

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: DISCRECIONALIDAD EN MATERIA URBANÍSTICA

RESUMEN: El presente informe presenta los conceptos de discrecionalidad como principio de la Administración Pública, con base en nuestro país y España, además se presenta un análisis doctrinario aplicado al caso del Derecho Urbanístico y se desarrolla el tema por medio del análisis jurisprudencial que hace la Sala Constitucional y los Tribunales Constenciosos Administrativos de nuestro país.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
i.El principio de Poder Discrecional de la Administración.....	1
El principio de Discrecionalidad en el Derecho Comparado.....	2
A) Concepto.....	2
2. Las potestades administrativas.....	3
3. Potestad reglada, potestad discrecional.....	3
4. Conceptos y elementos de la potestad discrecional.....	4
5. Su distinción de los conceptos jurídicos indeterminados.....	5
ii.Concepto de Discrecionalidad Urbanística.....	28
Discrecionalidad Técnica en el Derecho Urbanístico.....	28
Discrecionalidad Normativa en el Derecho Urbanístico.....	29
2JURISPRUDENCIA.....	30
a)Sobre la Constitucionalidad de las limitaciones impuestas en la ley de Planificación Urbana..	30
b)Alcances de la competencia municipal en el desarrollo urbano.....	66
c)Sobre las limitaciones a la propiedad.....	69

1 DOCTRINA

i. El principio de Poder Discrecional de la Administración

[MARTIN]¹

"Pero complejos y cambiantes como son los intereses humanos que la Administración atiende, no es dable aprehenderlos todos dentro de normas positivas que de antemano preceptúen el sentido y modo en que, para cada caso, la actividad del Gobierno ha de manifestarse. De ahí que sea forzoso investir al Poder Público de una potestad que lo habilite para encarar situaciones que la ley no ha previsto, y resolverlas conforme a los postulados de la Ética y del Derecho y a las demandas del mayor bien colectivo. Quiere ello significar que, aunque discrecional, no es esa potestad arbitraria; y que hasta aquellos intereses que la ley escrita no ha protegido concretamente, elevándolos a la categoría de derechos subjetivos, han de ser considerados, si su legitimidad es evidente, cuando la Administración dentro de la discrecionalidad actúa."

El principio de Discrecionalidad en el Derecho Comparado

[CHAMORRO GONZALEZ]²

"1. Las potestades

A) Concepto

Iniciamos ahora el estudio de la segunda cuestión a la que está dedicada la exposición que nos ocupa. Cuando hablamos de discrecionalidad nos referimos, en el derecho administrativo, ineludiblemente, a una de las potestades de que disponen las Administraciones Públicas, y de las que son dotadas por el ordenamiento en virtud del principio de legalidad. Como afirma la doctrina, el concepto de potestad constituye una especie del género poder jurédico y se contrapone al concepto de derecho subjetivo.

B) Caracteres

Las notas que definen a la potestad son su procedencia directa del ordenamiento, su carácter genérico, la posibilidad que posee de producir efectos jurídicos de los que pueden surgir relaciones jurídicas particulares, la sujeción que produce en otros entes o individuos, para los que su ejercicio puede ser beneficioso, perjudicial o indiferente. Para aquellos a quienes afecta, la potestad no produce una situación de deber u obligación, sino la abstracta sujeción que vincula a soportar los efectos jurídicos que dimanen de su ejercicio y que puede incidir sobre su esfera jurídica. La potestad no vincula a personas determinadas, sino al conjunto de individuos sobre los que la misma se ejerce con carácter general.

La potestad dimana siempre de la ley, y por ello son inalienables, intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles, inagotables en su ejercicio e inmodificables salvo por la propia ley que las crea.

2. Las potestades administrativas

Si esas notas son predicables de cualquier potestad, si nos referimos a las administrativas añadiremos que las mismas se ejercen en función del interés público.

Como anticipamos, la Administración actúa las potestades que previamente le han sido atribuidas, y necesita, en todo caso, esa habilitación anterior y precedente para su ejercicio. Por lo tanto, esa atribución debe ser expresa, a la vez que específica y concreta y, por supuesto, determinada. Pese a todo, esa concreción no es contraria a la existencia en determinadas condiciones de las denominadas "cláusulas generales de apoderamiento".

3. Potestad reglada, potestad discrecional

Centrándonos ya en una de las clases más controvertidas de potestades de las Administraciones Públicas distinguiremos entre las denominadas regladas y las discrecionales. Caracteriza a la potestad reglada el que la ley determine todas y cada una de las condiciones de su ejercicio. El uso de las mismas reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley previamente ha determinado.

4. Conceptos y elementos de la potestad discrecional

Por el contrario, la utilización de las potestades discrecionales por la Administración introduce la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la propia Administración que completa el cuadro legal que enmarca el ejercicio de la potestad.

Como afirma la exposición de motivos de la LJCA, la discrecionalidad "surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público", o como también expone el propio texto, discrecionalidad supone "delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata". No hay, pues, discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente sólo en virtud de la ley y en la medida en que la ley lo dispone.

Uno de los dogmas acuñados en torno a la potestad discrecional de la Administración es el relativo a la inexistencia de actos enteramente discrecionales. Según el prólogo de la propia LJCA, "la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque..., la discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto".

Como pone de relieve la doctrina, hasta cuatro por lo menos son los elementos reglados por la ley que deben existir en toda potestad discrecional: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y a un órgano determinado y el fin que necesariamente será público. Junto a los anteriores, puede haber en la potestad de que se trate otros elementos que eventualmente puedan ser también reglados: el tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, la forma, el fondo parcialmente reglado, etc.

La inevitable existencia de la potestad discrecional en tanto que exigencia indeclinable del gobierno humano comporta ineludiblemente la obligación de su control. Como dijo Hans Huber, en expresión que hizo fortuna, "la discrecionalidad es el caballo de Troya dentro del Estado de Derecho". Como es lógico, no pretendemos ahora fundar ese poder discrecional de los poderes públicos, lo damos por supuesto; nos detendremos, por el contrario, en el control que se ejerce sobre ese poder en el ámbito del poder ejecutivo, de la Administración, y lo

administrativo, donde lo discrecional se ha mostrado históricamente y se sigue manifestando con toda su fuerza.

Como expone T. R. Fernández, "el tema de la discrecionalidad administrativa constituye un problema recurrente, una úlcera que recidiva de forma constante y que nunca termina de cicatrizar del todo". Es, justamente hoy, este tema en nuestro derecho administrativo, como siempre, una de las cuestiones estrella, un test de credibilidad, que como veremos más adelante enfrenta uno de los problemas clave no sólo en las disciplinas jurídicas, sino en la propia concepción del Estado, el relativo al control de los poderes públicos. Desde la aparición hace ya más de veinticinco años de la obra de García de Enterría, "la lucha contra las inmunidades del poder", la polémica no ha cesado, pese a que otras preocupaciones más acuciantes en determinados momentos hicieran parecer lo contrario.

5. Su distinción de los conceptos jurídicos indeterminados

Si queremos abordar la cuestión relativa al control de la potestad discrecional habremos de comenzar por definir ésta y dissociarla y diferenciarla de ideas semejantes y que inducen a fácil confusión. Nos referimos a los conceptos jurídicos indeterminados. Esta técnica es común a todas las esferas del derecho. Es sencillamente un método general e inexcusable de toda normación. A diferencia de la discrecionalidad que es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos, de oportunidad, económicos, etc., no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, sobre lo que luego habremos de volver, es un caso de utilización de la ley, puesto que se trata de subsumir el supuesto en una categoría legal. Por ello, el juez puede fiscalizar sin esfuerzo alguno tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite. En cambio, el juez no puede fiscalizar la entrada de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa (y con respeto a los demás límites generales) es necesariamente justa (como lo sería igualmente la solución contraria).

6. Las técnicas de reducción de la discrecionalidad

Sentado lo anterior, parece llegado el momento de efectuar un breve repaso a las distintas técnicas que tanto doctrinal como jurisprudencialmente operan en la reducción de la discrecionalidad.

A) El control de los elementos reglados

La primera de esas fórmulas es la del control de los elementos reglados. Ya antes nos ocupábamos en determinar los elementos reglados esenciales de la potestad discrecional e, incluso, hacíamos referencia a otros que circunstancialmente y en cada caso concreto podían tener esa condición. Sentencias del TS no precisamente recientes en el tiempo, como la de 7 de noviembre de 1977, mencionan, entre esos elementos, amén de la existencia de la propia potestad, la competencia y el procedimiento, otros como ámbito, motivación, competencia y finalidad de los actos.

a) La desviación de poder

De todos ellos, el más sobresaliente y que, por consiguiente, ha generado una doctrina más interesante es el relativo al control del fin, que ha originado la denominada técnica de la desviación de poder. Si toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre por la norma que atribuye la potestad, y si en el ejercicio de la misma, la autoridad u órgano que la actúa se apartan de ese norte, el acto o la decisión que adopten en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo y debe ser anulado.

Esta técnica de la desviación de poder fue recibida en nuestro país muy tardíamente, a través de la LJCA, que en el artículo 83.2 y 3 expuso que

"la sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando el acto o la disposición incurriese en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".

Y añadía que

"constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

Para que se produzca desviación de poder no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un interés particular del agente o autoridad administrativa, sino que basta que dicho fin, aunque sea público, sea distinto del previsto en la norma que atribuya la potestad. Es un vicio de estricta legalidad; lo que se controla a través de esta técnica es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante y esa vigilancia se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales. Se trata de constatar la divergencia existente entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable, deberían guiar la decisión administrativa. Esta idea está expresamente expuesta en el artículo 106.1 de la CE:

"Los Tribunales controlan... la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

b) La prueba de la desviación de poder

El gran problema práctico de la desviación de poder reside, sin duda, en su prueba, es decir, en lo complejo que resulta descubrir la falta de armonía entre el fin exigido por la ley y el alcanzado por el acto que aplica la potestad discrecional. Ello implica, como dice el TS,

"escudriñar en algo tan nebuloso como es la motivación interna del acto".

A la luz de la CE, del artículo 106.1 que la jurisprudencia a estos efectos relaciona con el 9.3, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y con la exigencia de

objetividad proclamada en el artículo 103.1, el TS señala que la desviación de poder no puede ser examinada de forma aséptica y desligada de los hechos plasmados en el expediente administrativo; por el contrario, el tribunal debe introducir en su razonamiento el análisis de la adecuación a los fines de cuantos hechos le sirvieron de precedente en sistemática e inescindible unidad de actuación administrativa.

La doctrina apunta un cierto retroceso de esta técnica de control de la discrecionalidad, pero, inmediatamente, afirma que se debe no ya a una pérdida de confianza en sus posibilidades, sino al hallazgo de otros medios de control dotados de un mayor poder de penetración.

B) El control a través de los hechos determinantes

Otra de las técnicas de reducción de la discrecionalidad es la del control de los hechos determinantes, o lo que es lo mismo, la comprobación de la concurrencia efectiva del supuesto previsto en la norma atributiva de la correspondiente potestad. Toda norma, por imprecisa y ambigua que sea, y con independencia de la amplitud de la remisión a la apreciación administrativa que efectúe, tiene una estructura compuesta por un supuesto de hecho abstracto y una consecuencia jurídica, conectada a la concurrencia, en la realidad, de un supuesto de hecho concreto subsumible en el abstracto anterior. La efectiva existencia de tal supuesto de hecho, y la posesión por el mismo de las características precisas para su subsunción en el previsto en la norma, constituyen requisitos o presupuestos objetivos legalmente exigibles para que pueda actualizarse por la Administración la consecuencia jurídica contemplada en la norma.

De este modo, aunque una norma atribuya una potestad discrecional a la Administración, ésta está obligada a una valoración correcta y racional de los hechos determinantes o presupuestos que condicionan su actuación, de tal modo que cuando el órgano decisor sienta como base de su determinación unos criterios erróneos o no ajustados a la realidad de los hechos, o sus conclusiones no resultan armonizables con los juicios técnicos emitidos en el expediente, la decisión puede ser combatida y anulada en vía jurisdiccional.

C) Los principios generales del derecho

Constituyen otro límite a la actividad discrecional de la Administración. Aunque el ordenamiento jurídico faculte a la Administración para adoptar en un supuesto determinado diversas soluciones, han de ser todas ellas justas.

La ley que otorga a la Administración la potestad discrecional, no deroga para ella la totalidad del ordenamiento, que la sigue vinculando en cuanto poder público y, de modo especial, a través de los principios generales del derecho.

En este punto habremos de echar mano de nuevo de la sabia admonición de la exposición de motivos de la LJCA, cuando afirma que "refiere la conformidad o disconformidad del acto genéricamente

al derecho, al Ordenamiento Jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir "en un positivismo superado y olvidar que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones".

Con posterioridad a la ley, el artículo 1.º del CC, en la redacción que le otorgó el Decreto de 31 de mayo de 1974, concede en su párrafo 4.º, a los principios generales del derecho, "carácter informador del Ordenamiento Jurídico". Ese rasgo obliga al juez a interpretar de acuerdo con esos principios el ordenamiento jurídico como expresamente declaró la S. del TC de 2 de febrero de 1981. No en balde la S. del TS de 1 de diciembre de 1986 dijo de ellos que constituían "la atmósfera que respiramos jurídicamente".

El fundamento de esta última posibilidad de enjuiciamiento del ejercicio de la discrecionalidad estriba en los propios límites de la misma. Las lindes de la discrecionalidad no sólo resultan de las circunstancias objetivas establecidas por las normas aplicables, sino también de la regla general que obliga a la Administración a elegir, entre las varias formas de actuar posibles, aquella que sea más adecuada a la obtención del fin previsto por el ordenamiento jurídico.

Los principios que con más profusión emplea la jurisprudencia a la hora de controlar la potestad discrecional de la Administración son el de proporcionalidad, igualdad, y buena fe.

Como resume García de Enterría, todo el camino recorrido en la reducción de los ámbitos exentos del Poder Público, y en concreto de la potestad discrecional de la Administración, no es sino consecuencia de lo que ya hace casi treinta años expuso

nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de enero de 1965, cuando se refirió "al genio expansivo del Estado de Derecho", que

"no sería propiamente tal si no admitiera que cualquier agravio que se cause a un particular por la acción administrativa debe estar dotado, al menos, de la posibilidad de su reparación".

Más recientemente, el propio Tribunal, en S. de 27 de febrero de 1975, insistió en esa idea al señalar

"que el talante expansivo del ordenamiento jurídico rechaza toda excepción o inmunidad absoluta del enjuiciamiento como exigencia del principio de legalidad".

7. La incidencia de la CE sobre la potestad discrecional y su control

Cuanto acabamos de exponer en relación con la potestad discrecional de la Administración y con las distintas técnicas arbitradas para su reducción, se ha visto en gran medida alterado por el hecho trascendente de la promulgación de la CE de 1978. A la luz de este fenómeno, la cuestión que se suscita es la de conocer si los planteamientos existentes en torno a estos temas siguen siendo válidos, o si requieren una transformación profunda a la vista de las nuevas circunstancias.

Como desde algún sector doctrinal se afirma, la batalla emprendida por la reducción y sometimiento del "nudo poder" al derecho, concluida con la conquista por éste del poder administrativo, realizada en unas condiciones políticas y sociológicas distintas de las presentes, no puede plantearse hoy desde las mismas coordenadas, o, sobre la base de un continuismo de los principios, sino que la propuesta tiene que ser diferente y dirigida no ya a obtener la sumisión al derecho del poder administrativo, algo ya superado, sino para definir los términos de realización del derecho y el control por éste del poder administrativo.

Es cierto que la CE configura un Estado social y democrático de derecho que supone una ruptura total con la situación precedente. El

Estado de derecho implica la sumisión del Estado a la ley y

la consiguiente exclusión de la arbitrariedad en todo tipo de relaciones jurídicas tanto públicas como privadas. Supone, igualmente, el respeto de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos, así como el sometimiento de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, artículo 9.1, y a los demás principios, y entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que recoge el artículo 9.3 del propio texto.

En tanto que Estado democrático, el mismo se funda y establece sobre el carácter representativo de las instituciones y en la separación de poderes, entendida sobre la base del respeto de las esferas de actuación propias de cada uno, y las relaciones e interdependencias de los mismos y, sobre todo, sobre el pluralismo político, valor superior que con los de libertad, justicia e igualdad, impregna su ordenamiento jurídico.

Como Estado social, supera sin rechazarlo el Estado liberal de derecho, y, en consecuencia, pretende realizar una tarea de conformación social encomendada a los poderes públicos y encaminada "a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

No cabe duda que el marco en que se desenvuelve la actuación de los poderes públicos es, hoy, diferente al preconstitucional, pero, aceptado ese hecho innegable, lo que está en tela de juicio sigue siendo el tema de fondo, constituido por la lucha entre poder y derecho, entre potestad discrecional de la Administración y control judicial de la misma, y los límites y fronteras de una y otro. En definitiva, lo que está en cuestión o lo que como resultado último se pretende es, o bien la negación del poder discrecional o su afirmación a ultranza, y, naturalmente, ambas posturas extremas son insostenibles.

En el momento presente, como anticipábamos, y ante esa nueva situación que describíamos, se ha producido una fuerte polémica doctrinal, que, curiosamente, busca apoyos jurisprudenciales para sus tesis y que se mueve en los términos antes descritos. Intentaremos a lo largo de estas líneas officiar como notarios del estado de la cuestión.

8. La posición de T. R. Fernández

A) La inversión del planteamiento tradicional

Un sector de la doctrina, liderado por T. R. Fernández, arranca de lo que denomina la necesaria inversión del planteamiento tradicional. Asevera este autor que el punto de partida que hoy impone el texto constitucional vigente no tiene ya nada que ver con aquel que está en la base de todo el proceso histórico de construcción de la JCA y de las técnicas de control del ejercicio del poder discrecional por la Administración. Si en el principio fue la exención, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al derecho, sometimiento que corresponde verificar, también en toda su plenitud y sin limitación alguna, a los tribunales de la JCA, que son ya a todos los efectos tribunales ordinarios, a través de un proceso que es también un proceso ordinario.

B) El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

El punto de partida de la nueva construcción que pretende este sector doctrinal es, a su juicio, el principio de "interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos", art.º 9.3 de la CE.

En su significación más primaria el principio en cuestión postula una distinción neta entre arbitrariedad y discrecionalidad, entre lo que es fruto de la mera voluntad o capricho de los administradores, y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo de lo que lo sostiene. A este brocardo, discrecionalidad no es arbitrariedad, se acogen hoy numerosas sentencias del TS, con cita expresa del art.º 9.3 de la CE, que consideran ambos términos antagónicos.

C) La motivación como primer criterio de distinción entre lo discrecional y lo arbitrario

Un segundo apoyo de esa nueva construcción lo constituye la afirmación de la motivación como primer criterio de distinción o deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario, pues toda decisión administrativa que no descansa en una motivación suficiente y razonable o respetable, y cuyo único apoyo sea la sola voluntad de quien la adopta carece del más elemental respaldo. T. R. Fernandez

abogaba por la mejora del art.º 43 de la LPA para imponer la motivación de los actos discrecionales, y sentencias como la de 3 de diciembre de 1986, constataban esa necesidad. En este sentido merece destacarse el hecho de la receptividad del legislador hacia estos criterios plasmado en el nuevo artículo 54 de la LRJAPPAC, que dispone en su apartado f) que

"serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales".

D) La necesidad de justificación objetiva de la decisión administrativa

Una tercera idea válida para la nueva configuración del equilibrio potestad discrecional-control judicial es la relativa a la necesidad de justificación objetiva de la decisión administrativa, toda vez que si la discrecionalidad supone libertad de elección para la Administración, dicha alternativa u opción ha de fundamentarse objetivamente, ha de ser razonable.

El recto entendimiento de esta idea supone distinguir el plano estricto de la motivación de la resolución que puede ser escueto y sucinto, del propio fundamento de la decisión que debe plasmarse en el expediente con la necesaria extensión que permita conocer el origen y la génesis de la misma. En esta línea se manifiesta la jurisprudencia del TS, así SS de 22 de junio de 1982, 15 de octubre de 1985 y 26 de enero de 1987, que señalan que "el expediente administrativo debe presentar los fundamentos de la decisión en concordancia con el principio de objetividad de la actuación administrativa", art.º 103.1 de la CE.

E) La superación del falso dilema legalidad-oportunidad

Un último apoyo de la nueva configuración que se propugna del control de la discrecionalidad, es la superación del dilema, que se califica de falso, entre legalidad y oportunidad. Se alega desde este punto de vista que siempre que la decisión administrativa en causa sea susceptible de una crítica concluyente en nombre del derecho, el juez deberá anular dicha decisión, pues en el ejercicio de su función jurisdiccional sólo le está vedada la arbitrariedad, el juicio que no tenga otro apoyo que su propia

voluntad o su mero capricho. Ese es su deber y ése su poder, deber y poder correlativos al derecho fundamental que asiste al recurrente a solicitar y obtener de él una tutela judicial efectiva, entendida como resolución sobre el fondo jurídicamente fundada.

Cómo puede llegar el juez a esa crítica concluyente en derecho de la concreta decisión sometida a su control es algo que no puede precisarse a priori más allá de la afirmación de la posibilidad y necesidad de un contraste último de la decisión en causa con los principios generales del derecho. Como afirma el autor al que seguimos en esta exposición, el derecho en su conjunto es un sistema complejo de respuestas que se resiste a ser expresado en fórmulas estereotipadas como la matemática o la química.

Avanzando en estas ideas se mantiene que por eso no puede afirmarse en abstracto y por adelantado en relación a todos los conflictos posibles donde el derecho no podrá llegar en ningún caso. Para cerrar la cuestión se señala que a la Administración corresponde, desde luego, ejercer esa libertad, mayor o menor pero siempre limitada por el derecho, y elegir en base a ella las soluciones que le parezcan mejores. A los jueces y tribunales compete verificar, en caso de conflicto, sin otras limitaciones que las que el derecho les impone, si esa elección es conforme a los requerimientos de éste.

F) La sustitución por el juez de la decisión administrativa

La idea de cierre de todo lo anterior es la de atribuir, en función de la nueva situación constitucional, objetividad de la actuación administrativa, sometimiento de todos los poderes públicos al derecho, tutela judicial efectiva para todos y frente a todos, control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, atribuir, decimos, poderes al juez para sustituir la decisión administrativa que se revele disconforme con el ordenamiento jurídico. Esa posibilidad dimana no sólo del texto constitucional, sino también de la propia LJCA a través del único proceso que la misma contempla y que permite no sólo la anulación de los actos sino también el restablecimiento de la situación jurídica alterada cuando sea preciso.

G) La actuación racional y razonable de la Administración

Abundando en lo anterior, el propio T. R. Fernández se pregunta si ¿debe la Administración actuar racional y razonablemente?, refiriéndose a los denominados tests de racionalidad y razonabilidad que se manejan en el derecho anglosajón. La afirmación que realiza es la de que la jurisprudencia de nuestro TS se alinea con el test de racionalidad que maneja sin complejos, y sólo excepcionalmente utiliza el test de razonabilidad, para, apoyada en el principio de tutela judicial efectiva, incluir, junto al pronunciamiento anulatorio de la decisión recurrida, el de condena a la Administración a dictar la única decisión que, dadas las concretas circunstancias del caso, resulta jurídicamente posible. Ello no supone que el juez opte por la solución más razonable de todas las posibles, o hard look, de la doctrina norteamericana, sino que simplemente incluye en el fallo el deber de adoptar la única decisión que en el curso del proceso ha quedado en pie. En apoyo de estas ideas cita las SS del TS de 22 de septiembre y 1 de diciembre de 1986 y 20 de marzo de 1993, las tres resuelven cuestiones de urbanismo, a las que añade otros fallos como los de 18 de julio de 1988, 4 de abril de 1990 y 18 de marzo de 1992, en los que el Alto Tribunal aplica el test de razonabilidad.

9. La postura de Parejo Alfonso

Como anunciábamos, existe otra corriente doctrinal que encabeza el profesor Luciano Parejo y que mantiene postura distinta a la expuesta.

A) La sujeción de la Administración al pleno control de los tribunales. El Estado de derecho

Arranca, igualmente, de la sujeción de la Administración, en razón del principio de Estado de derecho, a un control judicial total o pleno. El fundamento de esa sujeción se basa en los artículos 24, 103 y 106 de la CE, que, respectivamente, consagran la tutela judicial efectiva, el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho, y el control por los tribunales de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa.

B) El fenómeno del activismo judicial

En definitiva, se reconoce la plenitud del control judicial, pero operando sobre esa realidad, se cuestionan los términos del mismo. El porqué de esa actitud ha de buscarse en la aparición del fenómeno que se conoce como de activismo judicial apreciable en general, y según se afirma, también, en España: la razón última de esa situación se encuentra en la indebida contraposición juez-Estado, olvidando que el juez es también un poder público del Estado, es Estado.

C) El caso francés: la sustitución de los pronunciamientos de la Administración por el juez

Se denuncia cómo en la propia cuna del régimen administrativo, el Conseil d'État ha avanzado en la reducción de la discrecionalidad hasta llegar a la sustitución de los pronunciamientos de la Administración por los del juez, aplicando criterios como los de error manifiesto en la apreciación por la Administración, ponderación de costes-beneficios o ventajas y atentado a otros intereses públicos. Se afirma, desde estos planteamientos, que el juez, al amparo de la tradición de reducción de la discrecionalidad, recaba para sí la definición de la frontera entre la legalidad y la oportunidad. Ese fenómeno, que se constata en Francia y Alemania, se afirma que se produce también en España, donde se aprecia una evolución y situación parecidas e, incluso, más radicales que las francesas y alemanas, cuyo comienzo puede situarse en los años ochenta, habiendo experimentado un notable desarrollo en lo que va transcurrido de los noventa.

D) El riesgo de la sustitución de una discrecionalidad por otra

La exposición pormenorizada de determinadas posturas jurisprudenciales en concretos ámbitos de control de la actuación administrativa, lleva a concluir afirmando que "el riesgo de subjetivismo y aun decisionismo judiciales, de simple sustitución de la discrecionalidad (y, en su caso, arbitrariedad) de la Administración por la discrecionalidad (y, en su caso, arbitrariedad ¿por qué no?) del juez, es en tal situación cierto".

Se asegura que en la doctrina jurisprudencial no queda resuelto el fundamento general de la capacidad de sustitución por

el juez de la decisión administrativa. Esa sustitución aparece como legítima cuando existe base para ello en los autos, pero, pese a todo, queda abierta la cuestión decisiva de fondo acerca de quién está legitimado constitucionalmente para establecer definitivamente la decisión.

E) El necesario replanteamiento de la cuestión

Para este sector doctrinal que rechaza el a su juicio planteamiento continuista de la postura antes expuesta, se impone un reexamen de la cuestión que arranca de la tutela judicial frente al poder público administrativo y el control judicial de éste. El fundamento lo otorgan los artículos 24 y 106 de la CE, tantas veces mencionados.

F) El control judicial. Sus características. Sus límites

La primera especificidad que se destaca es la relativa al hecho de que la función jurisdiccional en el orden CA consiste precisamente en un control que consiste en supervisar, censurar y corregir la actuación de otro, con el contenido y la intensidad y el alcance que se quieran, pero sin llegar en esa actividad a sustituir a la controlada, para evitar la confusión entre ambas. Ese control que el juez ejercita no le autoriza para generar reglas jurídicas (ni siquiera de caso concreto) y sí sólo para hallarlas en sede interpretativa y aplicativa y ateniéndose al sistema de fuentes establecido, art.º 1.7 del CC.

Lo anterior supone que la competencia judicial de control se agota en los supuestos en que la decisión administrativa no está en sintonía con el derecho. El derecho es el presupuesto y el límite de la competencia judicial de decisión.

La afirmación de sustituibilidad por el juez de las decisiones de la Administración necesita inexcusablemente un fundamento preciso. Recuerda y equipara Parejo esta situación a la que plantea el TC cuando, al resolver conforme al criterio de la arbitrariedad, sostiene la pertinencia de la aplicación de éste, pero, también, la limitación de su empleo a un control negativo de la decisión judicial, que veda toda sustitución del juez por el TC. En apoyo de esa tesis se citan dos recientes sentencias del TC: la n.º 63 de 1993, de 1 de marzo. y la n.º 79 de 1993, de igual fecha. Al mismo tiempo, se asegura que la cuestión se centra en determinar el alcance del control judicial de la Administración

de manera conforme al orden constitucional. Los límites al mismo se recogen en la S. del TC n.º 39 de 1983, de 17 de mayo.

La distinta concepción que se mantiene acerca de los confines del control judicial sobre la actividad de la Administración se sustenta en las transformaciones experimentadas por el Estado y sobre sus consecuencias sobre la distribución de competencias para la toma de decisiones y, en definitiva, para la integración del ordenamiento jurídico.

G) Los motivos de la nueva situación

a) La pérdida de protagonismo de la ley

Esa metamorfosis se detecta en la nueva concepción de dos elementos básicos del Estado de derecho. El primero de ellos, la ley. Hoy la ley no es ya lo que, sin embargo, la dogmática jurídica continúa diciendo que es. Se ha producido un proceso de instrumentalización de la ley hasta convertirla en uno más de los medios de configuración política de la sociedad. Así lo muestran la existencia de figuras como la ley medida y la ley del caso concreto. La debilitación del papel central de la ley y del parlamento como mecanismo único y por excelencia de garantía del espacio de libertad acotado con la expresión libertad y propiedad ha potenciado la existencia de mecanismos complementarios, como la eficacia directa del orden constitucional, especialmente la parte dogmática referida a los derechos fundamentales, la pujanza del papel ordenamental de los principios generales del derecho, y el perfeccionamiento de la tutela judicial, en particular frente al poder público.

En amplios sectores administrativizados de la vida social la programación o vinculación de la misma por parte de la ley formal es ya sólo del tipo calificable de relacional en función de fines-objetivos, lo que supone una abierta remisión de la decisión al escalón administrativo. En ese espacio la Administración Pública es hoy el locus de creación de la regla, por tener conferida la competencia para ello.

Arrancando de esa realidad se formula la siguiente pregunta: ¿por qué ha de quedar en manos del juez la última palabra (por sustitución de la Administración) cuando una decisión simplemente se ha deslegalizado (sin alterar para nada los términos y condiciones de su adopción y contenido), siendo así que, si esa misma decisión hubiera sido tomada directamente por el legislador,

habría quedado fuera del alcance del juez?

b) La nueva concepción de la reserva de ley. Su incidencia en la organización territorial del Estado y en la potestad de ordenanza de los entes locales

El segundo gran cambio se refiere a la denominada reserva de ley. Se ha planteado esta cuestión fundamentalmente en la doctrina y el derecho alemanes. El concepto clásico de reserva de ley entendido como obligada y primera intervención de legislador en las correspondientes materias, regulándolas efectivamente, determina de suyo el colapso del sistema estatal, especialmente en los campos de la acción de fomento y prestacional. Ese hecho ha desencadenado una doble reacción; la reconsideración de la teoría de la reserva de ley que se transforma en lo que se denomina mediante una nueva formulación de la teoría de la esencialidad y la aparición de una pretendida reserva de la Administración que se reconoce que no se ha afianzado.

Fijándonos, por tanto, en esa nueva concepción de la reserva de ley, como reserva de la esencialidad, ese hecho supone la aceptación de la pérdida de protagonismo de la institución parlamentaria, de modo que a la misma quedan reservadas por la Constitución materias que por su importancia intrínseca para la colectividad deben quedar en manos de las asambleas legislativas directamente elegidas, pero sólo ellas, de manera que todas las materias no cubiertas por esa reserva quedan en manos de la legítima intervención, incluso decisoria, de la Administración.

Una segunda muestra de esa reelaboración de la idea de reserva de ley, viene de la mano de la incidencia e importancia que la misma tiene en la organización territorial del Estado, y en la autonomía local que de ella deriva.

La mayor influencia de esta cuestión se produce en relación con el régimen jurídico que corresponde a la potestad normativa local o de Ordenanza. garantizada constitucionalmente a los entes locales. Según se expone, el ente local no actúa en lugar del Parlamento, sino en nombre propio y en el marco fijado por la ley, que se limita a determinar el espacio propio del ordenamiento local. Este es el sentido de la Carta Europea de la Autonomía Local cuando señala que se utiliza "en el marco de la ley".

Otro de los rasgos de esa potestad es que la misma debe ser establecida de modo preceptivo y limitado. Lo expuesto significa que la regulación o definición del marco legal del autogobierno local debe ser lo suficientemente preciso y concreto como para

asegurar la mínima unidad del ordenamiento exigible.

Un rasgo más que destaca esta doctrina de la potestad normativa local es que la misma es discrecional, pero matizando que es la suya una discrecionalidad, semejante y salvando las distancias, a la plenamente política de que goza el Parlamento a la hora de la toma de decisión para formalizar una ley. Se cita como ejemplo el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico de los entes locales.

H) La necesaria reivindicación de la discrecionalidad administrativa

Alcanzado este punto, y sentadas las bases sobre las que se debe operar, se lleva a cabo lo que se denomina necesidad de reivindicación de la discrecionalidad administrativa. Así se afirma que "la Administración Pública es no sólo un poder público dotado de un régimen jurídico específico, es, sobre todo, y, en primer lugar, un poder que, dotado de una legitimación democrática, aunque indirecta, propia se agota en la servicialidad eficaz y objetiva y, por tanto, en la satisfacción del interés general, lo que le presta la correspondiente legitimación por los medios y el fin. Pero, además, la Administración Pública resulta ser el poder público más idóneo para la decisión y, en general, la acción en contextos sociales complejos, tecnificados y variables".

Cuando este poder público, Administración, actúa el proceso de creación-integración del derecho utilizando su potestad discrecional, es decir, cuando se traslada a la Administración la competencia misma para la creación, dentro de ciertos márgenes, de la regla jurídica, de modo que la acción administrativa no se limita a una mera interpretación-aplicación de reglas preexistentes, sino que su propia voluntad es la que genera, legítimamente, una regla nueva, el control judicial subsecuente no puede reproducir exactamente la actuación administrativa, por desbordar tal reproducción el ámbito de su función propia; debe limitarse a reproducir los extremos o aspectos formalizados o reglados, es decir, estrictamente jurídicos de dicha actuación.

I) La regla de la racionalidad o razonabilidad en el derecho norteamericano. El caso Chevron

Desde este punto de vista y en ese marco legal del eventual y efectivo espacio de libre decisión de la Administración se entiende comprendida la regla de la racionalidad o razonabilidad, pero entendida ésta no en el sentido de norma positiva capaz de indicar la única solución justa y, por tanto, de autorizar la sustitución judicial, sino en el negativo de precisión de los límites externos (marco) del referido espacio de libre decisión administrativa, capaz desde luego para justificar la anulación de la decisión administrativa, pero en modo alguno la reproducción del proceso de formación de la voluntad administrativa y, por tanto, de sustitución de ésta por otra judicial.

Para la fundamentación de esta postura se acude también al examen del sistema anglosajón y, en concreto, norteamericano, y se señala que la jurisprudencia tradicional del TS de los EE.UU. de América consiste en que las cuestiones de hecho pertenecen a la competencia propia de la Administración, mientras que es en las cuestiones de derecho donde el juez puede llegar a imponer su propia solución a la administrativa.

Esta posición se ha visto reforzada tras la S. del caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.* de 1984, en la que se mantuvo que el juez no es ni experto en la materia, ni forma parte de ninguna de las ramas políticas del Gobierno; la agencia merece "deferencia" cuando procede en aplicación a la realidad social de conceptos acerca de cuya significación no puede establecerse una clara intención del legislador y el único criterio de medida que puede ser aplicado a la actuación administrativa en tal caso es el de su razonabilidad, sin que sea posible al juez invalidar ni sustituir por una propia, la decisión de dicha agencia por la sola razón de la estimación de otra distinta como más adecuada o apropiada a la finalidad de la ley. Lo que se ha expuesto supone que en el sistema norteamericano el criterio de la razonabilidad es utilizado sólo para anular por irrazonable la decisión de ésta, reenviando de nuevo a la Administración el asunto para su reconsideración y la adopción de una nueva y razonable decisión.

J) La nueva discrecionalidad

Las conclusiones que se alcanzan tras cuanto se ha expuesto se resumen de este modo en la concepción de Parejo:

La discrecionalidad no es exención del derecho, ni, por tanto, del control judicial; la discrecionalidad es espacio entregado a la decisión administrativa para la creación de la

regla jurídica aplicable al caso, en virtud de una reducción de la densidad de la regulación previa de programación o vinculación de la actividad administrativa, determinante de la atribución de la correspondiente competencia a la Administración.

Como recoge Parejo, en palabras de H. U. Erichsen la discrecionalidad consiste en la atribución a la Administración por el legislador de un ámbito de elección y decisión bajo la propia responsabilidad. Dándose la hipótesis, debe negarse la posibilidad de un control judicial de mayor alcance que el anulatorio, pues el proceso de creación de la regla no es enteramente reproducible en el contexto del ejercicio de la potestad jurisdiccional propia del juez.

La Administración es libre para decidir: a), si, concurriendo el supuesto definido por la regla previa, actúa o no (discrecionalidad de actuación), y b) por cuál de entre las alternativas legítimas posibilitadas por la norma previa, opta.

La discrecionalidad, entendida de esta forma, en modo alguno pone en cuestión el Estado de derecho, toda vez que:

1) No impugna la primacía de la ley, ni contradice el principio de legalidad de la Administración.

2) No supone desconocimiento del valor superior de la ley, pues nada impide al legislador formal renunciar a decidir por sí mismo y remitir la decisión a una ulterior instancia, concretamente la administrativa.

3) No cuestiona ni tampoco limita la plenitud del control judicial de la Administración; sencillamente expresa los límites de éste, en particular por lo que hace a la sustitución de la Administración por el juez.

Anticipamos en su momento que íbamos a ser fedatarios fieles en la tarea de plasmar el estado de la cuestión del control judicial de la potestad discrecional de la Administración en el derecho administrativo español. Lo hemos intentado, pero, sin embargo, puede que no resulte ocioso que hagamos alguna consideración más sobre el particular. La construcción constitucional del Estado social y democrático de derecho, sobre la base de los valores superiores que lo informan de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, ha diseñado una Administración Pública sujeta, como poder público que es, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, que debe respetar todos y cada uno de los principios constitucionales que

recogen los artículos 9.3 y 103.1 del propio texto, y que está sometida al control de los tribunales tanto en la legalidad de su actuación como en la subordinación de ésta a los fines que la justifican. Ciertamente, igualmente, que el control que los jueces y tribunales, en todos los órdenes jurisdiccionales, pero, particularmente, en el CA, deben ejercer sobre la actuación de la Administración Pública en cuanto poder público del Estado que son, debe estar sujeto a los mismos condicionantes que la propia Administración, artículo 9.1 de la CE, pero para hacer real el principio de tutela judicial efectiva frente a la Administración Pública del artículo 24.1 de la CE se hace preciso que en el control de la potestad discrecional del actuar de aquélla, los tribunales, utilizando las distintas técnicas de reducción, puedan llegar hasta la sustitución de la Administración cuando se den las condiciones precisas para ello.

10. Algunas posturas del TS, en concretos aspectos de aplicación de la potestad discrecional

Para concluir definitivamente esta exposición en lo relativo a la discrecionalidad vamos a pasar revista al modo en que se manifiesta la jurisprudencia del TS, en torno a unos temas concretos y de gran trascendencia, en los que juega un importante papel la discrecionalidad de la Administración.

A) Los denominados juicios pedagógicos y las declaraciones de aptitud o idoneidad profesional

En estos casos, como expone T. R. Fernández, el control mínimo es la regla sobre la base de la soberanía de las Comisiones calificadoras de las oposiciones y concursos. Es la que se denomina discrecionalidad técnica. Sin embargo, no faltan sentencias que mantienen una línea distinta a la anterior y entran en la valoración de esas decisiones; así la S. de 15 de octubre de 1981, en la que el tribunal realiza un control "sobre el uso proporcionado o racional de un poder configurado por la norma con un carácter ampliamente discrecional". En ocasiones el TS ha adoptado una postura ecléctica consistente en la limitación a un control mínimo en lo referente a la valoración de exámenes y pruebas y en la afirmación de un control normal o pleno en lo concerniente a la ponderación de los méritos.

B) El ejercicio de la potestad de planeamiento

El planeamiento urbanístico ha sido objeto tradicionalmente de un control tanto por la complejidad técnica inherente al mismo como por la naturaleza innovativa y configuradora de la potestad de planeamiento, que actúa a partir de directrices legales muy genéricas, que han de ser objeto de una precisión en cada punto concreto del territorio, hecho que exige conciliar multitud de intereses públicos y privados, inmersos en esa decisión en la que inciden tanto valoraciones técnicas como determinaciones de naturaleza política.

Partiendo de esa idea, el control judicial en numerosas ocasiones aparece realizado en mínimos niveles, al otorgar, por las razones antes apuntadas, a estos actos el juzgador una presunción reforzada, sobre la "iuris tantum" de validez y eficacia de que disfrutan con carácter general todos los actos administrativos.

Sin embargo, no es menos cierto que, también en este campo, se ha abierto paso una corriente jurisprudencial que utilizando técnicas de reducción de la discrecionalidad como las del control de los hechos determinantes y de la aplicación de los principios generales del derecho, aborda la revisión jurisdiccional de los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento, hasta anular en ocasiones la decisión administrativa por considerarla arbitraria, aplicando el artículo 9.3 de la CE, y sustituyendo, en otras, la decisión recurrida aplicando el criterio de racionalidad de la solución adoptada.

C) Reglamentaciones e intervenciones económicas

Este es otro de los campos en los que habitualmente la jurisprudencia ha venido limitando sus poderes de revisión a la simple verificación de la regularidad externa o formal de las decisiones administrativas por entender que, de otro modo, invadiría competencias que privativamente corresponden a la Administración. Sin embargo, en ocasiones se dan supuestos de control normal o pleno de disposiciones o medidas de este carácter. Es ejemplar en este sentido la S. de 13 de julio de 1984, sobre delimitación del ámbito de la denominación de origen "Jerez-Xerez-Sherry", en la que el tribunal accede a la demanda y decide incorporar tierras del término de Lebrija que habían sido

excluidas. Para obtener esa inclusión el tribunal valora y efectúa un exhaustivo examen de los informes periciales existentes en los autos, cuya ponderación recaba para sí por entender que su naturaleza técnica no es óbice para ello.

D) Medidas de policía

En esta materia, reducto clásico de la discrecionalidad y por ello campo tradicionalmente propicio a un control jurisdiccional restrictivo, son ya franca mayoría las sentencias que realizan con toda naturalidad un control plenario. Así sucede en materia de otorgamiento y cancelación de licencias para tenencia y uso de armas, así como en supuestos de autorizaciones de apertura de bares y salas de bingo o con ocasión de policía de extranjeros.

III. Los conceptos jurídicos indeterminados

1. Su distinción de la potestad discrecional

Por último, vamos a realizar una breve referencia a los conceptos jurídicos indeterminados. Como señala García de Enterría, por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo, la mayoría de edad o el plazo para interponer un determinado recurso. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. La ley a estos efectos utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de funciones) o de valor (buena fe, justo precio) porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es común a todas las esferas del derecho. Es una técnica general e inexcusable de toda normación.

Cuando esa técnica de los conceptos jurídicos indeterminados

es utilizada en el derecho administrativo surge el problema de que se produce una aplicación inicial de los mismos por la Administración. Sin embargo, no es posible confundir esa utilización unilateral anticipada que la Administración realiza en virtud de su privilegio de decisión previa con el uso de una potestad discrecional.

Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación sólo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del derecho.

Como expusimos ya al referirnos a la discrecionalidad, las consecuencias de ese contraste entre la misma y los conceptos jurídicos indeterminados son capitales. Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar sin esfuerzo alguno tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite. Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la ley. En cambio, el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa (y con respeto de los demás límites), es necesariamente justa (como lo sería igualmente la solución contraria).

De este modo se comprueba de inmediato que una buena parte de los supuestos que tradicionalmente han sido tenidos por atribuciones de potestad discrecional por las leyes no son sino el enunciado de simples conceptos jurídicos indeterminados. Ideas como urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, incluso necesidad pública, utilidad pública y hasta interés público, no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola solución en cada caso.

2. La estructura de los conceptos jurídicos indeterminados

A) Zona de certeza.

B) El halo del concepto

C) La zona de certeza negativa

La concreción de esa única solución no siempre es fácil. En la estructura del concepto jurídico indeterminado es identificable un núcleo fijo o "zona de certeza", que cuenta con datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o "halo del concepto", más o menos imprecisa, y una "zona de certeza negativa", también segura en cuanto a la exclusión del concepto.

3. El margen de apreciación

En una primera aproximación a la teoría del concepto jurídico indeterminado la doctrina alemana reconoció en favor de la Administración, lo que se denominó "un margen de apreciación", que si no suponía dar entrada a la libre voluntad de la Administración, sí le otorgaba un ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la ley en su aplicación a los hechos.

En estos momentos ni siquiera este último reducto del "margen de apreciación" es aceptado como bastión exento del control jurisdiccional: así se desprende de las posturas existentes en la doctrina alemana y en España por Sáinz Moreno.

4. La aplicación por el juez de los conceptos jurídicos indeterminados

Expone este autor que es el juez quien, en virtud de la Constitución, debe decidir los litigios que se plantean en la aplicación de las leyes, artículo 117.3 de la CE, de modo que el juez puede, siempre que se le facilite procesalmente la representación del conjunto de hechos relevantes y las pericias que, en su caso, puedan ser oportunas para su valoración, revisar la inicial aplicación del concepto jurídico indeterminado que ha realizado la Administración y enjuiciar su adecuación a la ley. Con ese enjuiciamiento final el juez reduce la "zona de incertidumbre" y reconduce el caso concreto a una de las dos zonas de certeza, la positiva o la negativa, resolviendo en favor de la única solución justa.

5. La reducción de la discrecionalidad

A través de esta profundización en la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados la idea de la discrecionalidad tiende a reducirse de manera considerable. Como mantiene Sáinz Moreno, la discrecionalidad no se justificará ya por una simple razón formal de competencia exclusiva y excluyente de la Administración, constatada la cual el juez tendría que aceptar cualquier uso que la Administración haya hecho de la misma. Se justificará únicamente en la presunción de razonabilidad con que la Administración la ha utilizado, por su contacto directo con los hechos, por sus medios técnicos, por todos los aspectos y valores que ha tenido que integrar para adoptar la decisión. Pero esa presunción al ser "iuris tantum" será destruible mediante prueba en contrario, que el juez podrá apreciar si las circunstancias y las pruebas aportadas justifican que el uso de la potestad ha carecido de razonabilidad en el caso concreto, posibilidad que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados justifica definitivamente.

ii. Concepto de Discrecionalidad Urbanística

[GONZALEZ GRAMAJO]³

"Si nos introducimos en el ámbito del urbanismo, y como dice José Luis Rivera Ysern, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz, nos encontramos con un mundo plagado de discrecionalidad, en el que proliferan las decisiones discrecionales de la administración. Tenemos que el urbanismo parte de la búsqueda de una reordenación de la realidad, en función de unas valoraciones que perfectamente admiten valoraciones alternativas e incluso, diametralmente opuestas y todas ellas válidas."

Discrecionalidad Técnica en el Derecho Urbanístico

[GONZALEZ GRAMAJO]⁴

“El control jurisdiccional, además de situarnos ante una de las cualidades que definen al Estado como Estado de Derecho, atañe directamente a la estructura misma de aquél, no en vano, sólo cabe concluir en la existencia de un verdadero control de legalidad de los actos de las Administraciones Públicas, partiendo del principio de la separación de los poderes del estado y de la propia independencia del Poder Judicial.

Sin embargo, no podemos por eso pretender que todo lo que sea limitación de las potestades administrativas es bueno por sí, y no por el fin de pervivencia del principio de legalidad al que ha de responder, ignorando deliberadamente los problemas que pueden plantear y plantean de hecho, los excesos que en ese control se producen, e implica una línea argumental evidentemente maniquea que ni coadyuva al imperio de la ley ni, por supuesto, a los principios de celeridad, eficacia y economía, que, por imperativo constitucional y por su directa vinculación a la satisfacción de los intereses públicos, han de regir la actividad de la Administración.

Todo lo anterior conlleva a que modernamente, el principio de discrecionalidad técnica sea considerado, más que como un adecuado y razonable parámetro de modulación del control jurisdiccional de los actos administrativos, como una especie de pretexto sabiamente argüido, para mantener esos elementos de nepotismo y arbitrariedad, muy especialmente en la selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Es tal la fuerza de estos planteamientos, que se ha llegado a que se considere al concepto de discrecionalidad técnica como límite de la revisión contencioso administrativa.”

Discrecionalidad Normativa en el Derecho Urbanístico

[GONZALEZ GRAMAJO]⁵

“Según Eva desdentado, el carácter dinámico del sistema jurídico supone que la norma situada dentro de la pirámide normativa, en un nivel jerárquico superior determina hasta cierto punto, la creación de la norma situada en un nivel inferior.¹²³

Esto resulta de esta manera, porque la norma superior prevé el órgano competente para producir la norma inferior, el procedimiento que deberá seguir para ello, e, incluso, parcialmente el contenido que deberá tener dicha norma. Esa

determinación del contenido de la norma inferior, no es, sin embargo, plena, sino que deja siempre un margen abierto a un nuevo proceso de creación.

Ese proceso de creación se realiza en forma progresiva, a lo largo de los diferentes niveles del ordenamiento jurídico: en el paso de la Constitución a las Leyes, de las Leyes a los Reglamentos, y de éstos a la decisión judicial o administrativa hasta llegar a los actos de pura ejecución. A lo largo de ese proceso de concreción se produce un doble efecto simultáneo: de aplicación (de la norma superior) por un lado, y de producción o creación (de la norma inferior) por el otro.

En la realización de esa actividad de aplicación creación, queda al órgano competente un margen, un ámbito en el que puede realizar un acto de voluntad. En definitiva, una esfera para el ejercicio de la discrecionalidad. Por ello, cuando la norma configura una potestad reglamentaria a favor de la Administración, se está atribuyendo al órgano competente, poder de elección entre las diferentes regulaciones que caben dentro del marco de la norma superior; esto es, una potestad discrecional."

2 JURISPRUDENCIA

a) *Sobre la Constitucionalidad de las limitaciones impuestas en la ley de Planificación Urbana*

[SALA CONSTITUCIONAL]⁶

Exp. No. 0282-E-92. No. 4205-96.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

Acción de inconstitucionalidad de JORGE VALERIO LOBO, vecino de San Rafael de Heredia, cédula de identidad número 4-063-070, para que se declare que los artículos II. 3 y II. 3. 2. del Capítulo II

del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamiento y Urbanizaciones, aprobado por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo son contrarios al artículo 45 de la Constitución Política. Intervienen en la acción el Licenciado Adrián Vargas Benavides, Procurador General de la República y Pablo Casafont Odor, en su condición de apoderado general judicial sin límite de suma del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU).

Resultando:

1.- El accionante promueve acción contra los artículos II. 3 y II. 3. 2. del Capítulo II del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamiento y Urbanizaciones, por estimar que resultan contrarios al artículo 45 de la Constitución Política en el tanto establecen limitaciones a la propiedad por disposición reglamentaria siendo que, por disposición constitucional, las limitaciones a la propiedad solo pueden establecerse por motivos de orden público mediante ley aprobada en votación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

2.- El asunto previo en el que se invoca la inconstitucionalidad es el recurso de amparo tramitado bajo expediente número 1474-S-91, promovido por el accionante contra la Municipalidad de San Rafael Heredia, en el cual, por resolución número 1583-91, de las dieciséis horas veinticuatro minutos del catorce de agosto de mil novecientos noventa y uno, se le confirió plazo de quince días hábiles para presentar la correspondiente acción de inconstitucionalidad.

3.- Por resolución de las quince horas del doce de junio de mil novecientos noventa y dos, se le dio curso a la acción y se le confirió audiencia a la Procuraduría General de la República y a la Municipalidad de San Rafael de Heredia (visible a folio 40); y por resolución de las diez horas cincuenta minutos del catorce de marzo de mil novecientos noventa y cinco, se adicionó la resolución de curso, para que el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo se manifestara acerca de las limitaciones a la propiedad privada establecidas por una institución autónoma mediante disposición reglamentaria.

4.- El Licenciado Adrián Vargas Benavides, al contestar la audiencia concedida a la Procuraduría General de la República, estima que las normas impugnadas no derivan del Transitorio II de la Ley de Planificación Urbana, número 4240, del quince de

noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, sino de los artículos 40 y 41 de dicha ley, de manera que, al ser las normas impugnadas desarrollo de una ley específica, no exceden el ámbito reglamentario conferido al Poder Ejecutivo. Así, la obligación de contribuir con un porcentaje determinado de terrenos, cuando se desarrolle un proceso urbanizador, ha sido dispuesto por el legislador mediante los mecanismos que establece la Constitución Política. Sin embargo, considera que sí resulta inconstitucional la exclusión de las parcelas de uso agropecuario mayores de cinco hectáreas -con lo que se afectan las parcelas menores de esa medida-, por cuanto no tiene fundamento legal alguno; como también lo es la obligación pecuniaria creada en el artículo II. 3. 2. a cargo de todo fraccionador, por exceder la cobertura legal, ya que el artículo 41 de la Ley de Planificación Urbana dispone que tal compensación debe efectuarse únicamente respecto de los urbanizadores.

5.- Víctor Vargas González, en su condición de Ejecutivo Municipal de la Municipalidad de San Rafael de Heredia contesta la audiencia concedida, pero por no haber aportado los nueve juegos de copias requeridos por prevención de las ocho horas treinta minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y dos -visible a folio 56-, y notificada el veintiuno de ese mes al interesado, se tuvo por no evacuada la audiencia, según resolución de las trece horas treinta minutos del once de setiembre de mil novecientos noventa y dos (visible a folio 60).

6.- Pablo Casafont Odor, en su condición de apoderado general judicial sin límite de suma del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU) contestó la audiencia concedida, y solicita que la acción sea declarada sin lugar, por no resultar contradictorias ni inconstitucionales las normas impugnadas. Señala que las mismas plasman el espíritu de que el Derecho debe tener normas, conceptos y estipulaciones tendentes al favorecimiento y fortalecimiento de los intereses generales de los ciudadanos y de la utilidad pública. Las normas fueron dictadas con la competencia otorgada a la Institución que representa, en virtud de lo dispuesto en el Transitorio II de la Ley de Planificación Urbana, que le otorga facultad para reglamentar la materia de planificación urbana en ausencia de disposición expresa de la municipalidad respectiva, porque prevalece lo dispuesto en el artículo 15 de la misma Ley y 169 constitucional; son las propias municipalidades las que tienen autoridad y competencia respecto de los planes reguladores y la planificación urbana local. Agrega que estas normas - artículos II.3 y II.3.2 del Reglamento para el Control de racionamientos y

Urbanizaciones- no contravienen el artículo 45 de la Constitución Política , por resultar expresión de la función social de la propiedad privada, principio en virtud del cual el derecho de propiedad no se considera absoluto, por lo que tiene límites y limitaciones que la conveniencia social impone y que significa que deben conciliarse los intereses particulares que se protegen con los atributos del derecho de propiedad, con los intereses generales y de la colectividad. También responden al deber del Estado de velar por el bienestar general, que incluye el deber de proteger y propiciar la salud de los ciudadanos, de procurar un ambiente sano y agradable y propiciar un desarrollo adecuado y ordenado de las comunidades. Las normas impugnadas dotan de áreas para el uso público en una cantidad acorde con las áreas fraccionadas o urbanizadas. También vela para que las áreas cedidas sean aptas para poner a funcionar instalaciones propias para el uso de la comunidad, para propiciar la salud física y mental de los niños y adultos que habitan en el fraccionamiento que se crea. Es en estas áreas donde se ubican las llamadas "Facilidades Comunes", que en realidad son de la comunidad. Estas normas no resultan contrarias al principio de jerarquía constitucional porque es la propia Ley de Planificación Urbana la que en el artículo 40 contempla este aspecto. En síntesis, el traspaso no es al Estado, sino a la municipalidad de la localidad respectiva; la disposición tiene su motivo en el hecho de que son las corporaciones municipales las que administran los intereses locales en sus respectivas jurisdicciones; y en última instancia, el titular del derecho urbanístico es la comunidad.

7.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional , fueron publicados en los números 143, 144 y 145 del Boletín Judicial, de los días veintiocho, veintinueve y treinta de julio de mil novecientos noventa y dos.

8.- Se prescinde de la audiencia oral prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional , por cuanto el párrafo segundo del artículo 9 ídem, faculta a esta Sala para rechazar por el fondo, en cualquier momento procesal, las gestiones presentadas ante ella, siempre que existieran elementos de juicio suficientes, o que se trate de una reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada, si no existen motivos para variar de criterio o razones de interés público que justifiquen reconsiderar la cuestión; y el párrafo tercero de la misma norma, la faculta para acoger interlocutoriamente las gestiones promovidas ante ella, cuando

considere suficiente fundarla en principios o normas evidentes o en sus propios precedentes o jurisprudencia.

Redacta el Magistrado Sancho González; y

Considerando:

I. DE LA NORMATIVA IMPUGNADA. El accionante promueve acción contra los artículos II. 3 y II. 3. 2. del Capítulo II del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamiento y Urbanizaciones, por estimar que resultan contrarios al artículo 45 de la Constitución Política, en cuanto en ellos se establecen limitaciones a la propiedad mediante norma reglamentaria, siendo que por disposición constitucional, únicamente pueden acordarse limitaciones a la propiedad privada por motivos de orden público en ley aprobada con votación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. En su contenido las normas impugnadas disponen lo siguiente:

"Artículo II. 3. Cesión de áreas Públicas:

Todo fraccionador de terrenos situados fuera del cuadrante de las ciudades o de zonas previamente urbanizadas a criterio del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, cederá gratuitamente para áreas verdes y equipamiento urbano un 10% (diez por ciento) del área, sin restricciones, excepto cuando del fraccionamiento sólo resulten parcelas con áreas no menores de 5 hectáreas y su uso, que conste en el plano, sea agropecuario." "Artículo II. 3. 2. Servicios Particulares: Se aplicará lo indicado en el artículo III.3.6.3.2.

Todas las áreas de uso público deberán ser traspasadas a favor del dominio municipal. No obstante, cuando éstas sean menores de 250 metros cuadrados, el fraccionador deberá cancelar a la Municipalidad en dinero, el valor equivalente dentro del plazo que se le fije. En áreas mayores a los 250 metros cuadrados la cesión de las áreas públicas se dará en el sitio, pudiendo sin embargo, ser negociada a juicio de la Municipalidad, previa consulta con el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo.

La sumas que perciba el Municipio por el concepto antes indicado serán destinadas exclusivamente a la adquisición y mantenimiento de terrenos para uso público en sectores donde estos trabajos hagan falta.

Las áreas para servicios particulares deberán dejarse en todos los fraccionamientos cuando resulten mayores de los 100 metros

cuadrados."

A. DEL CONCEPTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL RÉGIMEN DE SUS LIMITACIONES LEG_TIMAS.

II. LA FUNCION MODERADORA DEL DERECHO. El ordenamiento jurídico debe contener normas, conceptos y estipulaciones tendentes al favorecimiento y fortalecimiento de los intereses generales de los ciudadanos, y entre ellas, las de utilidad pública; y al Estado le corresponde utilizar el Derecho como un mecanismo modulador de la vida en sociedad, dirimiendo la contraposición y colisión de los intereses privados. Dentro de este cometido, la Corte Plena, cuando actuaba como Tribunal del control constitucional, señaló los parámetros bajo los que el Estado debía actuar, de manera que, El Estado debe asegurar y respetar los derechos del hombre, en cuanto éste es un ser libre y capaz de decidir sus propias acciones y de escoger sus propios fines; y ese principio es necesario para que el hombre pueda obrar como sujeto naturalmente investido de libertad, responsabilidad y dignidad; y parte de esa libertad se encuentra garantizada en el artículo 28 constitucional. Pero cuando su conducta choca con otros intereses de supremo contenido, el legislador debe optar por lo de más alta valía y restringir el marco de libertad del individuo". (Sentencia dictada en sesión extraordinaria del diecisiete de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.) Dentro de ese concepto de libertad con responsabilidad, el ejercicio de la libertad de adquirir y disfrutar bienes materiales (muebles o inmuebles) bajo el concepto de propiedad privada, genera también conflictos de intereses entre los particulares y entre los particulares y el Estado, cuya solución no se deja al libre albedrío, sino que debe dirimirse conforme los parámetros fijados en el artículo 45 de la Constitución Política, norma que consagra el derecho de la propiedad, en los términos que se analizarán a continuación.

III. PRINCIPIOS GENERALES DE LA IMPOSICION DE LIMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han señalado que los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones en lo que a su ejercicio se refiere, como se indicó en la sentencia número 3173-93, de las catorce horas cincuenta y siete minutos del seis de julio de mil novecientos noventa y tres, en que esta Sala expresó:

I. Es corrientemente aceptada la tesis de que algunos derechos subjetivos no son absolutos, en el sentido de que nacen limitados; en primer lugar, en razón de que se desarrollan

dentro del marco de las reglas que regulan la convivencia social; y en segundo, en razón de que su ejercicio está sujeto a límites intrínsecos a su propia naturaleza. Estos límites se refieren al derecho en sí, es decir, a su contenido específico, de manera tal que la Constitución al consagrar una libertad pública y remitirla a la ley para su definición, lo hace para que determine sus alcances. No se trata de restringir la libertad cuyo contenido ya se encuentra definido por la propia Constitución, sino únicamente de precisar, con normas técnicas, el contenido de la libertad en cuestión. Las limitaciones se refieren al ejercicio efectivo de las libertades públicas, es decir, implican por sí mismas una disminución en la esfera jurídica del sujeto, bajo ciertas condiciones y en determinadas circunstancias. Por esta razón constituyen las fronteras del derecho, más allá de las cuáles no se está ante el legítimo ejercicio del mismo. Para que sean válidas las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar contenidas en la propia Constitución, o en su defecto, la misma debe autorizar al legislador para imponerlas, en determinadas condiciones.

II. Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones. Sin embargo, el principio de la coexistencia de las libertades públicas -el derecho de terceros- no es la única fuente justa para

imponer limitaciones a éstas; los conceptos "moral", concebida como el conjunto de principios y de creencias fundamentales vigentes en la sociedad, cuya violación ofenda gravemente a la generalidad de sus miembros-, y "orden público", también actúan como factores justificantes de las limitaciones de los derechos fundamentales. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuya definición es en extremo difícil."

Sin embargo, no obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de "necesaria", "útil", "razonable" u "oportuna", la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente. En este orden de ideas, debe distinguirse entre el ámbito interno, que se refiere al contenido

propio o esencial del derecho -que ha sido definido como aquella parte del contenido sin el cual el derecho mismo pierde su peculiaridad, o lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a determinado tipo-, de manera que no caben las restricciones o límites que hagan impracticable su ejercicio, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección; y el ámbito externo, en el cual cobra relevancia la actuación de las autoridades públicas y de terceros. Asimismo, la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales está ordenada a una serie de principios que este Tribunal ha señalado con anterioridad -sentencia número 3550-92-, así por ejemplo: 1.- deben estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2.- para alcanzar ese interés público, debe escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- la restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional.

IV. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE LIMITACIÓN A LA PROPIEDAD PRIVADA. Con fundamento en lo anterior, cabe concluir que no hay posibilidad meramente lógica, de que existan derechos ilimitados, puesto que es la esencia misma del orden jurídico articular un sistema de límites entre las posiciones de todos los sujetos, y un derecho subjetivo ilimitado podría ser causa de la destrucción del orden jurídico, es decir, podría ser incompatible con él. La misión de la Ley no es hacer excepciones a la supuesta ilimitación previa de los derechos fundamentales, sino precisamente diseñarlos y definirlos a efecto de su articulación dentro del concierto social. Esto no es una excepción en el caso de la regulación del derecho de propiedad, creación indiscutible y directa del ordenamiento jurídico. Así, la posición del carácter absoluto de la propiedad, como derecho ilimitado y exclusivo, sólo afectado por motivos de expropiación para construir obras públicas -única limitación admitida en el siglo pasado-, ha sido sustituida por una nueva visión de la propiedad, que sin dejar de estar regulada como un derecho subjetivo, prevé que sus poderes son limitados y que además, está sujeta a deberes y obligaciones. Tales limitaciones al derecho de propiedad son producto del hecho mismo de formar parte de una colectividad, la misma que garantiza ese derecho, pero que lo somete a ciertas regulaciones con la finalidad de alcanzar un disfrute óptimo y armónico de los derechos de todos los individuos y que se caracterizan, como tesis de principio, por no ser indemnizables. En el caso específico del

derecho de propiedad, el sistema de limitaciones intrínsecas o internas se refiere al contenido propio o esencial del derecho de propiedad, contenido mínimo que ha sido definido como la facultad de disfrutar y usar el bien para provecho personal en el caso de la propiedad privada, o para utilidad social en el caso de la propiedad pública; y el sistema de limitaciones externas de la propiedad lo conforman las limitaciones de interés social, que son de origen legislativo y de máxima importancia institucional, al requerir para su imposición la aprobación legislativa con mayoría reforzada. Como queda dicho, en principio, por sí mismas y por definición, las limitaciones de interés social impuestas a la propiedad no son indemnizables, por no implicar expropiación, es decir, cuando la propiedad no sufre desmembraciones que hagan desaparecer el derecho. Desde luego que sí implican una carga o deber jurídico -en sentido estricto-, de no hacer, o a lo sumo, de soportar la intromisión del Estado en la propiedad con fines públicos, deber que se agrega a los poderes o facultades del propietario, pero sin desnaturalizarlos o destruirlos. Estas limitaciones deben ser de carácter general, lo que implica no solamente su destinatario, sino también el supuesto de hecho de aplicación de la misma, ya que cuando se convierten en singulares o concretas podrían equipararse a verdaderas expropiaciones. En este sentido, y como más adelante se explicará, la imposición de limitaciones a la propiedad con fines urbanísticos resulta imprescindible para la convivencia en sociedad, no tratándose de una actividad expropiatoria que requiera de indemnización previa, según los términos exigidos y previstos en el párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución Política.

V. DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD Y SU RELACIÓN CON LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD -PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 45 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Una concepción del derecho de propiedad privada en términos absolutos y prácticamente ilimitados, pasó a constituir el punto de apoyo básico sobre el cual se estableció el sistema occidental, consagrándose como centro básico del ordenamiento jurídico la completa intangibilidad del derecho de propiedad, por cuanto la misma implicaba el completo señorío sobre el bien, de manera absoluta, general, independiente, plena, universal, ilimitada y exclusiva. Sin embargo, tal concepto ha evolucionado, hasta llegar a proponerse la defensa de una propiedad basada en la armonía social, y por un sentido social de la propiedad de la tierra. Se modifica así la base jurídica sobre la que descansa la protección de la propiedad y de ser un derecho exclusivo para el individuo, pasa a corresponderle una obligación en favor de la armónica

convivencia de la sociedad. Surgió la idea de la "función social" de la propiedad, en la que todo individuo tiene la obligación de cumplir

ciertas obligaciones comunales, en razón directa del lugar que ocupa y de los intereses del grupo social que lo representa. El contenido de esta "propiedad-función", consiste en que el propietario tiene el poder de emplear el bien objeto del dominio en la satisfacción de sus propias necesidades, pero correspondiéndole el deber de ponerla también al servicio de las necesidades sociales cuando tal comportamiento sea imprescindible.

Con este nuevo concepto se ensanchan las atribuciones del legislador para determinar el contenido del derecho de propiedad, lo que se logra por medio de los límites y obligaciones de interés social que pueda crear, poniendo fin a su sentido exclusivo, sagrado e inviolable. Esta tesis ha sido reconocida por este Tribunal con anterioridad; así, en sentencia de amparo número 5097-93, indicó:

"I.) La inviolabilidad de la propiedad privada es una garantía de rango constitucional recogida por el canon 45 de la Carta Política. Este derecho contrariamente a como se le concebía en otros tiempos, no es de naturaleza estática, sino que conforme a las exigencias de nuestro tiempo se le ha de considerar elástico y dinámico, esto es, que atribuye a sus titulares, tanto interna como externamente las facultades, deberes y limitaciones. El poder del propietario sobre la propiedad está determinado por la función que ésta cumpla. El objeto del derecho de propiedad ha sufrido transformaciones importantes. Actualmente, no sólo es tutelable el derecho de los propietarios, sino también diversos intereses generales o sociales que coexisten con aquél. El derecho objetivo enmarca del contenido de los derechos subjetivos. Cada objeto de derecho implica una peculiar forma de apropiación. Así por ejemplo las facultades del dominio relativas a un fundo agrícola son muy distintas de las correspondientes a una finca ubicada en el sector urbano de intensa utilización".

Asimismo, se integra, junto con este principio -de la función social de la propiedad- el de solidaridad social, del cual, como indicó este Tribunal Constitucional con anterioridad, "IV.- [...], está imbuida nuestra Constitución Política, permite el gravamen soportado por todos en favor de todos, o inclusive de unos pocos

en favor de muchos, con el requisito de que el uso natural del bien inmueble no sea afectado al límite de su valor como medio de producción, o de su valor en el mercado, esto es, que desaparezca como identidad productible". (Sentencia número 2345-96, de las nueve horas veinticuatro minutos del diecisiete de mayo del año en curso.)

Cabe señalar que en casi todas las legislaciones ha desaparecido el concepto de derecho de propiedad privada concebido en forma ilimitada y absoluta, y en los más importantes órdenes se impone cada vez con más fuerza, una concepción de la propiedad estrechamente ligada a las exigencias generales de la sociedad; tal y como lo señaló con anterioridad esta Sala en la citada sentencia número 2345-96:

"Desarrollando el concepto de "privación de un atributo primario del dominio" que impide el goce de los bienes, podemos decir que la limitación es un método para definir el contenido del o el ejercicio del derecho de propiedad, que califica y afecta el derecho en sí mismo".

VI. El artículo 45 de la Constitución Política consagra, en nuestro orden jurídico-constitucional, el derecho de propiedad.

En el párrafo primero señala su carácter de "inviolable" y establece la obligación por parte del Estado de indemnizar al propietario previamente, cuando deba suprimirla por razones de "interés público legalmente comprobado". En el párrafo segundo establece la posibilidad de establecer limitaciones de interés social a la propiedad, mediante ley aprobada por votación calificada -votación de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa-. De lo anterior, queda claro que la obligación de indemnizar por parte del Estado, está constitucionalmente prevista única y exclusivamente cuando se trata de expropiar y no rige para las limitaciones de interés social que se establezcan mediante ley aprobada por votación calificada, en los términos que ya señaló con anterioridad este Tribunal Constitucional en sentencia de amparo número 5097-93 "II.) La legislación costarricense establece la posibilidad de que mediante planes reguladores, por interés social la propiedad privada pueda ser limitada y el Derecho Urbanístico puede a su vez, desarrollarlas. El derecho de propiedad se enmarca entonces, dentro de ciertos límites razonables, dentro de los deberes que de él se derivan. Precisamente por ello, no es necesaria la

indemnización de los límites y deberes urbanísticos que resulten razonables [...]._

Se aclara, que las limitaciones o restricciones a la propiedad son de carácter general, y tienen la virtud de dotar al individuo de los instrumentos necesarios para paliar los efectos de la actividad perjudicial de sus congéneres. Cabe señalar que tienen como finalidad u objetivo principal el uso racional de la propiedad, con lo que se benefician los vecinos o, en general, toda la sociedad. En este sentido la Corte Plena, cuando ejerció funciones de contralor de constitucionalidad, en sesión extraordinaria del dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y tres, señaló:

"Las limitaciones -o límites- que es posible imponer a la propiedad (aparte de las relaciones de vecindad y a otros deberes o cargas de que se ocupan el Código Civil y leyes especiales), son las de "interés social" que autoriza el párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución y que están dirigidas a proteger intereses de ese género, en beneficio de la sociedad entera o de algunas de sus comunidades; [...]"

VII. Ciertas limitaciones a la propiedad han existido siempre como reglas incorporadas al Código Civil, como por ejemplo las que se refirieron a la posesión y transmisión de inmuebles -artículo 272-, en virtud de las que se impide la división en caso de copropiedad; las referidas a la altura de las aceras -artículo 303-; las que establecen la protección por los posibles daños causados a terceros por el mal estado de las edificaciones o árboles -artículo 311-; y en especial todo el título V llamado de las Cargas o Limitaciones a la Propiedad Impuestas por Ley, en el que se fijan, entre otras, las prohibiciones de construir cerca de pared medianera, pozos, cloacas, acueductos, etc., -artículo 04-, las que prohíben abrir ventana o claraboya en pared divisoria, a menos de dos metros y medio por lo menos -artículo 406-, o que den vista a habitaciones, patios o corrales del prediovecino -artículo 407-. Otros ejemplos de lo anterior lo constituyen las exigencias de seguridad y salubridad públicas, las recogidas en la ley que permitan a la autoridad imponer al propietario reparaciones, remodelaciones o demoliciones de edificaciones que amenacen ruina o resulten insalubres, disposiciones recogidas principalmente en el Código Civil y en la Ley General de Salud. En este orden de ideas, también deben citarse las leyes referentes a la protección

de bosques, bellezas naturales, patrimonio cultural y monumentos, que también implican limitaciones a la propiedad, como la Ley Forestal, No. 7174 de veintiocho de junio de mil novecientos noventa, Ley de la Conservación de la Vida Silvestre No. 7317, del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y dos, y Ley de Patrimonio Histórico, Arquitectónico y Cultural No. 4, de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

VIII. No obstante lo señalado en los considerandos anteriores, debe advertirse que las limitaciones legítimas que puedan imponerse a la propiedad privada encuentran su frontera natural en el grado de afectación a la propiedad; esto es, cuando la restricción al derecho de propiedad se convierte en una verdadera expropiación con la consecuente obligación de indemnizar, porque se hace desaparecer completamente el derecho de propiedad, o cuando no se afecte a la generalidad de la colectividad. Así lo señaló la Corte Plena en relación con las limitaciones a imponer a la propiedad cuando traspasan el límite señalado, en sesión extraordinaria del dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y tres:

"[...] es decir "limitaciones" como las llama el artículo 45, pero no despojo de la propiedad privada ni privación de un atributo primario del dominio, porque impedir el goce de los bienes equivale, al menos en este caso, a una forma de expropiación sin el requisito de previa indemnización que ordena la carta política";

y como lo indicó este Tribunal en las citadas sentencias número 5097-93 y 2345-96; en que señaló:

"IV.) Para la Sala los límites razonables que el Estado puede imponer a la propiedad privada, de acuerdo con su naturaleza, son constitucionalmente posibles en tanto no vacíen su contenido. Cuando ello ocurre deja de ser ya una limitación razonable para convertirse en una privación del derecho mismo".

(Sentencia número 5097-93);

"Es decir, pueden limitarse los atributos de la propiedad, en tanto el propietario reserve para sí la posibilidad de explotar normalmente el bien, excluida claro está, la parte o la función

afectada por la limitación impuesta por el Estado.

Fuera de estos parámetros, si el bienestar social exige sacrificios de uno o de algunos únicamente, debe ser indemnizado, lo mismo que ocurre cuando el sacrificio que se impone al propietario es de tal identidad, que lo hace perder en su totalidad el bien. Así, la limitación a la propiedad resiste el análisis constitucional, cuando la afectación a los atributos esenciales de la propiedad que son aquellos que permiten el uso natural de la cosa dentro de la realidad socio-económica actual, no hace desaparecer la naturaleza del bien o haga imposible el uso de la cosa, porque el Estado imponga requisitos de autorización o de aprobación tan complejos que impliquen de hecho, la imposibilidad de usufructuar el bien". (sentencia número 2345-96);

IX. DE LA PROPIEDAD URBANÍSTICA. El concepto de propiedad en el derecho urbanístico ha sido considerado en la doctrina no como una unidad estática o un único tipo, sino que se habla de tipos, como por ejemplo la propiedad urbana, propiedad rural y de una propiedad industrial, es decir, dependiendo de la función que el bien tiene encomendada y realiza en la vida en sociedad. En esta evolución del concepto de la propiedad -y consecuentemente del derecho de propiedad-, han colaborado en gran medida el fenómeno urbano y la ordenación del urbanismo, determinándole un nuevo contenido, distinto del tradicional. Así, la propiedad urbana está sujeta a una serie de características, por ejemplo : 1.- es una propiedad delimitada (linderos, medianería, propiedad volumétrica -tercera dimensión-); 2.- está sometida a un destino determinado, definido en un plan regulador o reglamento de zonificación, fin que no es cambiable por el propietario, sino que es limitable y regulado por las autoridades respectivas -gobiernos locales, en primera instancia-; 3.- el uso de la propiedad es restrictivo y a veces obligatorio; 4.- la propiedad desempeña un rol particular, inclusive de carácter temporal, por cuanto se mueve dentro de la vigencia de un plan regulador, por lo que siendo el plan modificable por la autoridad, los usos de la propiedad podrían también ser cambiados; 5.- en este sentido, las limitaciones impuestas a la propiedad por un plan regulador deben entenderse como limitaciones lícitas; 6.- la afectación a la propiedad tiene el carácter de "limitación", es decir, la propiedad sometida a una serie de restricciones y obligaciones (parcelar, reparcelar, vender, edificar, conservar, cercar, permisos de construcción, altura de fachadas, retiros, estacionamiento de vehículos, permisos de habitabilidad, áreas de parcelas, etc.), cuyo fin es

el de contribuir al bienestar colectivo, y por ende, a su propio provecho; entiéndase que las mismas no pueden ser de tal naturaleza que impliquen la extinción o limitación insoportable que vacíe de contenido el derecho de propiedad, por cuanto implicarían una expropiación encubierta, debiendo en consecuencia ser indemnizada; 7.- en caso de hacer prácticamente nulo el derecho de propiedad, convierte al caso particular en una situación de expropiación y de esta forma, la expropiación se convierte en una figura consustancial al régimen de propiedad urbana, debido a que es uno de los medios de ejecución del urbanismo por los entes públicos; además, es posible la "cesión gratuita" de parte de la propiedad por razones de urbanismo con motivo de desarrollos urbanísticos para vías de comunicación, áreas verdes y zonas educativas; y 8.- es de carácter formal, ya que no basta el título de propiedad para ejercer los atributos del derecho, sino que es necesario que su contenido se precise, según el uso permitido en un plan regulador o de zonificación. Es importante señalar que en virtud del proceso urbanístico, la urbanización debe ser conceptualizada como un plan parcial de planificación urbana, porque afecta únicamente al sector que se urbaniza. Frente al proceso de desarrollo urbanístico, conviven dos tipos de propiedad: la que nace con el programa particular de

desarrollo urbano (construcción de una urbanización, por ejemplo), a la que le son consustanciales las limitaciones y cargas que los actos de control, expresados en la autorización que da la administración municipal da para la construcción misma del

desarrollo, como por ejemplo el tamaño de los lotes, áreas de retiro, ancho de aceras, altura de las edificaciones, de manera que las mismas no son indemnizables; y la propiedad que es anterior al plan urbanizador, en relación a la cual, serán indemnizables las limitaciones y cargas que la autoridad tenga interés de implantar, dependiendo de su naturaleza y grado de afectación del derecho, por cuanto según se anotó en el Considerando V de este aparte, lo serán aquellas que impliquen una desmembración del derecho de propiedad en sí.

X. Como lo señala la doctrina, la "ciudad", como tal, es un hecho colectivo que condiciona la vida de sus habitantes, por lo que carece de justificación confiar las decisiones capitales sobre ese hecho colectivo (surgimiento, extensión, carácter, densidad, destino, etc.) a la simple "conveniencia" de unos cuantos propietarios privados de terreno y que se determinan o reflejan

generalmente en razones de lucro o por motivos de utilidad económica. La autoridad reguladora del desarrollo urbano no puede permitir el agotamiento de los suelos, ni la sobredensidad en las poblaciones, la liquidación del sistema de jardines y zonas verdes, etc., sin atender a las necesidades y exigencias de servicios colectivos que la propia actividad urbanizadora crea, como lo son las calles, alcantarillados, agua, luz, teléfono, transportes, centros educativos, zonas verdes, etc. Situaciones como las señaladas son las que pretende solucionar la ordenación urbanística, en virtud de la cual, el uso de la propiedad dimana de una autoridad pública.

XI. En virtud del proceso urbanístico y la planificación urbana, la ordenación urbana ha de traducirse en un régimen regulador del derecho de propiedad, en cuanto el contenido propio el derecho de propiedad es definido a través de las diversas disposiciones que componen el derecho urbanístico, esto es, los planes reguladores y los reglamentos dictados por los gobiernos municipales, y en su defecto -como se verá luego-, por las normas dictadas por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. De esta manera, las limitaciones y deberes que se imponen a la propiedad privada son las que definen el contenido normal de la propiedad; y la ordenación urbana establece los límites de las facultades del derecho de propiedad, pero no constriñe o reduce o condiciona el ejercicio del derecho, sino que más bien define el contenido normal de la propiedad en la función que cumple. XII. DE LAS LIMITACIONES IMPUESTAS EN MATERIA DE PLANIFICACION URBANA. La imposición de limitaciones a la propiedad

con fines urbanísticos resulta imprescindible para la convivencia en sociedad, no tratándose de una actividad expropiatoria que requiera de indemnización previa, según los términos fijados -y en los considerandos anteriores analizado- en el párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución Política. Tales limitaciones al derecho de propiedad son producto del hecho mismo de formar parte de una colectividad, la misma que garantiza ese derecho, pero que lo somete a ciertas regulaciones con la finalidad de alcanzar un disfrute óptimo y armónico de los derechos de todos los individuos. En este sentido, esta Sala se ha manifestado sobre el carácter "relativo" del derecho de propiedad, en cuanto está sujeto a límites y restricciones de uno o varios de los atributos de la propiedad por razones urbanísticas; y en diversas sentencias ha confirmado la naturaleza de "interés social" de las reglas de urbanismo, impuestas conforme a lo ordenado por la propia

Constitución Política. Así, en sentencia de constitucionalidad número 1167-92, señaló:

"Si bien nuestra Constitución Política reconoce la propiedad privada como un derecho fundamental de los ciudadanos, el disfrute de tal derecho no es irrestricto y el mismo artículo 45 constitucional permite a la Asamblea Legislativa imponerle limitaciones de interés social. La Ley de Planificación Urbana es una de esas limitaciones y por ello, la negativa de otorgar una patente no constituye una violación a los derechos fundamentales de los recurrentes [...]" ;

tesis ésta que fue reforzada por sentencia de amparo número 5303-3, en que se dijo:

"La legislación costarricense establece la posibilidad de imitar la propiedad privada por motivos de interés social. Como se indicó en el primer Considerando, la limitación a la propiedad impuesta por un plan regulador es constitucionalmente posible, debido a que el derecho de propiedad no es ilimitado, antes bien, existe un marco general dentro del que puede actuar el propietario

y que debe ser compatible con el contenido constitucional de ese derecho. Por lo expresado, a juicio de este Tribunal, la limitación impuesta, en tanto ajustada a un plan regulador vigente, no violenta como se sugiere en el recurso, el artículo 45 de la Constitución Política , en tanto ese plan regulador no desconstitucionalice la propiedad privada que se vea afectada por ese instrumento. A contrario sensu, si las limitaciones exceden los parámetros mínimos de razonabilidad y proporcionalidad, resultarían contrarias a la Constitución Política ", y, finalmente, en sentencia número 6706-93, declaró la

constitucionalidad de la Ley de Planificación Urbana.

XIII. En consonancia con lo señalado en el Considerando VIII., las ordenaciones urbanísticas podrán fundamentar una pretensión de indemnización económica por parte de los propietarios del suelo afectado únicamente cuando éstas impliquen una desmembración del derecho de propiedad, por cuanto, la indemnización en los términos señalados en el párrafo primero del artículo 45 de la Constitución Política , procede solo cuando estas ordenaciones no tengan

carácter general o hagan nugatorio el derecho de propiedad, convirtiéndose en verdaderas expropiaciones, según se indicó anteriormente. No son susceptibles de indemnización alguna en el tanto las mismas no impliquen reducción en el contenido de la propiedad, como sucede con la fijación del antejardín, que constituye una típica servidumbre urbana, ya que el propietario mantiene la posesión de su propiedad, pero en forma disminuida, puesto que únicamente se reduce su facultad de disposición. Estas últimas, son las limitaciones y deberes que deben tenerse como integrantes del contenido del derecho de propiedad, ya que no hay reducción del contenido de la propiedad.

B. DEL ÓRGANO ENCARGADO DE LA PLANIFICACIÓN URBANA.

XIV. DE LOS ÓRGANOS COMPETENTES PARA LLEVAR A CABO LA PLANIFICACIÓN URBANA: MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN NACIONAL Y POLÍTICA ECONÓMICA, INVU Y MUNICIPALIDADES. En consonancia con lo dispuesto en los artículos 169 y 170 de la Constitución Política, la Ley de Planificación Urbana, número 4240, de quince de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, parte del supuesto de que la titularidad primaria en materia de planificación urbana corresponde a las municipalidades, lo cual ha sido plasmado en los artículos 15 y 19 de dicha ley. De manera que es a los municipios a quienes corresponde asumir la planificación urbana local por medio de la promulgación de los respectivos reglamentos -planes reguladores-, y haciendo efectiva la normativa que al efecto dicte el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, como institución encargada de la planificación urbana a nivel nacional. Este punto ya fue de consideración de esta Sala, en sentencia número 6706-93, de las quince horas veintiún minutos del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y tres, en la que indicó:

"II).- La Sala estima que la potestad atribuida a los gobiernos locales para planificar el desarrollo urbano dentro de los límites de su territorio sí integra el concepto constitucional de "intereses y servicios locales" a que hace referencia el artículo 169 de la Constitución, competencia que fue reconocida por la Ley de Planificación Urbana (# 4240 del 15 de noviembre de 1968, reformada por Leyes # 6575 de 27 de abril de 1981 y # 6595 de 6 de agosto de ese mismo año), específicamente en los artículos 15 y 19 aquí impugnados, que literalmente establecen:

Artículo 15.- Conforme al precepto del artículo 169 de la Constitución Política, reconócese la competencia y autoridad de

los gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional. Consecuentemente, cada uno de ellos dispondrá lo que proceda para implantar un plan regulador, y los reglamentos de desarrollo urbano conexos, en las áreas donde deba regir, sin perjuicio de extender todos o algunos de sus efectos a otros sectores, en que priven azones calificadas para establecer un determinado régimen contralor.».-

artículo 19.- Cada Municipalidad emitirá y promulgará las reglas procesales necesarias para el debido acatamiento del plan regulador y para la otección de los intereses de la salud, seguridad, comodidad y bienestar de la comunidad.»

III).- Dentro de lo que puede denominarse la organización administrativa del urbanismo en nuestro país, la Dirección de Urbanismo -adscrita al Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo- y la Oficina de Planificación (hoy día Ministerio de Planificación y Política Económica) son los órganos encargados de elaborar el Plan Nacional de Desarrollo Urbano, a través del cual, se fijan las políticas generales sobre el crecimiento y desarrollo de las áreas urbanas.- Dicho Plan -que concretamente es elaborado por la Dirección y propuesto por la Junta Directiva del Instituto- debe incluir estudios técnicos sobre el factor de población con proyecciones de crecimiento a nivel nacional, regional y urbano, sobre el uso de la tierra con planes sobre la extensión y formas de aprovechamiento de las porciones requeridas para desarrollo urbano, el desarrollo industrial, vivienda y renovación urbana, servicios públicos y ubicación en general de los proyectos sobretransportes, entre otros.- Además, la Dirección de Urbanismo funciona como órgano asesor de las municipalidades a los efectos de preparar, aplicar y modificar el Plan Regulador municipal o local y sus Reglamentos antes de su adopción definitiva.- Sin embargo, lo expuesto debe entenderse como el límite formal de los grandes lineamientos, normas técnicas o directrices generales conforme a las cuales deben los gobiernos locales elaborar sus respectivos planes reguladores y los reglamentos de desarrollo urbano correspondientes, pues no es posible pretender que el Plan Nacional de Desarrollo Urbano se elabore y ponga en práctica íntegramente por el Gobierno Central, sin la intervención directa de las municipalidades en esa materia.- Tal situación atenta no sólo contra los más elementales principios de la lógica y la conveniencia, habida cuenta de que se trata de los intereses particulares de cada cantón de la República , sino también contra los principios constitucionales del régimen municipal, establecido

por nuestra Carta Fundamental en los artículos 168 a 175.- La planificación urbana, sea la elaboración y puesta en marcha de los planes reguladores, es una función inherente a las municipalidades con exclusión de todo otro ente público, salvo lo dicho en cuanto a las potestades de dirección general atribuidas al Ministerio de Planificación y a la Dirección de Urbanismo.- Este tema ya fue desarrollado por la Sala en la sentencia número 5305-93, de las diez horas seis minutos del veintidós de octubre pasado, que en lo referente a la potestad municipal para planificar el desarrollourbano local y la imposición de limitaciones a la propiedad en virtud de la ejecución de un plan regulador indicó:

"... la limitación a la propiedad impuesta por un plan regulador es constitucionalmente posible, debido a que el derecho de propiedad no es ilimitado, antes

bien, existe un marco general dentro del que puede actuar propietario y que debe ser compatible con el contenido constitucional de ese derecho. Por lo expresado, a juicio de este Tribunal, la limitación impuesta, en tanto ajustada a un plan regulador vigente, no violenta como se sugiere en el recurso el artículo 45 de la Constitución Política, en tanto ese plan regulador no desconstitucionalice la propiedad privada que se vea afectada por ese instrumento. A contrario sensu, si las imitaciones exceden los parámetros mínimos de razonabilidad y proporcionalidad, resultarían contrarias a la Constitución Política. ".-

IV).- Los artículos 15 y 19 de la Ley de Planificación urbana por tanto no son inconstitucionales, ya que únicamente se limitan a reconocer la competencia de las municipalidades para planificar el desarrollo urbano dentro de los límites de su territorio mediante los reglamentos correspondientes, lo que no violenta los principios constitucionales invocados por el accionante: el de reserva de ley, pues siendo -como se dijo- la planificación urbana local una función inherente a las municipalidades en virtud de texto expreso de la Constitución , y estando fijados los límites del ejercicio de esa atribución en la Ley de Planificación Urbana, los Reglamentos o Planes Reguladores son desarrollo de esos principios; y los de propiedad y libre empresa, por cuanto no imponen en forma alguna restricciones a esos derechos, sino que simplemente otorgan la potestad de controlar la correcta utilización de los suelos y garantizar así un desarrollo racional y armónico tanto de los centros urbanos como de los comerciales,

industriales, deportivos, etc. (ver además en el mismo sentido, las sentencias número 2153-93, de las nueve horas veintiún minutos del veintiuno de mayo y número 5305- 93, de las diez horas seis minutos del veintidós de octubre, ambas de este año).-

Con fundamento en lo anterior, y en consonancia con la jurisprudencia citada, es que se reitera la tesis de que sigue siendo atribución exclusiva de los gobiernos municipales la competencia de la ordenación urbanística, y sólo de manera excepcional y residual, en ausencia de regulación dictada al efecto por las municipalidades, es que el INVU tiene asignada la tarea de proponer planes reguladores, pero a reserva de que sean previamente aprobados por el ente local; de manera que las disposiciones que al efecto dicte esta institución autónoma en lo que se refiere a planificación urbana, deben siempre considerarse transitorias, y en defecto del uso de las competencias municipales.

XV. ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL TRANSITORIO II DE LA LEY DE PLANIFICACIÓN URBANA. Es en el Transitorio II de la Ley de Planificación Urbana, número 4240, de quince de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, y sus reformas, en que se dota al INVU de competencia para dictar disposiciones en materia urbanística en forma supletoria, siempre y cuando las municipalidades no hayan ejercido esa potestad; texto que, según su última reforma dada por Ley número 7015, de veintidós de julio de mil novecientos ochenta y cinco, dispone:

"El Instituto [Nacional de Vivienda y Urbanismo] dictará las normas de desarrollo relativas a las materias a que se refiere el artículo 21 de esta ley. 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.

Los preceptos y reglamentos que dicte el Instituto regirán en los territorios jurisdiccionales, o en la parte de ellos que las normas señalen, una vez cumplidos los siguientes requisitos:

Publicación previa del proyecto en el Diario Oficial, con fijación

de la fecha y lugar donde se celebrará una audiencia pública para conocer de las observaciones verbales o escritas que tengan a bien formular los vecinos interesados o los gremios profesionales. El señalamiento deberá hacerse con no menos de quince días hábiles de antelación.

Será obligatorio conocer el pronunciamiento del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica, sobre las observaciones presentadas por los interesados en la audiencia pública, a efecto de que esas observaciones sean tomadas en cuenta para incorporarlas al texto de las normas, si proceden, o para eliminar aquellos aspectos objetados, si a criterio del mismo Colegio tienen sustento técnico.

Publicación en La Gaceta del nuevo texto aprobado y del aviso sobre lo acordado por la Junta Directiva del Instituto, con indicación de la fecha a partir de la cual se harán exigibles las correspondientes regulaciones.

Igualmente serán observados los requisitos anteriores cuando se trate de modificar, suspender o derogar, total o parcialmente el referido plan regulador o cualquiera de sus reglamentos".

Sin embargo, el texto transcrito fue aprobado mediante el procedimiento establecido en la Constitución Política para aprobar los Presupuestos Ordinarios y Extraordinarios de la República por cuanto la Ley 7015 es ley de Modificación del Presupuesto Ordinario para la República para el Período Fiscal de mil novecientos ochenta y cinco; procedimiento que en reiteradas ocasiones (entre otras, sentencias número 0121-89, 1262-90, 0484-94, 2664-94, 6789-95), esta Sala ya ha determinado es contrario a las normas constitucionales que se refieren a la competencia de la Asamblea Legislativa para dictar, reformar o derogar las leyes que conforman nuestro ordenamiento jurídico y a las que otorgan competencia para dictar los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República, es decir, a los artículos 121 incisos 1.) y 11.), 123 a 128 y 176 a 180 constitucionales, al contener disposiciones de materia ajena a la presupuestaria. En razón de lo anterior y sin entrar a juzgar sobre el fondo de la competencia otorgada y de la naturaleza transitoria de la norma, lo que procede es declarar la inconstitucionalidad de la norma en ese texto.

XVI. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD. En virtud de lo anterior, es que dentro de las competencias que tiene asignada esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se debe declarar, como se dijo, la inconstitucional el Transitorio II. de la Ley de Planificación Urbana, aprobado mediante artículo 115 de la Ley número 7015, que es Ley de Modificación del Presupuesto Ordinario para la República para el Período Fiscal de mil novecientos ochenta y cinco, de veintidós de julio de mil novecientos ochenta y cinco, ya que al no ser su contenido de carácter presupuestario, debió haber sido aprobada por los trámites legislativos fijados para la legislación ordinaria; declaratoria de inconstitucionalidad que se hace retroactiva a la fecha de entrada en vigencia, es decir, al veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco; de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 91 la Ley que rige esta Jurisdicción, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. En virtud de tal declaratoria de inconstitucionalidad debe quedar vigente el texto dictado por Ley número 5900, de diecinueve de abril de mil novecientos setenta y seis, y que entró en vigencia el ocho de mayo de mil novecientos setenta y seis, el cual dice:

"El Instituto dictará las normas de desarrollo relativas a las materias a que se refiere el artículo 21 de esta Ley. 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.

Los preceptos y reglamentos que dicte el Instituto regirán en los territorios jurisdiccionales o en la parte de ellos que las normas señalen, a partir de su publicación en el Diario Oficial".

De todo lo señalado, queda claro que la competencia del INVU en materia urbanística, en primer término se dirige a la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, instrumento a través del cual, se fijan las políticas generales sobre el crecimiento y desarrollo de las áreas urbanas, y que es elaborado por la Dirección de Urbanismo y es propuesto por la Junta Directiva del Instituto; y en segundo lugar, como competencia residual, la facultad de dictar las normas urbanísticas -

reglamentos y planes reguladores- en ausencia de normas

urbanísticas dictadas por las respectivas municipalidades. Lo anterior encuentra su fundamento en el hecho de que negarle esta competencia a esta institución autónoma, implica crear un vacío en el ordenamiento jurídico que provoca un serio perjuicio en la seguridad jurídica nacional. Es el artículo 21 de la citada ley, la que define los reglamentos que el INVU puede dictar en materia urbanística, siempre en ausencia de los dictados por los gobiernos locales; éstos son:

"1.) El de Zonificación, para usos de la tierra; 2.) El de Fraccionamiento y Urbanización, sobre división y habilitación urbana de terrenos; 3.) El de Mapa Oficial, que ha de tratar de la provisión y conservación de los espacios para vías públicas y aéreas comunales;

4.) El de Renovación Urbana, relativo al mejoramiento o rehabilitación de áreas en proceso o en estado de deterioro; y 5.) El de Construcciones, en lo que concierne a las obras de edificación".

C. DE LAS LIMITACIONES IMPUESTAS EN EL REGLAMENTO PARA EL CONTROL DEL FRACCIONAMIENTO Y URBANIZACIONES DICTADO POR EL INVU.

XVII. _MBITO DE APLICACION DEL REGLAMENTO PARA EL CONTROL DEL FRACCIONAMIENTO Y URBANIZACIONES DICTADO POR EL INVU. En cuanto a la normativa impugnada específicamente en esta acción, "Reglamento para el Control Nacional para el Fraccionamientos y Urbanizaciones", aprobado por la Junta Directiva del INVU en sesión número 3391 del trece de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, en primer término debe indicarse que éste resulta urídicamente válido y de aplicación únicamente en el tanto ésta normativa haya sido aprobada expresamente por la Municipalidad , mediante el procedimiento establecido al efecto en el artículo 17 de la Ley de Planificación Urbana, y no exista un reglamento dictado por la respectiva municipalidad donde se pretenda aplicar.

El contenido de las disposiciones impugnadas -artículos II.3 y II.3.2 del citado reglamento, ya fue definido en el Considerando I. de esta sentencia.

XVIII. DEL FUNDAMENTO JUR_DICO DE LAS NORMAS IMPUGNADAS. DE LA

POTESTAD REGLAMENTARIA. Las disposiciones impugnadas, aunque efectivamente son dictadas dentro de la competencia otorgada al Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, como institución autónoma creada para "planear el desarrollo y el crecimiento de las ciudades y de los otros centros menores, con el fin de promover el mejor uso de la tierra, localizar la áreas pública para servicios comunales, establecer sistemas funcionales de calles y formular planes de inversión en obras de uso público, para satisfacer las necesidades consiguientes" -inciso b.) del artículo 4° de Ley Orgánica del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, número 1788 de veinticinco de agosto de mil novecientoscincuenta y cuatro y sus reformas-, para dictar normas de carácter

general y eminentemente supletoria en materia de planificación urbana, en ausencia de las dictadas por las respectivas municipalidades y que deriva de la disposición contenida en el Transitorio II de la Ley de Planificación Urbana, son el desarrollo de lo dispuesto en los artículos 40 y 41 de la misma ley, como se constata de lo regulado en ellos, los cuáles establecen:

"Artículo 40. Todo fraccionador de terrenos situados fuera del cuadrante de las ciudades y todo urbanizador cederá gratuitamente al uso público tanto las áreas destinadas a vías como las correspondientes a parques y facilidades comunales; lo que cederá por los dos conceptos últimos se determinará en el respectivo reglamento, mediante la fijación de porcentajes del área total a fraccionar o urbanizar, que podrán fluctuar entre un cinco por ciento a un veinte por ciento, según el tamaño promedio de los lotes, el uso que se pretenda dar al terreno y las normas al respecto dictadas por el INVU. No obstante lo anterior, la suma de los terrenos que deben cederse para vías públicas, parques y facilidades comunales no excederá de un cuarenta y cinco por ciento de la superficie total del terreno a fraccionar o urbanizar. Asimismo se exceptúa de la obligación a ceder áreas para parques y facilidades comunales a los simples fraccionamientos de parcelas en áreas previamente urbanizadas, a criterio del INVU.

No menos de una tercera parte del área representada por el porcentaje fijado conforme al párrafo anterior será aplicado indefectiblemente al uso de parque, pero reservando en primer término de ese tercio el o los espacios necesarios para campo o campos de juegos infantiles, en proporción que no sea inferior a

diez metros cuadrados por cada familia; las áreas para juegos infantiles no podrán ser aceptadas si el fraccionador o urbanizador no las ha acondicionado debidamente, incluyendo su enzacatado e instalación del equipo requerido.

Los dos tercios restantes del referido porcentaje o el remanente que de ellos quedase disponible después de cubiertas las necesidades de parque, servirán para instalar facilidades comunales que en un principio proponga el fraccionador o urbanizador o luego en su defecto los adquirentes de lotes, pero que en todo caso han de definir la Municipalidad y el INVU. Las áreas aprovechables en facilidades comunales sólo podrán eliminarse o reducirse a cambio de alguna mejora u otra facilidad compensatoria, cuando de ello se obtenga un mayor beneficio para la comunidad, previa consulta al INVU.

Hecha excepción de los derechos de vía para carreteras que han de cederse al Estado, conforme a lo antes dispuesto, las demás áreas de uso público deberán ser traspasadas a favor del dominio municipal. No obstante la Municipalidad podrá autorizar que determinadas porciones sean transferidas directamente a las entidades estatales encargadas de establecer en las mismas los servicios o facilidades de su respectiva competencia, en concordancia con lo previsto en el párrafo inmediato anterior."

_Artículo 41. Cuando el sitio a urbanizar no precise del porcentaje de terreno que para destinos públicos señala el artículo anterior, según el pronunciamiento municipal, deberá entonces el urbanizador cancelar en dinero el valor equivalente del indicado porcentaje, dentro del plazo que se le fije, que no será mayor de cinco años. La equivalencia se calculará a precio de terreno no urbanizado.

Las sumas que perciba el municipio por el concepto indicado y por el de venta de lotes cedidos por los urbanizadores, serán destinadas exclusivamente a la adquisición y mantenimiento de terrenos para uso público, en sectores donde éstos hagan falta."

De manera que 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.

XIX. DE LA OBLIGACIÓN URBANÍSTICA IMPUESTA EN EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE PLANIFICACIÓN URBANA. La doctrina es clara al permitir a los entes públicos la adquisición de bienes inmuebles para fines urbanísticos a través de tres medios: por las formas permitidas por el derecho civil (compra, donación, etc.),

expropiación, y las que tienen su origen en las denominadas cesiones obligatorias y gratuitas de propiedad privada a entes municipales. Esta obligación se regula en las normas impugnadas y tienen su fundamento en los artículos 40 y 41 de la Ley de Planificación Urbana, motivo por el cual debe analizarse

primeramente la constitucionalidad de estas normas. El artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana establece la obligación de ceder "gratuitamente" a los entes municipales una porción de terreno para uso de las vías públicas, parques y facilidades comunales, a cargo del urbanizador o fraccionador, en proporción al terreno que se urbanice o fraccione, sin que deba entenderse que ello signifique un sacrificio o confiscación en contra del urbanizador, puesto que el valor de las áreas urbanísticas a ceder, engrosan el cálculo de los costos de construcción, y se traslada al valor de las parcelas o lotes resultantes. El artículo 1º de esa Ley define los conceptos claves en esta materia. Por Fraccionamiento se debe entender:

"la división de cualquier predio con el fin de vender, traspasar, negociar, repartir, explotar o utilizar en forma separada, las parcelas resultantes; incluye tanto particiones de adjudicación judicial o extrajudicial, localizaciones de derecho indivisos y meras segregaciones en cabeza del mismo dueño, como las situadas en urbanizaciones o construcciones nuevas que interesen al control de la formación y uso urbano de los bienes inmuebles".; y por Urbanización:

"el fraccionamiento y habilitación de un terreno para fines urbanos, mediante la apertura de calles y provisión de servicios".

Para esta Sala, en atención a las anteriores definiciones, el sentido de la normativa en estudio se refiere en exclusiva al urbanismo en cuanto proceso de desarrollo de las ciudades o los centros o distritos urbanos, lo que implica la división de la tierra con sentido comercial por parte de los particulares, social por parte del Estado para solventar el problema habitacional, o industrial, para crear zonas industriales. Pero no basta la ausencia de lucro para estar exento de esta obligación, basta que en ese fraccionamiento esté implícito (de hecho) un programa de desarrollo urbanístico para que le sea exigible la cesión de terreno. Sin embargo, debe advertirse que las simples segregaciones no pueden sujetarse a estas regulaciones, porque entenderlo de esa manera implicaría crear, no una carga urbanística, sino una de carácter tributario (a la plusvalía, por ejemplo), a cargo del propietario, lo cual es absolutamente incompatible con el régimen urbanístico. En conclusión, únicamente se está en obligación de transferir terreno a favor de los entes municipales cuando se fracciona un terreno para crear un desarrollo urbano, sea crea un complejo habitacional -con todos sus servicios (agua, luz, zonas verdes y parques, centros educativos, etc.-, un complejo comercial o industrial.

XX. La cesión gratuita a las municipalidades de terrenos a fraccionar o urbanizar, se hace para destinar en ellos ciertos servicios para la comunidad, como lo son las vías públicas y las zonas verdes, éstas últimas -que son las que nos interesan- se utilizarán para construir parques, jardines, centros educativos, zonas deportivas y de recreo. El fundamento de esta obligación debe situarse en una especie de contrapartida debida por el urbanizador por el mayor valor que el proceso de urbanización o parcelamiento dará al suelo urbanizado, es decir, se trata en definitiva de una contribución en especie en el derecho urbanístico, como mecanismo para hacer que la plusvalía que adquieran los inmuebles con motivo de la urbanización o fraccionamiento revierta a la comunidad. Antes de esta regulación se presentaba una grave situación social, derivada del hecho de que los propietarios de suelo percibían como beneficio neto los precios íntegros obtenidos de sus terrenos, mientras que los nuevos barrios quedaban sin dotaciones de servicios, carencia que se intentaba hacer responsable a la Administración municipal, incapaz de cubrir ese déficit en forma eficaz. Uno de los principios del derecho urbanístico consiste precisamente en que las considerables plusvalías generadas por el proceso del desarrollo urbano deben ser las primeras fuente para sufragar los costos en servicios que ese mismo desarrollo hace surgir. La

obligación impugnada -de ceder gratuitamente un porcentaje de terreno a la municipalidad-, pretende justamente hacer efectivo el principio de compensación económica y retribución en servicio de las necesidades de la comunidad que se crea, como correlato del enriquecimiento que del desarrollo urbanístico se percibe.

XXI. De esta manera se configura el contenido de la propiedad, desde el criterio de su función social; se trata de una tecnificación de esa función que deja de ser una simple admonición moral a las conciencias de los propietarios para convertirse en un sistema de deberes positivos jurídicamente exigibles. Así, los propietarios podrán ejercitar como propias todas las facultades de utilización urbana de los fondos que resulten, sólo que simultáneamente, deben asumir también los deberes positivos con que el ordenamiento intenta compensar la ganancia económica. El plan urbanizador o fraccionador deberá contemplar previamente todas las provisiones de los servicios comunales -vías, conexiones de agua y alumbrado eléctrico, zonas verdes, parques infantiles, etc.- antes de iniciar la construcción y aprovechamiento individual de los lotes; ejecución que recae en el propietario.

Esta medida no resulta inconstitucional por desproporcionada o irrazonable al no implicar un sacrificio para la empresa urbanizadora o fraccionadora, por cuanto lo que en realidad sucede es que el costo de estas obras quedará incluido en el precio de los lotes, y se irá recuperando a medida que éstos se vendan, y serán los nuevos propietarios los que en definitiva se verán beneficiados por las áreas verdes e instalaciones a que se refiere el artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana.

XXII. Las áreas verdes destinadas al uso público, en virtud de su uso y naturaleza, es parte del patrimonio de la comunidad y deben quedar bajo la jurisdicción de los entes municipales para que los administre como bienes de dominio público, con lo cual participan del régimen jurídico de estos bienes, que los hace inalienables, imprescriptibles e inembargables, es decir, no pueden ser objeto de propiedad privada del urbanizador o fraccionador, tal y como lo dispone el artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana. Para que opere la cesión obligatoria debe tratarse de una urbanización o fraccionamiento aprobado por la municipalidad respectiva, de conformidad con las directrices del plan regulador; además, que se hubiere concluido la construcción de la urbanización, que se trate de bienes destinados al uso público y que el traslado se dé mediante título registrado, esto último, como tesis de principio.

XXIII. En cuanto al texto del artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana, de conformidad con lo señalado en los considerandos anteriores, esta Sala considera lesivo de la autonomía municipal el sujetar el uso de los lotes cedidos a las normas que al respecto dicte el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, como se dispone en el párrafo primero, porque ese concepto choca de frente con la autonomía municipal y con la protección constitucional de los intereses locales; y en tal sentido debe entenderse que esta institución está legitimada para ello únicamente en ausencia de normativa al respecto dictada por los entes municipales, ya que su competencia, como ha quedado dicho, es eminentemente residual. Debe aclararse además, que le corresponde en exclusiva a las municipalidades otorgar los permisos para construir urbanizaciones y realizar fraccionamientos, y no al INVU, como se establece en el mismo párrafo primero; así como la autorización para "eliminarse o reducirse [el porcentaje de terreno a ceder] a cambio de alguna mejora u otra facilidad compensatoria, cuando de ello se obtenga un mayor beneficio para la comunidad" que se le otorga al INVU, como se establece en el párrafo tercero, ya que corresponde a los gobiernos municipales. Por lo anterior es que las menciones que se hacen del INVU en esta norma quedan sobrando, ya que las funciones que se le asignan deben entenderse que competen en forma exclusiva a los gobiernos municipales, y es en este sentido, que lo procedente es declarar inconstitucionales las mismas, por atribuírsele competencia que es exclusiva de las municipalidades, anulándose las frases que dicen: "dictadas por el INVU", "a criterio del INVU", ambas del párrafo primero, "y el INVU" y "previa consulta al INVU" del párrafo tercero. Por último, cabe aclarar que la facultad que tiene la Municipalidad de variar el estino de los terrenos cedidos, únicamente puede aplicarse a los terrenos que se dediquen a cubrir "las facilidades comunales", no así a los que deben destinarse para "parque", en primer término, por cuanto, la norma es clara al disponer que este cambio puede verificarse con el "remanente" de terreno una vez ya que se haya cubierto la necesidad de parque; y en segundo lugar, por cuanto en el párrafo segundo de esta disposición, expresamente se dispone que el área para parque no puede ser menor de una tercera parte del porcentaje de terreno que se cede. En virtud de lo anterior, la redacción de esta norma queda de la siguiente manera:

"Artículo 40. Todo fraccionador de terrenos situados fuera del cuadrante de las ciudades y todo urbanizador cederá gratuitamente al uso público tanto las áreas destinadas a vías como las correspondientes a parques y facilidades comunales; lo que cederá

por los dos conceptos últimos se determinará en el respectivo reglamento, mediante la fijación de porcentajes del área total a fraccionar o urbanizar, que podrán fluctuar entre un cinco por ciento a un veinte por ciento, según el tamaño promedio de los lotes, el uso que se pretenda dar al terreno y las normas al respecto. No obstante lo anterior, la suma de los terrenos que deben cederse para vías públicas, parques y facilidades comunales no excederá de un cuarenta y cinco por ciento de la superficie total del terreno a fraccionar o urbanizar. Asimismo se exceptúa de la obligación a ceder áreas para parques y facilidades comunales a los simples fraccionamientos de parcelas en áreas previamente urbanizadas.

No menos de una tercera parte del área representada por el porcentaje fijado conforme al párrafo anterior será aplicado indefectiblemente al uso de parque, pero reservando en primer término de ese tercio el o los espacios necesarios para campo o campos de juegos infantiles, en proporción que no sea inferior a diez metros cuadrados por cada familia; las áreas para juegos infantiles no podrán ser aceptadas si el fraccionador o urbanizador no las ha acondicionado debidamente, incluyendo su enzacatado e instalación del equipo requerido.

Los dos tercios restantes del referido porcentaje o el remanente que de ellos quedase disponible después de cubiertas las necesidades de parque, servirán para instalar facilidades comunales que en un principio proponga el fraccionador o urbanizador o luego en su defecto los adquirentes de lotes, pero que en todo caso ha de definir la Municipalidad. Las áreas aprovechables en facilidades comunales sólo podrán eliminarse o reducirse a cambio de alguna mejora u otra facilidad compensatoria, cuando de ello se obtenga un mayor beneficio para la comunidad.

Hecha la excepción de los derechos de vía para carreteras que han de cederse al Estado, conforme a lo antes dispuesto, las demás áreas de uso público deberán ser traspasadas a favor del dominio municipal. No obstante la Municipalidad podrá autorizar que determinadas porciones sean transferidas directamente a las entidades estatales encargadas de establecer en las mismas los servicios o facilidades de su respectiva competencia, en concordancia con lo previsto en el párrafo inmediato anterior."

Este reconocimiento de inconstitucionalidad es retroactivo a la fecha de la entrada en vigencia de la norma, esto es el seis de mayo de mil novecientos setenta y dos, de conformidad con lo

dispuesto en el párrafo segundo del artículo 91 de la Ley que rige esta Jurisdicción, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe.

XXIV. DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 41 DE LA LEY DE PLANIFICACION URBANA.

Ahora bien, debe entenderse que esta obligación se encuentra justificada únicamente con la dotación de terreno, la cual no puede ser sustituida por dinero, en razón de que se trata de otorgar los servicios necesarios al complejo urbanístico que se crea y porque por definirlo la ley expresamente, las áreas de parque y las vías públicas, son patrimonio comunal y por ello, están fuera del comercio de los hombres. Debe advertirse que mediante un pago en dinero no se cumple la función social de la propiedad y no da solución al problema que se pretende solventar. Se trata de atender un problema de justicia tributaria, derivado de la recuperación de enriquecimientos generados por la acción pública, el de elaborar planes urbanísticos que sean capaces por sus dotaciones, de espacios libres, vías, servicios sociales, etc., que aseguren a sus habitantes de una vida digna. En este orden de ideas, es que toda la ordenación urbanística encuentra su fundamento en lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política, que dice:

"El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza"

En este sentido es que, al no cumplir con la función social encomendada a la propiedad y que detalla la obligación de ceder un porcentaje de terreno a la municipalidad para cubrir las necesidades del desarrollo urbanístico que se crea con la urbanización o fraccionamiento a realizar, es que resulta inconstitucional el artículo 41 de la Ley de Planificación Urbana.

Este reconocimiento de inconstitucionalidad es retroactivo a la fecha de la entrada en vigencia de la norma, es decir, al treinta de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho; de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 91 la Ley que rige esta Jurisdicción, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe.

XXV. ANALISIS DE LA NORMATIVA IMPUGNADA. DEL ARTICULO II.3

DEL REGLAMENTO PARA EL CONTROL NACIONAL PARA FRACCIONAMIENTOS Y URBANIZACIONES.

Tal y como se había señalado en el Considerando XVIII. de esta sentencia, el artículo II.3 encuentra su fundamento en lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana; y únicamente desarrolla sus principios. Así, los porcentajes indicados para la dotación de terrenos de uso comunal están dentro de los parámetros fijados en la ley, que los fijó entre el cinco y el veinte por ciento, siendo que el reglamento lo fija en un diez por ciento. Al no crear una limitación mayor que la establecida por el legislador, no resulta contrario a la Constitución Política. Sin embargo, resulta violatoria de la autonomía municipal la referencia que se hace del INVU, por cuanto, como se ha señalado en forma reiterada, es competencia exclusiva de las municipalidades la ordenación urbana; de manera que resultan inconstitucionales la frase "a criterio del INVU", en cuanto le otorga a esta institución la autorización de las urbanizaciones y fraccionamientos. Por último, en relación con la exclusión de las parcelas de uso agropecuario mayores de cinco hectáreas, afectando así las parcelas menores de dicha medida, considera esta Sala que la norma no está justificada, por cuanto, el fraccionamiento que se opere para uso agropecuario escapa a esta carga urbanística, por cuanto el fin de la tierra es otro del regulado en la Ley de Planificación Urbana. De este modo, se debe declarar inconstitucional, la frase que dice "sólo resulten parcelas con áreas menores de cinco hectáreas y su uso, que conste en el plano" para que la norma se lea así:

"Todo fraccionador de terrenos situados fuera del cuadrante de las ciudades o de zonas previamente urbanizadas, cederá gratuitamente para áreas verdes y equipamiento urbano un 10% (diez por ciento) del área, sin restricciones, excepto cuando el fraccionamiento sea agropecuario"

Esta declaratoria de inconstitucionalidad es retroactiva a la fecha de entrada su vigencia de esta norma, es decir, al veinticinco de abril de mil novecientos noventa y uno. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 91 la Ley que rige esta Jurisdicción, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe.

XXVI. DEL ARTÍCULO II.3.2 DEL REGLAMENTO PARA EL CONTROL

NACIONAL PARA FRACCIONAMIENTOS Y URBANIZACIONES. Por último, en

relación con la obligación pecuniaria que regula el artículo II.

3. 2. del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamiento y Urbanismo, del cobro en efectivo del valor equivalente al lote de uso público menor de doscientos cincuenta metros cuadrados, al haberse declarado inconstitucional el artículo 41 de la Ley de Planificación Urbana en esta sentencia, pierde su fundamento jurídico, por lo que resultan inconstitucionales las frases "No obstante, cuando éstas sean menores de 250 metros cuadrados , el fraccionador deberá cancelar a la Municipalidad en dinero, el valor equivalente dentro del plazo que se le fije" y "... pudiendo sin embargo ser negociada a juicio de la Municipalidad , previa consulta con el INVU. Las sumas que perciba el municipio por el concepto antes indicado serán destinadas exclusivamente a la adquisición y mantenimiento de terrenos para uso público en sectores donde estos trabajos hagan falta". La norma quedará así:

"Se aplicará lo indicado en el artículo III. 3. 6. 3. 2.

Todas las áreas de uso público deberán ser traspasadas a favor del dominio municipal. En áreas mayores a los 250 metros cuadrados la cesión de áreas públicas se dará en el sitio. Las áreas para servicios particulares deberán dejarse en todos los fraccionamientos cuando resulten mayores de 100 metros cuadrados".

Esta declaratoria de inconstitucionalidad es retroactiva a la fecha de entrada su vigencia de esta norma, es decir, al diecisiete de abril de mil novecientos ochenta y seis. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 91 la Ley que rige esta Jurisdicción, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe.

Por tanto:

Se declara parcialmente con lugar la acción, y en

consecuencia se declara:

a.- La inconstitucionalidad del texto del Transitorio II. de la Ley de Planificación Urbana, aprobado mediante artículo 115 de la Ley número 7015, que es Ley de Modificación del Presupuesto Ordinario para la República para el Período Fiscal de mil novecientos ochenta y cinco, de veintidós de julio de mil novecientos ochenta y cinco. En virtud de ello, queda vigente el texto dictado por Ley número 5900, de diecinueve de abril de mil novecientos setenta y seis, y que entró en vigencia el ocho de

mayo de mil novecientos setenta y seis, el cual dispone:

"El Instituto dictará las normas de desarrollo relativas a las materias a que se refiere el artículo 21 de esta Ley. 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.

Los preceptos y reglamentos que dicte el Instituto regirán en los territorios jurisdiccionales o en la parte de ellos que las normas señalen, a partir de su publicación en el Diario Oficial._

b.) La inconstitucionalidad de las frases que dicen:

dictadas por el INVU. y _a criterio del INVU_, ambas del párrafo primero, _y el INVU_ y _previa consulta al INVU_ del párrafo tercero del artículo el artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana, número 4240 de quince de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, reformada por ley número 4971 de veintiocho de abril de mil novecientos setenta y dos; queda la redacción de esta norma de la siguiente manera:

"Artículo 40. Todo fraccionador de terrenos situados fuera del cuadrante de las ciudades y todo urbanizador cederá gratuitamente al uso público tanto las áreas destinadas a vías como las correspondientes a parques y facilidades comunales; lo que cederá por los dos conceptos últimos se determinará en el respectivo reglamento, mediante la fijación de porcentajes del área total a fraccionar o urbanizar, que podrán fluctuar entre un cinco por ciento a un veinte por ciento, según el tamaño promedio de los lotes, el uso que se pretenda dar al terreno y las normas al respecto. No obstante lo anterior, la suma de los terrenos que deben cederse para vías públicas, parques y facilidades comunales no excederá de un cuarenta y cinco por ciento de la superficie total del terreno a fraccionar o urbanizar. Asimismo se exceptúa de la obligación a ceder áreas para parques y facilidades comunales a los simples fraccionamientos de parcelas en áreas previamente urbanizadas.

No menos de una tercera parte del área representada por el porcentaje fijado conforme al párrafo anterior será aplicado indefectiblemente al uso de parque, pero reservando en primer término de ese tercio el o los espacios necesarios para campo o campos de juegos infantiles, en proporción que no sea inferior a diez metros cuadrados por cada familia; las áreas para juegos infantiles no podrán ser aceptadas si el fraccionador o

urbanizador no las ha acondicionado debidamente, incluyendo su enzacatado e instalación del equipo requerido.

Los dos tercios restantes del referido porcentaje o el remanente que de ellos quedase disponible después de cubiertas las necesidades de parque, servirán para instalar facilidades comunales que en un principio proponga el fraccionador o urbanizador o luego en su defecto los adquirentes de lotes, pero que en todo caso ha de definir la Municipalidad. Las áreas aprovechables en facilidades comunales sólo podrán eliminarse o reducirse a cambio de alguna mejora u otra facilidad compensatoria, cuando de ello se obtenga un mayor beneficio para la comunidad.

Hecha excepción de los derechos de vía para carreteras que han de cederse al Estado, conforme a lo antes dispuesto, las demás áreas de uso público deberán ser traspasadas a favor del dominio municipal. No obstante la Municipalidad podrá autorizar que determinadas porciones sean transferidas directamente a las entidades estatales encargadas de establecer en las mismas los servicios o facilidades de su respectiva competencia, en concordancia con lo previsto en el párrafo inmediato anterior."

c.) La inconstitucionalidad del artículo 41 de la Ley de Planificación Urbana, número 4240 de quince de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho y sus reformas.

d.) En el artículo II.3 del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamiento y Urbanizaciones, las frases que dicen: _a criterio del INVU_ y _sólo resulten parcelas con áreas menores de cinco hectáreas y su uso, que conste en el plano_ para que la norma se lea así:

"Todo fraccionador de terrenos situados fuera del cuadrante de las ciudades o de zonas previamente urbanizadas, cederá gratuitamente para áreas verdes y equipamiento urbano un 10% (diez por ciento) del área, sin restricciones, excepto cuando el fraccionamiento sea agropecuario._"

e.) Del artículo II.3.2. del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones, se declaran inconstitucionales las frases _No obstante, cuando éstas sean menores de 250 metros cuadrados , el fraccionador deberá cancelar a la Municipalidad en dinero, el valor equivalente dentro del plazo que se le fije._ y _, pudiendo sin embargo ser negociada a juicio de la Municipalidad , previa consulta con el INVU. Las

sumas que perciba el municipio por el concepto antes indicado serán destinadas exclusivamente a la adquisición y mantenimiento de terrenos para uso público en sectores donde estos trabajos hagan falta._ La norma quedará así:

"Se aplicará lo indicado en el artículo III. 3. 6. 3. 2. Todas las áreas de uso público deberán ser traspasadas a favor del dominio municipal. En áreas mayores a los 250 metros cuadrados la cesión de áreas públicas se dará en el sitio.

Las áreas para servicios particulares deberán dejarse en todos los fraccionamientos cuando resulten mayores de 100 metros cuadrados.

Estas declaratorias de inconstitucionalidad se hacen retroactivas a la fecha de su entrada en vigencia de las normas que se anulan, así, al veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco en relación con el Transitorio II. de la Ley de Planificación Urbana, número 7015, de veintidós de julio de mil novecientos ochenta y cinco; al seis de mayo de mil novecientos setenta y dos, en relación con el artículo 40 de la Ley de Planificación Urbana, al treinta de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho en relación con el artículo 41 de la Ley de Planificación Urbana; al veinticinco de abril de mil novecientos noventa y uno, en relación con el artículo II.3 del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones; y al diecisiete de abril de mil novecientos ochenta y seis en relación con el artículo II.3.2. del citado Reglamento. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 91 la Ley que rige esta Jurisdicción, las inconstitucionalidades que se declaran son sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe al amparo de las normas que se anulan. Se declara sin lugar la acción en todo lo demás.

Reséñese y publíquese íntegramente esta sentencia en el Boletín Judicial, y reséñese en el Diario Oficial " La Gaceta ". Comuníquese a los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Notifíquese.

b) Alcances de la competencia municipal en el desarrollo urbano

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]⁷

Nº 143-2006

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE. Goicoechea, a las diez horas treinta minutos del cuatro de mayo del dos mil seis.

Por apelación de Allan Barquero Salas, mayor, casado, comerciante, cédula de identidad número cuatro-cero noventa y cuatro-quinientos diecisiete, en su condición de Albacea de la Sucesión María Julia Barquero Zamora, CONOCE, EL TRIBUNAL del acuerdo tomado por la Municipalidad de Santo Domingo de Heredia en Sesión Ordinaria Nº81-98 de 2 de noviembre de 1998 y Nº 93-1998 de 18 de diciembre de 1998.

Redacta la Juez Chambers Rivas; y,

CONSIDERANDO:

I. Ante lo ambiguo y confuso de la gestión del disconforme, como de la redacción de los acuerdos, emitidos por el gobierno local del cantón de Santo Domingo, entiende el Tribunal que de lo que se trata aquí, es de la denegatoria de un visado municipal respecto de siete planos referentes al fraccionamiento del inmueble Nº 71075, tomo 2047, folio 477, asiento 1, sito en Santo Tomás de Santo Domingo, provincia de Heredia, y que corresponden a los números de catastro: H-574006-99; H-574007-99; H-574008-99; H-574009-99; H -574010-99; H-574011-99; H-574012-99. Según argumenta la Municipalidad, no es posible otorgarlo por no contar con los servicios mínimos, basado en el artículo 36 inciso a), b) c) y d) de la Ley de Planificación Urbana.

II. El control de desarrollo urbano es competencia municipal, e implica no solo dictar Planes Reguladores, sino también controlar el fraccionamiento de terrenos , por medio de éstos, y con el otorgamiento del correspondiente visado municipal al plano respectivo, a tenor de lo establecido en el artículo 33 de la Ley de Planificación Urbana. Es decir, las municipalidades al visar los planos, comprueban que la división o fraccionamiento se hizo de conformidad con lo establecido en las leyes, brindando seguridad a los ciudadanos de que se van a resguardar las vías públicas, los servicios de agua, las aceras, la electrificación y demás factores que brinden seguridad y comodidad a los habitantes

del cantón. Por otra parte, debe tenerse presente, que la disposición legal, arriba mencionada, se refiere a lo que se conoce como "fraccionamiento simple ", y no para efectos de urbanización, dado que en aquél no se da la apertura de calles, pues las parcelas resultantes de esa segregación tienen acceso a una vía pública existente, a diferencia de cuando se trata de fraccionamiento "para efectos de urbanización", en cuyo caso, precisa la apertura de aquéllas y demás servicios.

III. En esa misma consideración, el artículo 36 de la Ley de Planificación, Urbana, es específico en referirse a los casos en que se negará el visado municipal, estableciendo en lo de interés: "Se negará la visación municipal de planos a fraccionamientos de áreas sujetas a control, por cualquiera de las siguientes razones: a) Cuando del simple fraccionamiento se originen lotes que tengan menos tamaño del permitido, inadecuado acceso a la vía pública o carentes de servicios indispensables " (El destacado es propio). En el caso que ocupa nuestra atención, la Administración Territorial,- según se expresó- fundó su negativa a visar los planos en el hecho de que los lotes a segregarse no contaban con los servicios mínimos. Empero, contrario a tal afirmación, tenemos que según reconocimiento judicial, practicado en el lugar de la cuestión, se pudo constatar la existencia de servicios básicos de agua, alumbrado, electricidad, y teléfono, así como la existencia de un paja de agua que abastece una de las construcciones que se encuentran frente a los lotes segregados, (un taller y cinco casas de habitación), ubicándose además, a la propia entrada de la calle que da acceso a los inmuebles, un medidor de agua del Acueducto Municipal (fls 65, 66 y 72 del expediente principal). También se determinó que tales terrenos cuentan con acceso a una calle pública, que se describe en cada uno de los siete planos a visar, aunque sobre ese tópico, no hay cuestionamiento del gobierno local. No obstante, debe señalarse que la norma III. 2.6.5 del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones, que invoca la corporación demandada, se relaciona con calles de uso restringido, que además limita un derecho de vía mínimo de seis metros totalmente asfaltado, lo que aquí evidentemente se sobrepasa, si eventualmente se entendiera de tal naturaleza.

IV. En otro sentido, conviene destacar que cada plano, de conformidad con el artículo 34, párrafo segundo de la Ley de Planificación Urbana) contiene un sello rubricado por el Alcalde Municipal, en donde se establece que: " se confiere el presente

visado en el entendido de que este no le da derecho a ningún trámite de construcción ". Lo anterior permite concluir que el acto fraccionante, resultó eficaz, pues el visado fue otorgado por la Oficina municipal autorizada a ese efecto; visado aquél que no puede entenderse, sino al referido en el artículo 33 de la Ley de Planificación Urbana. Tan es así, que el propio ente territorial, advirtió que el mismo no daba derecho a ningún trámite de construcción, lo que concuerda con lo estatuido en el artículo III. 3.14.2 del Reglamento de repetida cita. Así las cosas, se impone anular los acuerdos apelados, dando además por agotada la vía administrativa, por no existir ulterior recurso.

POR TANTO

Se anulan los acuerdos apelados. Se da por agotada la vía administrativa.

c) Sobre las limitaciones a la propiedad

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]⁸

291-2003.

SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. II Circuito Judicial de San José, Goicoechea, a las nueve horas treinta minutos del doce de setiembre del dos mil tres.

Apelación Municipal interpuesta por Alberto Puente García, mayor, casado, empresario, cédula de identidad número ocho-cero setenta y tres-setecientos sesenta y dos, en su condición de representante de la empresa Albiplas internacional S.A.; contra el Acuerdo municipal tomado por el concejo municipal de Belén, en Sesión ordinaria N°76-2002, celebrada el 29 de noviembre del 2002; mediante el cual se rechaza el recurso de apelación contra la resolución de la Alcaldía, la que a su vez confirma la resolución de la Unidad de Desarrollo Urbano, según la cual se le clausura la obra y se le solicita que de forma inmediata proceda a eliminar las estructuras de techos y sus apoyos, que no cumplan con el alineamiento oficial indicado en el permiso de construcción #5705,

línea de construcción a 19 metros del centro de la calle.

Redacta la Juez Vargas Vargas, y;

CONSIDERANDO

I- Señala el apelante como motivos de inconformidad que el alineamiento fijado frente a la calle del costado sur de la propiedad de Albiplas Internacional resulta irrazonable, desproporcionado, inconstitucional y confiscatorio. Estima igualmente que si bien el Plan Regulador puede limitar el uso del suelo, los retiros para construir, las dimensiones de las construcciones y otras condiciones en esta materia, también existe un marco general, en el cual debe actuar el propietario del inmueble, el que debe ser compatible con el contenido constitucional y legal de ese derecho. Sostiene además que la limitación de fijar un retiro de diez metros frente a la calle sur de la propiedad de su representada, solamente se circunscribe a las propiedades situadas en este lindero de la calle y no se aplica a las propiedades que están con respecto a la calle en cuestión, al lado sur de la misma, por lo que alega una violación al principio de igualdad. Por último, agrega el inconforme que se está en presencia de una expropiación, sin previa indemnización, y solicita se ordene a la Municipalidad fijar un retiro de construcción en el lindero sur de la propiedad igual a todos los retiros de la colectividad.

II- La empresa Albiplas Internacional solicitó un permiso de construcción para una tapia en su propiedad, el 25 de enero del dos mil dos. El departamento de Ingeniería de la Municipalidad de Belén concedió el permiso de construcción, pero con una línea de construcción de 19 metros del centro de la calle. Sin embargo, en fecha 24 de abril del dos mil dos, la Unidad de Desarrollo Urbano ordena paralizar y realizar las correcciones de la obra constructiva, debido al incumplimiento de dos condiciones; la primera es que no se ajusta al permiso de construcción concedido y además que no cumple con el alineamiento, esto es con una línea de construcción de 19 metros del centro de la calle por lo que se ordena clausurar la obra. La empresa desobedece la orden y continúa con la construcción, en razón de lo cual, la Unidad de Desarrollo Urbano de la Municipalidad ordena el derribo de lo construido.

III- Estima el Tribunal que no lleva razón el inconforme; el alineamiento que se le exige de diecinueve metros del centro de la calle , no resulta confiscatorio, ni desproporcionado, veamos: El Plan Regulador de Belén establece en su numeral 7 la Zona Industrial, en ella los lotes o fincas donde se ubiquen industrias deberán cumplir con ciertos requisitos, dentro de ellos los retiros, siendo el retiro frontal, para un lote de setecientos metros de un mínimo de diez metros (inciso 4). Si tomamos el plano catastrado de la propiedad a folio 2 del expediente, se observa claramente que el derecho de vía mide dieciséis punto sesenta y seis metros, de manera que si la línea de construcción se estableció a diecinueve metros del centro de la calle, en realidad existen ocho punto treinta y tres metros que pertenecen a vía de pública,(o en todo caso, nueve metros) por lo que el retiro frontal sería de diez punto sesenta y siete metros, (o diez metros si se toman nueve metros de vía pública). Así las cosas, no resulta cierta la afirmación del apelante en el sentido de que el alineamiento es desproporcionado o confiscatorio, pues no se cercena su derecho de propiedad. Respecto a la presunta violación al derecho de igualdad, el Plan Regulador de Belén es claro al indicar que los lotes tendrán un área mínima de setecientos metros y los retiros frontales no podrán ser menores de diez metros, en todo caso no demuestra el recurrente la no aplicación del retiro frontal en propiedades al sur de la calle o si éstos se dieron bajo la vigencia del actual Plan Regulador. En cuanto al grado de afectación de su lote, que según -dice- lo convierte en una expropiación sin indemnización previa, no concuerda este órgano colegiado con dicha afirmación, en razón de que nuestra legislación establece la posibilidad de que mediante planes reguladores, por interés social la propiedad privada pueda ser limitada, en virtud de los cuales se exige al propietario el cumplimiento de ciertos deberes derivados precisamente de esa limitación, de allí que no deban indemnizarse esos límites y deberes urbanísticos, en tanto resulten razonables y no vacíen de contenido el derecho a la propiedad privada (En este sentido ver Votos de la Sala Constitucional N°796-91 de las 15:10 horas del 26/4/1991; N°5097-93 de las 10:24 horas del 15/10/1993; N°6469-94 de las 9:33 horas del 4/11/1994). No se puede hablar de una expropiación en el subexámine, ya que, el propietario posee el poder de disposición del bien, únicamente existen respecto al mismo limitaciones de orden urbanístico, que deben ser observadas al momento de construir. En consecuencia, habiendo incumplido la propietaria del inmueble con el alineamiento de construcción de diecinueve metros del centro de la calle, así como con la paralización de la obra, efectuando las correcciones necesarias, debe confirmarse la orden para que se proceda a la eliminación de

la estructura construída fuera del alineamiento concedido en el permiso de construcción N°5705.

POR TANTO

Se confirma el acuerdo apelado. Se da por agotada la vía administrativa.

FUENTES CITADAS

- 1 MARTIN Ernesto. Principios de Derecho Administrativo. San José. Editorial Trejos Hnos. 1939 p 115.
- 2 CHAMORRO GONZALEZ, Jesús María. Algunas notas sobre el sometimiento pleno de la administración al principio de legalidad: el acceso a la función pública y su control. Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial de España. 2004 Libro Electronico Micronet.
- 3 GONZALEZ GRAMAJO Maritza y HERNANDEZ HERNANDEZ Ronaldo. Urbanismo, Pragmatismo y Discrecionalidad. Ibidem Rodrigo Facio. Trabajo de Graduación para optar por el grado de Maestría en Derecho Público. 2005 p 166.
- 4 GONZALEZ GRAMAJO Maritza y HERNANDEZ HERNANDEZ Ronaldo. Ibidem p 167.
- 5 GONZALEZ GRAMAJO Maritza y HERNANDEZ HERNANDEZ Ronaldo. p 172.
- 6 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Resolución No. 4205-96. las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.
- 7 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE. Resolución N° 143-2006 las diez horas treinta minutos del cuatro de mayo del dos mil seis.
- 8 SECCIÓN TERCERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. II Circuito Judicial de San José, Resolución 291-2003. las nueve horas treinta minutos del doce de setiembre del dos mil tres.