. Efectivamente, en ese fallo, posteriormente reiterado por muchos más, se estableció que «El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política no se limita, en el Derecho administrativo, al ámbito jurisdiccional, esto es, a los procesos que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa creada en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo supremo, sino que se proyecta y expande con fuerza, también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es un imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, pronto, oportunos y cumplidos en aras de valores constitucionales trascendentales como la seguridad y la certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores todos los administrados. Precisamente por lo anterior, los procedimientos administrativos se encuentran informados por una serie de principios de profunda raigambre constitucional, tales como los de prontitud y oportunidad (artículo 41 de la Constitución Política), más conocido como de celeridad o rapidez (artículos 225, párrafo 1.º, y 269, párrafo 1.º, de la Ley General de la Administración pública), eficacia y eficiencia (artículos 140, inciso 8, de la Constitución Política, 4.º, 225, párrafo 1.º, y 269, párrafo 1.º, de la Ley General de la Administración pública), simplicidad y economía procedimentales (artículo 269, párrafo 1.º, *ibidem*). Estos principios rectores de los procedimientos administrativos, le imponen a los entes públicos la obligación imperativa de substanciarlos dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es decir, sin retardos graves e injustificados para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sus-

³⁴ Sala de Casación, Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 110 de las diez horas del diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y ocho.

tanciales invocadas por los administrados por el transcurso de un tiempo excesivo e irrazonable. El privilegio sustancial y posicional de las Administraciones públicas, denominado autotutela declarativa y que, a la postre, constituye una pesada carga para los administrados, no debe invertirse y ser aprovechado por estas para causarle una lesión antijurídica al administrado con la prolongación innecesaria de los procedimientos administrativos»³⁵.

De esta forma, además de la garantía instrumental del debido proceso, el particular goza de la garantía a un derecho a un procedimiento administrativo pronto y cumplido, lo cual se ve plasmado en los aludidos principios que gobiernan el procedimiento administrativo común regido por el Libro Segundo de la LGAP.

Estos precedentes constitucionales, deben complementarse con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya interpretación de la normativa internacional aplicable en la materia, vincula a los Estados parte del Sistema.

Concretamente –aunque no exclusivamente–, interesa aludir a la sentencia del 8 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) en el caso *Petro Urrego Vs. Colombia*, en la cual la Corte se refirió a que la concentración de las facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad, lo cual es común en los procedimientos administrativos disciplinarios, es incompatible con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Específicamente, indicó lo siguiente:

«129. [...] La Corte advierte que la concentración de las facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad, característica común en los procesos administrativos disciplinarios, no es sí misma incompatible con el artículo 8.1 de la Convención, siempre que dichas atribuciones recaigan en distintas instancias o dependencias de la entidad de que se trate, cuya composición varíe de manera que tal que los funcionarios que resuelvan sobre los méritos de los cargos formulados sean diferentes a quienes hayan formulado la acusación disciplinaria y no estén subordinados a estos últimos» Párrafo 129.

Si bien es cierto el fallo recién citado no ha sido aún considerado en fallos como parámetro de legalidad, lo cierto es que debería ser un asunto de tiempo nada más, puesto que, constantemente, los procedimientos administrativos sancionadores se tramitan mediante órganos directores –instructores– que carecen de independencia con respecto a los órganos decisores.

³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2003-14690 de las trece horas con cincuenta y cuatro minutos del doce de diciembre del dos mil tres.

4.2. TIPOLOGÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO

La jurisprudencia constitucional explica que es posible distinguir entre los procedimientos administrativos de naturaleza «constitutiva» y aquellos «de impugnación»³⁶. Entre los primeros, dejando de lado los regulados por normas dispersas por el ordenamiento, la LGAP distingue entre el ordinario y sumario.

En ambos casos, conforme a lo dispuesto por el artículo 214.1 de la LGAP, «su objeto más importante es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final». Por otra parte, solo ocasionará nulidad de lo actuado, «la omisión de formalidades sustanciales», por las cuales ha de entenderse aquellas «cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión» –artículo 223–.

El procedimiento ordinario administrativo, se ha reservado –artículo 308– para aquellos casos en que el acto final pueda causar «perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos». También, es el procedimiento por seguir, cuando haya «contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente», esto es, para el caso de procedimientos de tipo triangular. Finalmente, es el procedimiento por aplicar, tratándose de procedimientos disciplinarios «...cuando estos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad».

El procedimiento está diseñado de forma tal que sea célere sin sacrificar las garantías instrumentales antes aludidas. Orgánicamente, corresponde a un «órgano director» la instrucción del procedimiento. Dicho órgano puede ser colegiado o unipersonal –artículo 234–.

Una vez iniciado el procedimiento, sea de oficio o a petición de parte –artículo 284–, se citará a las partes con un plazo de quince días hábiles de antelación –artículo 311– a una comparecencia oral y privada –artículos 218, 309 y 312–, en la cual la parte tendrá «el derecho y la carga» de «a) ofrecer

³⁶ Se dijo en el fallo: «En materia de procedimientos administrativos, es menester distinguir entre el de naturaleza constitutiva y el de impugnación. El primero tiene como principal propósito el dictado de un acto administrativo final que resuelva el pedimento formulado por el gestionante o parte interesada –en un sentido favorable o desfavorable–, y el segundo está diseñado para conocer de la impugnación presentada contra el acto final que fue dictado en el procedimiento constitutivo –fase recursiva–. El procedimiento constitutivo puede ser, a modo de ejemplo, los procedimientos ordinario y sumario normados en la Ley General de la Administración pública o cualquier otro especial por razón de la materia regulado en una ley específica y que sea posible encuadrarlo dentro de las excepciones contenidas en el numeral 367, párrafo 2.º, de la Ley General de la Administración pública y en los Decretos Ejecutivos números 8979–P del 28 de agosto y 9469–P del 18 de diciembre, ambos de 1978».

su prueba; *b)* obtener su admisión y trámite cuando sea pertinente y relevante *c)* pedir confesión a la contraparte o testimonio a la Administración, preguntar y repreguntar a testigos y peritos, suyos o de la contraparte *d)* aclarar, ampliar o reformar su petición o defensa inicia *e)* proponer alternativas y sus pruebas y *f)* Formular conclusiones de hecho y de derecho en cuanto a la prueba y resultados de la comparecencia» –artículo 317–, todo lo cual deberá hacerse oralmente.

Al finalizar la audiencia, el asunto quedará listo para ser resuelto por el «órgano competente» –artículo 319–, decisión que será susceptible de los recursos administrativos respectivos, según se verá de seguido.

En el caso del procedimiento sumario, se trata del que resulta de aplicación «cuando no se esté en los casos previstos por el artículo 308». En vista de tal circunstancia, las formalidades exigidas son de menor intensidad –artículos 320 a 326–.

En general, el Libro Segundo de la LGAP define los principios que rigen al procedimiento –celeridad, formalismo moderado, oficiosidad–. Se ocupa también de establecer reglas en torno a la abstención y recusación, con lo cual se procura la independencia de los órganos que intervienen en el procedimiento.

Se definen, además, las formas de comunicación de los actos, tanto el final como los de trámite, entre las que destaca la definida en el artículo 245, conforme al cual «la notificación contendrá el texto íntegro del acto con indicación de los recursos procedentes, del órgano que los resolverá, de aquel ante el cual deban interponerse y del plazo para interponerlos».

En lo que a legitimación se refiere, el artículo 275 acoge una concepción amplia, al estimar legitimado a «todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final. El interés de la parte ha de ser actual, propio y legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquiera otra índole».

La normativa, en vista del surgimiento de los procedimientos de carácter triangular requeridos para ejercer la potestad administrativa arbitral, así como el carácter electrónico, requiere, con urgencia, una actualización, incorporando, además, para el caso de los procedimientos sancionadores administrativos, las garantías instrumentales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta que derivan de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), en la referida sentencia del 8 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) en el caso *Petro Urrego Vs. Colombia*.

5. EL ACTO ADMINISTRATIVO, SU EJECUCIÓN, PRINCIPIO DE AUTOTUTELA, LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA

5.1. GENERALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA

La normativa vigente en esta materia, si bien evidencia una muy cuidadosa elaboración, a mi juicio, requiere de una actualización a la realidad actual.

La redacción de esta normativa data de mediados de la década de los sesenta del pasado siglo, si bien entró a regir hasta mil novecientos setenta y ocho.

De este modo, es imposible esperar que, dentro de sus regulaciones, se haya previsto lo que hoy día se ha dado en llamar el acto administrativo electrónico y el acto administrativo automatizado.

De este modo, como se verá, en la clasificación de los actos administrativos que se hace en la LGAP, es claro que no se incluye mención alguna de esos dos tipos de actos administrativos, omisión que es preciso superar, dado que, en la práctica, se ha venido adoptando actos administrativos en plataformas electrónicas, aún en ausencia de normativa común que los regule.

En el caso de los actos administrativos automatizados, si bien aún no se adoptan, no hará falta que transcurra mucho tiempo para que esto suceda por lo que la introducción de las reglas mínimas necesarias para definir su régimen jurídico empieza a ser de marcado interés.

Como primer criterio de clasificación de los actos administrativos, el artículo 120 de la Ley alude a los actos administrativos externos e internos «según que vayan destinados o no al administrado». También se alude al caso de los actos administrativos concretos y generales, «según que vayan destinados o no a un sujeto identificado». Esta distinción, para la jurisprudencia contencioso-administrativa, genera «relevantes repercusiones jurídicas» que suponen «un régimen jurídico diferenciado»³⁷.

Por otra parte, el artículo 121 establece una nomenclatura según la cual, se denominará «decretos» a aquellos actos de alcance general, mientras que serán «acuerdos», los concretos. En el caso de los primeros, cuando tengan contenido normativo, se llamarán también «reglamentos o decretos reglamentarios». En lo que corresponde a los segundos, cuando decidan un recurso o reclamo administrativo, se les denominará «resoluciones».

³⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia n.º 600-2002 de las nueve horas y quince minutos del veintiuno de junio del dos mil dos.

A los actos internos, la Ley en comentario les niega valor «ante el Ordenamiento general del Estado en perjuicio del particular, pero no en su beneficio» –artículo 122.1–, lo cual deja ver una especial distinción considerada desde la óptica de la producción de efectos en que está en capacidad el acto de generar.

Así, el acto interno solo podrá innovar de forma positiva en la situación jurídico-administrativa del particular, mientras que el externo podrá también innovar de forma negativa, sea modificando o bien extinguiendo derechos subjetivos y demás situaciones jurídico-administrativas.

Interesa examinar un aspecto de especial importancia, como es la recta interpretación de lo dispuesto por las citadas normas en cuanto a los actos generales.

Como bien explica Jinesta Lobo³⁸, en realidad, no debe caerse en el error de entender que, vistas las aludidas disposiciones de la LGAP, el régimen jurídico a que se sujeta el reglamento³⁹ en el Ordenamiento Jurídico Administrativo costarricense, es idéntico al del acto administrativo.

Para acreditar su dicho, el citado autor acude a dos líneas de argumentación que este estudio comparte en un todo. La primera, se reduce a subrayar lo que la propia LGAP entendió al respecto, es decir, lo dispuesto por el artículo 6 párrafo 3, según el cual, «En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos». Por obvia que sea la disposición de la LGAP en comentario, interesa destacar su contenido y efectos, para un recto entendimiento del régimen jurídico del reglamento en Costa Rica.

Acto seguido, Jinesta Lobo identifica un total de once diferencias en el régimen jurídico del reglamento respecto del acto administrativo puro y simple. Entre estas, incluye diferencias importantes en los mecanismos de impugnación –artículo 10.1 b) de la LRJCA, hoy artículo 37.3 del CPCA–; posibilidad de revocación, jerarquía normativa, publicidad, fines, contenido típico, efectos jurídicos, etc.

Es posible entonces señalar, sin asomo de duda, que el reglamento, como acto de aplicación general con contenido normativo, presenta múltiples peculiaridades en el tratamiento jurídico que le confiere el Ordenamiento Jurídico Administrativo costarricense, sin perjuicio de que le resulten aplicables algunas de las disposiciones de la LGAP referidas a los actos administrativos concretos, en especial, las referidas a sus vicios y nulidades.

³⁸ JINESTA LOBO, ERNESTO, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I, pp. 305 a 309.

³⁹ Entiéndase, según la semántica de la LGAP, un decreto con contenido reglamentario.

En cuanto a los elementos del acto administrativo, el artículo 129 de la LGAP señala que «el acto debe dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo previo cumplimiento de los trámites sustanciales y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia». Además, se alude a la necesidad de que el acto sea una evidencia formal de la voluntad «...libre y consciente, dirigida a producir el efecto jurídico deseado para el fin querido por el ordenamiento» –artículo 130.1–.

La mención al fin o varios fines como elemento del acto administrativo, también se plantea de forma expresa –artículo 131.1–. Se atribuye, sin embargo, la definición de ese fin o fines, al Ordenamiento Jurídico, sin perjuicio de que en ausencia de norma expresa, pueda inferirse de otros elementos del acto.

Se alude también al contenido, el cual se dice «deberá ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo...» –artículo 132.1–. Se admite, además, la inserción discrecional de «condiciones, términos y modos», imponiendo como condición de validez, que «...sean legalmente compatibles con la parte reglada» del acto –artículo 132.4–.

En cuanto al motivo, se dispone que siempre «...deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto» –artículo 133.1–. En ausencia de regulación expresa, deberá «...ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento».

De acuerdo con lo establecido por el artículo 136, la exigencia de la motivación es especialmente importante en el caso de actos ablatorios, resoluciones administrativas, aquellos que se separen de criterios seguidos en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos y los de suspensión de actos objeto de recurso.

Finalmente, para la jurisprudencia contencioso-administrativa debe distinguirse entre el «motivo» del acto y su «motivación», asignando a la primera noción un papel interno y a la segunda un papel a lo externo del acto. De esta forma, la exigencia contenida en el artículo 136 antes citado, se ha relacionado con la carga de la Administración de expresar formal y externamente, al menos de forma sucinta, los fundamentos en que sustenta su decisión⁴⁰.

⁴⁰ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia número 348-98 de 11 horas del 14 de octubre de 1998. En el mismo sentido, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia número 232 de las doce horas del diecisiete de julio del 2002.

La LGAP contiene también disposiciones relativas a la eficacia y ejecutoriedad del acto. Como regla de partida, conforme al artículo 140, la eficacia del acto dependerá de su comunicación al administrado, salvo en el caso de que este derive derechos, circunstancia en la cual, los efectos se producirán desde el propio momento de su adopción.

Se establece, además, producto del principio constitucional de irretroactividad, que tal eficacia será siempre hacia el futuro, salvo casos de excepción, como es el apuntado por el párrafo segundo del artículo 142, según el cual, la retroactividad en beneficio del administrado operará siempre que «...desde la fecha señalada para el inicio de su efecto existan los motivos para su adopción, y que la retroacción no lesione derechos o intereses de terceros de buena fe».

Saborío Valverde⁴¹ ha identificado, conforme al régimen jurídico costarricense, diversos supuestos en los cuales se produce el cese de la eficacia del acto administrativo. Así, distingue dos casos de cesación temporal de la eficacia del acto, a saber, cuando se decida su suspensión en vía administrativa⁴² o bien, cuando esta se decida en vía jurisdiccional⁴³. Además, identifica dos supuestos en los cuales se produce la cesación de la eficacia de forma definitiva, se trata del caso en que el propio acto agota sus efectos con su emisión o cumplimiento⁴⁴ o bien, los supuestos en que se presentan causas sobrevinientes⁴⁵.

En cuanto a la cesación de la eficacia por causas sobrevinientes, el artículo 152 de la Ley citada, establece que la revocación podrá darse «por razones de oportunidad, conveniencia o mérito...», con lo cual se deja ver que se trata de un mecanismo reservado a los actos discrecionales, tal y como lo confirma luego el Art.156.1 de la misma Ley, al disponer la imposibilidad de revocar actos reglados.

⁴¹ SABORÍO VALVERDE, RODOLFO (1986). *Eficacia e invalidez del acto administrativo*, Editorial Alma Mater, San José, p. 51 a 53.

⁴² Se trata del supuesto previsto por el artículo 148 de la LGAP que establece que la regla según la cual, el recurso administrativo no tiene efectos suspensivos automáticos, por regla general, sin perjuicio de que, por estarse frente a la posibilidad de que se causen perjuicios graves o de imposible o difícil reparación, la autoridad que decide el recurso, decida suspender los efectos del acto impugnado.

⁴³ El CPCA admite la suspensión del acto impugnado, como la de cualquier otra medida cautelar, «cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad» –artículo 21–.

⁴⁴ SABORÍO VALVERDE, RODOLFO. *Eficacia e invalidez del acto administrativo*, p. 53.

⁴⁵ Se trata del caso en que el acto es revocado –artículo 152 y ss de la LGAP–, anulado –artículo 159 LGAP–, por desaparición de las causas que dieron lugar a su adopción –artículo 159– o bien por renuncia del particular de los derechos derivados del acto. SABORÍO VALVERDE, RODOLFO, *Eficacia e invalidez del acto administrativo*, p. 53.

La revocación de actos administrativos es competencia, tan solo, del superior jerarca supremo del ente respectivo. Se requiere, para decidir la revocación, de un dictamen favorable de la Contraloría General de la República –artículo 155.1–, aspecto este último que fuera considerado constitucionalmente admisible por el Tribunal de la materia⁴⁶.

Además, al propio momento en que se decide la revocación de un acto discrecional del cual un particular ha derivado derechos, deberá establecerse el monto de la indemnización, «so pena de nulidad absoluta» –artículo 155.2–.

Distinto es el supuesto de la anulación del acto administrativo del cual ha derivado derechos un particular. En esos supuestos, se admite la anulación en vía administrativa por parte de la propia Administración pública, de forma excepcional, cuando el acto esté viciado de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, previo procedimiento administrativo ordinario y dictamen favorable de la Procuraduría General de la República –artículo 173 LGAP–. Se admite también, la anulación del acto en vía judicial, mediante el proceso de lesividad para el caso en el cual la nulidad no es absoluta y manifiesta –artículo 10.5 y 34 del CPCA–.

Tanto para el caso de la revocación se establece en la LGAP un plazo de caducidad de cuatro años (art. 156.4), mientras que, para el caso de la anulación de actos administrativos por parte de la propia Administración, se impone un plazo de un año contado a partir del día siguiente de su comunicación y de tratarse de un acto de efectos continuados, de un año a partir del cese de sus efectos –artículo 175 LGAP–.

En lo que a la ejecutoriedad del acto se refiere, el Derecho administrativo costarricense solo le confiere tal característica al acto válido o anulable, que además sea eficaz, según resulta de la relación de lo dispuesto por los artículos 146.1 y 3 y 169 de la LGAP.

Se habla así de una «...ineficacia congénita del acto nulo»⁴⁷, la cual a su vez ocasiona la imposibilidad jurídica, que no material, de su ejecución por parte de la propia Administración, al grado que se declara la responsabilidad solidaria de aquella y del funcionario que haga ejecutar un acto viciado de nulidad –artículos 146.1 y 3 y 170.1 de la LGAP–⁴⁸.

⁴⁶ En ese sentido, véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 5120-95 de las veinte horas treinta y nueve minutos del trece de septiembre de mil novecientos noventa y cinco.

⁴⁷ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO (1994). *La vía de hecho en Costa Rica*, en Estudios en Honor de Pedro J. Frías, Volumen X de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (junio), p. 535.

⁴⁸ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, *Tesis de Derecho administrativo*, Tomo II, pp. 511 y 512.

En caso de ser ejecutorio, la LGAP –artículo 149– pone a disposición de la Administración, diversos medios de ejecución administrativa, a saber:

- la ejecución forzada mediante apremio sobre el patrimonio del particular, para aquellos casos en que exista un crédito líquido de la Administración;
- la ejecución sustitutiva, para el caso de obligaciones susceptibles de ser cumplidas por un tercero y
- el cumplimiento forzoso, para el caso de que la obligación sea personalísima, de dar, hacer o tolerar o no hacer, pudiendo convertirse en daños y perjuicios según el criterio prudencial de la Administración.

Al respecto, se ha dicho que se trata de medios que han sido reconocidos a la Administración, como producto de la «autotutela ejecutiva administrativa (que exime de la necesidad de acudir al auxilio judicial para que la coacción legítima pueda ponerse en servicio de la ejecución práctica de los derechos de un sujeto desconocido, resistidos o atropellados por los demás)»⁴⁹.

Resta referirse a las nulidades del acto administrativo, tema al que se dedica atención en diversos niveles del Ordenamiento Jurídico Administrativo. Así, por ejemplo, conforme a lo establecido por el artículo 49 constitucional, «la desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos», con lo que se deja de manifiesto el especial interés de que el acto administrativo atienda, como requisito de validez, los fines fijados por el Ordenamiento Jurídico.

El CPCA, por su parte, alude en el artículo 1 párrafo 2, también de forma expresa, a los vicios del acto administrativo, si bien lo hace formulando una definición amplia de los motivos de ilegalidad: «...comprenden cualquier infracción, por acción u omisión, al ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder».

Antes, la LGAP había venido a desarrollar con mayor detalle tales patologías. De esta forma, el artículo 129 regula el vicio de incompetencia, mientras que el quebrantamiento de formalidades esenciales se regula en el artículo 223.1, por ejemplo.

Finalmente, la desviación de poder como vicio del acto administrativo, es también objeto de atención en ese cuerpo legal, tal y como resulta de lo establecido por los artículos 128 *in fine*, 130.3 y 131.3 de la LGAP.

Cabe señalar, también, que la LGAP, como bien explica Saborío Valverde, afronta el tema a partir de dos distintas categorías de infracción al Ordena-

⁴⁹ GONZÁLEZ CAMACHO, ÓSCAR (1995). *Consideraciones prácticas en torno al proceso ejecutivo*, San José, p. 112.

miento Jurídico, las «...sustanciales e insustanciales»⁵⁰. Efectivamente, la LGAP plantea como punto de partida, que será válido el acto administrativo «que se conforme sustancialmente con el ordenamiento jurídico...». A partir de esa consideración, a *contrario sensu*, se establece que «será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico» –artículo 158.2–, para plantear, sucesivamente, que las «infracciones insustanciales no invalidará el acto» –artículo 158.4–.

De esta forma, solo las infracciones sustanciales causan, entonces, la invalidez –nulidad absoluta– del acto administrativo. Dentro de las infracciones sustanciales expresamente señaladas por la propia LGAP, se encuentran «cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas» –artículo 158.3–; la contradicción del acto a «...las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta» –artículos 16.1 y 158.4–; «...cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente» –artículo 166–; la «omisión de formalidades sustanciales del procedimiento» –artículo 223.1– y para el caso del acto discrecional, «...cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias del caso» –artículos 16.1 y 160–.

En suma, la invalidez del acto administrativo, conforme al artículo 165 de la LGAP, puede manifestarse sea como nulidad absoluta o como una nulidad relativa.

Con tino señala Ortiz Ortiz que la nulidad absoluta, en el Derecho administrativo costarricense, «conduce a una privación total y necesaria (jurídicamente obligatoria) de los efectos del acto que así nace intrínsecamente ineficaz», mientras que, en el caso de la nulidad relativa, «...se produce una privación parcial y posible (en el doble sentido de incierta y facultativa) de los efectos del acto, que así nace eficaz, pero puede dejar de serlo»⁵¹.

5.2. DE LOS RECURSOS EN VÍA ADMINISTRATIVA

Al decir de la Sala Constitucional, los procedimientos recursivos «... comprenden los recursos ordinarios (revocatoria, apelación y reposición) y los extraordinarios (revisión)»⁵².

Efectivamente, conforme a las reglas de la LGAP, en lo que a los recursos ordinarios administrativos se refiere, según sea la naturaleza del acto –final o

⁵⁰ SABORÍO VALVERDE, RODOLFO. *Eficacia e invalidez del acto administrativo*, p. 83.

⁵¹ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Tesis de Derecho administrativo*, Tomo II, p. 520.

⁵² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2003-14690 de las trece horas con cincuenta y cuatro minutos del doce de diciembre del dos mil tres.

de trámite— o bien, dependiendo de la jerarquía del órgano de que emana directamente el acto final, así corresponderá uno u otro recurso administrativo.

Por regla general, los recursos no tienen efecto suspensivo de conformidad con el artículo 140 de la LGAP.

Por su parte, según el artículo 344.2 de la misma Ley, en caso de que el acto emane del inferior, solo cabrá el recurso de apelación, mientras que, de emanar del jerarca, solo cabrá el de revocatoria o reposición —artículos 344.3 LGAP.

En cuanto a los actos de mero trámite, según el artículo 345.1 de la LGAP, «... cabrán los recursos ordinarios únicamente contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba».

Los recursos ordinarios deberán ser interpuestos en el término de tres días hábiles contados a partir del siguiente al de la notificación, para el caso del acto final. De tratarse de recursos en contra de actos de trámite, el término será de veinticuatro horas —artículo 346—.

El recurso extraordinario de revisión se encuentra regulado por los artículos 353 y 354 de la LGAP. El primero regula las causales en que procede plantearlo, mientras que el segundo se refiere a los plazos en que deberá plantearse.

Finalmente, debe indicarse que el agotamiento de la vía administrativa dejó de ser un presupuesto formal del proceso contencioso administrativo aún antes de la reforma procesal contencioso administrativa, conforme a lo dispuesto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, tal exigencia resultaba contraria al Derecho de la Constitución.

Al respecto, la Sala Constitucional señaló:

«V.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL CARÁCTER PRECEPTIVO DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA. Actualmente, sobre todo a la luz de los principios de la supremacía de la Constitución y de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, así como de su eficacia expansiva y progresiva e interpretación más favorable, se entiende que el carácter obligatorio o preceptivo del agotamiento de la vía administrativa riñe con el derecho fundamental de los administrados a obtener una justicia pronta y cumplida ex artículos 41 y 49 de la Constitución Política (tutela judicial efectiva) y con el principio de igualdad, puesto que, solo en el proceso contencioso-administrativo —y no así en el resto de las jurisdicciones— se le obliga al justiciable, antes de acudir a la vía jurisdiccional, agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes. La infracción al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida deviene de los siguientes aspectos: a) Normalmente, cuando el administrado interpone los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o de reposición —entendido este último como el recurso

horizontal que cabe contra los actos del jerarca o superior jerárquico supremo—, no logra que el propio órgano o su superior lo modifique o anule, de modo que el agotamiento de la vía administrativa es como sacar agua de un pozo seco, al no lograrse obtener nada de la interposición de los recursos, transformándose así en una pesada carga o especie de vía crucis para el administrado; *b)* es sabido que el procedimiento administrativo y su etapa recursiva o de revisión, suele prolongarse más allá de los plazos legales y de lo que puede concebirse como un plazo razonable, con lo cual se prolonga indefinidamente, incluso por años, el acceso a la tutela judicial efectiva, sin tener posibilidad de hacerlo inmediatamente y cuando lo estime oportuno; *c)* la sumatoria del plazo necesario para agotar la vía administrativa con el requerido por la jurisdicción contencioso-administrativa, provoca que los administrados obtengan una justicia tardía, la cual, eventualmente, puede transformarse —según su prolongación y las circunstancias particulares de los administrados justiciables— en una denegación de justicia; lo anterior constituye una clara y evidente ventaja relativa para los entes públicos de la cual, en ocasiones, se prevalecen, puesto que, el administrado o ciudadano pasa —por su condición ordinaria de persona física— y la Administración pública permanece prolongadamente en el tiempo. En lo que atañe a la vulneración del principio de igualdad, debe indicarse que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa, derivado del privilegio de la autotutela declarativa, expone al justiciable que litiga contra una Administración pública a una situación discriminatoria, puesto que, no existe un motivo objetivo y razonable para someterlo a ese requisito obligatorio, a diferencia del resto de los ordenes jurisdiccionales. Debe tenerse en consideración que, incluso, la libertad de configuración o discrecionalidad legislativa al diseñar los diversos procesos, tiene como límite infranqueable el principio de igualdad. Lo anterior, queda reforzado si se considera que las Administraciones públicas son un sujeto de Derecho más que no tienen por qué gozar de tales privilegios o prerrogativas y que el eje central en una Administración prestacional o en un Estado Social y Democrático de Derecho lo es la persona, esto es, el usuario o consumidor de los bienes y servicios públicos. En esencia, los intereses públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas no pueden tenerse como cláusulas de apoderamiento para enervar los derechos fundamentales de los administrados o, sencillamente, como el altar para ser sacrificados»⁵³.

De este modo, al entrar a regir el CPCA, se ratificó por expresa disposición legal que el agotamiento de la vía administrativa será facultativo —artículo 31.1—, sin perjuicio de que se introdujeron algunas actuaciones interlocutorias

⁵³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 3669-06 de las quince horas del quince de marzo de 2006.

en vía administrativa que simulan una figura cercana al agotamiento de la vía tal y como lo comentó Jinesta Lobo oportunamente⁵⁴.

6. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El régimen jurídico del contrato administrativo está sustentado, en el caso costarricense, en disposiciones constitucionales potenciadas, tal vez en exceso, por la jurisprudencia constitucional en la materia.

De conformidad con lo establecido por el artículo 182 constitucional, «Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo». Por otra parte, conforme al artículo 183, se confía la vigilancia de la Hacienda Pública, a una «institución auxiliar de la Asamblea Legislativa», es decir, la Contraloría General de la República, a la cual se asegura «...total independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores». Dentro de sus deberes, dispone el artículo 184 constitucional, se encuentra «Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República».

A partir de esas disposiciones, jurisprudencialmente se ha elevado a rango constitucional principios tales como el de la libre concurrencia; igualdad de trato entre todos los posibles oferentes; publicidad; legalidad o transparencia de los procedimientos; seguridad jurídica; formalismo de los procedimientos licitatorios; equilibrio de intereses; buena fe; mutabilidad del contrato; intangibilidad patrimonial y control de los procedimientos⁵⁵.

El Alto Tribunal, además, ha identificado en la licitación un «procedimiento de garantía para el interés público», lo cual sustenta en su capacidad, en cuanto al interés del Estado, de «conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del servicio público, en la calidad de la prestación que se brinda a los usuarios, y, según la naturaleza de cada caso, de las condiciones económicas, tanto definir la economía de la operación que realiza el contratista, como también el costo que implica para los usuarios». En cuanto al interés de los particulares, se estima que este procedimiento tiene una directa conexión con la garantía de la igualdad, «en tanto caracterizado por el principio de

⁵⁴ JINESTA LOBO, ERNESTO (2006). *El Nuevo Proceso contencioso-administrativo*. Escuela Judicial, San José, pp. 127 y 128.

⁵⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 998-98 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

publicidad que lo informa, busca garantizar a los administrados la más amplia garantía de libre concurrencia, en condiciones de absoluta igualdad...»⁵⁶.

La contratación administrativa costarricense ha estado regida, en lo fundamental, por la Ley de Contratación Administrativa, Ley n.º 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, así como por el Reglamento General a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo n.º 33411-H de 27 de septiembre de 2006 y reformas.

No obstante, a partir del mes de noviembre de 2022 entrará a regir la Ley General de Contratación Pública (LGCP), Ley n.º 9986 mediante la cual se deroga la Ley n.º 7494 y, por consecuencia, su reglamento.

La ley optó por definir su ámbito de aplicación señalando que serán aplicables sus disposiciones a «toda la actividad contractual que emplee total o parcialmente fondos públicos» –artículo 1 § 1o de la LGCP–.

La nueva normativa no innova, al menos de modo sustantivo, en materia de procedimientos de contratación pública. En efecto, además del cambio de denominación, no se logra apreciar ninguna novedad sustantiva con respecto al régimen anterior. Podría decirse que, en gran medida, se eleva a rango legal muchas de las disposiciones del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, con algunos ajustes no muy significativos.

La reforma, no obstante, sí es más significativa y representa un punto de inflexión –al menos de corte normativo– en el tanto introduce reglas en materia de contratación pública estratégica a la cual se dedica el capítulo IV del título I de la ley, determinándose así, como designio del legislador, la regla conforme a la cual «las contrataciones públicas servirán a la consolidación de políticas públicas tendientes al desarrollo social equitativo nacional y local y a la promoción económica de sectores vulnerables, a la protección ambiental y al fomento de la innovación» –artículo 20 § 1.º–.

Otra de las innovaciones más sustantivas consiste en la regulación –no muy feliz, sin embargo– de la gobernanza de la contratación pública, para lo cual se regula la creación de la Autoridad de Contratación Pública, la cual «fungirá como rector exclusivamente para la materia de contratación para toda la Administración pública» –artículo 128 § 2.º–, así como una Dirección de Contratación Pública «órgano ejecutor», «con capacidad técnica consultiva», a la cual le corresponderá «Elaborar y proponer a la Autoridad de Contratación Pública el Plan Nacional de Compras Públicas», entre otras funciones –artículo 129–.

⁵⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2633-93 de las dieciséis horas tres minutos del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres.

Por otra parte, se establece que todo sujeto público al cual le resulte aplicable la ley, deberá contar con «una dependencia encargada de los procedimientos de contratación pública, con la organización y las funciones que se determinarán vía reglamentaria» –artículo 131 § 1.º–, órganos que deberán contar con personal «idóneo».

Precisamente, para asegurar esa idoneidad, el artículo 132 establece como tarea de la Autoridad de la Contratación Pública, «definir una estrategia que promueva la profesionalización, la certificación de idoneidad y la capacitación continua de los funcionarios encargados de la contratación pública, así como de la acreditación de las unidades de compra institucionales» –artículo 132 § 1.º–.

En cuanto a los institutos sustantivos propios de la contratación administrativa, la nueva legislación no plantea mayores innovaciones.

Conforme al artículo 113 de la LGCP se reconoce como potestad exorbitante de la Administración, la de «resolver, unilateralmente los contratos por motivo de incumplimiento grave imputable al contratista». Por su parte, el artículo 115 regula la potestad de rescisión contractual de la Administración, la que podrá ejercer con relación a contratos «no iniciados o en curso de ejecución, por razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditadas». Se reconoce al contratista, en esos supuestos, el derecho a ser resarcido por los daños y perjuicios que se le ocasione.

El artículo 43 reconoce el derecho del contratista al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, para lo cual se regula el mecanismo de reajuste de precios, en especial, para el caso de contratos de obra pública, derecho que se ha vinculado al Derecho de la Constitución, en vista del carácter de garantía fundamental del derecho de propiedad y a la intangibilidad patrimonial⁵⁷. La LGCP reconoce, además, como principio, la intangibilidad patrimonial, principio conforme al cual, «la Administración está obligada a observar el equilibrio financiero del contrato y evitar, para ambas partes, una afectación patrimonial, por lo que la Administración podrá hacer un ajuste en los términos económicos del contrato cuando la causa no sea atribuible al contratista, o bien, medien causas de caso fortuito o fuerza mayor, de conformidad con lo regulado en esta ley» –artículo 8 inciso i)–.

En cuanto al régimen jurídico del contrato administrativo, la LGCP profundiza poco o muy poco. Así, conforme al artículo 7, «El régimen de nulidades de la Ley 6227, Ley General de la Administración pública, de 2 de mayo de 1978, se aplicará a la actividad contractual pública», regla que se importa de la Ley de Contratación Administrativa derogada, desaprovechán-

⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 6432-98 de las diez horas con diez minutos del cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

dose la oportunidad de desarrollar las reglas propias de la patología negocial de las Administraciones públicas que dista de reducirse a las reglas de nulidad de los actos administrativos. En suma, se ha replicado una medida que no parece ser la más adecuada desde el punto de vista técnico jurídico, por razones obvias. La regla en comentario se ve complementada al señalarse, en el artículo 100 que «Es válido el contrato administrativo sustancialmente conforme al ordenamiento jurídico» –párrafo primero–, señalamiento que no aporta nada en lo que realmente interesa, es decir, la definición de los parámetros de legalidad que harían que un contrato sea o no sustancialmente conforme al ordenamiento jurídico, ámbito que, como sucedía en la anterior legislación, queda en el olvido y sujeto a las reglas de la contratación privada que habrá que aplicar de modo supletorio con las dificultades que ello trae consigo.

Los procedimientos ordinarios de contratación pública previstos en la nueva legislación son la licitación mayor –regulada por los artículos 55 a 59–; la licitación menor –*vid.* arts. 60 y 61–, así como la licitación reducida –artículos 62 y 63–.

El criterio para definir cuál es el trámite aplicable para cada caso concreto, es enteramente cuantitativo⁵⁸. De este modo, en la definición del procedimiento aplicable, influirá si se está o no en una compra del régimen ordinario o del diferenciado.

El «régimen diferenciado» aplica en el caso de las empresas públicas no financieras nacionales, empresas públicas no financieras municipales, las instituciones públicas bancarias y las instituciones públicas financieras no bancarias, mientras que el ordinario para el resto de administraciones.

Por otra parte, se discrimina, cualitativamente, entre procedimientos iniciados para contrataciones de obras públicas de aquellos que no lo son.

De este modo, se han definido umbrales para determinar en qué casos procede la licitación mayor, la menor o la reducida mediante umbrales que difieren en el caso de los contratos de obra pública y según se trate del régimen ordinario o del diferenciado.

Todas esas variables inciden, también, en materia recursiva, en la cual la nueva legislación presenta algunas novedades, todas dirigidas al estrangulamiento de ese mecanismo de control de legalidad.

Así, se admiten dos recursos: el de objeción al pliego de condiciones y el dirigido a la impugnación del acto final de adjudicación o bien la que

⁵⁸ El artículo 36 de la LGCP establece los umbrales que regirán a partir de la vigencia de la ley, los que deberán ser actualizado por la Contraloría General de la República anualmente.

declara desierta o infructuosa la licitación, que podrá ser de apelación o de revocatoria.

En el caso del primero de los recursos, es decir, el de objeción al pliego de condiciones podrá plantearse ante la Contraloría General de la República en los casos de licitaciones públicas mayores. Deberá plantearse ante la propia Administración en el caso de las licitaciones menores y reducidas.

Por su parte, el recurso de apelación cabrá para impugnar la decisión de adjudicación o bien la que declara desierta o infructuosa la licitación, para el caso de las licitaciones mayores, lo que se puede deducir por exclusión, dado que el artículo 97 de la LGCP no lo precisa. Es más bien el artículo 99 *ibidem* el que señala que el recurso de revocatoria «procederá contra el acto final de la licitación menor».

En el caso del recurso de apelación, lo conoce y resuelve la Contraloría General de la República, mientras que el recurso de revocatoria lo conoce y resuelve la propia Administración.

Como se ha señalado con razón «...al igual que en la normativa actual, no procede el recurso de revocatoria con apelación en subsidio, como se regula en la Ley General de la Administración pública, sino que dependiendo del procedimiento corresponde interponer uno o el otro»⁵⁹.

La LGCP presenta algunas regulaciones en lo que a la ejecución contractual se refiere, si bien no son de mayor trascendencia, por lo que, como en el régimen anterior, deberá acudir al Derecho privado para integrar tal laguna normativa, según lo ha entendido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia⁶⁰.

7. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Se ha estimado por parte del Tribunal Constitucional que la potestad administrativa sancionatoria es una manifestación del *ius puniendi* del Estado, potestad que debe discriminarse de la atribuida a los Tribunales de Justicia en materia penal –artículo 153 de la CP–. Se estimó en ese sentido, que «Dentro de las facultades propias del Estado –y de la Administración pública en gene-

⁵⁹ RODRÍGUEZ CUBERO, LINDSAY (2020). «De la contratación administrativa a la contratación pública». En: *Tribunal contencioso-administrativo y Civil de Hacienda: 50 aniversario*, San José, p. 204.

⁶⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 1019-F-2006 de las dieciséis horas veinticinco minutos del veintiuno de diciembre. Ver concretamente el Considerando VII.

ral— se encuentra la facultad sancionatoria», potestad en la cual discrimina la Sala una de carácter correctivo y otra de carácter disciplinario⁶¹.

Por la primera entiende el Tribunal aquella potestad sancionatoria «que tiene por objeto sancionar las infracciones a las ordenes o mandatos de la Administración pública, es decir, a las acciones u omisiones antijurídicas de los individuos, sean o no agentes públicos y el contenido a las normas que la regulan constituyen el Derecho penal administrativo»⁶², mientras que se ha caracterizado la potestad disciplinaria como aquella que «...ejerce el Estado sobre los sujetos ligados a una relación especial de poder», se trata, dice la Sala, de un «...instrumento para la eficacia del principio de jerarquía»⁶³.

Se ha entendido, también, que buena parte de los principios y derechos fundamentales que rigen en materia penal⁶⁴, se aplican en materia sancionatoria administrativa⁶⁵.

Dentro de tales principios, se ha incluido, tanto por la doctrina⁶⁶ como por la Jurisprudencia⁶⁷, el Principio de Legalidad. Solo se entiende legítimo el ejercicio de una potestad de sanción, cuando previamente ha sido atribuida esa facultad por una norma de rango legal.

El principio también se proyecta mediante la imposición de una absoluta reserva de ley en la definición de conductas sancionables y de las sanciones

⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 1 265-1 995 de las quince horas treinta y seis minutos del siete de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

⁶² *Idem*.

⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2 000-8 193 de las quince horas con cinco minutos del trece de septiembre del dos mil.

⁶⁴ Entre ellos, el «Derecho General a la Justicia», el «Derecho General a la Legalidad», el «Derecho al Juez Regular»; los «Derechos de Audiencia y Defensa», implementados mediante garantías como el derecho a la intimación, a la imputación de cargos y de audiencia; el Principio de Inocencia; el «Principio *in dubio pro reo*»; los «Derechos al Procedimiento», entre ellos, el de amplitud de la prueba; la legitimidad de la prueba; la inmediación de la prueba; la identidad física del juzgador; la publicidad del proceso; el impulso de oficio; la comunidad de la prueba y su valoración razonable; el «Derecho a una Sentencia Justa», traducido en las garantías del Principio *Pro Sententia* y de Congruencia de la Sentencia; el «Principio de Doble Instancia»; la «Eficacia formal de la Sentencia (cosa juzgada) y la «Eficacia material de la Sentencia», todos los cuales fueron caracterizados en la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, n.º 1 739-1 992 de las once y cuarenta y cinco horas del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

⁶⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2 000-8 193 de las quince horas con cinco minutos del trece de septiembre del dos mil.

⁶⁶ JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE (1999). *Justicia Constitucional y Administrativa*, San José, p. 103.

⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 7 203-1 998 de las dieciocho horas del siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

atribuibles a estas, así como en exigencias en cuanto a la tipicidad y la garantía del *non bis in idem*⁶⁸.

Así, en cuanto a la tipicidad, se ha entendido que «no debería existir sanción sin previa infracción, como tampoco debiera haber infracción sin la previa tipificación específica». Se alude en ese sentido, a una «causalidad entre la infracción cometida y la obligada sanción», causalidad que solo una norma escrita anterior a la conducta sancionable puede establecer, esto sin perjuicio de una «cierta elasticidad en el desenvolvimiento administrativo» con relación a la rigidez imperante en el Derecho penal⁶⁹.

La jurisprudencia constitucional, a propósito de la apuntada elasticidad, ha admitido tanto un desarrollo reglamentario de las disposiciones de la ley respectiva, como el recurso a conceptos jurídicos indeterminados⁷⁰, especialmente en materia disciplinaria⁷¹.

En cuanto al *non bis in idem*, se ha admitido, tanto en la doctrina⁷² como en la jurisprudencia⁷³, que debe ser considerado como un principio de clara aplicación en materia sancionatoria administrativa. Se trata de una garantía de expresa mención en la Carta Política, conforme a la cual, «Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible» –artículo 42 CP–.

En lo que al procedimiento se refiere, al decir del Tribunal Constitucional, «el debido proceso genera exigencias fundamentales respecto de todo proceso o procedimiento, especialmente en tratándose de los de condena, de los sancionadores en general, y aún de aquellos que desembocan en una denegación, restricción o supresión de derechos o libertades de personas privadas, o aún de las públicas en cuanto que terceros frente a la que actúa»⁷⁴. Tal considera-

⁶⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 7203-98 de las dieciocho horas del siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

⁶⁹ JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE. *Justicia Constitucional y Administrativa*, pp. 71 a 73.

⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2000-8193 de las quince horas con cinco minutos del trece de septiembre del dos mil.

⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2002-6514 de las catorce horas con cincuenta minutos del tres de julio del dos mil dos. En sentido similar, ver Sentencias n.º 5287-93, n.º 7491-94, n.º 5799-96, n.º 6687-96, n.º 5946-97 y n.º 5276-99 de la misma Sala.

⁷² En ese sentido, JIMÉNEZ MEZA, MANRIQUE. *Justicia Constitucional y Administrativa*, pp. 113 a 133.

⁷³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 6211-1993 de las diecisiete horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

⁷⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 1739-1992 de las once y cuarenta y cinco horas del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

ción se ve satisfecha, para el aludido tribunal^{75, 76}, por las disposiciones del Libro Segundo de la LGAP ya aludido atrás, cuyas formalidades permiten el pleno goce de las apuntadas garantías de tipo instrumental.

8. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Una revisión del régimen constitucional costarricense en lo contencioso-administrativo, permite evidenciar que contiene, a diferencia del modelo constitucional español o italiano –que tan solo contienen una garantía constitucional genérica relativa a la tutela judicial efectiva– y al igual que el modelo constitucional alemán, una referencia específica a la garantía constitucional de la justicia contencioso-administrativa. Es decir, el Constituyente optó por reforzar las garantías ciudadanas en ese ámbito, no contento con las garantías genéricas ya establecidas en relación con la tutela judicial efectiva⁷⁷.

La norma –artículo 49– fue objeto de una reforma constitucional operada mediante Ley n.º 3 124 de 21 de junio de 1963, ampliando el ámbito, extensión y límites de la jurisdicción, en específico, en cuanto al control de la discrecionalidad administrativa tal y como consta en la misma Exposición de Motivos⁷⁸, en el tanto la redacción original redujo el control judicial a la actividad administrativa de carácter reglado.

Una vez puesta en evidencia tal limitante, se propuso «...modificar el sobredicho texto de la Constitución Política. Y al efecto se le debe dar una redacción amplia, a fin de que el legislador no encuentre obstáculos al desarrollarlo»⁷⁹.

Entre otras reformas, se decidió eliminar la expresión «en uso de facultades regladas» que aparecía en la norma, toda vez que «Se afirma, según las modernas corrientes del pensamiento doctrinario, que toda la actividad del Estado es reglada, por cuanto cualquier acto tiene al menos su fin reglado y que lo que existe es discrecionalidad administrativa, en la que se actúa en diversos

⁷⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2000-8 193 de las quince horas con cinco minutos del trece de septiembre del dos mil.

⁷⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2001-11 830 de las once horas con veintidós minutos del dieciséis de noviembre del dos mil uno. En el mismo sentido, véase Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2001-10 198 de las quince horas con veintinueve minutos del diez de octubre del dos mil uno.

⁷⁷ En específico, las que derivan de los artículos 39 y 41 constitucionales.

⁷⁸ «...al hacer uso de esa discrecionalidad puede incurrir la Administración en defectos o vicios de forma, de procedimiento o de desviación de poder, que ineludiblemente deben estar sometidos al control jurisdiccional, para que la justicia administrativa sea lo que debe ser en un Estado de derecho como el nuestro». *Asamblea Legislativa*, Expediente n.º 300, folio 1.

⁷⁹ *Asamblea Legislativa*, Expediente n.º 300, folio 2.

sentidos, porque la ley señala un concepto facultativo. Esos supuestos que otorgan al órgano administrador provienen de expresa disposición jurídica y no de una libre actividad, sobre o fuera de la concepción legalista; además, determinar los límites de la discrecionalidad en la actuación administrativa, es cuestión de fondo, de procedencia y no de admisibilidad del reclamo, como erróneamente está hoy día establecido en Costa Rica. En concordancia con lo expuesto, se afirma que en todo acto, por más reglado que sea, existe un poder discrecional de mayor o menor grado; y que todos los actos dictados en uso de la discrecionalidad, por más libres que se supongan, derivan de una actividad más o menos reglada»⁸⁰.

Aprobada la reforma constitucional, al decir de Ortiz Ortiz, se hizo posible la recepción en nuestro ordenamiento jurídico de los «...principios e instituciones fundamentales del proceso administrativo español, inspirado en el francés»⁸¹.

Con posterioridad, mediante la LGAP se introducen disposiciones dirigidas a regular el ejercicio de potestades con contenido discrecional.

Se trata de los artículos 15, 16, 158 y 160 de dicha disposición legal, de los cuales, su redactor deriva como efecto, la definición de límites al ejercicio de la potestad discrecional, a saber, la obligada «observancia de los principios de racionalidad, de justicia y de utilidad (o conveniencia), con la presuposición o bajo el supuesto de que existen otras reglas de conducta, no jurídicas, ni decretadas, fundadas en la realidad social y natural, que vienen incorporadas a la norma y a su aplicación al caso, para hacerla posible y compatible con aquellas y con los valores y principios de un Estado de derecho»⁸².

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido que «La labor jurisdiccional consiste en determinar la oportunidad del acto, revisando para ello si la Administración escogió bien y adecuadamente el motivo y el contenido para la realización del fin, y que tenga las condiciones mínimas requeridas para lograrlo», lo cual ha dado lugar, por ejemplo, a anular un acto que no estaba logrando el fin propuesto debido a que la Administración no acertó en «la determinación correcta del motivo y en el escogimiento del mejor contenido para realizar de la mejor manera los objetivos o fines que se persiguen»⁸³.

⁸⁰ Asamblea Legislativa, Expediente Legislativo n.º 300, folio 12, p. 6 del Dictamen.

⁸¹ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO (1990). «Espíritu y Perspectivas de una Reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica». En: *Revista Judicial* n.º 49, Año XV (marzo), p. 110.

⁸² ORTIZ ORTIZ, EDUARDO, «Límites y contralor de la discrecionalidad administrativa en Costa Rica». En: *Revista Judicial*, n.º 28, Año VIII (marzo).

⁸³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 283, de las catorce y quince horas del veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa.

Es claro que la entrada en vigor del CPCA, ha permitido al justiciable contar con instrumentos de corte procesal para hacer valer los límites a la discrecionalidad impuestos por la norma de fondo, es decir, la LGAP.

De esta forma, según lo establecido por el citado Código, es posible pretender el control del ejercicio de las potestades discrecionales –artículo 36 inciso b)- mediante pretensiones que incluyan no solo la típica declaración de nulidad de la conducta discrecional, sino además, «La fijación de los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa» –artículos 42.2.f) y 122 f)–. Según el artículo 122 inciso f), dentro de los poderes del juez, se encuentra «Fijar los límites y las reglas impuestos por el ordenamiento jurídico y los hechos, para el ejercicio de la potestad administrativa, sin perjuicio del margen de discrecionalidad que conserve la Administración pública».

González Camacho estima, con razón, que «En efecto, el control amplio de la discrecionalidad administrativa se extrae con facilidad de los artículos 20, 36. b), 42.f), 122.f), 127 y 128, todos el Código. Ello implica que, en esta materia el Juez no habrá de quedarse en la fiscalización jurisdiccional externa o de forma. Superado está el límite irreal creado alrededor del mal llamado «principio de separación de poderes», que en realidad constituye distribución de funciones. El Juez, por serlo, puede y debe, garantizar la juricidad plena de cualquier conducta pública, incluyendo por supuesto, la que tenga tintes o porciones de discrecionalidad»⁸⁴.

Ahora bien, como lo expone Leiva Poveda, el control de la discrecionalidad administrativa no se reduce al judicial contencioso-administrativo. Para el autor, la discrecionalidad puede ser evaluada, también mediante el control jerárquico en sede administrativa, doctrina de los artículos 102, 180 y 342 de la LGAP.

También cabe el control del ejercicio de la discrecionalidad administrativa, mediante un control no jerárquico, a pesar de que, conforme a los artículos 180 y 181 de la LGAP, dicho control se debe limitar a «revisar solo la legalidad». Para el autor, a pesar de haberse acotado de ese modo el alcance del control no jerárquico, debido a que la discrecionalidad administrativa está sujeta a límites jurídicos o no jurídicos, «la determinación de la existencia de una violación a alguno de ellos, sí puede ser declarada en aquella vía, pero únicamente anulándose el acto impugnado mediante el recurso correspondiente, DEVOLVIENDO el expediente para que el órgano controlado adopte

⁸⁴ GONZÁLEZ CAMACHO, ÓSCAR. *El Nuevo Proceso contencioso-administrativo*, op. cit., p. 485.

un nuevo acto de contenido discrecional, dentro de los límites que debe atender en ese caso concreto»⁸⁵.

Finalmente, el mismo autor alude a «regímenes especiales de control» previstos en leyes especiales. Así, menciona el caso de la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República, Ley n.º 7319, cuyo artículo 1, entiende el autor, no limita el control a aspectos de legalidad, control que se podrá traducir, sin embargo, no en anulaciones de actos de contenido discrecionalidad, pero sí «para hacer recomendaciones respecto de la inconveniencia o inoportunidad de conductas administrativas con contenido discrecional, lo cual se desprende claramente de su ley constitutiva»⁸⁶.

Finalmente, también alude el autor al caso del control no jerárquico que se le atribuye a la Contraloría General de la República en materia de contratación pública, el que estima que «va más allá de la fiscalización de la sola legalidad» considerando lo establecido en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428⁸⁷.

En efecto, en particular, al conocer de los recursos de objeción al pliego de condiciones, el Órgano Contralor examina el ejercicio de la discrecionalidad administrativa que dio lugar a las cláusulas objetadas, pudiendo anularlas y ordenar su enmienda previa determinación de los límites a que está sujeta la Administración.

9. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y OTROS MODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EN ESPECIAL, LOS ARBITRAJES

9.1. DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Como se ha dicho, la Constitución Política costarricense contiene una referencia específica a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es decir, el Constituyente optó por reforzar las garantías ciudadanas en ese ámbito, no contento con las garantías genéricas ya establecidas en relación con la tutela

⁸⁵ LEIVA POVEDA, JORGE (2020). «Breve introducción a la discrecionalidad administrativa en Costa Rica y su monstruosa problemática en la práctica forense». En: *Tribunal contencioso-administrativo y Civil de Hacienda: 50 aniversario*, San José, p. 118.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 118.

⁸⁷ *Ibidem*.

judicial efectiva⁸⁸, lo cual ha ocasionado una marcada atención doctrinal al tema⁸⁹.

El proceso contencioso administrativo costarricense estuvo regido por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley n.º 3667 de 12 de marzo de 1966. Se trata de una normativa que mimetizó la española de 1956.

Tal disposición fue derogada por el actual Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley n.º 8508 que entró en vigencia en enero del año 2008.

Conforme al Transitorio IV, los procesos interpuestos con anterioridad a esa última fecha, «...continuarán sustanciándose en todos sus trámites y recursos, por las normas que regían a la fecha de inicio...».

Hasta este momento, una única jurisdicción ubicada en la ciudad capital, conoce y resuelve todos los procesos en la materia así como los de carácter civil de hacienda, a pesar de que mediante el CPCA se pretendió, mediante el Transitorio II, que la Corte Plena pusiera en funcionamiento «...en cada provincia o zona territorial que ella determine, los tribunales de lo contencioso-administrativo y civil de hacienda que estime pertinentes, tomando en cuenta en índice de litigiosidad, las necesidades de los usuarios y la actuación de los entes u órganos administrativos en el ámbito provincial, regional o cantonal».

Se trata, sin duda, de un obstáculo en el acceso a la justicia contencioso administrativa que, a partir de la introducción de la justicia electrónica, podría verse paliado ofreciéndole al justiciable acceso remoto mediante los distintos centros de gestión judicial repartidos por todo el país.

En contraste con el contenido del examinado artículo 49 constitucional, durante la vigencia de la LRJCA se redujeron sustancialmente las alternativas para el justiciable al optarse por un rígido modelo de pretensiones anulatorias –de mera nulidad o plena jurisdicción–, dejando por lado las pretensiones de condena⁹⁰. Esta situación, sin embargo, fue corregida mediante el CPCA, cuyas disposiciones dieron lugar a una amplia apertura en lo que a las pretensiones se refiere. En efecto, conforme a los ordinales 42 y 122 de ese Código, el justiciable ha quedado habilitado para «formular cuantas pretensiones sean

⁸⁸ En específico, las que derivan de los artículos 39 y 41 constitucionales.

⁸⁹ Véase, *in totum*, JINESTA LOBO, ERNESTO (1999). *La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Guayacán, San José, pp. 216.

⁹⁰ Esto ha hecho que, como explica Ortiz Ortiz, se produzca una «clara discrepancia entre el texto constitucional y el legal en punto al objeto de la misma jurisprudencia: el artículo 49 garantiza «la legalidad de la función administrativa», en tanto que el artículo 1.1. –de la LRJCA– limita aquella a conocer de la «legalidad de los actos y disposiciones de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo» *Ibid.*

necesarias conforme al objeto del proceso», lo cual incluye aquellas que, de modo abierto enumera el párrafo segundo de esa misma norma, dentro de las cuales destacan la pretensión de «g) Que se condene a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico». A modo de espejo, en el artículo 122 *ibidem*, el Tribunal queda habilitado para realizar los pronunciamientos que lo pretendido impliquen, dentro de los cuales se encuentra la posibilidad de «g) Condenar a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico».

De esta forma, con la reforma integral operada mediante la citada Ley n.º 8508, se logró dar el paso hacia un contencioso, ya no objetivo al acto en exclusivo, sino más bien mixto, al incluirse pretensiones de condena⁹¹ según se ha visto.

Mediante la reforma se decidió, decididamente, optar por un modelo que, inspirado en la VwGO alemana y otros aportes doctrinales⁹², sin calcarles, lograra abrir alternativas al justiciable frente a la gran diversidad de situaciones fáctico-jurídicas que se presentan en la materia, entre ellas y en especial, las relativas a las omisiones de la Administración frente a las cuales se ha reconocido la inexistencia de remedios procesales bajo el actual modelo^{93, 94}.

Se dio el paso, además, hacia un proceso marcadamente oral y no ya escrito, lo cual ha dado muy valiosos resultados.

⁹¹ La iniciativa se tramite en el Expediente Legislativo n.º 15134. Puede consultarse el texto de la propuesta de reforma en www.racsa.co.cr/asamblea/proyecto/buscar/exped12.htm

⁹² GONZALEZ VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO (1993). *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

⁹³ Se ha dicho al respecto, «En síntesis, [...] pareciera haber marcada sujeción de lo contencioso-administrativo latinoamericano al modelo anulatorio francés, por virtud de lo cual, ni en sentencia, ni en ejecución, es posible en L.A. condenar a la Administración a la realización de actos que han dejado de ser discrecionales en el caso (aunque lo sean en la ley) o, al menos, a la observancia de límites y determinaciones específicas en el ejercicio de discrecionalidad residual posterior al fallo anulatorio, en beneficio del fin público de la respectiva potestad administrativa y, sobre todo, de la satisfacción de las pretensiones del acto victorioso». ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Espíritu y Perspectivas de una Reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica*, p. 117.

⁹⁴ Se señala en el proyecto, en su art.18.2, en relación con las pretensiones que se estiman admisibles, lo siguiente:

- «2.- También será admisible:
- a) contra las actuaciones de la Administración pública;
 - b) contra las omisiones de naturaleza administrativa, una vez transcurrido el plazo de un mes, luego del requerimiento efectuado a la Administración pública,
 - c) en lo que respecta a las relaciones jurídico-administrativas, así como de su existencia, inexistencia o contenido,
 - d) para el control del ejercicio de la potestad administrativa, discrecional y reglada».

Los años han transcurrido y, lamentablemente, la celeridad que se buscaba por medio de la reforma, poco a poco se fue perdiendo, alcanzándose tiempos de resolución de los procesos más allá de lo razonable, principalmente, debido a retardos en la resolución de los recursos de casación por parte de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, así como por la atribución pretoriana —es decir, no legal— de funciones a la jurisdicción contencioso-administrativa para las cuales no estaba preparada y sigue sin estarlo⁹⁵.

De este modo, se impone un remozamiento de la normativa del CPCA mediante el cual se introduzcan medidas de aceleración de los procesos, replanteando las cargas de los distintos despachos, se implemente una reorganización de los distintos órganos jurisdiccionales —uno de ellos de creación meramente administrativa— y que se reduzca el acceso a la casación en aquellos casos en que, excepcionalmente, existe interés casacional.

También resulta de interés regular un proceso abreviado de lo contencioso-administrativo que se tramite ante juez unipersonal en el cual se admita, tan solo, el recurso de apelación, proceso dedicado a materias que ocasionan mucho tráfico, pero que son de baja complejidad⁹⁶.

Por otra parte, la introducción de mecanismos telemáticos en el trámite del proceso requiere regulación normativa y no tan solo meramente administrativa como ha sucedido hasta ahora. Es preciso introducir, además, reglas en lo que a la conformación electrónica del expediente administrativo se refiere, ámbito en el cual no existe una regla que unifique las prácticas de las distintas administraciones.

Por último, es claro que, como se ha señalado, es preciso introducir desde ahora, algunas reglas para afrontar la inminente llegada de la actividad administrativa automatizada, conducta administrativa cuyo control exigen la puesta al día de algunas disposiciones del actual CPCA⁹⁷.

⁹⁵ Véase, para más detalle, MILANO SÁNCHEZ, ALDO (2020). «A diez años del Código Procesal Contencioso Administrativo». *Informe Estado de la Justicia 2020*, San José.

⁹⁶ Al respecto, véase MILANO SÁNCHEZ, ALDO (2019). «Proceso abreviado contencioso-administrativo». En: *10 años de vigencia del Código Procesal Contencioso: 50 aniversario*. San José, pp. 259-289.

⁹⁷ Al respecto, véase MILANO SÁNCHEZ, ALDO (2022). «Inteligencia artificial y contencioso-administrativo». En: *Tribunal contencioso-administrativo y Civil de Hacienda: 50 aniversario*, San José, pp. 443-464.

9.2. DEL ARBITRAJE Y OTROS MODOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

De forma lenta, aunque decidida, al menos desde el punto de vista normativo, el régimen costarricense ha dado oídos a la tendencia internacional de generar aperturas en el arreglo de diferencias de los particulares con el Estado o alguna de sus instituciones.

Como evidencia de la evolución apuntada, cabe reseñar una serie de disposiciones legales que al final de la década de los noventa, abrieron de par en par las puertas del Derecho administrativo a la resolución alterna de conflictos, debiendo sustraer el estudio del análisis doctrina y jurisprudencial, en vista de las ya excedidas limitaciones de espacio.

A. *La Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social n.º 7727 del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete*

Si bien existe una multiplicidad de críticas a esta ley, es lo cierto que uno de sus aportes fue ampliar el ámbito en que se admite la resolución alterna de conflictos en el Derecho administrativo.

Esa consideración deriva del contenido de diversas de sus normas, en especial, de lo establecido en los artículos 1, 2⁹⁸ y 18 relacionados con el artículo 27 de la LGAP.

Según se resalta en el texto del artículo 2 citado al pie, cuando el legislador dispone reconocer el derecho a recurrir a los métodos alternos para la resolución de conflictos, con el objeto de solucionar sus diferencias patrimoniales, lo hace en beneficio de «Toda persona», es decir, no discrimina entre personas de Derecho público o privado, sino que lo admite sin distingos, en razón de lo cual, no pudiéndose distinguir donde la ley no lo hace, es claro que la habilitación incluye las personas de Derecho público.

Ahora bien, en lo que se refiere al arbitraje en concreto, es el artículo 18, párrafo último⁹⁹, en el cual se encuentra el fundamento legal expreso, para entender habilitada a la Administración pública a someter sus litigios a este método de resolución alterna de conflictos. A esta norma debe relacionarse el

⁹⁸ Dispone el artículo 2, textualmente, lo siguiente: «*Toda persona* tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible».

⁹⁹ Señala dicha disposición, en lo que interesa: «...Todo sujeto de Derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración pública».

artículo 27 de la LGAP¹⁰⁰, precisamente reformado a propósito de esta imprevista legislativa.

Como puede verse con claridad, estas normas conforman en su conjunto, la base normativa exigida por el Principio de Legalidad, para que la Administración pueda someter sus litigios a arbitraje. Nótese que la cláusula general contenida en el párrafo último del artículo 18 de la LRAC, no hace distinción ni exclusión alguna de materias, razón por la cual, al no existir distinción en la ley, no podrá el intérprete introducirlas sin violar la norma legal, por indebida interpretación y aplicación.

B. *La Ley de Expropiaciones n.º 7495*

Como muestra del decidido rumbo definido hacia la ruptura del dogma de la proscripción del arbitraje en Derecho administrativo, el legislador costarricense quiso insistir en materias especialmente delicadas y en las cuales el conflicto de intereses entre el Estado y los ciudadanos, requiere, por su naturaleza, una pronta y justa resolución.

La potestad expropiatoria, es decir, la potestad ablatoria que más graves efectos jurídicos puede generar en vista de ir dirigida al derecho de propiedad, genera grandes conflictos al momento de ser ejercida.

Como es de esperar, la tardanza en la resolución de dichos conflictos ocasiona perjuicios tanto al particular expropiado, como a la Administración expropiante, que verá retrasada la obra pública que precisa del bien inmueble expropiado, en un todo o en parte.

En vista de esa situación, el legislador decidió incluir en la Ley bajo estudio, específicamente en su artículo 27¹⁰¹, una disposición mediante la cual se habilitó a la Administración para resolver tales conflictos por la vía arbitral.

¹⁰⁰ «Artículo 27

1. Corresponderá a los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República las atribuciones que les señala la Constitución y las leyes, y dirigir y coordinar la Administración, tanto central como, en su caso, descentralizada, del respectivo ramo.

2. Corresponderá a ambos también apartarse de los dictámenes vinculantes para el Poder Ejecutivo.

3. Corresponderá a ambos, además transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo».

¹⁰¹ Dice la norma, «Artículo 27.- Arbitraje. En cualquier etapa de los procedimientos, las partes podrán someter a arbitraje sus diferencias, de conformidad con las regulaciones legales y los instrumentos vigentes del derecho internacional. *Cuando la diferencia verse sobre la determinación del precio justo y el diferendo se rija por la legislación procesal costarricense, el arbitraje será de peritos y los gastos correrán por cuenta del ente expropiador.*

Los peritos deberán ajustarse a los criterios de valoración establecidos en el artículo 22 y a los honorarios indicados en el artículo 37, ambos de esta Ley.

Interesa destacar de la norma en comentario, lo que ha identificado como materia arbitrable en este campo. Se ha resaltado por ello sus párrafos segundo y último, en los cuales se regulan dos distintos tipos de arbitrajes, para dos distintos objetos arbitrales.

Como se ve, la norma entiende autorizada la posibilidad de que sea discutida en la vía arbitral, no solo la determinación del justiprecio, como sería admitido por una tesis restrictiva, sino que además se estima posible, que si «la diferencia versa sobre la naturaleza, el contenido, la extensión o las características del derecho o bien por expropiar» esta sea resuelta mediante un arbitraje de derecho, dándosele un carácter preclusivo a dicha discusión, en relación con la que pueda sobrevenir en cuanto al justiprecio de la expropiación.

Más claro: se admite sin límites la posibilidad de someter a arbitraje la legalidad del ejercicio de la potestad de expropiación y no tan solo su justiprecio, lo cual supone un paso agigantado en procura de la apertura de alternativas instrumentales para el particular expropiado.

C. *La Ley de la Contratación Administrativa n.º 7494 del dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco*

La materia contractual ha sido, tal vez, el campo del Derecho administrativo en el cual, con más intensidad y amplitud, se ha admitido la resolución arbitral de los conflictos entre la Administración contratante y el particular contratista.

Desgraciadamente, la LCA en realidad se quedó corta en la previsión de esta alternativa de resolución de conflictos, siendo que es tan solo en la fase de recibo de obra en la cual incluyó una previsión expresa del arbitraje como medio de resolución de conflictos¹⁰².

Cuando se recurra a mecanismos de arbitraje estipulados en instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica, se estará a las regulaciones allí contenidas.

Si la diferencia versa sobre la naturaleza, el contenido, la extensión o las características del derecho o bien por expropiar, la discrepancia se resolverá antes de determinar el justo precio, mediante un arbitraje de derecho, con los gastos a cargo de ambas partes».

¹⁰² Dispone el artículo 61 de la LCA, lo siguiente: «Artículo 61 Recibo de la Obra.- La Administración recibirá oficialmente las obras, después de contar con los estudios técnicos que acrediten el cumplimiento de los términos de la contratación, lo cual hará constar en el expediente respectivo, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes a las partes, sus funcionarios o empleados, o a las empresas consultoras o inspectoras. El recibo de la obra se acreditará en un acta firmada por el responsable de la Administración y el contratista, en la cual se consignaran todas las circunstancias pertinentes. *En caso de discrepar sobre las condiciones de la obra, la Administración podrá recibirla bajo protesta y así lo consignará en el acta de recibo. La discrepancia podrá resolverse mediante arbitraje, de conformidad con las*

Esta limitante, sin embargo, cabe entender que queda de lado al considerar los términos del antes referido artículo 18 párrafo último de la LRAC, siendo que se trata de la cláusula general que admite, sin otras restricciones que las del mismo Derecho común, la posibilidad del arbitraje en todo litigio en que sea parte algún sujeto de Derecho público.

D. *La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos n.º 7762 del catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho y su reglamento*

Uno de los aspectos que ha influenciado en la promoción de mecanismos de resolución alterna de los conflictos en Derecho administrativo, es, sin duda, el modelo de Estado y de Economía que los flujos económicos internacionales han ido desplegando en los distintos países del planeta.

La Inversión Extranjera Directa y los modelos contractuales de delegación de servicios públicos con obras públicas, han ido reafirmando que el interés público puede resultar satisfactoriamente garantizado, mediante la intervención del particular en el desarrollo de infraestructuras públicas.

El modelo de la concesión de obra pública regido en nuestro medio por la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos es la expresión autóctona de este proceso de transformación.

Interesa destacar de dicha legislación, lo señalado por el artículo 4¹⁰³, norma que viene a establecer la obligada consideración en el cartel, de una cláusula arbitral.

Por su parte, el artículo 39¹⁰⁴ de la misma ley, ratifica tal mecanismo de resolución de conflictos, al estimar que se trata de una cláusula a considerar en el contrato que habrán de suscribir las partes.

regulaciones legales y los instrumentos de derecho internacional vigentes, sin perjuicio de las acciones legales que procedan».

¹⁰³ Se dispone al efecto: «Artículo 4.- Normas Aplicables.- 1.- Las concesiones referidas en esta ley se regirán por lo siguiente: a) La presente ley y su reglamento. b) El cartel de la licitación y sus circulares aclaratorias. c) La oferta del adjudicatario, aprobada en el proceso de evaluación. d) El contrato de concesión. 2. La legislación costarricense será aplicable a toda relación jurídica originada con fundamento en la presente ley. Asimismo, los tribunales nacionales serán los únicos competentes para conocer de las situaciones jurídicas derivadas de las concesiones y dirimir los conflictos que puedan surgir durante la vigencia de los contratos. El cartel del concurso deberá autorizar la vía del arbitraje como *solución alterna a los tribunales de justicia*».

¹⁰⁴ Señala la norma: «Artículo 39 Cláusula Arbitral En el contrato podrán fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos para resolver controversias o diferencias producidas con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o surgidas de su ejecución. Esta cláusula se regirá por la legislación vigente sobre la materia».

Debe resaltarse de las dos normas, la expresa admisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, autorización que es abierta y no restrictiva en cuanto a la materia arbitrable.

Ahora bien, es preciso hacer ver una inconsistencia en la regulación. Como se ve, el artículo 4 indica, textualmente, que «El cartel del concurso deberá autorizar la vía del arbitraje como solución alterna a los tribunales de justicia», mientras que, por su parte, el artículo 39 *ibidem* establece que «En el contrato podrán fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos».

Como se ve, la acogida, al menos de parte del legislador, de la vía arbitral para la resolución de conflictos, ha sido contundente. Queda ahora la tarea a la jurisprudencia de confirmar esa vía, mediante pronunciamientos que vengan a ratificar la amplitud con que se ha querido introducir este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

E. *Ley General de Contratación Pública n.º 9986 del 27 de mayo de 2021*

Aunque dice dedicar todo un capítulo de título quinto, en realidad la LGCP no innovó en la materia, pero al menos tampoco redujo la posibilidad de acudir a mecanismos no jurisdiccionales de resolución de conflictos en materia de contratación pública.

En efecto, la única innovación que aporta la ley se encuentra en su extenso artículo 117 dedicado a regular la resolución de controversias durante la ejecución del contrato en sede administrativa.

Lo hace introduciendo la figura sajona de los Dispute Boards que denomina «Comités de Expertos».

Dice la norma que, en caso de que durante la ejecución contractual surjan «una o varias controversias no susceptibles de solución por negociación directa entre las partes, dicha controversia podrá ser sometida a un comité de expertos sin que la ejecución del contrato se vea suspendida» –ver párrafo segundo–.

La misma disposición establece que dichos comités serán previstos «preceptivamente, en los pliegos de condiciones de licitaciones mayores de obra pública y deberá ser parte del contrato respectivo» –ver párrafo tercero–, siendo posible que los comités sea *ad hoc*, permanentes, colegiados o unipersonales.

Se dispone, además, que la decisión del comité deberá ser «motivada». Si alguna de las partes no está conforme con lo resuelto, «podrá plantear ese diferendo ante la jurisdicción contencioso-administrativa o en la sede arbitral, si así fuere acordado en el contrato» –párrafo octavo–.

Como se aprecia, en este caso, el legislador ha introducido un nuevo mecanismo para resolver disputas sin acudir al juez togado y sin que por ello deba suspenderse la ejecución contractual, que es al final de cuentas el principal objetivo de este instituto de solución de conflictos para beneficio del interés público.

La figura no es, claramente, excluyente de la conciliación, mediación o del arbitraje, sino más bien, diría yo, complementaria.

No se trata de una innovación en realidad, dado que ya se han venido incluyendo en los contratos administrativos de obra amparados a empréstitos internacionales del Banco Interamericano de Desarrollo, por ejemplo, aunque con no muy buen suceso quizá por la carencia de una norma como la comentada que le diera mayor soporte normativo y certeza jurídica a las partes.

10. OTRAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Al margen de los controles de tipo judicial que recaen sobre la actividad administrativa, se reconoce en el medio costarricense, otros controles, específicamente, el control político, asignado al Poder Legislativo (1), el control de la Hacienda Pública en el cual es competente un órgano de relevancia constitucional y auxiliar de la Asamblea Legislativa (2), así como un control de legalidad ejercido mediante la modalidad de la magistratura de influencia, por medio de otro auxiliar de la Asamblea Legislativa, la Defensoría de los Habitantes (3).

10.1. Del control político

La Constitución Política determina en su artículo 121 inciso 23), como una de las funciones del Poder Legislativo, la conformación de «Comisiones en su seno para que investiguen cualquier asunto que la Asamblea les encomiende...» Dispone la norma, además, que tales comisiones tendrán «...libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones y recabar los datos que juzguen necesarios. Podrán recibir toda clase de pruebas y hacer comparecer ante sí a cualquier persona, con el objeto de interrogarla...».

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha debido pronunciarse al respecto en diversas ocasiones. Así, se ha señalado que dicho control está sometido a tres distintas limitaciones: *i)* se trata de un control político del cual está excluido todo sujeto de Derecho privado; *ii)* en el ejercicio del control político, las comisiones legislativas no podrán invadir ni entorpecer la función jurisdiccional, de modo que no pueden erigirse como tribunales espe-

ciales y finalmente, *iii*) el ejercicio de las potestades de investigación y fiscalización legislativa no puede, en modo alguno, debilitar los derechos y libertades fundamentales¹⁰⁵.

Se ha establecido, además, que la función primordial del control político, se relaciona con el esclarecimiento de determinados hechos, lo cual podría finalmente redundar en simples recomendaciones y no sanciones en sentido jurídico¹⁰⁶. Se busca mediante tales recomendaciones, al decir del Tribunal constitucional, «...orientar acciones futuras en la materia de que se trate, pero son apenas aspiraciones de un cuerpo político, que, por su misma condición, incluso pueden no llegar a cristalizar dentro de su propio seno»¹⁰⁷.

10.2. Del control de la Hacienda Pública

De conformidad con lo establecido por el artículo 183 constitucional, la Contraloría General de la República «es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores».

Se trata, como se ve, de un órgano y no un ente que aunque auxilia a la Asamblea Legislativa, no depende de esta, al definir la propia Constitución, un alto grado de independencia –tanto funcional como administrativa–.

Según dispone el artículo 184 constitucional, dentro de los deberes y atribuciones de la Contraloría, se encuentran la fiscalización y liquidación de presupuestos ordinarios y extraordinarios y aprobar o improbar los presupuestos de los Gobiernos locales y entidades autónomas, cuya ejecución y liquidación queda bajo su vigilancia.

Conforme a su ley orgánica¹⁰⁸, la Contraloría asume el papel del control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización., para lo cual se le ha investido de potestades de diversa naturaleza, entre ellas, la del control de eficiencia –artículo 17–, control presupuestario –artículo 18–; aprobación de actos y contratos –artículo 20–; de realizar auditoría –artículo 21–; de investigación –artículo 22–; reglamentaria –artículo 23–; dirección en materia de fiscalización –artículo 24–; control de ingresos y exoneraciones –artículo 25–; fiscalización de auditorías internas; declaración de nulidad de

¹⁰⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, n.º 1 618-91 de las catorce horas y dieciséis minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno.

¹⁰⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, n.º 1 953-97 de las quince horas seis minutos del ocho de abril de mil novecientos noventa y siete.

¹⁰⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, n.º 1 322-91, de las ocho horas cincuenta y ocho minutos del diez de julio de mil novecientos noventa y uno.

¹⁰⁸ Ley n.º 7428 del 7 de septiembre de 1994.

actos o contratos administrativos –artículo 28–; consultiva –artículo 29–, entre otras.

Además, como se ha comentado, la LGCP le reconoce a la Contraloría la potestad de resolver los recursos de objeción al cartel y de apelación en materia de contratación pública para el caso de las licitaciones mayores, supuesto en el cual asume el papel de superior jerarca impropio de la Administración activa que agota la vía administrativa.

10.3. La Defensoría de los Habitantes. Una magistratura de influencia

Mediante la Ley n.º 7319 de 17 de noviembre de 1992 se crea la Defensoría de los Habitantes, a la cual se atribuye una serie de potestades sobre el sector público del Estado costarricense. Se busca así verificar que su actuación se ajuste a la moral, la justicia y el ordenamiento jurídico (artículo 1).

Según lo dispone el artículo 12 de dicha Ley, dentro de las potestades de la Defensoría de los Habitantes se encuentra la de «iniciar, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación que conduzca al esclarecimiento de las actuaciones materiales, de los actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público».

En cuanto al papel de la Defensoría, la Sala Constitucional¹⁰⁹ ha entendido que le corresponde tutelar los intereses de los habitantes de la República, lo cual no le permite, sin embargo, evaluar la oportunidad de las decisiones de la Administración activa.

Los medios con los cuales cuenta la Defensoría para cumplir con tal tarea tutelar consisten en su potestad de control del poder del Estado en función de la defensa de los derechos de los habitantes. Esto no implica que, en ejercicio de ese control, pueda llegar a anular actos administrativos o declarar la ilegalidad de omisiones de la Administración activa.

El resultado concreto de esa labor de control de la actividad administrativa se manifiesta, más bien, mediante el dictado de recomendaciones, a las cuales el Tribunal Constitucional les ha negado reiteradamente¹¹⁰, como el propio legislador lo hizo también, carácter vinculante.

¹⁰⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 7730-2000 de las catorce horas con cuarenta y siete minutos del treinta de agosto de 2000.

¹¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 4079-1995 de las diez horas con cincuenta y siete minutos del veintiuno de julio de 1995. En el mismo sentido, véase la Sentencia n.º 4078-95 de las diez horas con cincuenta y cuatro minutos del veintiuno de julio de 1995.

Se ha estimado así que las recomendaciones tienen el peso que la opinión pública les otorgue, reduciéndose la sanción al jerarca respectivo, en caso de su inobservancia, a la censura política o social que sea del caso.

En ese marco, conviene aludir al párrafo 3 del artículo 14 de la Ley de creación de la Defensoría, norma según al cual, «3.- El no acatamiento injustificado de las recomendaciones de la Defensoría de los Habitantes de la República, puede ser objeto de una amonestación para el funcionario que las incumpla o, en caso de incumplimiento reiterado, de una recomendación de suspensión o despido, sin perjuicio de lo señalado en el párrafo segundo de este artículo».

Para el Tribunal contencioso-administrativo, Sección Primera, esta norma da base para señalar que, «Ciertamente los actos de la Defensoría no son actos de imperio. Sus decisiones aunque no vinculantes, tienen efecto disciplinario sobre el servidor público no jerarca»¹¹¹.

11. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Corresponde a la doctrina, en concreto a don Eduardo Ortiz Ortiz, el haberse cuestionado antes que la jurisprudencia, las bases constitucionales de la responsabilidad administrativa.

Así, a nivel constitucional encontró dicho autor una consagración expresa y tácita¹¹². Al definirse a nivel constitucional –artículo 9 CP– al Gobierno de la República como un Gobierno popular, representativo, alternativo y responsable, entendió el autor que dicha norma «claramente sienta como directa la responsabilidad patrimonial del Estado...»¹¹³.

El tema no había sido objeto de atención del Tribunal Constitucional costarricense, al menos de forma expresa y vertical, sino hasta fecha reciente, en que mediante la Sentencia n.º 2 004-05 207 de las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del dieciocho de mayo del dos mil cuatro redactada por la

¹¹¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia n.º 289-2001 de dieciséis horas del doce de septiembre de 2001.

¹¹² En cuanto a la tácita, se trata de la construida a partir de una interpretación sistemática de los artículos 11 –Principio de Legalidad–; 45 –Inviolabilidad de la Propiedad Privada– y 46 –Libertad de Empresa–, «conjunto de normas que viene rematado por el artículo 41, que garantiza que «ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación conforme a ellas de todos los daños o injurias inferidas por el Estado a la persona, a su propiedad o a sus intereses morales», imponiendo así al legislador tutelar la integridad patrimonial, personal y espiritual del individuo, ante cualquiera». ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Tesis de Derecho administrativo*. Tomo III, pp. 274 y 275.

¹¹³ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Tesis de Derecho administrativo*. Tomo III, Editorial Stradt-mann- Biblioteca Jurídica Diké, edición 2002, p. 273.

magistrado Jinesta Lobo, se examinó una demanda de inconstitucionalidad en contra de una norma legal que exoneraba, objetivamente, de toda responsabilidad al prestatario del servicio público de agua potable, en caso de la prestación defectuosa o insuficiente de dicho servicio. A propósito de esa impugnación, la Sala Constitucional construyó la noción del Principio Constitucional de la Responsabilidad Administrativa^{114, 115}.

A nivel legal, el ánimo codificador de la LGAP hizo que se incluyera en su articulado, la temática de la responsabilidad administrativa, la cual vino a regular partiendo de una concepción que ahora puede decirse, resultó en líneas generales, congruente con el parámetro de constitucionalidad definido en el fallo que viene de citarse.

Como explicara oportunamente su principal redactor, el articulado de la LGAP en esta materia, se inspiró en gran medida, en la Ley de Expropiación Forzosa de España de 16 de diciembre de 1954¹¹⁶.

¹¹⁴ Para la Sala, a diferencia de lo indicado por Ortiz Ortiz, la Constitución no consagra explícitamente el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, aunque si se encuentra implícitamente contenido en el Derecho de la Constitución, «siendo que puede ser inferido a partir de una interpretación sistemática y contextual de varios preceptos, principios y valores constitucionales». Se refiere el fallo a las disposiciones de los artículos 9 párrafo 1.º, el 11, 34, 41, 45, 49 párrafo 1.º, párrafo final del 50, 148, 188. Se alude además, complementariamente, a la «consagración constitucional del principio de igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas (artículos 18 y 33) que impide imponerle a los administrados una carga o sacrificio singular o especial que no tienen el deber de soportar y el principio de la solidaridad social (artículo 74), de acuerdo con el cual si la función administrativa es ejercida y desplegada en beneficio de la colectividad, es esta la que debe soportar las lesiones antijurídicas causadas a uno o varios administrados e injustamente soportadas por estos».

¹¹⁵ Interesa resaltar del aludido fallo, el calificativo de «pieza clave y esencial del Estado social y democrático de Derecho» que se le da al Principio de Responsabilidad Administrativa, calificativo que se sustenta en «los fines a los que propende un régimen de responsabilidad administrativa». Entre los fines que resalta el fallo, se encuentra el de «servir de control o garantía para las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados», así como la de asumir la tarea, junto con la jurisdicción contencioso administrativa, de defender «a los administrados frente a las prerrogativas y privilegios formales y materiales con que la propia Constitución provee a los entes públicos para el cumplimiento de sus cometidos». A propósito de tal finalidad, el fallo se adentra en la definición al legislador de un valladar en adelante insalvable, a saber: la normativa infralegal en materia de responsabilidad administrativa debe «adecuarse al parámetro constitucional de una responsabilidad administrativa objetiva y directa, estándole vedado establecer conductas administrativas exentas o inmunes a este y menoscabando los derechos fundamentales resarcitorio y al buen funcionamiento de los servicios públicos de los que son titulares todos los administrados».

¹¹⁶ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Tesis de Derecho administrativo*. Tomo III, p. 271.

Así las cosas, el resultado final de tal regulación, dio pie para que tanto en la Jurisprudencia¹¹⁷, la doctrina¹¹⁸, como en los antecedentes administrativos de tipo consultivo de la Procuraduría General de la República¹¹⁹, se haya entendido que conforme al régimen de responsabilidad administrativa definido por la LGAP, la responsabilidad del Estado y sus instituciones, es objetiva y directa¹²⁰.

Esto hace que la culpa grave o dolo en la conducta del funcionario que instrumenta la conducta administrativa, solo tiene interés que se evalúe, para acreditar su responsabilidad personal y solidaria, según lo establece el artículo 199.1 *ibidem* en relación con los artículos 211 al 213 y lo ha entendido la jurisprudencia¹²¹.

Por otra parte, es preciso señalar que la responsabilidad administrativa, según dispone la Ley de cita, puede originarse en el «...funcionamiento legítimo o ilegítimo» o bien, en el funcionario «normal o anormal»¹²² de la Ad-

¹¹⁷ Entre otras, véase la Sentencia n.º 81 de 1984 la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, reiterada por la misma Sala, en diversos fallos, entre ellos, el n.º 132 de las quince horas del catorce de agosto de 1991 y el n.º 113 de las dieciséis horas del once de octubre de 1995.

¹¹⁸ Como explica Ortiz Ortiz, antes de la vigencia de la LGAP, «...la jurisprudencia y la ley de CR regulaban como indirecta la responsabilidad del Estado, pues contemplaban y hacían efectiva también la del servidor público autor del daño [...] Esto fue rectificado por los artículos 194.3, 199.4 y 201 de la LGAP...». ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Tesis de Derecho administrativo*. Tomo III, p. 278. En cuanto a la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa, el mismo autor señaló: «Con el advenimiento de la responsabilidad objetiva, por acto legítimo o funcionamiento normal de la Administración, que crea la LGAP, ha cesado la importancia del caso fortuito como causa de exoneración de la responsabilidad civil de la Administración, pues en tal régimen la culpabilidad del autor es también irrelevante o innecesaria. Solo exonera la ausencia de un vínculo de causalidad entre el daño y la conducta del accionado o eventual responsable». ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Tesis de Derecho administrativo*, Tomo III, p. 296.

¹¹⁹ Entre otros, véase el dictamen C-059-93 de 3 de mayo de 1993.

¹²⁰ Desde este punto de vista, como lo ha estimado la Jurisprudencia, «Para que surja el deber de indemnizar deben darse tres elementos, a saber, la existencia de un daño o lesión (que debe ser cierto, real y efectivo –no meramente eventual o hipotético–, y evaluable en dinero), una actuación u omisión de una autoridad pública y un nexo causal entre ambas, de forma que el daño causado le sea imputable al Estado...». Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia n.º 449-2003 de las quince horas del doce de septiembre del dos mil tres.

¹²¹ En ese sentido, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia n.º 30-2004 de las trece horas y treinta minutos del veintiséis de abril de dos mil cuatro.

¹²² Para la Procuraduría General de la República, «...los conceptos de normalidad y anormalidad hacen referencia a los estándares de calidad que se exijan en un determinado momento histórico y tendrán que analizarse de acuerdo con una específica realidad social. Se trata entonces de conceptos jurídicos indeterminados que para su concreción se necesitará recurrir a la legalidad técnica, es decir, a criterios estadísticos, históricos, científicos y reglas de la experiencia. Es importante rescatar también que dentro del concepto de anormalidad –siguiendo la doctrina antes citada– se encuentran comprendidas aquellas situaciones en que el servicio ha funcionado mal, no ha funcionado o ha funcionado deficientemente, cubriendo estos dos últimos supuestos lo que es la inactividad de la Administración por omisión, o sea, cuando

ministración, siendo únicamente causas de exculpación, la «... fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero» –artículo 190.1–, en el tanto rompen la relación de causalidad exigible entre la conducta administrativa y la lesión irrogada.

En lo que a las reglas de responsabilidad por conducta ilícita se refiere, es el artículo 191 de la Ley, el que viene a establecer el deber de la Administración de reparar «...todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas en el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aún cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión».

Como se deja en evidencia, la norma alude a la «falta» como el agente lesivo, lo cual permite entender que dicha falta podrá provenir de una conducta administrativa del tipo activo u omisivo, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia y la misma Procuraduría General de la República¹²³.

A diferencia de lo ocurrido con la responsabilidad por actuación legítima, la indemnización exigible al Estado derivada de una conducta ilegítima alcanza tanto los daños como los perjuicios¹²⁴.

Efectivamente, el régimen de la responsabilidad por conducta lícita y normal del Estado, conforme al artículo 194.1, presenta variables respecto del regulado para el caso de la conducta ilícita.

Como se adelantó, en el caso de la responsabilidad por conducta lícita, conforme al artículo 194.2 de la LGAP, «...la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante».

Por otra parte, la responsabilidad administrativa por actos lícitos y por funcionamiento normal, será exigible siempre que «...causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión». Es decir, conforme a esta disposición, en estos casos, la responsabilidad administrativa resulta exigible en aquellos supuestos en que se genere una lesión a una pequeña proporción de afectados –«especialidad del daño»– y cuando la lesión presenta una excepcional intensidad –«anormalidad del daño»–.

existiendo un deber funcional de actuar o una necesidad de diligencia funcional, no se actúa causándose un daño. Consecuentemente, cuando el numeral 190 determina que la Administración responde por funcionamiento normal o anormal está incluida la posibilidad de hacerla responsable por inactividad administrativa, siempre que conforme al ordenamiento jurídico exista un deber funcional de actuar o el cumplimiento de una conducta debida». Dictamen C-052-1 999, de 16 de marzo de 1999.

¹²³ En ese sentido, véase el citado Dictamen C-052-1 999.

¹²⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 435-F-03 de las diez horas del veintitrés de julio del dos mil tres.

Esta circunstancia fue justificada por su redactor, en consideraciones relacionadas con la solvencia financiera del Estado, no así en consideraciones del tipo dogmático¹²⁵ en lo que a la especialidad del daño se refiere, tesis que sería oportuno revisar, a propósito de los términos de la citada sentencia de la Sala Constitucional, n.º 2004-05 207.

La anormalidad del daño, para Ortiz Ortiz, se produce siempre que «... implique un trato desigual frente al resto de los consociados que se encuentren en situaciones de hecho y jurídica sustancialmente iguales; y esa desigualdad solo se dará cuando el daño sufrido exceda claramente del nivel de sacrificio que debe soportar todo ciudadano en esa situación, en aras de la solidaridad social»¹²⁶

Con referencia a este mismo tema, uno de los supuestos previstos por el párrafo tercero de la misma norma, es el de la responsabilidad por daños causados por una ley formal –artículo 194.3–, el cual ha sido objeto de atención de parte de la Jurisprudencia. Interesa destacar, en ese sentido, lo dispuesto en la Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia n.º108-91 de las 14:15 horas del 3 de julio de 1991, en que se declaró la obligación de indemnizar «los daños y perjuicios cuando se ejerce» la potestad de legislar. Cabe destacar que, al menos en ese caso, la indemnización fue plenaria, es decir, no se limitó a reconocer los daños irrogados, sino que además se reconocieron los perjuicios, lo cual, podría pensarse, obedeció a que los hechos son anteriores a la vigencia de la LGAP, si bien el juzgamiento se produjo estando ya en plena vigencia.

La misma tesis fue esgrimida por la Sala Constitucional, por ejemplo, al estimar que en aquellos casos en que por medio de un Tratado internacional, se reconoce inmunidad jurisdiccional a una determinada organización de esa misma índole¹²⁷.

En lo que se refiere a los presupuestos que han de presentarse para estimar exigible la responsabilidad administrativa con ocasión de la abrogación de disposiciones legales, se ha establecido que «...la reparación civil por acto legislativo está sujeta a que el reclamante tenga un derecho consolidado, real o personal, y no una mera expectativa de derecho...»¹²⁸. Es decir, de acuerdo con esta tesis jurisprudencial, para entender exigible una indemnización por actividad legislativa, el daño ocasionado debe consistir en la afectación –cau-

¹²⁵ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Tesis de Derecho administrativo*. Tomo III, pp. 285 y 286.

¹²⁶ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Expropiación y Responsabilidad Públicas*. San José, 1996, p. 74.

¹²⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 141-94 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del once de enero mil novecientos noventa y cuatro.

¹²⁸ En ese sentido, véase Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 54 de 12 de julio de 1989.

sal— de una situación jurídica consolidada, de modo que pueda decirse que el daño es cierto, real y efectivo. Se excluye así, aparentemente, la hipótesis de la indemnización por daño a un interés legítimo, que admite el artículo 195 *contrario sensu* de la LGAP, según se verá de seguido.

Precisamente, el artículo 195 de la LGAP excluye la responsabilidad cuando «...causen un daño especial en los anteriores términos, cuando el interés lesionado no sea legítimo o sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, aún si dicho interés no estaba expresamente prohibido antes o en el momento del hecho dañoso».

Dos comentarios caben formular. El primero, se refiere a la interpretación que, *contrario sensu*, es posible plantear: será indemnizable, entonces, aquel «daño especial» que se ocasione a todo interés que sea legítimo¹²⁹.

Por otra parte, cabe resaltar que la norma releva de responsabilidad a la Administración, en caso de lesión a un interés ilegítimo, lo cual ha sido considerado por la jurisprudencia, al momento de rechazar pretensiones de indemnización basadas, ya sea en una intención de beneficiarse de un incentivo laboral no autorizado por el Ordenamiento¹³⁰, o bien, por pretenderse la nulidad de un acto que resultó ser legítimo¹³¹.

Por último, es posible señalar que conforme a la reforma del artículo 198 de la LGAP operada mediante Ley n.º 7611 del 28 de julio de 1996, el ejercicio del derecho para reclamar la responsabilidad de la Administración está sujeto a un plazo de prescripción de cuatro años «contados a partir del hecho que motiva la responsabilidad». Cabe subrayar, por los efectos jurídico de tal circunstancia, que el regulado, es un plazo de prescripción, que no de caducidad.

12. EL SERVICIO PÚBLICO Y LOS MERCADOS DE INTERÉS GENERAL

La temática de los servicios públicos en Costa Rica, debe encuadrarse, preliminarmente, a partir de la consideración de algunos aspectos de orden general, entre ellos, su tratamiento constitucional y la regulación legal que de este instituto se hace a nivel general, para luego evaluar el régimen de los más

¹²⁹ Procuraduría General de la República, Dictamen C-081-98 de 5 de abril de 1998.

¹³⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 806-F-03 de las quince horas cinco minutos del veintiocho de noviembre de dos mil tres.

¹³¹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia n.º 130-2 000 de las diez horas quince minutos del doce de mayo del dos mil.

representativos «mercados de interés general»¹³², como son la energía eléctrica, las telecomunicaciones, caracterización que, como se verá, podría no ser la más adecuada en vista de la realidad de estos mercados en Costa Rica en la cual aún pervive la presencia protagónica del Estado.

12.1. GENERALIDADES

En el marco constitucional, son pocas las disposiciones que se refieren al servicio público. Entre ellas, destaca el último párrafo del artículo 46 incluido por reforma constitucional operada mediante la Ley n.º 7607, en el cual se plantea una enumeración de derechos del «usuario» y del «consumidor», con lo cual se alude, en su orden, a las relaciones de servicios públicos¹³³ y de consumo de bienes y servicios en el mercado privado.

La Sala Constitucional, aún prescindiendo de lo dispuesto por esa norma, ha entendido, en un fallo ya citado a propósito de la responsabilidad administrativa, es decir, el n.º 2004-5207, que existe un «derecho fundamental innominado al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, con elevados estándares de calidad». El citado tribunal infiere tal derecho fundamental, «... *a contrario sensu*, de los supracitados artículos 140, inciso 8.º, 139, inciso 4.º y 191 constitucionales».

De esta forma, desde la propia Constitución, es posible encontrar como punto de partida, la definición de una garantía fundamental aún sea «atípica e innominada», conforme a la cual, el usuario ha sido investido de derechos fundamentales con el ánimo de equilibrar una relación tendencialmente desequilibrada, en la cual suele ser la parte débil.

Ahora bien, cabe cuestionarse ¿cómo se puede establecer, en el régimen jurídico costarricense, ¿cuándo se está o no frente a un servicio público?

El tema ha sido objeto de cuestionamiento de parte de la Procuraduría General de la República en diversas ocasiones. Para ese órgano superior consultivo de la Administración pública, uno de los criterios fundamentales para definir una determinada actividad como servicio público, es su «publicatio». Es decir, será servicio público aquella actividad que ha sido incorporada al quehacer del Estado y excluida entonces del mercado privado, de modo que,

¹³² La expresión es de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO (2001). *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*. Granada, pp. 1 a 10.

¹³³ Se ha dicho sobre el tema que «La reforma que adicionó un nuevo párrafo al artículo . En estudio, amplía el alcance de sus efectos, al incorporar dentro de ese marco garantista, la figura del consumidor –relaciones de consumo– y del usuario –relaciones de servicio público–...». ECHANDI GURDIÁN, MARÍA LOURDES (2001). «Artículo 46 de la Constitución Política». En: *Constitución Política Comentada de Costa Rica*, McGraw Hill, México, p. 190.

cuando el Estado no lo asume directamente, solo podrá prestarse el servicio mediante una concesión otorgada por la entidad administrativa competente¹³⁴.

Por otra parte, tal actividad debe ser de interés general, visto su carácter esencial y su capacidad de satisfacer necesidades colectivas¹³⁵.

Ahora bien, como termina concluyéndose por parte de la Procuraduría General de la República, al fin y al cabo, ambas circunstancias, es decir, la *publicatio* y el calificativo de actividad de interés general, terminan siendo materia sometida al arbitrio del legislador, con lo cual se acoge un criterio de definición de servicio público, acorde con las tesis de la Escuela Clásica del Servicio Público de Bordeaux, promovidas por Gaston Jeze a principio del siglo xx y que la doctrina caracteriza como la concepción subjetiva.

Y es que así lo ha entendido también la Sala Constitucional en el fallo que se cita en el aludido dictamen C-373-2003, conforme a la cual, «...la determinación de si una necesidad es de interés público no es una cuestión jurídica, sino de hecho y circunstancial, que obliga –como ya se dijo– a un juicio de oportunidad y conveniencia. No existen actividades que por "naturaleza" o imperativos del Derecho constitucional sean propias del servicio público, sino que eso dependerá de cada sociedad, sus necesidades y en el ámbito –privado o público– en que estas se satisfagan de mejor manera...»¹³⁶.

En esa resolución, la Sala alude expresamente al artículo 3, inciso a) de la Ley n.º 7593, conforme al cual, se entiende por servicio público «el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa...».

Para la Procuraduría, en el dictamen de cita, lo establecido en esa disposición legal, sin embargo, «no significa que solo existe servicio público si expresamente la ley indica que se trata de un servicio público o bien, si expresamente está contemplado en el artículo 5.º de la Ley de la ARESEP. En efecto, aparte de que dicho artículo es una disposición de rango legal que no vincula al legislador, cabe recordar que comúnmente el legislador crea servicios públicos sin señalar expresamente que la actividad que regula y atribuye a la Administración es servicio público, lo que no desdice de la naturaleza jurídica de esa actividad. Basta, al efecto, que la actividad haya sido legalmente considerada de interés público. Se cumple, así, el principio de que la *publicatio*,

¹³⁴ Procuraduría General de la República, Dictamen C-169-99 de 22 de agosto de 1999. En el mismo sentido, véase el Dictamen C-373-2003 de 26 de noviembre de 2003.

¹³⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen C-152-2000 de 7 de julio del 2000. En el mismo sentido, consúltese el Dictamen C-373-2003 de 26 de noviembre de 2003.

¹³⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 517-98 de 14:32 hrs. del 26 de agosto de 1998.

acto de declaración de una actividad como de interés público, se realiza a través de la ley, en virtud del principio de reserva legal».

Ahora bien, como es sabido, conforme a la Escuela Clásica del Servicio Público, en toda prestación de un servicio de esa naturaleza, media un interés general que se ve así satisfecho. De ahí que el régimen jurídico que rige la actividad del prestatario deba ser de Derecho público según doctrina del Arrêt BLANCO de febrero de 1873, régimen que ocasiona la salida de la actividad del mercado de los hombres, para quedar su prestación a cargo del Estado, sea de forma directa o indirecta. Para el segundo caso, una vez conferida la respectiva concesión, el prestatario quedará sometido a las conocidas «lois Rolland», (principios de continuidad, igualdad y adaptación del servicio público), así como a una relación jurídica con respecto a la autoridad competente, en la cual, queda a cargo de esta última, además de la vigilancia de la actividad, la fijación de la tarifa o precio por la prestación del servicio, conforme a los principios de igualdad, causalidad, certeza, irretroactividad y de razonabilidad.

El régimen costarricense del servicio público acoge, en un todo, ese modelo, como resulta de lo establecido por el artículo 4.º de la LGAP, conforme al cual toda la actividad de los entes públicos debe estar sujeta a «...los principios fundamentales del servicio público para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios».

Cabe destacar que la norma no distingue, en su regulación, entre los servicios públicos del tipo comercial o industrial, según la expresión francesa, de los llamados servicios públicos *régaliens* y de los meramente administrativos, por lo cual es posible entender que se ha querido irradiar el alcance de los principios aludidos, a la actividad administrativa como un todo.

Ahora bien, el régimen de Derecho público de los servicios públicos no tiene una regulación uniforme. Se ha intentado, sin embargo, mediante la Ley n.º 7593, desarrollar un modelo aplicable a una buena cantidad de servicios públicos¹³⁷. En dicho régimen, interviene una entidad autónoma, denominada Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, con competencia para regular la prestación del servicio mediante la fijación de precios y tarifas, y ase-

¹³⁷ En concreto, el de los servicios públicos de suministro de energía eléctrica en todas sus etapas; telecomunicaciones; acueductos y alcantarillados; combustibles derivados de hidrocarburos; riego y avenamiento cuando es prestado por una empresa pública o por medio de concesión o permiso; transporte público remunerado, salvo el aéreo, que se reserva a lo establecido en la normativa especial de la materia; los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales; transporte de carga por ferrocarril; recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales.

gurando «el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima» –artículo 5.º–.

La autorización para prestar el servicio público, sin embargo, no corresponde a esta entidad, sino a los respectivos Ministerios o municipalidades según se trate. Corresponde a estos órganos o entes, otorgar la respectiva «concesión o permiso», salvo en el caso de entidades autónomas y empresas públicas que, por disposición legal, han sido autorizadas para su prestación, según se verá.

Corresponde a la ARESEP, como se explicó, la definición de las tarifas de los servicios públicos, lo cual deja en evidencia, que el modelo no ha dado el paso a la libre competencia aún en cuanto a la definición de los precios. Se distingue así entre «fijaciones tarifarias» de «carácter ordinario o extraordinario»¹³⁸.

Para el caso de fijaciones ordinarias, solicitudes de autorización de generación de fuerza eléctrica, formulación y revisión de las normas técnicas aplicables a los servicios públicos y para la formulación o revisión de modelos de fijación de precios y tarifas, la ley define un procedimiento que incluye una audiencia pública en que podrán participar quienes ostenten un «interés legítimo para manifestarse» –artículo 36–, la cual se celebrará luego de la publicación de la hora y fecha para su celebración¹³⁹.

¹³⁸ Según dispone el artículo 30 de la Ley de la ARESEP, «Serán de carácter ordinario aquellas que contemplen factores de costo e inversión». Estas peticiones deberán presentarse «al menos una vez al año». En el caso de las fijaciones extraordinarias, se trata de aquellas «que consideren variaciones importantes en el entorno económico, por caso fortuito o fuerza mayor y cuando se cumplan las condiciones de los modelos automáticos de ajuste».

¹³⁹ En torno a este procedimiento, la Sala Constitucional ha considerado que «II.- El procedimiento administrativo especial establecido en la Ley 7593 para la fijación de tarifas de los servicios públicos tiene como fin garantizar la transparencia en las decisiones de la entidad reguladora y la posibilidad de dar participación a los consumidores y usuarios en el trámite. La petición tarifaria se somete a la audiencia pública en la cual pueden participar aquellos ciudadanos que presenten una oposición fundamentada en criterios técnicos, oposición que debe presentarse de conformidad con los requisitos que estipula el reglamento, dándole al interesado de defender su interés en el asunto. El procedimiento pretende que, a través de sus varias etapas, se emita un acto administrativo dictado a la luz de los principios propios de la filosofía de la regulación y contenidos en la Ley 7593, entre los que pueden citarse el servicio al costo, el respeto al equilibrio entre los intereses del usuario y del prestatario, el evitar fijaciones contrarias al equilibrio financiero de los prestatarios, así como la exclusión de los costos no aceptables, conforme a los principios de la regulación de los servicios públicos. En el presente caso, según informa el Regulador General y se constata por la lectura de la resolución impugnada, las amparadas no participaron en su oportunidad como opositores en el procedimiento de fijación tarifaria cuyo acto final ahora se impugna; no acudieron a defender sus intereses de acuerdo al procedimiento especialmente establecido para ello en la Ley 7593, por lo que resulta improcedente su pretensión de que se anule en la vía de amparo la resolución cuestionada». Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2002-07029 de las catorce horas con cincuenta y dos minutos del dieciséis de julio del dos mil dos.

Adicionalmente, se ha atribuido a la ARESEP una potestad sancionatoria que incluye, conforme al artículo 38, la posibilidad de imponer multas sancionatorias –por irregularidades en la prestación del servicio–; multas por mora en el pago de los cánones establecidos a cargo de los prestatarios –artículo 39– y hasta la «revocatoria de concesión o permiso», para el caso de las conductas tipificadas por el artículo 41.

Esta potestad sancionatoria puede ser ejercida, ya sea de oficio o bien a propósito de denuncia, caso en el cual se deberá tramitar un procedimiento ordinario administrativo, cuyo acto final podrá disponer «...todas las medidas necesarias para corregir la anomalía, y en caso que así lo haya pedido el quejoso, y correspondiere de acuerdo con el mérito de los autos y fuere cuantificable, se establecerá la indemnización que deberá pagar el prestatario» –artículo 40 del Reglamento a la Ley n.º 7593, Decreto Ejecutivo n.º 29732-MP.–.

Para el cumplimiento de sus atribuciones, la ARESEP ha sido investida por el legislador de una serie de prerrogativas tales como la fiscalización contable, financiera y técnica de las empresas prestatarias de servicios públicos –artículo 6 a)–, lo cual hace posible que requiera información financiera y contable de esas mismas empresas con capacidad vinculante –artículos 24 y 31–, lo cual fue objeto de cuestionamientos a nivel constitucional.

Para el Tribunal Constitucional, sin embargo, no existen roces de constitucionalidad en las citadas normas, al entenderse que «de lo contrario el control que se le encomienda carecería de sentido, pues entre otras funciones debe fijar los precios, tarifas y tasas de los servicios públicos regulados por la ley...»¹⁴⁰ Es decir, se estimó que el medio elegido por el legislador para satisfacer el fin resultaba apropiado y razonable, vista la actividad de regulación de tal ente.

A propósito de esa misma impugnación, el Tribunal Constitucional estimó que la ARESEP, al ejercer su potestad sancionatoria, actúa en calidad de tribunal administrativo, ejerciendo por ello, función administrativa, con lo cual se descarta el alegato según se el cual, al ejercer potestades sancionatorias e inquisitiva, se estaba frente a una delegación inconstitucional de funciones propias del Poder Judicial.

De paso, se deja en evidencia así por parte de la Sala Constitucional, que las decisiones adoptadas en tales procedimientos, una vez agotada la vía administrativa, son susceptibles de ser impugnadas en la vía de lo contencioso administrativo, como en efecto sucede.

¹⁴⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2002-1485 de las catorce horas con cuarenta minutos del trece de febrero del dos mil dos.

12.2. **¿MERCADOS DE INTERÉS GENERAL? El caso de la energía eléctrica y las telecomunicaciones**

El régimen jurídico del servicio público de suministro de energía eléctrica y de telecomunicaciones, está conformado por disposiciones de rango constitucional y legal.

Hasta la entrada en vigencia de la Ley n.º 8642 de Telecomunicaciones, lejos de conformar un mercado en competencia, estos sectores han estado rígidamente estructurados en función de una intervención prácticamente monopólica del Estado, en especial, por medio del Instituto Costarricense de Electricidad, entidad autónoma originalmente creada desde 1949, para el desarrollo y aprovechamiento de las fuerzas hidráulicas de la Nación, a la cual, con posterioridad, se encargó también el desarrollo de las telecomunicaciones.

La rigidez de ambos modelos empieza por lo dispuesto en la Constitución Política, para la cual, es función del Poder Legislativo, «Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación. No podrán salir definitivamente del dominio del Estado: a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional...c) Los servicios inalámbricos».

Dice además la norma de cita, que «Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores solo podrán ser explotados por la Administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa».

Al respecto, la Sala Constitucional ha estimado que «Para un elenco de bienes, servicios y recursos han sido constitucionalmente definidos los límites del mercado y del tráfico económico. La Constitución no establece una uniforme intensidad de demanialidad ni de reserva al sector público de servicios o recursos esenciales. Según el artículo 121 inciso 14, el que ahora nos ocupa, los servicios inalámbricos (al igual que las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público) "no podrán salir definitivamente del dominio del Estado". Pública es la titularidad; han sido constitucionalmente vinculados a fines públicos y su régimen es exorbitante del Derecho privado. No obstante, cabe la explotación por la Administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa»¹⁴¹.

¹⁴¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 5386-93, de las dieciséis horas del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y tres.

A partir de esa consideración, solo es posible la prestación de los servicios públicos de suministro de energía eléctrica y de telecomunicaciones, en el caso de que una disposición legal –ley marco– atribuya a un órgano o ente público a otorgar concesiones o bien, mediante una concesión especial otorgada por la Asamblea Legislativa.

Como se verá, la ausencia de esas «leyes marco» en ambos sectores fue superada, hasta ahora tan solo en el ámbito de las telecomunicaciones. Esta omisión legislativa, con tino, ha sido calificada como una inactividad legislativa viciada de inconstitucionalidad, por quebrantar el derecho a la libre elección que declara en beneficio de los usuarios, el artículo 46 párrafo último de la Constitución Política¹⁴².

A. *Del servicio público de suministro de energía eléctrica*

De conformidad con lo establecido por el artículo 5.º inciso a) de la citada Ley n.º 7593, el «*Suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización*», es un servicio público.

Así las cosas, para el caso de la etapa de generación, salvo en el supuesto excepcional de la generación de energía eléctrica para el autoconsumo mediante fuentes que no sean de carácter hídrico¹⁴³, la actividad solo será legítima, cuando se haya logrado obtener una concesión que autorice tal actividad.

De forma reiterada, la Procuraduría General de la República ha establecido que, efectivamente, la etapa de generación de energía eléctrica, precisamente por ser un servicio público por disposición legal, exige para su prestación, una concesión otorgada por el Ministerio de Ambiente y Energía, exigencia a la cual debe agregarse la de contar con una concesión para el uso de las aguas, en caso de tratarse de un proyecto hidroeléctrico¹⁴⁴.

La dificultad que se presenta, en ese sentido, es que no ha sido interés del legislador abrogar las normas secundarias que exige el artículo 121 inciso 14) para permitir la incorporación del sector privado en esta actividad,

¹⁴² En ese sentido, se ha dicho que «...a partir de la citada reforma del artículo 46 constitucional, ha desaparecido la discrecionalidad política del Estado de aprobar o no aprobar una legislación como esa. Hoy, desde el punto de vista jurídico constitucional, el Estado está obligado a cumplir con su deber de aprobar dicha normativa. De no hacerlo, incurrirá en una conducta inconstitucional, como está sucediendo ahora». ECHANDI GURDIÁN, MARÍA LOURDES (2003). «Apertura en telecomunicaciones: Obligación jurídica del Estado». *El Financiero*, n.º 417 (23-29 de junio), p. 36.

¹⁴³ Procuraduría General de la República, Dictamen C-069-97 de 7 de mayo de 1997.

¹⁴⁴ Procuraduría General de la República, Dictamen C-348-2001 de 17 de diciembre de 2001.

de modo que se propicie una amplia apertura basada en el principio de libre competencia.

La tesis más bien ha sido admitir tan solo, una participación mínima de los particulares, lo cual se dio a propósito de la Ley n.º 7200 que vino a regular lo que se denominó, «...la generación autónoma o paralela», es decir, «...la energía producida por centrales eléctricas de capacidad limitada, pertenecientes a empresas privadas o cooperativas que puedan ser integradas al sistema eléctrico nacional». Se trata de centrales con capacidad de generación no mayor de 20 Megavatios que, forzosamente, deben vender la energía generada, al ICE. Para lograr una concesión para la generación de energía eléctrica, resulta exigible, conforme a las disposiciones de la ley de cita, la previa declaratoria de elegibilidad del proyecto por parte del ICE –artículo 6–, lo cual será posible «...siempre y cuando la potencia, por concepto de generación paralela, no llegue a constituir más del quince por ciento (15 %) de la potencia del conjunto de centrales eléctricas que conforman el sistema eléctrico nacional».

Mediante una reforma posterior a la citada Ley n.º 7200, se introdujo un modelo de compra de energía bajo régimen de competencia. Sin embargo, en realidad lo que se hizo fue autorizar al ICE a promover licitaciones públicas para oír ofertas de interesados en construir, explotar y traspasar luego, proyectos de generación de energía eléctrica de fuente hidráulica, geotérmica, eólica y de cualquier otra no convencional, en bloques de no más de 50 megavatios. Así, una vez cumplido el trámite de licitación pública, se suscriben contratos de compraventa de energía con una vigencia no mayor de veinte años y en el entendido de que los activos de la planta eléctrica deberán ser traspasado al término del contrato, a propiedad del ICE libres de todo gravamen.

Más recientemente, se aprobó la Ley n.º 8345, mediante la cual se vino a autorizar la participación de cooperativas de electrificación rural y de empresas de servicios públicos municipales, en la generación de energía de fuente hidroeléctrica, con capacidad no mayor de sesenta megavatios. En caso de exceder tal cantidad, «será necesaria una autorización legislativa especial», según lo dispone el artículo 11 de la Ley citada.

En lo que, a la etapa de transmisión de energía, es preciso señalar que está, en lo fundamental, sometida a la intervención monopólica del ICE, entidad que ha desarrollado la infraestructura necesaria para cumplir con esa tarea.

En lo que, a las etapas de distribución y comercialización de la energía, además de esa entidad, participan tan solo algunos pocos prestatarios, en sec-

tores geográficos de la Nación claramente definidos¹⁴⁵, en vista de las aludidas limitaciones para la entrada de más competidores.

B. *De las telecomunicaciones*

Como se ha señalado, a propósito de lo establecido por el artículo 121 inciso 14), los servicios inalámbricos solo podrán ser explotados por particulares o la propia Administración, si así lo dispone una concesión especial otorgada por la Asamblea Legislativa, o bien, si se obtiene una concesión de carácter administrativo, otorgada por el órgano o ente que autorice una «ley marco».

En concreto, con relación a los servicios inalámbricos y el espectro electromagnético, la Sala Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones, estableciendo que se trata de bienes demaniales¹⁴⁶ cuya explotación solo es lícita, en caso de estar autorizada mediante una concesión especial otorgada por tiempo limitado y de acuerdo con las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa, o bien, de acuerdo con la ley.

Así las cosas, examinado el ordenamiento jurídico, es posible establecer que, si bien no se puede hablar de una concesión exclusiva o de carácter monopolístico¹⁴⁷, es lo cierto que durante décadas y hasta muy recientemente, únicamente se encontraban autorizados para intervenir como prestatarios de servicios de telecomunicaciones, dos entidades, el ICE y una empresa de su propiedad, Radiográfica Costarricense, S.A.

¹⁴⁵ Se trata de la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, para el sector central de San José. Dicha entidad es propiedad en un cien por ciento, del ICE. Para el caso de la provincia de Cartago, se ha autorizado a la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago JASEC, actualmente regida por la Ley n.º 7799 del 29 de mayo de 1998. En la provincia de Heredia, interviene en la distribución y comercialización de energía, la Empresa de Servicios Públicos de Heredia, hoy regida por la Ley n.º 7789. En otras zonas del país, participan en la prestación de estos servicios públicos, diversas cooperativas de electrificación rural, a saber, la Cooperativa de Electrificación Rural de Alfaro Ruiz, R.L., Cooperativa de Electrificación Rural de San Carlos, R.L., Cooperativa de Electrificación Rural de los Santos, R.L., Cooperativa de Electrificación Rural de Guanacaste, R.L. y el Consorcio Nacional de Empresas de Electrificación de Costa Rica, R.L. (CONELÉCTRICAS, R.L.).

¹⁴⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2002-6053 de las catorce horas con treinta y ocho minutos del diecinueve de junio del dos mil dos.

¹⁴⁷ «El decreto-ley no. 449 de 1949 otorgó una concesión al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) para la explotación de los servicios de telecomunicaciones «telefónicas, telegráficas, radiotelegráficas, radiotelefónicas». Interesa destacar, sin embargo, que contrariamente a lo que se cree, tal concesión no otorgó una condición exclusiva o monopolística al ICE, como tampoco lo hizo luego la Ley n.º 3226 de 1963, todo lo cual ha ratificado la propia Sala Constitucional en la sentencia n.º 9542 del 2002». ECHANDI GURDIÁN, MARÍA LOURDES, «Competencia en telecomunicaciones». *La Nación*, p. 31 A.

Así resulta del examen del Decreto-Ley n.º 449 del 8 de abril de 1949, que crea el ICE, cuyo artículo 2 inciso h) establece como una de las finalidades del Instituto, «h) Procurar el establecimiento, mejoramiento, extensión y operación de los servicios de comunicaciones telefónicas, telegráficas, radiotelegráficas y radiotelefónicas, para lo cual tendrá de pleno derecho la concesión correspondiente por tiempo indefinido».

Adicionalmente, cabe señalar que conforme al artículo 1.º de la Ley n.º 3293 del 18 de junio de 1964, «El Instituto Costarricense de Electricidad explotará a partir de la promulgación de esta ley, los servicios de telecomunicaciones a que se refiere la ley n.º 47 del 25 de julio de 1921, por tiempo indefinido, en las condiciones establecidas», lo cual, dice la ley en su artículo 2, podrá hacer por medio de una sociedad anónima mixta denominada Radiográfica Costarricense, S.A.

En definitiva, la ya citada Ley n.º 7593, en su artículo 5, incluye los servicios de telecomunicaciones entre los servicios públicos sujetos a tal normativa, si bien no puntualiza autoridad alguna que esté en capacidad de otorgar concesiones para su prestación.

De esta forma, durante la ausencia de una ley marco que habilitara a la Administración pública, por medio de cualquiera de sus agentes, a otorgar concesiones para el servicio de telecomunicaciones, únicamente el ICE y RACSA, contaron con autorización legal para prestar estos servicios.

Esta situación se vio alterada al entrar a regir la citada Ley de Telecomunicaciones, mediante la cual se abrió de la posibilidad de otorgar concesiones «...para el uso y la explotación de las frecuencias del espectro radioeléctrico que se requieran para la operación y explotación de redes de telecomunicaciones. Dicha concesión habilitará a su titular para la operación y explotación de la red. Cuando se trate de redes públicas de telecomunicaciones, la concesión habilitará a su titular para la prestación de todo tipo de servicio de telecomunicaciones disponibles al público. La concesión se otorgará para un área de cobertura determinada, regional o nacional, de tal manera que se garantice la utilización eficiente del espectro radioeléctrico».

Los operadores y proveedores de telecomunicaciones han de ajustarse a los objetivos fundamentales del sistema detallados en el artículo 32 de la Ley de cita, dentro de los cuales se encuentran la promoción de servicios de calidad a «precios asequibles y competitivos», así como la reducción de la brecha digital.

La Ley le atribuye al Poder Ejecutivo la función de definir las metas y las prioridades necesarias para el acceso universal que se define como objetivo fundamental.

A la fecha, el mercado de las telecomunicaciones se encuentra en una fase de iniciación, en donde dos nuevos operadores de telefonía celular apenas se aprestan a iniciar la prestación de servicios en competencia.

13. LA FUNCIÓN PÚBLICA

El régimen de la función pública está regido, en Costa Rica, por diversas disposiciones de rango constitucional y algunas otras de rango legal y reglamentario, que, de forma atomizada, entran a regular distintos ámbitos de la Administración pública.

En la Carta Política, se ha dispuesto la inclusión, dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, la de «...nombrar y remover libremente a los miembros de la Fuerza Pública, a los empleados de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil» –artículo 140 inciso 1) de la CP–. Además, se dispone en el inciso 2) de la misma norma, que corresponderá al mismo órgano de relevancia constitucional, «nombrar y remover, con sujeción a los requisitos prevenidos por la Ley de Servicio Civil, a los restantes servidores de su dependencia».

Por su parte, los artículos 191 y 192 de la misma Constitución, vienen a establecer, en su orden, la naturaleza estatutaria de las relaciones «...entre el Estado y los servidores públicos con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración», así como la sujeción del Estado a criterios de idoneidad comprobada para realizar nombramientos y la inamovilidad de los funcionarios, salvo supuestos de despido justificado o «reducción forzosa de servicios» sea esta por razón de carencias presupuestarias o para una «mejor organización» de los servicios.

La Sala Constitucional, a propósito de tales disposiciones, ha establecido que «Los principios constitucionales que inspiran el Régimen del Servicio Civil y que resultan de aplicación plena durante toda la relación del servidor público con el Estado, son los de idoneidad comprobada y eficiencia¹⁴⁸».

En cuanto al artículo 191 constitucional, existe un cierto grado de discusión en torno a lo que en realidad debe interpretarse de la expresión ahí contenida, conforme a la cual, «Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre Estado y los servidores públicos».

Se discute si ello implica que un solo estatuto deberá regir la totalidad de las relaciones de empleo público o bien, si es admisible que el legislador

¹⁴⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 19-95 de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del tres de enero de mil novecientos noventa y cinco

ordinario regule tales relaciones, mediante una diversidad de disposiciones legales.

La doctrina que se ha pronunciado al respecto¹⁴⁹, luego de comprobar con un detallado estudio el sinuoso manejo del vocablo «Estado» en que incurrió el Constituyente, termina por estimar imposible «sostener una tesis definitiva». Se estima que, como mínimo, debe incluirse dentro de una relación estatutaria, al Poder Ejecutivo y sus funcionarios, por así dejarlo en claro el artículo 140 incisos 1) y 2), sin dejar de lado el caso de las relaciones entre el Poder Judicial y sus servidores, expresamente involucrado en un marco estatutario por el artículo 156 de la CP. Por último, se analiza una «tesis amplísima», conforme a la cual se podría sostener que el Servicio Civil debe cubrir a todos los servidores públicos, tesis que, para Murillo Arias, tiene sustento histórico, a propósito del proyecto de Constitución en que así se establecía. Tal postura parece ser la aceptada por el Tribunal Constitucional^{150, 151}.

Así las cosas, conforme al régimen constitucional, la totalidad de las relaciones de empleo del «sector público» deben regirse por una relación de Derecho público, lo cual incluye, según lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, al sector descentralizado¹⁵².

Muy a pesar de lo establecido por la Asamblea Constituyente, es decir, su afán de ver regidos a los servidores públicos, en su totalidad, por una relación de Derecho público de carácter estatutario con la Administración, como la propia Sala Constitucional y la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia lo han establecido en los fallos citados, en realidad, eso no sucede así.

Aún hoy día, luego de varias décadas de la vigencia de la Constitución, no existe una regulación sistemática de las relaciones de empleo público, que logre satisfacer la demanda del Constituyente, lo cual ha sido calificado como una circunstancia inconstitucional¹⁵³.

¹⁴⁹ MURILLO ARIAS, MAURO (1988). *Ensayos de Derecho público*. San José, 1988, p. 165.

¹⁵⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 1696-92 de las quince horas treinta minutos del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y dos.

¹⁵¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 4788-93 de las ocho horas cuarenta y ocho minutos del treinta de septiembre de mil novecientos noventa y tres.

¹⁵² Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 0036-98 de las diez horas del seis de febrero de mil novecientos noventa y ocho. En idéntico sentido, aunque para el caso de las relaciones de los servidores del ICE con entidad, véase Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 149-99 de las quince horas del dos de junio de mil novecientos noventa y nueve.

¹⁵³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 1696-92 de las quince horas treinta minutos del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Solo se ha logrado hasta el momento, la abrogación de diversas disposiciones sectoriales¹⁵⁴, entre las que resaltan el Estatuto del Servicio Civil que rige, tan solo en parte, las relaciones de los servidores públicos con el Poder Ejecutivo¹⁵⁵. Adicionalmente, la LGAP introdujo una serie de normas¹⁵⁶ en la materia con la intención de reglar el empleo público.

De estas disposiciones, derivan algunas consecuencias de marcado interés. La primera se refiere a lo que Murillo Arias califica como la «generalización del régimen público de empleo», dispuesta por el artículo 112.1. Efectivamente, al prescribir la norma que «El Derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos», se viene a satisfacer el empeño del Constituyente antes referido y ratificado por la jurisprudencia tanto de la Sala Constitucional como de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Y es que el término Administración utilizado en la norma, debe relacionarse con el definido por el artículo 1 de la misma Ley, según el cual, aquella estará conformada por «el Estado y los demás entes públicos...». Es decir, se incluye de esa forma, tanto a los entes descentralizados como a los entes públicos no estatales.

Este nivel de generalización es objeto de cuestionamiento de parte de MURILLO ARIAS, para quien no parece ser útil someter las relaciones de servicio de entidades tales como colegios profesionales y otro tipo de entes de Derecho público, al Derecho administrativo¹⁵⁷.

Otra consecuencia de lo dispuesto por la aludida normativa, también criticada por Murillo Arias, estriba en el hecho de que, conforme al párrafo 3 del artículo 111, «...no se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al Derecho común». La crítica del citado autor estriba en que estima inconveniente la exclusión, dado que por esa vía tales servidores quedarían excluidos del régimen de responsabilidad administrativa interna que la misma LGAP desarrolla en su articulado.

Para sortear tal dificultad y demás inconvenientes por él apuntados, en consideración de la Exposición de Motivos, el autor estima «... que la intención de la norma es excluir a los servidores de las actividades de empresa de

¹⁵⁴ Se trata, entre otras, de la Normativa de Relaciones Laborales (CCSS) publicada en la Gaceta n.º 137 de 16 de julio de 1998; Ley del Personal de la Asamblea Legislativa n.º 4556 y sus reformas; Estatuto del Servidor Judicial, Ley n.º 5155 y Ley de la Carrera Judicial n.º 7338. Además, el Código Municipal, Ley n.º 7794, incluye dentro de sus disposiciones, el Título V, relativo a «El Personal Municipal».

¹⁵⁵ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Tesis de Derecho administrativo*. Tomo II, p. 147.

¹⁵⁶ Se trata de las dispuestas en el artículo 111 párrafo 3 y 112 de dicha Ley.

¹⁵⁷ MURILLO ARIAS, MAURO. *Ensayos de Derecho público*, p. 192.

la Administración, cuando estas actividades estén regidas por el Derecho privado. Ejemplo típico: servidores bancarios¹⁵⁸».

Esta última consideración, que comparte este estudio, viene a contradecir la citada jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, la relación de servicio de funcionarios de bancos estatales está regida por el Derecho administrativo y no por el Derecho laboral. Es claro que el afán generalizador, aún de la LGAP, como se ha visto, no llega tan lejos. También se ha visto que la Sala Constitucional ha admitido, en circunstancias especiales, la definición legislativa de ámbitos en que se prescinde de una relación estatutaria, optándose por una del tipo privado.

Maniatar a los entes públicos con actividades de tipo comercial o industrial, como es el caso del ICE y los bancos estatales, no parece haber sido el interés del Constituyente, quien siempre tuvo en mente la regulación de relaciones de servicio entre un servidor investido en calidad de tal, para el ejercicio de potestades administrativas, no así, para el ejercicio de actividades típicamente sometidas al Derecho común.

Al respecto, la propia Sala Constitucional¹⁵⁹ ha validado decisiones del legislador como la que consta, por ejemplo, en la Ley de Correos, de anterior cita, conforme a la cual, Correos de Costa Rica, empresa pública, «no estará sujeta» a las disposiciones del Estatuto de Servicio Civil (art. 16 e), razón por la cual, verá regidas las relaciones con sus servidores por el Código de Trabajo —artículo 3 párrafo primero—

Finalmente, baste señalar en cuanto al régimen establecido por el Estatuto de Servicio Civil que la relación de servicio administrativa por este regulada implica: *i)* un procedimiento de ingreso por concurso; *ii)* la nomenclatura y remuneración de los cargos en norma general y *iii)* la inamovilidad, con las señaladas excepciones¹⁶⁰.

Con todo, se han presentado, recientemente, novedades de corte normativo que interesa reseñar.

La primera se relaciona con una reforma al Código de Trabajo mediante la Ley n.º 9343 del 25 de enero de 2016. En dicha normativa se introdujo al referido código, el Título Undécimo denominado «Régimen laboral de los servidores del Estado y de sus instituciones, cuyo artículo 682 aborda quién puede considerarse persona trabajadora del Estado. Dice la norma, en ese sentido, lo siguiente:

¹⁵⁸ MURILLO ARIAS, MAURO. *Ensayos de Derecho público*, p. 193.

¹⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2002-314 de las diecisiete horas con ocho minutos del veintidós de enero del dos mil dos.

¹⁶⁰ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Tesis de Derecho administrativo*. Tomo II, pp. 150 y 151.

«Artículo 682.-

Trabajadora del Estado, de sus instituciones u órganos, es toda persona que preste a aquel o a estos un servicio material, intelectual o de ambos géneros, en virtud del nombramiento que le fue expedido por autoridad o funcionario competente o en virtud de un contrato de trabajo en los casos regidos por el Derecho privado.

Los servidores de naturaleza pública se rigen por las normas estatutarias correspondientes, leyes especiales y normas reglamentarias aplicables y por este Código, en todo lo no contemplado en esas otras disposiciones. Las relaciones con las personas trabajadoras en régimen privado se regirán por el Derecho laboral común y disposiciones conexas, salvo que la ley disponga otra cosa. También, podrán aplicarse conciliaciones, convenciones colectivas y laudos, siempre y cuando se concluyan o dicten con respeto a lo dispuesto en este Código y las limitaciones que resulten de este título».

Como se puede apreciar, la norma mantiene la dualidad de regímenes: el de carácter estatutario, por un lado y el regido por el Derecho privado.

Posteriormente, se establece que serán válidos en los conflictos económicos y sociales y de las convenciones colectivas en el sector público, las conciliaciones y los laudo arbitrales –artículo 688–, con exclusión de miembros de los Supremos Poderes, jerarcas de la Contraloría General de la República, Procuraduría General de la República, Defensoría de los Habitantes, así como de las entidades descentralizadas, inclusive, quienes funjan como integrantes de sus juntas directivas.

También está exceptuados los miembros de las juntas de educación y «en general, todos los miembros directivos de juntas, entidades u organismos, dependientes o relacionados con los Poderes del Estado». –artículo 683–.

Otro tema abordado por la reforma, siempre polémico, es la posibilidad de negociaciones colectivas en el sector público, para lo cual se ha dado legitimación a «los sindicatos que demuestren tener la mayor cantidad de afiliados en cada institución, empresa o dependencia de que se trate...» –artículo 696–.

Interesa resaltar lo dispuesto en la reforma, con relación a los efectos de las convenciones colectivas en el sector público, concretamente, la regla prevista en el párrafo segundo del artículo 711, según el cual, «En el caso de normas que por su naturaleza y su afectación del principio de legalidad presupuestario requieran aprobación legislativa, la eficacia de lo negociado quedará sujeta a la inclusión en la respectiva ley de presupuesto general de la República o extraordinario que se promulguen. La autoridad pública no podrá utilizar sus prerrogativas en materia financiera en perjuicio de lo convenido»

Otro de los eventos normativos de interés en esta materia, cuya vigencia aún está pendiente debido a la *vacatio legis* prevista en el transitorio XV

(entrará a regir el 9 de marzo de 2023), es la Ley marco de empleo público n.º 10159 de 8 de marzo de 2022, normativa adoptada para regular de modo más uniforme la materia de la función pública.

En efecto, según el artículo 1 de la Ley, su objetivo consiste en «Regular las relaciones estatutarias, de empleo público y de empleo mixto, entre la Administración pública y las personas servidoras públicas, con la finalidad de asegurar la eficiencia y eficacia en la prestación de los bienes y servicios públicos, así como la protección de los derechos subjetivos en el ejercicio de la función pública en el Estado social y democrático de derecho, de conformidad con el imperativo constitucional de un único régimen de empleo público que sea coherente, equitativo, transparente y moderno. Establecer, para igual trabajo, idénticas condiciones de eficiencia, puesto, jornada y condiciones, igual salario, que les procure bienestar y existencia digna a las personas servidoras públicas».

La norma es aplicable para los servidores que laboren para los Poderes de la República, las instituciones autónomas, semiautónomas y empresas públicas estatales, así como a las municipalidades públicas «bajo el principio de Estado como patrono único», –artículo 2–.

Como parte de las medidas de la ley, se entra a regular la «gobernanza del empleo público» mediante la creación del «sistema general de empleo público», cuya rectoría se asigna al Ministerio de Planificación y Política Económica. Además, se establece un «único régimen general de empleo público» –artículo 13– conformado por varias «familias», –artículo 13–.

La ley fue aprobada luego de un muy intenso control previo de constitucionalidad. En efecto, se produjeron un total de cinco consultas legislativas facultativas atendidas por la Sala Constitucional¹⁶¹, en las cuales se detectaron diversos vicios de fondo de constitucionalidad en el proyecto de ley, todos los cuales fueron atendidos por la Asamblea Legislativa, hasta la aprobación definitiva de la ley.

Aún sin haber entrado en vigor, ya se debate con relación a reformas a la ley, lo que deja en evidencia que se trata aún de un modelo por armar cuyos efectos y beneficios finales son todavía un acertijo.

¹⁶¹ Para mayor detalle, véanse las sentencias de la Sala Constitucional números 15105 de 02 de julio de 2021, 15137 de 02 de julio de 2021, 15240 de 02 de julio de 2021, 27974 de 14 de diciembre de 2021, 02872 de 08 de febrero de 2022 y 00653 de 07 de enero de 2022.

14. URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE

14.1. BREVES NOTAS DEL DERECHO URBANÍSTICO COSTARRICENSE

De conformidad con lo establecido por el artículo 45 constitucional, mediante la cual se regula la propiedad privada como garantía fundamental, la propiedad privada es inviolable; se admite la expropiación por razones de utilidad pública, previa indemnización plenaria, salvo supuestos de emergencia nacional y autoriza la posibilidad de imponer limitaciones de interés social, para lo cual impera una reserva legal, reforzada por una exigencia de mayoría calificada en su trámite de aprobación legislativa, sin que se mencione la necesidad, en esos supuestos, de indemnizar al afectado¹⁶².

En el caso del Derecho urbanístico, es claro el papel protagónico de las limitaciones a la propiedad por interés social, en este caso, relativo al ordenamiento territorial y uso sostenible de la tierra.

Para Ortiz Ortiz, las notas esenciales de las limitaciones, desde una óptica de justicia distributiva, según «aparecen todas en el artículo 45 de la Carta o las de la doctrina prodigada en su examen», son las siguientes: *i)* tienen origen legislativo, de modo que son legítimas solo frente a ley formal, que requiere votación de dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa, que las impongan; *ii)* más que de un sacrificio particular, se trata de una «prohibición, que crea un deber jurídico [...] de no hacer o, a lo sumo, de soportar la inmisión del Estado en la propiedad para fines públicos, deber que se agrega a los poderes o facultades del propietario, sin desnaturalizarlos ni destruirlos»; *iii)* están sustentadas en fines de interés social, esto es, fines «externos», entendiéndose «extraño y prevalente en relación con los fines de la propiedad como entidad al servicio del propietario»; *iv)* «no pueden ser concretas ni singulares»; *v)* son «una reserva de la ley, relativa y perforable por la delegación en reglamentos autorizados, bajo la guía y dentro del marco que la ley indique» característica que reputa el autor como esencial¹⁶³.

Ahora bien, a propósito del cambio de perspectiva a que alude el autor, manifestado en la noción del papel o función social de la propiedad, se ha venido admitiendo la sujeción de ese derecho real, a servicios en bien de la colectividad, mediante varios medios, entre ellos, *i)* «la previsión legal de la conducta del propietario» mediante la imposición legal de «prohibiciones (absolutas o sujetas a dispensa)» o deberes de hacer y no hacer, según sea el

¹⁶² ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Expropiación y Responsabilidad Públicas*, p. 134.

¹⁶³ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Expropiación y Responsabilidad Públicas*, pp. 145 a 149.

caso; ii) la atribución de poderes a la Administración pública que la habilitan para «disponer, en lugar del propietario y sin que este pueda evitarlo»; iii) «sujeción del propietario a una potestad de regulación y ordenación de la Administración, la cual, en lugar de disponer y decidir en su lugar, lo obliga a actuar según órdenes de instrucciones»; iv) el contenido del derecho de propiedad y en especial, su modo de ejercicio, viene a ser regulado mediante «una autorización de motivo y contenido discrecionales, que juego como hecho permisivo, cuya denegación es impeditiva de ese mismo ejercicio» y, finalmente, v) se produce, a partir de la autorización, «una sujeción especial a una autoridad administrativa con potestades abiertas de regulación sobre una forma de propiedad, según el tipo de bien o de fin que se persiga con ella o a través de ella»¹⁶⁴.

Esta tesis fue acogida en pleno por la Sala Constitucional en su jurisprudencia, de lo cual es fiel testimonio por todas las demás, la Sentencia n.º 4205-96 de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

Efectivamente, en su jurisprudencia el Alto Tribunal ha atribuido a la propiedad, una función social que justifica disposiciones legales prohibitivas o que imponen directamente, deberes de hacer o no hacer al propietario¹⁶⁵. Se ha admitido, también, que las limitaciones a la propiedad urbana, no solo son limitaciones fundadas en un interés social¹⁶⁶, sino además, que resultan imprescindibles para la convivencia de la ciudadanía¹⁶⁷, lo que las hace claramente congruentes con el Derecho de la Constitución.

Ahora bien, la acogida a las limitaciones urbanísticas no ha estado libre de ataduras o límites. El Tribunal ha establecido, en ese sentido, dos distintos valladares, a saber: i) el contenido esencial del derecho de propiedad¹⁶⁸ y ii) la apuntada generalidad de que debe caracterizarse toda limitación¹⁶⁹.

¹⁶⁴ ORTIZ ORTIZ, EDUARDO. *Expropiación y Responsabilidad Públicas*, pp. 151 a 155.

¹⁶⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 5097-1993 de las diez horas con veinticuatro minutos del quince de octubre del mil novecientos noventa y tres.

¹⁶⁶ En ese sentido, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 1167-1992 de las quince horas y treinta minutos del seis de mayo de mil novecientos noventa y dos 5305-93 de las diez horas seis minutos del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y tres.

¹⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 4205-96 de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

¹⁶⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 5097-93 de las diez horas veinticuatro minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres. Véase además, de la misma Sala, la Sentencia n.º 2345-96 de las nueve horas veinticuatro minutos del diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis.

¹⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 4205-96 de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

En lo fundamental, podría decirse que lo urbanístico es tarea municipal, en consideración de lo establecido por los artículos 169 y 170 constitucionales. Es claro que la ordenación del suelo y del desarrollo urbano, es un asunto local, lo cual, sin embargo, no desmerece la intervención de autoridades nacionales que vengan a introducir una visión holística del desarrollo urbano nacional.

Todas esas consideraciones fueron tomadas en cuenta por el legislador ordinario, al momento de adoptar la Ley de Planificación Urbana n.º 4240 del quince de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho. Efectivamente, conforme a las estipulaciones de esa norma legal, la intervención de las corporaciones municipales en el manejo de lo urbanístico es prioritaria y prevalece por encima de cualquier intervención de entidades estatales a las cuales se le relega a una intervención a nivel «nacional o regional» –artículo 2–. Así resulta, en especial, de lo dispuesto por su artículo 15, según el cual se reconoce «...la competencia y autoridad de los Gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional».

Es de lamentar, sin embargo, el débil desarrollo de las corporaciones municipales, sus notables carencias financieras y la aludida atomización que deriva a la gran cantidad de cantones en que se ha decidido fraccionar el territorio nacional, han impedido que el sector municipal haya asumido, en pleno, la tarea de regular el desarrollo urbano.

A partir de esa circunstancia, el protagonismo de los Gobiernos locales ha sido, más bien, subsidiario, de modo que el INVU, por medio de su Dirección de Urbanismo, ha debido asumir tareas de ordenación del territorio primariamente asignadas a las corporaciones municipales.

En el ámbito de la ordenación del territorio desde la óptica nacional o regional, la situación no ha sido tampoco, la deseada por el legislador. Efectivamente, la participación del Estado central en la ordenación del territorio ha sido exigua cuando no, prácticamente inexistente, muy a pesar de la atribución de competencia que consta en el artículo 2 de la Ley de Planificación Urbana, al hacer mención a la «Oficina de Planificación», hoy Ministerio de Planificación y Política Económica, como uno de los centros de acción a quienes corresponde, en conjunto con el INVU, la planificación urbana nacional o regional.

Cabe destacar que la planificación urbana nacional o regional, según dispone el artículo 3 de la Ley de cita, ha de estar definida a partir del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, cuya preparación, revisión y puesta al día corresponde al INVU y al Ministerio de Planificación y Política Económica. Así, corresponde a la Junta Directiva del INVU proponer al Poder Ejecutivo

los términos del citado Plan –artículo 4– para su aprobación, el cual, en asocio con el aludido Ministerio, deberá mantener en constante renovación.

Es de lamentar que, hasta la fecha, desde la puesta en vigencia de la Ley en comentario, nunca ha sido aprobado un Plan Nacional de Desarrollo Urbano, lo cual ha generado un desarrollo urbano carente de planificación y divorciado de un desarrollo sostenible. No es sino recientemente, que se ha iniciado el trabajo para el diseño del primer Plan Nacional de Desarrollo Urbano¹⁷⁰.

Es tarea también de la Dirección de Urbanismo, de conformidad con lo establecido por la Ley de Planificación Urbana, fungir como órgano asesor consultivo de las municipalidades en la preparación de los planes reguladores, así como la de dictar «...normas de desarrollo...» y Podrá además, «confeccionar los planes reguladores y delimitar los distritos urbanos y demás áreas sujetas a control urbanístico, en tanto las municipalidades no hubieren promulgado en la respectiva materia, o parte de ella, sus propias disposiciones locales con ajuste a esta ley» –Transitorio II–.

Se sustenta así una intervención residual del citado Instituto que permita de alguna forma, regular el desarrollo urbano mediante una reglamentación en materias como el fraccionamiento y urbanización de terrenos y en la construcción de desarrollos habitacionales, incluyendo las normas de diseño de las vías, retiros de construcción y demás aspectos típicos de estas regulaciones.

Tales potestades fueron, todas, validadas por la Sala Constitucional en el citado fallo n.º 4205-96, estimándose, en cuanto a la competencia del INVU para desarrollar regulaciones en ausencia de las municipales, que se trata de una competencia «transitoria»¹⁷¹.

Además de las disposiciones constitucionales referidas a la propiedad privada –artículo 45– y a las competencias de las corporaciones municipales –artículos 169 y 170–, el Derecho urbanístico costarricense presenta una serie de disposiciones de rango legal y reglamentario que interesa destacar. Se trata de la Ley de Planificación Urbana¹⁷²; el Reglamento para el Control Nacional

¹⁷⁰ Véase el detalle de los avances de los trabajos hasta ahora desarrollados en www.mideplan.go.cr/pndu/presentacion.htm

¹⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 4205-96 de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

¹⁷² Se trata de la norma que, con un ánimo de regulación sistemática, viene a definir la organización administrativa de lo urbanístico, compuesta, como se vio, por las Municipalidades, el Ministerio de Planificación y Política Económica y el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. Por otra parte, define como principal instrumento de ordenación del suelo, los planes reguladores y sus reglamentos –artículos 15, 19 y siguientes–. Se dispone también el procedimiento a seguir para su aprobación, lo cual incluye la consulta pública de su contenido, de previo a ser aprobado mediante acuerdo del Concejo Municipal respectivo, siendo exigible,

de Fraccionamientos y Urbanizaciones¹⁷³ y los Planes Reguladores Cantonales^{174, 175}.

En cuanto a los últimos, se ha considerado posible que sea por medio que se incorporen las concretas limitaciones exigidas por un ordenamiento territorial, circunstancia cuya constitucionalidad se ha hecho depender de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad¹⁷⁶.

Típicamente, los planes reguladores deben incluir, según lo establece el artículo 21 de la Ley de Planificación Urbana, una serie de reglamentos, entre ellos, el de zonificación, el de fraccionamientos y urbanización, el de Mapa Oficial, el de Renovación Urbana y el de Construcciones.

Lamentablemente, en vista de las limitaciones a que están sujetas las corporaciones municipales costarricense, la cantidad de planes reguladores debidamente aprobados y en vigencia, contrasta con el número de cantones de que está compuesta la Nación.

para su eficacia, su posterior publicación en el Diario Oficial La Gaceta –artículo 17–. La norma incluye también la definición directa de ciertas limitaciones para el desarrollo de urbanizaciones y de fraccionamientos.

¹⁷³ En ejercicio de la competencia que le atribuye al INVU el citado Transitorio II de la Ley de Planificación Urbana, la Junta Directiva de esa entidad aprobó el 23 de marzo de 1983, el aludido Reglamento, mediante el cual se viene a introducir reglas precisas en torno a los fraccionamientos –Capítulo II–; Urbanizaciones –Capítulo III– y disposiciones relativas a desarrollos habitacionales. Discutida su constitucionalidad, en vista de su carácter meramente reglamentario, a pesar de la cual incluye la definición de cargas al propietario para el desarrollo de urbanizaciones, entre ellas, la cesión gratuita de áreas para uso comunal, la Sala Constitucional estimó que en realidad, en este caso, «no se está frente a una disposición de carácter general emanada por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo sin fundamento de disposición legal, sino que se trata del desarrollo reglamentario de disposiciones legales específicas, por lo cual no puede afirmarse que las normas impugnadas impongan limitaciones al derecho de propiedad, sino que las mismas fueron definidas específicamente en la ley calificada, tal como lo exige la Constitución Política». Se validó, así, la constitucionalidad de esta disposición reglamentaria, que resulta de aplicación tan solo, en ausencia de un plan regulador en el cantón respectivo.

¹⁷⁴ Se trata de disposiciones reglamentarias dirigidas a regular el desarrollo urbano a nivel cantonal. Es competencia del Concejo Municipal su aprobación, previa consulta en audiencia pública, según se dijo. La Sala Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a estos instrumentos del desarrollo urbano. Así, se ha entendido congruente con la Constitución, la imposición de limitaciones a la propiedad mediante planes reguladores.

¹⁷⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 5 097-93 de las diez horas veinticuatro minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres.

¹⁷⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia número 5 305-93 de las diez horas seis minutos del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y tres.

14.2. LÍNEAS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL COSTARRICENSE

El Derecho administrativo ambiental costarricense lo corona el artículo 50 constitucional que reconoció, oportunamente, el derecho ciudadano a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Más recientemente, una reforma constitucional incluyó a dicha norma, el siguiente párrafo:

«Toda persona tiene el derecho humano, básico e irrenunciable de acceso al agua potable, como bien esencial para la vida. El agua es un bien de la nación, indispensable para proteger tal derecho humano. Su uso, protección, sostenibilidad, conservación y explotación se regirá por lo que establezca la ley que se creará para estos efectos y tendrá prioridad el abastecimiento de agua potable para consumo de las personas y las poblaciones». (Así adicionado el párrafo anterior por el artículo 1.º de la ley n.º 9849 del 5 de junio del 2020, «Reconocer y garantizar el derecho humano de acceso al agua»)¹⁷⁷.

A nivel infralegal, el Derecho administrativo ambiental costarricense está compuesto por una amplia gama de disposiciones normativas de índole general algunas (Ley General de Salud n.º 5395 y Ley Orgánica del Ambiente, n.º 7554), y otras de tipo sectorial.

En lo que al régimen jurídico de las aguas corresponde, se ha apuntado su gran «dispersión normativa», al grado que representa «... un conjunto fragmentado, caótico y ambiguo de normas sectoriales que regulan aspectos puntuales quedando serias lagunas y antinomias, todo lo cual también dificulta, seriamente, la gestión ambiental por parte de los entes públicos encargados de la materia»¹⁷⁸, consideración que estimo cabe ampliar al resto de los campos en que se han incorporado regulaciones de tipo ambiental.

Se ha optado, en ese sentido, por una regulación normativa fragmentada y que responde a distintas estrategias que de tiempo en tiempo, elige sin criterio sistemático, ya sea el legislador o bien el Poder Ejecutivo.

La más dificultosa tarea de quien evalúa este campo del Derecho administrativo costarricense será entonces la definición de sus fuentes normativas.

Un breve examen de la normativa ambiental costarricense permite detectar normas legales de carácter general basadas en filosofías de regulación diversas

¹⁷⁷ Sobre el tema, véase con mayor detalle: MILANO SÁNCHEZ, ALDO (2021). «El 2020 y el derecho ambiental en Costa Rica». En: *Observatorio de Políticas Ambientales 2021*. Madrid: CIEMAT, pp. 205-215.

¹⁷⁸ Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, n.º 2004-1923 de las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del veinticinco de febrero del dos mil cuatro.

–Ley General de Salud y Ley Orgánica del Ambiente– así como un sin fin de normas reglamentarias de carácter sectorial, que hacen prácticamente imposible para su destinatario, conocer el derecho ambiental que lo regula.

La misma dificultad se presenta, inclusive, para los propios funcionarios públicos competentes para hacer valer tales disposiciones. En contraste, en ámbitos de vital importancia como el de los controles de inmisión y emisión de contaminantes atmosféricos, se mantuvo una laguna normativa durante varios decenios, hasta una muy reciente reglamentación. A esta situación debe agregarse otra gran dificultad: las diversas épocas en que se dictaron las normas y las distintas filosofías regulatorias que profesan, ha ocasionado que sean múltiples los órganos administrativos del Estado central y descentralizado, los que participan en el ejercicio de potestades de regulación ambiental.

Por otra parte, existe una inadecuada centralización de potestades en unos pocos órganos, obviándose la descentralización territorial.

Así las cosas, si bien aún permanecen sectores sin la regulación requerida, en general, es posible señalar que los factores ambientales a los cuales, modernamente se ha entendido debe someterse a regulación, efectivamente la presentan.

Por ejemplo, en lo que a la gestión del aire se refiere, se han desarrollado normas que regulan los límites de emisiones desde fuentes móviles y fijas. Existen también normas para el control del ruido por actividades antrópicas.

Se han desarrollado, además, disposiciones relativas a la gestión del agua, tanto superficial como subterránea, según se ha visto a propósito de lo señalado por la Sala Constitucional en el antecedente citado.

La gestión del suelo y de los desechos sólidos no ha faltado. Existen disposiciones relativas a su uso y conservación, manejo de la zona marítimo terrestre, manejo de desechos sólidos ordinarios y especiales, sistemas de tratamientos de desechos sólidos, etc.

Se ha avanzado también en la gestión de las amenazas, sean estas naturales o antrópicas, lo cual se ha hecho mediante disposiciones en materia de prevención de incendios forestales, derrames de sustancias tóxicas peligrosas, plaguicidas, sustancias radioactivas, etc.

En lo que a la gestión de la flora y fauna (biotopos), existe regulación en torno a las categorías y manejos de áreas de protección, humedales, uso y explotación de la flora y fauna silvestre, pago de servicios ambientales del bosque y finalmente, se han dispuesto regulaciones en el campo del paisaje y recursos culturales, relativas a la protección de recursos paisajísticos, sitios arqueológicos y de patrimonio cultural e histórico.

La filosofía de la evaluación de impacto ambiental ha permeado, profundamente, el régimen ambiental costarricense a partir de la vigencia de la Ley Orgánica del Ambiente.

El proceso de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) abarca tres etapas principales, que son:

- 1) Evaluación Ambiental Inicial (EAI)
- 2) Estudio de Impacto Ambiental (EsIA)
- 3) Gestión Ambiental del proyecto en ejecución (SG)

Las primeras dos etapas se realizan de previo al inicio de actividades del Proyecto, es decir, durante una fase «ex-ante». Su objetivo principal, es que el Proyecto incorpore todas las medidas ambientales dentro de su diseño final, de forma tal que su desarrollo implique una situación de equilibrio ambiental o ecológico con su entorno.

De acuerdo con los procedimientos establecidos en el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental de Costa Rica (Decreto Ejecutivo n.º 31.849 – MINAE – S – MOPT – MAG – MEIC, publicado en La Gaceta n.º 125, del 28 de junio del 2004), la etapa de la EAI tiene como finalidad identificar la situación de Significancia de Impacto Ambiental (SIA) de la actividad, obra o proyecto en cuestión. Si dicha SIA es de tipo alto, el proyecto califica como de tipo A y por tanto deberá pasar a la etapa del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA). En este caso, la etapa de EAI genera dos resultados adicionales:

- 1) Otorgamiento de la Viabilidad Ambiental Potencial (VAP), y
- 2) Establecimiento de los Términos de Referencia (TER) para la elaboración del EsIA.

Para otro tipo de proyectos, que no califican como de tipo A, la ruta de decisión que define el Reglamento indicado es diferente¹⁷⁹.

La obtención de la Viabilidad Ambiental Potencial (VAP) representa la consecución de una importante meta para el Proyecto, debido a que la misma representa un primer visto bueno que otorga el Estado, por medio de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (la SETENA) respecto al sitio en donde se plantea, y también las características generales de este. Con la Resolución que otorga la VAP, el Proyecto puede iniciar otros procedimientos de autorización de la actividad ante otras autoridades del Estado.

¹⁷⁹ Según el artículo 6 del Reglamento, existen las categorías B, B1, B2 y C, según sea el nivel de impacto ambiental potencial.

Por su parte, el disponer de los TER permitirá conocer el alcance que la SETENA desea que tenga el Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) y por tanto el grado de detalle y profundidad debe tener el mismo.

Una vez definidos tales alcances, según lo dispone el artículo 45 del citado Reglamento, el interesado deberá confeccionar el respectivo EsIA, y someterlo a revisión técnica de la SETENA, procedimiento en el cual se debe cumplir con una consulta pública mediante la comunicación del inicio de esta fase del procedimiento, para que todo interesado que así lo desee, se pronuncie en torno la proyecto.

Cumplido el procedimiento de revisión técnica, la SETENA deberá adoptar una resolución administrativa en la cual se decidirá en forma definitiva, en torno a la viabilidad ambiental del proyecto. De decidirse positivamente, la resolución deberá detallar los lineamientos y directrices ambientales de compromiso, entre ellos, el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas Ambientales, desarrollo e implementación de los Instrumentos de Control y Seguimiento Ambiental, lo que incluye el nombramiento de un responsable ambiental, registro del proceso ambiental por parte de este y la preparación de informes ambientales.

Se define además, en su caso, el monto de una garantía ambiental que cubre eventuales daños ambientales generados por la actividad y en el caso de los proyectos de tipo A, se exige además la conformación de una Comisión Mixta de Monitoreo y Control Ambiental.

En cuanto a la fase *ex post*, dispone el Reglamento la necesidad de someter los proyectos a medidas de control y seguimiento ambiental de las actividades. Esto comporta inspecciones ambientales de cumplimiento –artículo 48–, auditorías ambientales –artículo 49– y una calificación de la calidad ambiental de las actividades, obras o proyectos –artículo 50–.

Como se ve, se ha diseñado un complejo procedimiento de control ambiental que incluye medidas de tipo preventivo –*ex ante*– y de vigilancia –*ex post*– tendientes a asegurar que el desarrollo de actividades, obras o proyectos se haga de forma sostenible con el ambiente.

15. BIENES PÚBLICOS

Ante la ausencia de una disposición normativa que determine, desde la perspectiva del Derecho administrativo, ¿qué es dominio público?, es preciso acudir a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, tribunal que en forma

reiterada ha entendido que está integrado por aquellos bienes a los cuales el legislador ha definido un destino especial de servicio a la comunidad¹⁸⁰.

Se trata por ello, de bienes salidos del comercio de los hombres de carácter inalienable, imprescriptible, inembargable, susceptibles de ser puestos a disposición de los particulares, únicamente, mediante un derecho precario de aprovechamiento.

Otra de las particularidades de estos bienes, consiste en la posibilidad de que su posesión sea recuperada mediante la acción administrativa directa, es decir, es posible que la Administración adopte medidas por sí misma, con el objeto de despojar la posesión ilegítima de estos bienes¹⁸¹.

Ahora bien, en el marco de esa definición jurisprudencial, cabe hacer distinciones. Es decir, no todo bien estatal cae dentro de la noción de bien del dominio público. Esto a su vez hace que, no todos los bienes del Estado son «inalienables, imprescriptibles, inembargables».

Así lo ha entendido la Procuraduría General de la República, al establecer, en diversos pronunciamientos, una distinción conceptual conforme a la cual, existe un dominio público necesario y un dominio público accidental. El primero, es aquel caracterizado por la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad ya apuntadas. En el caso del segundo, se trata de aquellos bienes que no resultan indispensables para la acción administrativa y que integran el dominio privado de la Administración¹⁸².

A nivel constitucional, es posible encontrar disposiciones referidas al dominio público necesario. Se trata de lo señalado por el artículo 121 inciso 14), norma que establece procedimientos de tipo legislativo agravado, para admitir la explotación por particulares, de las fuerzas de las aguas de dominio público, yacimientos de carbón, petróleo y todo tipo de sustancias hidrocarbурadas, así como los servicios inalámbricos¹⁸³.

¹⁸⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2306-1991, de las 14:45 horas del 6 de noviembre de 1991.

¹⁸¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 2725-94 de las 15:18 horas del 9 de junio de 1994.

¹⁸² Procuraduría General de la República, Dictamen C-077-1999 de 21 de abril de 1999. En el mismo sentido, véase OJ.002-2002 de 9 de enero de 2002.

¹⁸³ Dice la norma, -*Artículo 121*

«Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación. No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:

a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional;
b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarbурadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;

A nivel infraconstitucional, la regulación es escasa. De hecho, se extraña una regulación integral en el tema. Es tan solo en el decimonónico Código Civil, de clara inspiración napoleónica, donde se encuentra disposiciones relativas al dominio público. Se trata de los artículos 261 y 262¹⁸⁴.

No se conoce, en el medio, procedimiento alguno de desafectación, se ha entendido por ello, que existe una clara reserva legal en la materia. De esta forma, si corresponde al legislador afectar al dominio público un determinado bien, solo el legislador ordinario podrá decidir su desafectación, producto del Principio del Paralelismo de las Formas.

En medio de esa deficiente regulación, han surgido otras manifestaciones del dominio público caracterizadas bajo el concepto aún indeterminado del Patrimonio Natural del Estado el cual se alude, normativamente, en el artículo 13 de la Ley Forestal en estos términos:

«El patrimonio natural del Estado estará constituido por los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a municipalidades, instituciones autónomas y demás organismos de la

Administración pública, excepto inmuebles que garanticen operaciones crediticias con el Sistema Bancario Nacional e ingresen a formar parte de su patrimonio.

El Ministerio del Ambiente y Energía administrará el patrimonio.

c) Los servicios inalámbricos.

Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores solo podrán ser explotados por la Administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.

Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales estos últimos mientras se encuentren en servicio no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado».

¹⁸⁴ Dicen las normas

«Código Civil n.º 63 del 28/10/1887

Artículo 261.-

Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público.

Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona».

Artículo 262.-

Las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en el, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas».

Cuando proceda, por medio de la Procuraduría General de la República, inscribirá los terrenos en el Registro Público de la Propiedad como fincas individualizadas de propiedad del Estado.

Las organizaciones no gubernamentales que adquieran bienes inmuebles con bosque o de aptitud forestal, con fondos provenientes de donaciones o del erario, que se hayan obtenido a nombre del Estado, deberán traspasarlos a nombre de este».

Como se puede apreciar, la definición normativa del PNE vincula los bosques y terrenos forestales en las reservas nacionales y de aquellas fincas inscritas a nombre de una Administración pública, aunque se consideran incluso inscribibles a nombre del Estado.

Como la definición lo establece, se trata de bienes inalienables, como en general lo son los que forman parte del demanio público, en este caso, en virtud de su importancia y utilidad ambiental.

Ahora bien, mediante la interpretación de esa norma, se ha llegado a considerar lo siguiente:

«De esta forma, el PNE lo integran dos componentes importantes:

a) Las Áreas Silvestres Protegidas, cualquiera sea su categoría de manejo, declaradas por Ley o Decreto Ejecutivo: reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, reservas biológicas, refugios nacionales de vida silvestre, humedales y monumentos naturales (Ley Forestal 7575, artículo . 1.º, párrafo. 2.º, 3.º inciso i; Ley Orgánica del Ambiente 7554, artículo 32; Ley de Biodiversidad n.º 7788, artículos. 22 y siguientes. y 58; Ley del Servicio de Parques Nacionales n.º 6084, artículo 3.º incisos d y f, en relación con

la Ley Orgánica del MINAE n.º 7152 y su Reglamento; Ley de Conservación de la Vida Silvestre n.º 7317, artículo 82, inciso a).

b) Los demás bosques y terrenos forestales o de aptitud forestal del Estado e instituciones públicas (artículo 13 de la Ley Forestal), que tienen una afectación legal inmediata. Para la zona marítimo terrestre, la misma Ley 6043 (artículo 73) excluye de su ámbito las Áreas Silvestres Protegidas y las sujetas a su propia legislación.

El resto de áreas boscosas y terrenos de aptitud forestal de los litorales están también bajo la Administración del Ministerio del Ambiente y Energía y se rigen por su normativa específica (Ley Forestal, artículo 13 y concordantes) y el Voto de la Sala Constitucional # 4587-97)»¹⁸⁵.

Adicionalmente, se ha llegado a considerar, por parte de la Sala Constitucional¹⁸⁶, lo siguiente:

¹⁸⁵ CABRERA MEDAGLIA (2015). «La problemática jurídica del patrimonio natural del Estado (PNE) y la ocupación irregular de la zona marítimo-terrestre (ZMT)». *Revista Judicial*, n.º 117, septiembre, San José, p. 34.

¹⁸⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n.º 16938-2011 de las 14:37 horas del 7 de diciembre de 2011.

«El Patrimonio Natural del Estado es un bien jurídico, definido e individualizado en nuestro ordenamiento jurídico, cuyos terrenos que lo conforman según la legislación ambiental, no necesitan de una declaratoria de área silvestre protegida para ser objeto de protección por parte de la Administración. Lo anterior no obsta la obligación de la Administración competente de darles las clasificaciones que científica y técnicamente correspondan, para su debida protección y preservación como áreas silvestres protegidas. Esto es materia de interés público y nacional que urge y no puede quedarse indefinidamente sin resolver. Con base en lo expuesto se declara inconstitucional del artículo 2 del Decreto Ejecutivo n.º 35 803-MINAET la frase «son aquellos que cuenten con una declaratoria de Área Silvestre Protegida»; en adición, para que la norma preserve su sentido se elimina la conjunción «que», luego de la palabra «continentales». También se declara inconstitucional del artículo 3 del Decreto supracitado la frase «son aquellos que cuenten con una declaratoria como Área Silvestre Protegida»; en adición, para que la norma preserve su sentido también se elimina la conjunción «que», luego de la palabra «marinos». De esta manera se preserva la voluntad del Poder Ejecutivo en el sentido que los citados humedales forman parte del Patrimonio Natural del Estado. En relación con el ordinal 3.º se deja la frase «los cuales serán administrados por el MINAET a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación», porque todos los ecosistemas de humedales marinos son áreas inalienables de la zona marítimo terrestre, de dominio público y bienes de la Nación, por lo que solo pueden ser administrados por el Estado a través de los órganos que indique la ley...».

En suma, es claro que el PNE forma parte del dominio público en vista de su uso ambiental, noción cuya integración ha sido objeto de pronunciamientos judiciales para esclarecerla.

Lo cierto es que, al margen de las dificultades para la aplicación de la norma antes referida, el carácter demanial del PNE está fuera de dudas.