



## Informe de Investigación

**Título:** LA MOTIVACIÓN EN EL ACTO ADMINISTRATIVO

**Subtítulo:** -

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Administrativo	<b>Descriptor:</b> Acto administrativo
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta	<b>Palabras clave:</b> Motivación, acto administrativo
<b>Fuentes:</b> Jurisprudencia	<b>Fecha de elaboración:</b> 02-2010

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>1</b>
<b>2 Jurisprudencia.....</b>	<b>1</b>
232-2002.....	1
No. 04-2009-SX.....	3
N°351-2006.....	12
Res. N° 2007-002530.....	13
N° 138- 2009.....	14
N° 48- 1995.....	28

#### 1 Resumen

En el presente informe se aportan extractos de resoluciones sobre el tema de la motivación en el acto administrativo.

## 2 Jurisprudencia

### 232-2002<sup>1</sup>

Acto administrativo: Análisis y distinción entre el motivo y la motivación del acto

Voto de mayoría

"IV.-

En primer término, se avoca el Tribunal, a analizar el acto cuestionado, número R-129-98-MINAE de 8 horas del 2 de febrero de 1998, del que se acusa, es carente de motivación. Es un hecho indiscutible, que la Administración debe fundamentar o motivar sus decisiones, lo que implica, la obligación de hacer una declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su dictado. En otros términos, la carencia de motivación, provoca el vicio de uno de sus elementos por infracción a un requisito formal, y por ende, una arbitrariedad por parte de la Administración. En términos similares lo entendió la Sección Primera de este Tribunal, cuando, en su sentencia número 348-98 de 11 horas del 14 de octubre de 1998, dispuso: "(...) V.-

En lo que se refiere a la falta de motivación de los actos cuestionados, conviene hacer una aclaración acerca de la diferencia entre el motivo y la motivación del acto administrativo. Por motivo se considera generalmente la necesaria conformidad que debe existir entre el acto administrativo y el propósito que le asigna la ley, o sea con el interés público a satisfacer en el caso concreto, y es por lo tanto uno de los elementos objetivos del acto administrativo. (Artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública). Por otra parte existe obligación de motivar un buen número de actos administrativos, esto es, de hacer públicos en declaración formal, los motivos de hecho y de derecho en virtud de los cuales se han dictado, de manera que en ese sentido, la motivación está siempre ligada al motivo o a la causa del acto administrativo. La motivación es el lado exterior y el motivo el interno de un acto administrativo. El motivo es parte de la sustancia del acto administrativo y la motivación es la manifestación externa de ello, por lo que constituye uno de sus requisitos formales. El artículo 136 de la ley citada, inciso a) dice que deberán ser motivados con mención, sucinta al menos en sus fundamentos jurídicos, los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos (...)". Analizado el de que se ha hecho mérito, se llega al convencimiento, de que efectivamente, lleva razón la impugnante. Si bien el acto a que se ha hecho referencia, en los considerandos, señala el deber del Estado de proteger el dominio público, con fundamento en el Decreto Ejecutivo número 23904-MIRENEM, disposición creadora de la Comisión de Descogelamiento de Áreas de Interés Minero y reguladora del procedimiento a seguir en relación con las solicitudes de explotación minera que se le presenten, en su totalidad, carece de los razonamientos de hecho y de derecho necesarios para apoyar su decisión. Obsérvese, que este acto, no expresó, ni en forma sucinta, las razones por las cuales denegó la gestión de la petente. Nótese, que solo hace referencia a dos oficios. El primero, el número DPD-257-97 de 8 de mayo de 1997, en el que Geólogo, César Laurito Mora, expresamente manifiesta, que la solicitud de descongelamiento se debe aceptar, "(...) pues desde el punto de vista técnico no hay objeción (...)", previniendo únicamente, que se aporte certificación de contador público autorizado donde se indique el monto con que cuenta la empresa para el inicio de las labores de extracción. El segundo, número DGM-TOP-129-97 de 14 de mayo de 1997, firmado por

el Topógrafo José Hernández Cascante, lo que realiza, es una fijación temporal de coordenadas, en razón de que no se aportó la Hoja Chapernal sobre el cauce del dominio público del Río Guacimal, previniendo su presentación, para ubicar en firme, situación ésta que no puede aceptarse como motivación del acto, por más antiformalista que quiera hacerse el procedimiento administrativo. La doctrina ha señalado, que "(...) La motivación textual debe ser la regla, integrando generalmente el cuerpo del acto como parte de su contenido, ya sea mediante signos lingüísticos, ya mediante referencias o llamadas convencionales que permitan una clara intelección sobre el fundamento del acto y el criterio de la decisión. El principio es además, como se ha expresado, que la motivación textual es un requisito esencial del acto que afecta a derechos fundamentales, a fin de que el interesado pueda, desde el primer momento y con pleno conocimiento de causa, emprender su adecuada defensa (...)" (Fernando Pablo, Marcos M. "La motivación del acto administrativo" Editorial Tecnos S. A., 1993, pág. 212). Continúa el mismo autor refiriendo, que en algunos aspectos, cuando el acto no afecte derechos fundamentales de los administrados, la jurisprudencia es cada vez más liberal y flexible, permitiendo la incorporación, por referencia, de informes previos. No obstante, concluye, que "(...) En todo caso, por tanto, para que la captación de informes sirva de motivación, parece necesario no solo la simple referencia genérica a la totalidad del expediente, sino la identificación y recepción del contenido esencial del informe o informes en que se sustenta la resolución, así como que tales informes se pongan a disposición del interesado, al tiempo de notificársele la resolución (...)" (ob. cit., págs. 213 y 214). Ninguna de estas situaciones ocurrió en el sub exámine. Se denegó la solicitud sin mencionar, siquiera las razones para ello, y si bien cuando se conocieron los recursos interpuestos, ya hace mención a la supuesta falta de requisitos, concluye, que por error se le dio el trámite cuando debió, rechazarse ad- portas, circunstancia que, en criterio de este órgano colegiado, no subsana el defecto apuntado. En estas condiciones, de conformidad con el numeral 166 de la Ley General de la Administración Pública, los actos emitidos padecen de nulidad absoluta, por lo que no queda otra alternativa que declarar su invalidez, a fin de que se proceda de nuevo, al dictado conforme a la ley.-

"

## **No. 04-2009-SX<sup>2</sup>**

Acto administrativo: Concepto de motivo, efectos de su ausencia y relación con la motivación del acto

Voto de mayoría

"V.-

**SOBRE EL FONDO DE LO IMPUGNADO.** Ante la exposición de hechos y circunstancias contables de lo declarado por la empresa Hortifruti S.A., y la determinación efectuada mediante el traslado de cargos que fue confirmado mediante la resolución que en esta instancia procesal se impugna, y valorando los argumentos esgrimidos por la Sección Primera del Tribunal Fiscal Administrativo, estima esta autoridad procedente previo a definir o no la procedencia de lo pretendido menesteroso, el análisis de la normativa vigente para luego, al amparo de ese marco de acción



legal, proceder a resolver lo que en derecho corresponde.

Establece claramente y en lo conducente el artículo ocho de la Ley del Impuesto Sobre la Renta:

"Son deducibles de la renta bruta:...

a) El costo de los bienes y servicios vendidos, tales como la adquisición de bienes y servicios objeto de la actividad de la empresa; las materias primas, partes, piezas y servicios para producir los bienes y servicios vendidos; los combustibles, la fuerza motriz y los lubricantes y similares; y los gastos de las explotaciones agropecuarias necesarias para producir la renta.

b) Los sueldos, los sobresueldos, los salarios, las bonificaciones, las gratificaciones, las regalías, los aguinaldos, los obsequios y cualquier otra remuneración por servicios personales efectivamente prestados, siempre y cuando proceda y se hayan hecho las retenciones y enterado los impuestos a que se refiere el título II de esta Ley...

c) Los impuestos y tasas que afecten los bienes, servicios y negociaciones del giro habitual de la empresa, o las actividades ejercidas por personas físicas, con las excepciones contenidas en el inciso c) del artículo 9...

d) Los intereses y otros gastos financieros, pagados o incurridos por el contribuyente durante el año fiscal, directamente relacionados con el manejo de su negocio y la obtención de rentas gravables en este impuesto sobre las utilidades, siempre que no hayan sido capitalizados contablemente. Las deducciones por este concepto estarán sujetas a las limitaciones establecidas en los párrafos siguientes:

No serán deducibles, por considerarlos asimilables a dividendos o participaciones sociales, los intereses y otros gastos financieros pagados en favor de socios de sociedades de responsabilidad limitada.

No será deducible la parte de los intereses atribuible al hecho de que se haya pactado una tasa que exceda las usuales de mercado.

No serán deducibles los intereses cuando no se haya retenido el impuesto correspondiente a ellos.

Cuando el monto de los intereses que el contribuyente pretenda deducir sea superior al cincuenta por ciento (50%) de la renta líquida, el contribuyente deberá completar un formulario especial que le suministrará la Administración Tributaria y, además, brindar la información y las pruebas complementarias que en él se especifiquen.



Para los efectos del párrafo trasanterior, se entenderá por renta líquida la suma de la renta neta, definida en el artículo 7 de esta Ley, menos el total de ingresos por intereses del período, más las deducciones correspondientes a los intereses financieros deducibles, según se definen en este artículo. (Así reformado por el artículo 8 de la Ley de Ajuste Tributario No. 7543 de 14 de setiembre de 1995)

El Poder Ejecutivo podrá establecer, por decreto, una vez al año y antes de iniciarse el período fiscal, un porcentaje superior al cincuenta por ciento (50%), como condición que obliga al contribuyente a presentar el formulario especial mencionado en el párrafo trasanterior. El deber impuesto a los contribuyentes en el primer párrafo de este inciso no limita las potestades de la Administración de requerir información y pruebas y de practicar las inspecciones necesarias para verificar la legalidad de la deducción de los intereses, de acuerdo con las facultades otorgadas en el Código de Normas y Procedimientos Tributarios. En todo caso, el contribuyente deberá demostrar a la Administración Tributaria el uso de los préstamos cuyos intereses pretende deducir, a fin de establecer la vinculación con la generación de la renta gravable, lo cual deberá evidenciarse en los documentos que deban acompañar la declaración.

Sin perjuicio de los supuestos previstos en los incisos anteriores, cualquier otra circunstancia que revele desconexión entre los intereses pagados y la renta gravable en el período respectivo dará pie para que la deducción de los intereses no sea admisible....

p) Los gastos de transporte y de comunicaciones, los sueldos, los honorarios y cualquier otra remuneración pagada a personas no domiciliadas en el país...

La Administración Tributaria aceptará todas las deducciones consideradas en este artículo, excepto la del inciso q) siempre que, en conjunto, se cumpla con los siguientes requisitos:

1.-

Que sean gastos necesarios para obtener ingresos, actuales o potenciales, gravados por esta Ley.

2.-

Que se haya cumplido con la obligación de retener y pagar el impuesto fijado en otras disposiciones de esta Ley.

3.-

Que los comprobantes de respaldo estén debidamente autorizados por la Administración Tributaria. Quedará a juicio de esta exceptuar casos especiales, que se señalarán en el Reglamento de la presente Ley.



La Administración Tributaria está facultada para rechazar, total o parcialmente, los gastos citados en los incisos b), j), k), l), m), n), o), p), s), y t) anteriores, cuando los considere excesivos o improcedentes o no los considere indispensables para obtener rentas gravables, según los estudios fundamentados que realice esa Administración.

Para que puedan deducirse los gastos causados y no pagados en el año, será menester que hayan sido contabilizados en una cuenta especial, de manera que cuando se paguen realmente se imputen a dicha cuenta. No se aceptará deducción de gastos pagados si en un ejercicio anterior se hubieren deducido esos mismos gastos como simplemente causados. (Así reformado por el artículo 12 de la Ley de Justicia Tributaria No.7535 del 1 de agosto de 1995. NOTA: si bien el encabezado del artículo 12 afectante dice modificar sólo los incisos d) y f), el párrafo primero del inciso m), y los párrafos antepenúltimo y penúltimo del presente artículo, en realidad reforma todo el contenido, respetando las modificaciones que practicaban el artículo 105 de la Ley de Presupuesto No.7097 de 18 de agosto de 1988 y el artículo 33 de la ley No.7142 de 8 de marzo de 1990, e introduciendo otra redacción en el articulado) (véase Ley del Impuesto Sobre la Renta, numeral indicado)

Asimismo establecen lo conducente el mismo cuerpo legal en su artículo 9:

" No son deducibles de la renta bruta:

...b) Los costos o gastos que no hayan tenido su origen en el negocio, actividad u operación que dé lugar a rentas gravadas, así como las erogaciones similares vinculadas con rentas gravadas que no estén respaldadas por la documentación correspondiente o que no se refieran al período fiscal que se liquida...

ch ) Las utilidades, participaciones sociales o dividendos, pagados o acreditados a socios, accionistas, dueños de empresas o personas físicas que tributen de acuerdo con esta ley...

g) Las retenciones, los pagos a cuenta y parciales efectuados de acuerdo con esta ley.

h) No son deducibles de la renta bruta:...

j) Cualquier otra erogación que no esté vinculada con la obtención de rentas gravables."

( ver misma cita, artículo 9)

Esos parámetros legales, nos indican que en casos como el que nos ocupa, conforme a lo que autoriza el artículo 123 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, se procede a valorar la información suministrada y los asientos contables que originan la declaración voluntaria, que se

verificó y contra esos asientos se aplicará la normativa para ratificar lo declarado o modificarlo ajustando a través de una "determinación" fiscal, la verdadera renta, como lo ordena la ley,. Así tenemos que:

" ARTICULO 123.-

Verificación de las declaraciones, libros y demás documentos. Las declaraciones juradas presentadas por los contribuyentes y responsables y cualesquiera libros, escrituras y demás documentos, en cuanto en ello deba constar la información relativa a la liquidación o el pago de los tributos, están sujetos a la comprobación de la Administración Tributaria. Para tal efecto ésta puede practicar, dentro de la ley y por intermedio de los funcionarios debidamente autorizados, todas las investigaciones, diligencias y exámenes que considere necesarios y útiles para comprobar dichas declaraciones juradas y los datos contenidos en los libros, escrituras y demás documentos antes mencionados. Efectuada la verificación se debe cobrar la diferencia de tributo que resulte a cargo del contribuyente o responsable declarante; o, en su caso, de oficio se le debe devolver el exceso que haya pagado. (Así corregida su numeración por el artículo 6 de la Ley de Justicia Tributaria No.7535 del 1 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo 118 al actual)

ARTICULO 124.-

Determinación de oficio.

Cuando no se hayan presentado declaraciones juradas, o cuando las presentadas sean objetadas por la Administración Tributarias por considerarlas falsas, ilegales o incompletas, dicha Administración puede determinar de oficio la obligación tributaria del contribuyente o responsable, sea en forma directa, por el conocimiento cierto de la materia imponible, o mediante estimación, si los elementos conocidos sólo permiten presumir la existencia y magnitud de aquélla. Asimismo, aunque se haya presentado la declaración jurada, la Administración Tributaria puede proceder a la estimación de oficio si ocurre alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el contribuyente no lleve los libros de contabilidad y registros a que alude el inciso a) del artículo 104 (\*) de este Código;

b) Que no se presenten los documentos justificativos de las operaciones contables, o no se proporcionen los datos e informaciones que se soliciten; y

c) Que la contabilidad sea llevada en forma irregular o defectuosa, o que los libros tengan un atraso mayor de seis meses. Para los efectos de las disposiciones anteriores, se consideran indicios reveladores de la existencia y cuantía de la obligación tributaria, los señalados en el inciso b) del artículo 116 (\*) de este Código. (Así corregida su numeración por el artículo 6 de la Ley de Justicia Tributaria No.7535 del 1 de agosto de 1995, que lo traspasó del antiguo 119 al actual) (\*) (Así reformado tácitamente por el artículo 3 de la indicada Ley de Justicia Tributaria, que corrió la numeración del antiguo artículo 110, que es ahora 104. Igualmente, el numeral 6 modificó el orden del antiguo artículo 111, que es ahora 116) " (véase en ambos numerales Código de Rito)



Utilizando tales normativas, procede el análisis de las situaciones demostradas en autos relacionadas con cada uno de los rubros que fueron determinados por el Auditor Fiscal en el auto de traslado de cargos que corre en autos, en atención al rechazo de su deducibilidad, para definir si lleva razón la parte actora en cuanto a la ausencia de los elementos del acto impugnado.

A.-

Sobre el ajuste sobre Gastos financieros relacionados a intereses, diferencias cambiarias y comisiones bancarias.

Procede el Auditor Fiscal en el traslado de cargos a establecer un ajuste a cargo de la contribuyente sobre los rubros declarados relacionados con intereses, diferencias cambiarias y comisiones bancarias, reportadas como gastos en la declaración voluntaria verificada dentro del presente proceso. En ese análisis, indica el Auditor Fiscal, que verificada la contabilidad se rechazan esos rubros enunciados como "deducibles" por cuanto responden a tres operaciones de crédito realizadas por la actora, ante Banco Bilbao Viscaya, Banco Interfin y Banco BICSA en Panamá, que una vez recibidas, y contabilizadas en los libros, fueron transferidas, dos de esos préstamos a Corporación de Compañías Agroindustriales S.A. (CCA) como financiamiento y el tercero como pago de dividendos. Estimó el Auditor Fiscal, que en la comprobación contable, la identidad de los montos utilizados, y la evidencia en los registros de la orden de transferencia inmediata, evidenciaban que los montos correspondientes al crédito, no se utilizaron para generar renta en forma directa y por ende los intereses, diferencias cambiarias y comisiones bancarios pagados en atención de esas operaciones de crédito no eran deducibles del impuesto. En ese mismo criterio, dentro de las resoluciones emitidas a nivel administrativo, se ha rechazado el recurso de la parte actora, definiendo que la suma deducida debe reincorporarse a la renta y cancelar el tributo correspondiente.

Así lo estima este Tribunal, porque claramente, desde el traslado de cargos, se ha definido en forma plena los elementos que producen el acto determinativo; desde el principio de la verificación la documental requerida al contribuyente, y que es fundamento probatorio de lo resuelto en autos, buscaba el verdadero destino de los dineros prestados; si bien la actora reclama que existe una confusión entre la utilización física del dinero, y el destino dado a los mismos, en autos ha quedado plenamente demostrado, no por "ajuste" a la convicción del Auditor, sino por "ajuste a la realidad contable", que se destinaron los dineros a fines distintos de la "generación" de utilidades. La actora procedió al giro, transferencia o pago, de todas esas sumas obtenidas por medio de préstamo, a la socia mayoritaria de la empresa actora; ese comportamiento no representa, ni actividad habitual de la empresa actora, ni despliegue de actividades generadoras de renta; por ende, la valoración efectuada en autos responde a una realidad contable que no puede dejarse pasar por alto, porque se actuaría en detrimento del Fisco. Al destinarse los préstamos a fines distintos de la actividad económica habitual de la actora, los intereses que se paguen por esos créditos solicitados, las comisiones bancarias y las diferencias cambiarias generadas por esos dineros, que fueron girados en dólares americanos, tampoco pueden constituirse como deducibles del impuesto sobre la renta. Los análisis contables efectuados por el auditor fiscal, la narrativa de los hechos descubiertos, la fundamentación legal, y la justificación expuesta por la Administración desde el inicio de la determinación, son componentes del "motivo" que debe contener el acto discutido, y dada la

existencia de dicho elemento, la nulidad reclamada por falta de ese motivo en cuanto a los rubros dichos, no existe. Claramente así se ha expuesto en análisis efectuados por La Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo, cuando en su voto 351-2006 de catorce horas quince minutos del diez de agosto del dos mil seis enunció:

" Es un hecho fuera de discusión que la Administración debe fundamentar o motivar sus decisiones, lo que implica la obligación de hacer una declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su dictado . En otros términos, la carencia de motivación provoca el vicio en uno de los elementos del acto administrativo, al violentarse un requisito formal que origina una arbitrariedad por parte de la Administración. La Sección Primera de este Tribunal, al definir y diferenciar el motivo y la motivación de un acto, dispuso en resolución número 348-98 de 11 horas del 14 de octubre de 1998:

"(...) V.- En lo que se refiere a la falta de motivación de los actos cuestionados, conviene hacer una aclaración acerca de la diferencia entre el motivo y la motivación del acto administrativo. Por motivo se considera generalmente la necesaria conformidad que debe existir entre el acto administrativo y el propósito que le asigna la ley, o sea con el interés público a satisfacer en el caso concreto, y es por lo tanto uno de los elementos objetivos del acto administrativo.(Artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública). Por otra parte existe obligación de motivar un buen número de actos administrativos, esto es, de hacer públicos en declaración formal, los motivos de hecho y de derecho en virtud de los cuales se han dictado, de manera que en ese sentido, la motivación está siempre ligada al motivo o a la causa del acto administrativo. La motivación es el lado exterior y el motivo el interno de un acto administrativo. El motivo es parte de la sustancia del acto administrativo y la motivación es la manifestación externa de ello, por lo que constituye uno de sus requisitos formales. El artículo 136 de la ley citada, inciso a) dice que deberán ser motivados con mención, sucinta al menos en sus fundamentos jurídicos, los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos (...)" (ver resolución citada)

En autos se desglosa en forma vehemente, tanto el motivo como la motivación que encuentran el Auditor Fiscal, y la misma Sala Primera del Tribunal Fiscal Administrativo para imponer el ajuste de interés, se evidencia que de acuerdo con la normativa ampliamente analizada, enunciada, a la documental constante en autos y puesta en conocimiento de la actora, el procedimiento determinativo, se realiza ante la existencia de lo que llama el Auditor Fiscal "forma jurídica inadecuada", expuesta en las líneas del folio cinco del expediente administrativo y posteriormente ratificado en la resolución recurrida cuando se indica en la misma como consta a folios 58 y siguientes del expediente principal, los elementos de análisis que se dieron a los libros contables y que como consecuencia directa expone: "...los dineros no fueron utilizados en la producción de rentas gravables generadas a través de la actividad de la propia empresa deudora, ni se ha demostrado que fueran reembolsados... por lo que los intereses generados por esos préstamos no pueden ser aceptados como gastos deducibles..." véase folio 57 del expediente principal); continúa diciendo la resolución sobre las diferencias cambiarias y comisiones bancarias "... es decir esos fondos no se emplearon en actividades que generaran rentas gravables. Es por esa razón que este Tribunal considera que es correcta la posición de la Administración Tributaria a quo al rechazar la deducción de gastos por este concepto " (véase folio 58 expediente administrativo) Este Tribunal estima que sí existe en consecuencia tanto descripción del motivo como motivación del acto emitido por la autoridad administrativa y en consecuencia lo resuelto en cuanto a esos ajuste debe

confirmarse porque la conexidad directa del gasto, con la producción de ingresos o utilidades no se ha demostrado, al contrario, se ha demostrado en autos, que no existe esa conexidad, la actora utiliza los fondos obtenidos con un préstamo para cancelación de extremos o rubros no relacionados con su actividad habitual y por ende no contemplados como deducibles del impuesto sobre la renta. El destino del dinero entregado, es ajeno a la actividad habitual y por ende no es objeto de deducibilidad. La afirmación de la actora de que el pago de esos dineros en la forma que se hizo era necesario para generar renta, no es admisible, es la directa relación entre lo pagado y el efecto de utilidad lo que establece la ley como deducible y no las relaciones subyacentes. La actora al destinar el capital obtenido para usos distintos de la actividad habitual, no genera renta, ni utilidades, por lo que es imposible atribuirle deducibilidad a los rubros generados por la cancelación de intereses y otros de esos préstamos.

B- Sobre los Gastos de Dirección rechazados. Establece la ley del Impuesto sobre la renta en lo conducente en su artículo ocho:

ARTICULO 8º.-

Gastos deducibles.

Son deducibles de la renta bruta:

... n) Los gastos de organización de las empresas, los cuales podrán deducirse en el período fiscal en que se paguen o acrediten, o, si se acumularen, en cinco períodos fiscales consecutivos, a partir de la fecha del inicio de su actividad productiva, hasta agotar el saldo. Se considerarán gastos de organización todos los costos y gastos necesarios para iniciar la producción de rentas gravables que, de acuerdo con esta Ley, sean deducidos de la renta bruta. (véase Ley de rito artículo 8)

Bajo esa premisa legal pretendió la actora la deducibilidad de los gastos que por ese concepto se generaron según contrato que aportó como prueba, sin embargo el Auditor Fiscal, procedió a rechazar el mismo como lo indica a folios 30 a 45 del Traslado de Cargos, por cuanto solamente se comprueba el gasto con facturas y contrato. En ese sentido reclama la actora que esos elementos son suficientes, y debía admitirse el gasto, sin embargo del análisis efectuado a la contabilidad de la actora, ese contrato se da entre dos empresas vinculadas, siendo necesario en casos como el de marras la verificación empírica de la efectiva y detallada prestación del servicio, misma que este Tribunal estima no ha sido demostrada efectivamente. De acuerdo con el contrato presentado como prueba y los adendum a él efectuados, el servicio pactado se cancelaría "de acuerdo al nivel de servicios prestados", lo que permite estimar un monto que variará dependiendo de las actividades del mercado y de la propia empresa, y por las necesidades de dirección cada mes, sin embargo, la prueba aportada muestra que el pago se hizo en forma fija a principios de cada mes, evidenciando un pago adelantado y no por servicios prestados, y además por una suma fija, no variable, lo que permite estimar igualmente que el servicio no fue valorado independientemente cada mes para el cobro de las supuestas labores desplegadas; así estos elementos de certeza derivados del uso de la lógica y la razón obligan a comprobar empíricamente la efectiva actividad



desplegada, que incluso el mismo contrato previó cuando las partes enunciaron que se daría un detalle del cobro por parte de la empresa servidora -CAA-. Solicitada tal información a la actora aporta simplemente una serie de documentos -incluso algunos pertenecientes a períodos ajenos al verificado-, que no permiten obtener certeza de que se desplegaran actividades continuas que justifiquen el pago de las sumas de servicios cancelados. La actora, como prueba aporta además un peritaje para demostrar que se rindió el servicio, sin embargo, ese peritaje solamente puede demostrar que formalmente se canceló el mismo, no que fuera prestado el servicio pactado que es lo que justificaría en última instancia el gasto. A la fecha, la actora no ha hecho uso de ese derecho de solicitar el detalle a la contraparte para justificar el pago realizado, y no solventada esa necesidad probatoria que permita tener por cierto que el servicio cancelado fue debidamente recibido por la actora, la suma deducida no tiene justificación legal para ello, y debe rechazarse, porque físicamente es imposible tener por cierta empíricamente la ejecución pactada, no siendo posible establecer una conexidad entre lo pagado y la búsqueda de utilidades. A este Tribunal dadas las circunstancias del contrato y documentales aportadas, no le resulta de importancia si realmente era necesaria la labor convenida o no, la empresa puede destinar libremente sus ingresos a búsqueda de mejores formas de desarrollo, pero debe demostrar esa búsqueda, no simplemente realizar actos de comercio, sin comprobación con empresas vinculadas, debe demostrar la correcta actividad generadora del gasto, no simplemente lo convenido para generarla. Así tal rechazo era procedente, y lógicamente produce el efecto inmediato de incremento sobre la base imponible de renta y la carga tributaria correspondiente.

C.-

Sobre Costo de Mercadería Venida de Partida de Honorarios.- Proyecto Planta Nueva-. Mediante los asientos rechazados por el Auditor Fiscal la actora pretendió trasladar de la partida de obras en proceso a " Gastos de fabricación" los honorarios profesionales que pertenecían a la primera presuntamente porque se dejó de lado la construcción de la planta. Esa actuación contable no es procedente como bien lo hace ver la demandada en el traslado de cargos efectuado, y en la resolución recurrida. Los gastos que se pretenden deducir en este período fiscal, de acuerdo a la prueba contable, fueron ingresados en la contabilidad de otro período fiscal, razón suficiente para que no puedan ser deducidos en este período fiscal, porque de acuerdo con el inciso b) del artículo 9 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta "no se refieren al período fiscal que se liquida". En consecuencia, no será por medio de la deducibilidad en este período fiscal que podrá recuperar los montos erogados la actora, y debe como se ha indicado mantenerse la suma como perteneciente aún al rubro en el cual fue contabilizada oportunamente.

D- Sobre el Crédito Forestal. A través del uso de los derechos de libre comercio la actora adquirió una plantación y a través de esa adquisición, procedió a justificar una deducibilidad de un crédito forestal a su favor; sin embargo en autos no ha quedado demostrado que sea acreedor aún de ese crédito forestal. Si bien las probanzas demuestran la compra de los derechos sobre la plantación, y la gestión ante los órganos correspondientes a fin de poder disfrutar de los beneficios de esa condición, no existe documento en el cual se le tenga como beneficiario del contrato de crédito forestal que pretende hacer valer, es más en autos por el propio aporte de la actora consta que solicitó que se le indicara cuando podía pasar a firmar el contrato que le diera esos beneficios -véase folios 1821 y 1822 de expediente administrativo- ; sin que a la fecha se haya aportado el mismo, que es el único elemento probatorio que jurídicamente permitirá tener por cierta la deducibilidad reclamada, porque hasta el momento no consta documento donde oficialmente se haya cedido a la actora el beneficio otorgado a la anterior propietaria de los derechos de la

plantación de interés, ni documental en la cual se acredite su condición de beneficiario directo.

E- Sobre la determinación a través de método indirecto y factor utilizado. De conformidad con lo expuesto por el Auditor Fiscal, el traslado de cargos indica que se rechazan los montos consignados por concepto de gastos por intereses, diferencias cambiarias y gastos de dirección honorarios profesionales y crédito forestal. De tal situación establece la ley como efecto inmediato la determinación de la renta real, a través de alguno de los dos métodos establecidos para ello, el de base cierta, cuando se cuente con todos los elementos necesarios para determinar la real base imponible del tributo, o la de base presunta, conocida como método indirecto, cuando se presenten los elementos contenidos en el artículo 124 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. La norma no excluye la aplicación de ambos procedimientos, exige la utilización de ambos de acuerdo a las circunstancias reales de la empresa contribuyente, así como en el caso de marras pueden utilizarse ambos métodos, y pese a la objeción de la parte actora, para el caso de ajuste de inversiones transitorias en que se ve afectada la renta de la contribuyente, el proceder del Auditor Fiscal es adecuado. Para este Tribunal los elementos descritos en el traslado de cargos son suficientes para tener como ya se ha indicado, por esgrimido el motivo en el acto de determinación emitido, y resulta igualmente procedente el procedimiento de determinación utilizado por el Auditor Fiscal -factor- para el ajuste de las diferencias cambiarias, toda vez que los montos rechazados representaban pagos en todo el período fiscal, y el factor utilizado es igualmente anual. La aplicación que pretende el actor de que se aplique el factor, por el período de vigencia del préstamo obtenido es improcedente, ya que el monto rechazado representa sumas anuales, no mensuales, ni trimestrales, se constituye en un solo elemento contable, y el factor diferencial cambiario, resulta aplicable al rubro total rechazado, no al parcial rechazado por tratarse de una determinación tributaria.

Así las cosas, ante las probanzas constantes en autos, en relación con lo que es objeto de este recurso, no se encuentra el motivo de nulidad del acto reclamado por la actora, ni se encuentra nulidad que afecte el fondo de lo resuelto; en igual forma, estima este Tribunal que los elementos descritos en el traslado de cargos son claros y satisfactorios al amparo de la normativa vigente, y por ende son objeto de confirmación, toda vez que a través del análisis efectuado, se descubre que la determinación establecida resulta acorde con la realidad económica de la empresa contribuyente y con la adecuada recaudación tributaria.“

### **N°351-2006<sup>3</sup>**

Motivo del acto administrativo: Concepto, efectos de su ausencia y relación con la motivación del acto

Voto de mayoría

"IV.-

Estima el Tribunal que efectivamente el acuerdo impugnado carece de motivación. Es un hecho fuera de discusión que la Administración debe fundamentar o motivar sus decisiones, lo que implica la obligación de hacer una declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a su dictado. En otros términos, la carencia de motivación provoca el vicio en uno de los elementos del acto administrativo, al violentarse un requisito formal que origina una arbitrariedad por parte de la Administración. La Sección Primera de este Tribunal, al definir y diferenciar el motivo y la motivación de un acto, dispuso en resolución número 348-98 de 11 horas del 14 de octubre de 1998: "(...) V.-

En lo que se refiere a la falta de motivación de los actos cuestionados, conviene hacer una aclaración acerca de la diferencia entre el motivo y la motivación del acto administrativo. Por motivo se considera generalmente la necesaria conformidad que debe existir entre el acto administrativo y el propósito que le asigna la ley, o sea con el interés público a satisfacer en el caso concreto, y es por lo tanto uno de los elementos objetivos del acto administrativo. (Artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública). Por otra parte existe obligación de motivar un buen número de actos administrativos, esto es, de hacer públicos en declaración formal, los motivos de hecho y de derecho en virtud de los cuales se han dictado, de manera que en ese sentido, la motivación está siempre ligada al motivo o a la causa del acto administrativo. La motivación es el lado exterior y el motivo el interno de un acto administrativo. El motivo es parte de la sustancia del acto administrativo y la motivación es la manifestación externa de ello, por lo que constituye uno de sus requisitos formales. El artículo 136 de la ley citada, inciso a) dice que deberán ser motivados con mención, sucinta al menos en sus fundamentos jurídicos, los actos que impongan obligaciones o que limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos (...)." "

### **Res. N° 2007-002530<sup>4</sup>**

Acto administrativo: Deber constitucional de la Administración de motivar los actos administrativos que eliminen o lesionen derechos subjetivos de los administrados

Voto de mayoría

Se encuentra plenamente acreditado que mediante la resolución de la Dirección General de Migración y Extranjería N° D.G.V.R. D-0145-2007-RRS de las 13:20 hrs. del 15 de enero del 2007, se denegó la solicitud de visa de ingreso restringido presentada por Calvo Espinoza el 12 de mayo de ese mismo año (copia a folio 5). En casos similares al de estudio, esta Sala ha sostenido que lo dispuesto por la Dirección accionada carece de la debida motivación pues conforme se desprende de los autos, en ningún momento se le indicó el fundamento de hecho y de derecho que sirve de base a la decisión al accionante. Con ello se produjo una evidente falta de motivación del acto administrativo que se traduce en una vulneración de los derechos fundamentales del tutelado y, en especial, del debido proceso y la defensa. Bajo esta inteligencia, se impone declarar con lugar el

recurso, anular la resolución impugnada y ordenar al recurrido que resuelva la solicitud presentada por el amparado, fundamentando adecuadamente su decisión

### **Nº 138- 2009<sup>5</sup>**

Patente municipal: Ilegalidad de revocatoria ante falta de motivación del acto, infracción al principio de legalidad y al debido proceso

Voto de mayoría

"I.-

HECHOS PROBADOS: Expediente Nº 06-308-161-CA. Para la resolución de la presente litis se tienen: 1- Que mediante documento número 49830 se otorgó certificado de uso de suelo al señor Luis Eduardo Castañeda Joya, para comercio y servicios donde se autoriza la instalación de un medidor eléctrico comercial contando dicho documento con los sellos de la sección de permisos urbanos y de construcción con fecha 15 de abril del 2004 (folio 2); 2- Que dentro del certificado de uso de suelo 0001324, con fecha 23 de agosto del 2004 se consignaron los siguientes datos " Uso solicitado Comercio y Servicios venta de Pan (Panadería), con el fin "Patente", nombre del solicitante Luis Eduardo Castañeda. En el espacio para uso de oficina se indicó "Reglamento de uso de suelo en su artículos Nº 22, para zona ZMRC (zona mixta residencial comercial). Uso solicitado Panadería (200m), observaciones y condiciones 1 estacionamiento para cada 50 m de construcción, mapa 0097, parcela 0117, resolución Uso condicionado (folio 5); 3- Que según el comprobante de trámite de solicitud de patente Nº 36428 a nombre del señor Eduardo Castañeda para la Panadería Mi Pan, en el espacio asignado a la administración se indico "uso de suelo 1324 del 23 de agosto del 2004 mapa 97 parcela 117 (folio 12); 4- Que mediante acta de notificación número 30616 de las 2 horas 32 minutos del 15 de Diciembre del 2004, se le previene al apelante para que presente Permiso de Salud y constancia de estar al día en el pago de los impuestos municipales ( folio 15); Que con fecha 25 de enero del 2005, mediante el memorándum CT-36428 se le indica al señor Castañeda que debe presentar permiso de Salud y constancia de estar al día en el pago de los impuestos, caso contrario se procederá al cierre del local (folio 209 a 215); 5- Que el 16 de febrero del 2005 la Municipalidad de San José, propiamente el Departamento de Patentes,

extendió licencia comercial número C-0006157-02 a nombre de Castañeda Joya Luis Eduardo, para autorizar en el negocio denominado PANADERÍA MI PAN, situado en calles 34 avenidas 5 y 7, Barrio Pithaya a realizar la actividad 267 PANADERÍA/ REPOSTERÍA (ver folio 1061 de los autos); 6- Con fecha 16 de noviembre del 2005, la Jefa del Departamento de Patentes, remite nota al Jefe de la Sección de Ambiente, indicando que siendo que se han presentado denuncias sobre el funcionamiento de una patente en calle 34 avenida 5 y 7 para el establecimiento Panadería Mi Pan, le solicitó favor revisar lo siguiente: a) Determinar el tipo de actividad que actualmente se realiza en el establecimiento; b) debido a la actividad que se realiza, verificar si cuenta con el mobiliario, equipo estructura adecuada para desarrollar dicha actividad; c) determinar si producto de esa actividad, se desencadenan efectos adversos para sus vecinos (folio 51); 7- Que en esa misma fecha, se remite nota también al Jefe del Área de Inspección, a fin de verificar por las denuncias interpuesta contra establecimiento Panadería Mi Pan, lo siguiente: a) Verificar los permisos que fundamentan la operación b) verificar la actividad que actualmente se realiza en forma detallada; c) medir el área en la cual se realiza la actividad; d) tipo de equipo y mobiliario que se utiliza para desarrollar la actividad; e) identificar los vecinos colindantes del negocio; f) cualquier otra información al respecto (folio 52); 8- Que mediante oficio N° 72673 notificado al señor Castañeda Joya, el día 21 de noviembre del 2005, el Inspector del Departamento de Patentes de la Municipalidad de San José, ordenó el cierre del local y procedió a la colocación de sellos en la Panadería Mi Pan (ver resultando a folio 91); 9- Por memorial de 22 de noviembre del 2005, el actor presenta recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra el cierre dispuesto mediante el oficio N°72673 (folio 69); 10- Por resolución de las nueve horas con diez minutos del día veinte de enero del dos mil seis el Departamento de Patentes resolvió "Del análisis del expediente administrativo, este despacho resuelve rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por el señor Luis Eduardo Castañeda Joya y se confirma la notificación 72673 del 21 de noviembre del 2005. Y se da traslado del expediente administrativo ante el despacho de (sic) señor Alcalde de San José, para conocimiento del Recurso de Apelación lugar donde deberá dirigir sus alegatos dentro del plazo de cinco días hábiles y perentorios " ( folio 91 y 92); 11- Que con fecha 08 de febrero del 2006 el despacho del Alcalde Municipal conociendo en apelación resolvió "En merito de expuesto, normas y principios jurídicos así como de la jurisprudencia Jurisdiccional y Constitucional y Administrativo transcrita, esta Alcaldía señala que al no existir ninguna disconformidad con el ordenamiento jurídico, RECHAZA el recurso de apelación por el fondo y confirmando lo resuelto por el Departamento de Patentes (revocatoria) y manteniendo en todo caso el acto originario impugnado contenido en el oficio N° 72673 notificado el día 21 de noviembre del 2005, no resultando procedentes los alegatos planteados por la Sociedad recurrente y estar en consecuencia ajustado a Derecho el acto impugnado. Con la presente resolución se da por respuesta a la totalidad de las gestiones presentadas " también se eleva el asunto al Consejo Municipal (folio 133 a 156); 12- En documento fechado 27 de febrero del 2006, el señor Castañeda presenta recurso de revocatoria con apelación ante el Concejo Municipal de conformidad con el artículo 161 del Código Municipal de lo resuelto a folio 109 (folio 215 a 222); 13- Que por acuerdo número 21, artículo IV, sesión ordinaria N° 6 del 6 de junio del 2006, el Concejo Municipal dispuso "Con fundamento en los argumentos arriba esbozados y por devenir de ilegal (sic) rechazar el recurso de apelación incoado por el señor Luis Eduardo Castañeda Joya propietario del negocio denominado Panadería Mi Pan, confirmando en todos sus extremos la resolución 4141 del Despacho del Alcalde Municipal " (folio 301 a 304); 14- En escrito de fecha 15 de agosto del 2006, el actor presenta recurso de apelación ante el superior Jerárquico Contencioso Administrativo contra el acuerdo antes citado (folio 306); 15- Que por acuerdo Municipal número 41 artículo IV, de la sesión ordinaria 17, celebrada el 22 de agosto del 2006 se dispuso "En merito de lo expuesto, normas y principios jurídicos, así como la jurisprudencia Constitucional y Administrativa transcrita esta Dirección concluye y así lo recomienda a esa Comisión y consecuentemente al Concejo Municipal que al no existir ninguna disconformidad sustantiva del acto administrativo impugnado



con el ordenamiento jurídico, lo propio es rechazar el recurso de revocatoria por el fondo, confirmando la resolución emitida por el Concejo Municipal a través del Acuerdo Municipal N° 21 artículo IV de la sesión ordinaria del 6 del 6 de junio del 2006 manteniendo en todo caso el acto originario según oficio N° 72673 del 21 de noviembre del 2005, emitido por el Departamento de Patentes, no resultando en consecuencia procedente los alegatos del recurrente ni posible lo peticionado a este Ayuntamiento al no gozar de asidero jurídico al efecto, se admite el recurso y se emplaza al interesado " (folio 361 a 389).-

## II.- Expediente N° 07-249-161-CA.-

16.- Que por medio de la notificación 76158 de las 15: 40 horas del veinticuatro de febrero del 2006 se ordenó el cierre del comercio denominado "Panadería Mi Pan" (folio 475); 17- Con fecha 03 de marzo del 2006, el señor Castañeda, formula recurso de revocatoria y apelación contra la notificación antes indicada (folio 470 a 478); 18- Que en resolución de las diez horas con treinta y nueve minutos del día cuatro de setiembre del dos mil seis, el Departamento de Patentes dispuso "Se rechazan por improcedentes los recursos en razón de su inadmisibilidad por cuanto como se indico el acto administrativo recurrido es un acto de ejecución y confirmación y ratificación de otros anteriores, ya resueltos por esta Municipalidad al haberse interpuesto recurso en su oportunidad el recurrente y versan sobre la misma materia el mismo sujeto, los mismos hechos y causales allí considerados" (folio 490 a 496); 19- Que el Alcalde Municipal por auto de las 14:00 horas del 8 de setiembre del 2006 conociendo en alzada resolvió "Se confirma la inadmisibilidad de los recursos interpuesto manifiesta (sic) por el Departamento de Patentes, por ende se rechazan por improcedente los recursos en cuanto no se indico (sic) el acto administrativo recurrido es un acto de ejecución confirmación y ratificación de otros anteriores ya resueltos por esta Municipalidad al haberse interpuesto los recursos en su oportunidad por el recurrente y que versan sobre la misma materia, el mismo sujeto los mismos hechos y causales allí considerados. Se ratifica por ende lo resuelto por este despacho oficio 1570 resolución 4141 y el acuerdo Municipal 21, artículo iv de la Sesión Ordinaria del 06 de junio del 2006. Atengase el recurrente a lo allí resuelto sobre el fondo por este Municipio" (folio 478 a 485); 20- Con fecha 14 de setiembre del 2006 el señor Castañeda, presentó recurso de revocatoria y en subsidio apelación por avocación en conocimiento del superior, contra lo dispuesto anteriormente (folio 507 a 509 y 518 a 519); 21- Que por resolución de las 11:00 horas del 06 de noviembre del 2006, el señor Alcalde Municipal conociendo en apelación del auto N° 7975 resuelve "En merito de lo expuesto, normas y principios jurídicos así como de la jurisprudencia Constitucional y Administrativa transcrita este despacho concluye que al no existir ninguna disconformidad sustantiva del acto administrativo impugnado con el ordenamiento jurídico, lo propio es rechazar el recurso de revocatoria por el fondo, confirmando la resolución 7975 de las 14 horas del 08 de setiembre del 2006, lo cual se sustenta ademas en los acuerdos del Consejo Municipal N° 21 artículo iv de la sesión ordinaria del 6 del 6 de junio del 2006 y acuerdo 41 de la Sesión Ordinaria 17 del 22 de agosto del 2006, manteniendo en todo caso el acto originario según oficio N° 72673 del 21 de noviembre del 2005, emitido por el Departamento de Patentes, no resultando en consecuencia procedente los alegatos del recurrente ni posible lo peticionado a este Ayuntamiento al no gozar de asidero jurídico al efecto. Asimismo se confirma la inadmisibilidad de los recursos que motivaron el recurso y resolución aquí emitida por cuanto como se indicó el acto administrativo recurrido es un acto,de ejecución confirmación y ratificación de otros anteriores ya resueltos por esta Municipalidad al haberse interpuesto los recursos en su oportunidad por el recurrente y que versan sobre la misma materia, el mismo sujeto, los mismos hechos y causales allí considerados. Se ratifica por ende lo resuelto por este despacho oficio 1570 resolución 4141 y el acuerdo Municipal 21, artículo IV de la Sesión Ordinaria del 06 de junio del 2006 y acuerdo 41 del 22 de agosto del 2006 ya supra citado. Se procede a elevar la resolución a conocimiento del



Consejo Municipal quién conocerá al tenor del criterio DAJ 5498-9-2006 de la Dirección de Asuntos Jurídicos" (folio 520 a 546); 22- Que por acuerdo Municipal número 20, artículo IV, de la sesión ordinaria 58 celebrada el 05 de junio del 2006, se ordenó "Rechazar el recurso de apelación en contra del acto contenido en el oficio 7975, emitida tanto por la forma como por el fondo, confirmando la resolución 9676, emitida por la Alcaldía Municipal y manteniendo en todo caso el acto originario impugnado" (folio 718 a 748); 23- Por acuerdo 27 artículo IV de sesión ordinaria número 67 del 07 de agosto del 2007, el Consejo Municipal referente al oficio 7975 acto originario notificación 76158 del 24 de febrero del 2006, dispuso " A efecto de que conozca el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección III, Superior Jerárquico impropio, el recurso de apelación debe certificarse el expediente en forma cronológica y remitirse dentro del plazo de 8 días hábiles a dicha autoridad de conformidad con el Artículo 51 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa concorde con el Artículo 156 del Código Municipal " (folio 7879).-

III.-

Expediente N° 07-257-161-CA.- 24- Con fecha 10 de febrero del 2006, a solicitud del mismo ente territorial, el señor Castañeda Joya, presenta ampliación de patente comercial a nombre de PANADERÍA MI PAN, a fin de que se indique como actividad específica ELABORACIÓN DE PAN (folio 852); 25- En fecha 10 de febrero del 2006, se le notifica al señor Castañeda, el documento N° 31080, a fin de que aporte, cédula de residencia, permiso de salud para el trámite de la ampliación de patente (folio 849); 26- Que en certificado de suelo número 0000658 a nombre de Eduardo Castañeda, en el espacio de uso de oficina se consigno " Reglamento de Uso de Suelo en sus artículos 72, para zona ZR-2, uso solicitado Elaboración de Pan, 235 metros, en observaciones y condiciones se apuntó "No se permite Panadería con mas de 25 metros de área útil, mapa 97, parcela 0117100, resolución Uso no permitido (folio 854); 27- Que mediante documento fechado 28 de febrero del 2006 CT-64906 el Departamento de Patentes comunicó al señor Castañeda, el rechazo de la solicitud de ampliación de patente, indicando que de acuerdo al certificado de uso de suelo número 0000658 del 20 del 02 del 2006, dado por la Sección de Permisos de construcción fue resuelto como USO NO PERMITIDO (folio 863); 28- En fecha 01 de marzo del 2006, el accionante formuló recurso de revocatoria y apelación contra el rechazo de la ampliación de la Patente para la PANADERÍA MI PAN (folio 869 a 872); 29- Por oficio fechado 22 de noviembre del 2006, se le comunica al señor Castañeda lo resuelto por el despacho del Alcalde, en lo que interesa lo siguiente: "En merito de lo expuesto normas y principios jurídicos de cita, esta Alcaldía RECHAZA EL RECURSO DE APELACIÓN por el fondo, confirmando la resolución N° ALDP-1-013-2006 emitida por el Departamento de Patentes (revocatoria) y manteniendo en todo caso el acto originario impugnado contenido en el oficio N° CT-64906 notificado el día 23 de febrero del 2006 no resultando en consecuencia procedente los alegatos del recurrente ni posible lo peticionado a este Ayuntamiento al no gozar de asidero jurídico al efecto. Se tienen por contestadas plenamente las gestiones administrativas incoadas a saber recurso de apelación (1 de marzo del 2006) y escrito sin número ( 27 de octubre del 2006) tramite del recurso de apelación por negación de ampliación de patente " ( folio 874 a 890); 30- Que por escrito de fecha 30 de noviembre del 2006, el actor, presentó recurso de apelación por rechazo de ampliación de patente por despacho del Alcalde (folio 892 a 895); 31- Que en acuerdo 22 artículo IV, sesión ordinaria 44, del 27 de febrero del 2007 el Consejo Municipal en relación con la apelación presentada dispuso "Rechazar el recurso de apelación por el fondo, confirmando la resolución 10215 emitida por la Alcaldía Municipal y manteniendo en todo caso el acto originario impugnado contenido en el oficio CT-64906 notificado el 23 de febrero del 2006, no resultando en consecuencia procedente los alegatos del recurrente ni posible lo peticionado a este Ayuntamiento al no gozar de asidero jurídico



al efecto (folio 932 a 951 y 1014 a 1033); 32- Que en la sesión ordinaria número 60, celebrada el 19 de Junio del 2007, acuerdo 20 artículo V, dispuso la Corporación Municipal " Se admite el recurso de apelación para ante el Superior Jerárquico, Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo ( folio 1041); 33- Que con fecha 23 de febrero del 2006 el Ministerio de Salud, otorgó permiso de funcionamiento al negocio denominado PANADERÍA MI PAN, para realizar la actividad de elaboración en venta de Pan (folio 1097).-

#### IV.-

HECHOS NO PROBADOS: 1- Que la actividad realizada por el actor sea contraria a la autorizada por medio del la patente número C-00006157-02 (no se procuró prueba al respecto); 2- Que la Panadería Mi Pan, ubicada en el mapa 0097, parcela 01171000 se encuentre en Zona Residencial ( los autos).-

#### V.-

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Solicita el apelante, que este Tribunal se pronuncie, si para el caso concreto de PANADERÍA MI PAN, se requería de una solicitud de ampliación de patente para indicar el termino elaborar, en una panadería en donde ya estaba autorizada su venta. Que como propietario de la Panadería acudió a solicitar la ampliación de la patente a sugerencia el Departamento de Patentes en notificación 000282 que en lo que interesa manifiesta "por otro lado el recurrente debe proceder a solicitar una ampliación de la actividad comercial he incluir dentro de su actividad registrada la fabricación del producto y (sic) de este modo subsanar su actividad comercial". Solicita se resuelva sobre los alcances de la ley de Impuestos y Patentes de actividades lucrativas y la Ley número 5694 de tarifa de impuestos Municipales del Cantón Central de San José ya que nos encontramos ante un cambio o ampliación de patente, de venta de pan a elaboración y venta, lo que pasa es que ambas actividades están indisolublemente ligadas. Que no puede decirse que el lugar en donde esta ubicada la Panadería es ZR-2 como lo califica la Municipal sino como lo indicó en la primera patente (ZMRC), que debe tenerse claro la normativa en la que se respalda la Administración Municipal para calificar y clasificar las zonas urbanas en residenciales, mixtas o industriales, ya sea el Plan Regulador Urbano, o en los decretos reglamentarios autónomos o en la clasificación de actividades para las patentes y el Reglamento de Uso de Suelo. Que se le indique a la Municipalidad que la patente obtenida cobija la autorización para elaborar y vender pan, conforme corresponde a la milenaria práctica de la Panadería, que la actuación de la Municipalidad no se ajusta a la verdad, que fueron cumplidos todos los requisitos. Que la zona urbana en la que esta concedida la patente de funcionamiento de la Panadería Mi Pan al momento de su concesión era indicada como zona urbana mixta, para comercio y residencia. Que no es cierto que la actividad lucrativa que se realiza es contraria a la dispuesta en la patente comercial concedida por dicha Municipalidad, que cuenta con un derecho subjetivo, no es posible decir que una Panadería solo esta dispuesta para vender pan y no para hacerlo.

VI - LOS RECURSOS EN MATERIA MUNICIPAL. Se hace necesario por los yerros encontrados dentro de las resoluciones dictadas por el Concejo y la Alcaldía de la Corporación Municipal de San José, recordar el proceso recursivo en esta materia, el cual se hará claro está, sin contar con la modificación que realiza el Código Procesal Contencioso Administrativo, no aplicable a la especie conforme a su transitorio IV, ya que el presente conflicto, debe dilucidarse con la normativa anterior a la promulgación del citado Código, ello con el fin de que el Concejo y el Alcalde tengan una visión



mas amplia de la forma en que deben ser resueltos los recursos en la materia de su conocimiento y aplicación. Tal y como lo indica el tratadista Dr. Ernesto Jinesta Lobo, en el artículo denominado Los recursos administrativos en materia Municipal y la función de la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo publicado en la revista Iustitia. Año 14. N° 162- 163 junio - julio 2002 a saber" En materia municipal se rompe con el principio del procedimiento administrativo recogido en el artículo 350, párrafo 1 de la Ley General de Administración Pública en el sentido de que existirá, en todo caso, una única instancia de alzada cualquiera que sea la procedencia u origen del acto administrativo impugnado. Ese principio que limita los recursos en el procedimiento administrativo tiene justificaciones evidentes y de importancia tales como la estructura piramidal o vertical de la organización administrativa, circunstancia que obligaría al administrado, cuando el acto es dictado por un órgano de inferior grado, a tener que pasar por todos los escalones de la línea jerárquica para poder agotar la vía administrativa y, de esa forma, tener la posibilidad de acceder a la vía jurisdiccional. Evidentemente, el principio y la norma que lo positiviza tienen una ratio constitucional que radica en facilitarle al administrado el acceso a la tutela judicial efectiva (artículo 41 de la Constitución Política), puesto que, de lo contrario se le obligaría a transitar el vía crucis de la entera, compleja, hermética y caótica organización administrativa del ente que dictó el acto administrativo que le desfavorece, la que, obviamente, no está en la obligación de conocer, puesto que, se trata de un asunto interno que es objeto de los reglamentos autónomos o independientes de organización. Como veremos de seguido, en materia municipal, el administrado puede estar, eventualmente, expuesto al calvario de pasar por instancias administrativas cuando se trata de actos dictados por órganos subordinados al Alcalde Municipal. La idea de la escalera de recursos en el ámbito municipal no es pacífica, puesto que, se ha sostenido que respecto de aquellos acuerdos emanados de los órganos que no dependen directamente del Concejo quien agota la vía administrativa es el que conoce la alzada -el alcalde-. Esta interpretación ofrece algún problema y es que podrían existir asuntos de trascendental importancia que nunca serían del conocimiento del Concejo y de la propia Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo, la que ha evitado el planteamiento de muchos procesos ordinarios contencioso administrativos ante el Juzgado Contencioso Administrativo. Los interesados a que se refiere el artículo 173, inciso 2), de la Constitución Política pueden plantear los recursos de revocatoria con apelación en subsidio. Sendos recursos deben plantearse en un escrito que exponga los fundamentos y razones de la disconformidad con el acuerdo impugnado y deben plantearse dentro de quinto día (artículos 153 y 156, párrafo 1, del Código Municipal). Al respecto, es conveniente recordar algunas normas de la Ley General de la Administración Pública que, aunque emplazadas en el Libro Segundo, constituyen parámetros hermenéuticos, incluso, en materia municipal. Para el administrado es potestativo usar ambos recursos (revocatoria con apelación subsidiaria) o uno solo de ellos (apelación), si se elige la primera opción la apelación se tramitará una vez declarada sin lugar la revocatoria (artículo 347 de la Ley General de la Administración Pública). En aplicación o especificación del principio rector del procedimiento administrativo denominado informalismo en favor del administrado, los recursos no requieren de una redacción o pretensión especial, bastando para su correcta formulación que de su contenido y texto se desprenda, claramente, la petición de impugnación o revisión del acuerdo (artículo 224 en concordancia con el 348 de la Ley General de la Administración Pública). Revocatoria La revocatoria es un recurso horizontal que se interpone ante el propio órgano que dictó el acuerdo municipal que afecta al interesado o recurrente, para que reconsidere su contenido y lo revoque, modifique o confirme. Esto es, si quien dictó el acuerdo es el Departamento de Patentes, de Impuestos, de Ingeniería o de la Zona Marítimo Terrestre, ese medio de impugnación debe interponerse ante la respectiva oficina. Apelación La apelación es un recurso vertical que conoce el superior en grado del órgano que dictó el acuerdo municipal que afecta al interesado o recurrente, para que el mismo anule, modifique o confirme el acto. Así, si quien dictó el acuerdo es el Departamento de Patentes la apelación debe ser conocida por el Alcalde Municipal. Recursos contra los acuerdos directamente emanados del Consejo Municipal.



Recursos ordinarios El Título VI del Código Municipal se titula "Recursos contra los actos Municipales", no obstante se subdivide en dos capítulos, el primero es denominado "Recursos contra los acuerdos del Concejo". De conformidad con el artículo 153 los interesados pueden plantear los recursos ordinarios de revocatoria y de apelación. Sendos recursos deben interponerse en memorial razonado y dentro del plazo de cinco días a partir de la notificación del acuerdo. El recurso de revocatoria puede fundarse en motivos de legalidad y de oportunidad, mérito o conveniencia y el de apelación cabe, únicamente, por razones de ilegalidad. Es preciso recordar que a tenor de lo establecido en el artículo 351, párrafo 2, de la Ley General de la Administración Pública la apelación administrativa -en un procedimiento administrativo-puede ser resuelta por el órgano competente aún en perjuicio del recurrente-reformatio in pejus- cuando se trata de una nulidad absoluta. La razón de esta norma se encuentra en la protección superior del interés público y de la legalidad objetiva que debe existir en esta materia. El recurso de apelación planteado contra un acuerdo del Concejo municipal le corresponde conocerlo, por jerarquía impropia bifásica, a la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo -órgano adscrito al Poder Judicial que tiene su asiento en el segundo circuito judicial (sic) de San José, Goicoechea- (artículos 156, párrafo 2, del Código Municipal y 1, inciso b, de la Ley No. 7274 del 10 de diciembre de 1991 -Ley de Creación de la Sección Tercera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo-), que es el tribunal a que se refiere el artículo 173 de la Constitución Política. Al conocer, la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo, como jerarca impropio o contralor no jerárquico rige lo dispuesto por los artículos 180 y 181 de la Ley General de la Administración Pública. Al respecto, el último numeral citado indica que "El contralor no jerárquico podrá revisar sólo la legalidad del acto y en virtud de recurso administrativo, y decidirá dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente, pero podrá aplicar una norma no invocada en el recurso". Desde esta perspectiva, el artículo 156, párrafo 1, del Código Municipal resulta congruente con lo establecido en el 181 de la Ley General de la Administración Pública. La Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo, por su parte, ha sostenido que su competencia se extiende, únicamente, a la legalidad del acuerdo (Entre otros, ver Votos Nos. 3328-94 de las 7:00 hrs. del 7 de noviembre de 1994, 4457-95 de las 10:45 hrs. del 9 de octubre de 1995 y 4655-95 de las 10:00 hrs. del 6 de diciembre de 1995). Sin embargo, la interpretación de tales normas no puede ser literal y tajante-revisión de la legalidad-, puesto que, en nuestro ordenamiento jurídico los límites de la discrecionalidad se encuentran plenamente positivizados. En efecto, el artículo 15 de la Ley General de la Administración Pública dispone que la discrecionalidad está sometida, en todo caso, a los límites impuestos, expresa o implícitamente por el ordenamiento para que su ejercicio sea razonable y eficiente. Por su parte, los artículos 16 y 17 de ese cuerpo normativo fijan límites expuestos para el ejercicio de la potestad discrecional tales como las reglas unívocas o de aplicación exacta de la ciencia y de la técnica, los principios elementales de la justicia, la lógica o la conveniencia y los derechos fundamentales del administrado. El propio artículo 16, párrafo 2, indica que el juez debe ejercer control o fiscalización de la discrecionalidad, con fundamento en tales límites meta jurídicos, "como si ejerciera contralor de legalidad" Por último, no cabe la menor duda que en nuestro ordenamiento jurídico los límites jurídicos y metajurídicos de la discrecionalidad establecidos en los ordinales 16 y 17 de la Ley General de la Administración Pública forman parte del parámetro o bloque de legalidad para determinar la validez o invalidez de un acto administrativo. Sobre el particular, el artículo 158, párrafo 4, de la Ley General de la Administración Pública dispone que "Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y la aplicación exacta, en las circunstancias del caso". Por su parte, el numeral 160 preceptúa que "El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas

elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso". Por consiguiente, al formar parte del parámetro de legalidad los límites jurídicos y



metajurídicos de la discrecionalidad -por encontrarse positivizados- el contralor no jerárquico debe, también, controlar su trasgresión. Es así como, según una interpretación sistemática, la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo debe entrar a fiscalizar los aspectos de oportunidad, conveniencia o mérito."

Lo anterior debido que al observar los acuerdos a revisar en muchos de ellos el Departamento de Patentes, el Alcalde o el Consejo Municipal indican en primera instancia que se RECHAZA EL RECURSO DE APELACIÓN por el fondo (folio 130, 156, 503, 715, 748, 915, 1010, 1033) y luego proceden a pasar al Superior inmediato el recurso cuando según lo expuesto, lo correcto, es si la revocatoria y apelación se presenta ante la Sección de Patentes, ésta debe únicamente rechazar el recurso de revocatoria y admitir la apelación para ante el Alcalde, y el Alcalde recibido el recurso rechaza la revocatoria y admite la apelación para ante el Superior en grado, el Concejo Municipal, a quién a su vez se le presenta la revocatoria con apelación, rechaza la revocatoria y admite el recurso de apelación para ante el superior jerárquico y emplaza a las partes. Sin embargo el ente territorial en la mayoría de los casos rechaza el recurso de apelación y luego remite al superior para su conocimiento abriendo la competencia a este órgano colegiado y en virtud de ello es que este Tribunal se permite entrar a conocer los acuerdos impugnados en los considerandos siguientes, no sin antes hacer del conocimiento del ente territorial Municipal de San José, el procedimiento correcto a seguir.

VII- SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: (principio de juridicidad de la administración): Implica que la Administración Pública no actúa cuando quiere, sino cuando exista un principio o norma escrita que así se lo permita. No es libre su actuación, debe de seguir un proceso ya preestablecido por el ordenamiento jurídico, autorizando con ello su actuar. La sujeción principal de la Administración, es que todo acto o comportamiento de la administración que afecte los derechos del particular debe estar autorizado por el ordenamiento jurídico. La administración puede y debe hacer sólo lo que legalmente le está establecido. Permisividad u autorización que tiene rango constitucional y legal conforme lo dispone el artículo 11 de la Carta Magna y desarrolla el mismo numeral de nuestra Ley General de la Administración Pública, por ello se dice que lo que no está autorizado, está prohibido. Como consecuencia de la sumisión de la Administración al ordenamiento jurídico, esta la posibilidad de controlar su conducta, ello por parte del orbe jurisdiccional (Juez) en respeto y aplicación pura y simple también de la máxima constitucional del artículo 49, de manera que el rompimiento de este principio tiene como sanción la responsabilidad del Estado y sus funcionarios, dispuesta en el numeral 9 de nuestra Constitución Política. El bloque de legalidad está compuesto no solo por la ley, sino que en primer lugar por el bloque de Constitucionalidad, (derechos y principios constitucionales), además por todas las normas escritas (reglamentos, decretos, directrices y otros ) y no escritas ( costumbres o prácticas administrativas, jurisprudencia y principios del derecho que integran aquel ordenamiento). Este principio no puede ser obviado por la administración Pública, ya que una actuación realizada fuera del bloque de legalidad deviene de ilegal y nula, con las consecuencias naturales, procesales y legales de tal declaratoria.-

VIII.-

**SOBRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA:** Debemos entender la discrecionalidad como la facultad de que se dota a los entes públicos de adoptar decisiones sobre la base de criterios no estrictamente jurídicos –así por ejemplo, de índole política, social, organizativa, técnica o de mera oportunidad y conveniencia– según el caso concreto; sin que en modo alguno pueda estimarse

como una potestad que denote una voluntad arbitraria, en tanto se constituyen en verdaderos límites de esta facultad los siguientes parámetros: 1.-

La finalidad de la Administración; 2.-

La razonabilidad o también denominado principio de la interdicción de la arbitrariedad, que obliga a hacer el análisis de la legitimación, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida o disposición adoptada por la Administración; 3.-

El respeto de los derechos fundamentales, en virtud del cual, se constituye en un verdadero valladar del ejercicio de las potestades de imperio, precisamente en atención a que una de las características esenciales y propias del Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 1, 9, 50 y 74 constitucionales), es precisamente el reconocimiento de los derechos fundamentales; 4.-

Los principios generales del derecho, tales como el de equidad, igualdad, justicia, seguridad jurídica, de la buena administración, irretroactividad, buena fe; que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Administración Pública, son fuente de derecho, como normas no escritas, y por ello, condicionantes del ejercicio de la potestad discrecional de la Administración; 5.-

Las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, que obliga a la Administración a que su actuación esté debidamente motivada en el conocimiento teórico adquirido de las distintas metodologías y disciplinas de la ciencia y la técnica, cuando ello lo amerite –como es el caso de la materia ambiental, de salud y tributaria, sin que pueda pretenderse que se trate de una lista cerrada o *numerus clausus* –, así como en los casos en que deba utilizar criterios propios de la técnica administrativa. En la aplicación de estos criterios es imposible pretender la existencia de discrecionalidad, de manera irrestricta y absoluta por cuanto la voluntad de la Administración no depende de su libre arbitrio (o *escogencia*), sino de las valoraciones objetivas obtenidas conforme a las reglas técnicas aplicables al caso; de donde los conceptos de discrecionalidad administrativa y discrecionalidad técnica se comportan como supuestos absolutamente inconciliables; por cuanto el poder discrecional pertenece al campo volitivo, mientras que el concepto técnico conlleva a una declaración de la verdad, un juicio, esto es, al conocimiento, sobre la base de que el contenido de las valoraciones técnicas adquieren un carácter reglado de la actividad administrativa, a modo de verdaderas normas jurídicas, que reducen el margen de la discrecionalidad. En la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, entendiéndolos por tales aquellos que hacen referencia a 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 como el interés público, la urgencia o necesidad, la buena fe, entre otros. Para que la administración disponga de un ámbito propio de la decisión equiparable a la discrecionalidad, por cuanto se trata de supuestos en los cuales no hay diversidad de opciones para la Administración, por cuanto en el momento de su aplicación se requiere de una precisión concreta que sólo admite una única solución jurídica posible (unidad de solución justa), a cargo, en primer lugar de la Administración, y en su defecto, del juez –al efectuar el control de tales supuestos, quien determinará si el supuesto de hecho es subsumible o no en el concepto indeterminado. Por esto debe estimarse que aún cuando se denominan como principios jurídicos indeterminables, son determinables en cuanto a su contenido. En virtud de lo cual, aunque la Administración tenga un cierto margen de apreciación –no de discrecionalidad– en la aplicación de estos conceptos, al final en su actuación se limitará a aplicar la ley (que utiliza

critérios de valor o de la experiencia), pues la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, de lo que trata, es "... de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido que no interfiere ninguna decisión de la voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional." Es en aplicación de los anteriores parámetros que puede llegar a afirmarse que se produce la reducción a cero de la discrecionalidad administrativa, en tanto la decisión de la Administración está condicionada a una única solución posible. Debe tenerse en cuenta que "Las diferencias entre ambas pueden resumirse de la siguiente forma: 1) en la discrecionalidad técnica no hay nunca ponderación ni elección entre intereses; 2) en la discrecionalidad técnica la Administración recurre a la utilización de criterios técnicos; y 3) mientras que en la discrecionalidad administrativa conviven juicio y voluntad, en la discrecionalidad técnica, se realiza una actividad de mero juicio en la que no interviene en modo alguno la voluntad."

(Desdentado Daroca, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. (Un estudio crítico de la jurisprudencia). Aquí es importante mencionar la siguiente máxima administrativa "«Cuando hay discrecionalidad no puede hablarse nunca de técnica, y cuando hay técnica no puede hablarse nunca de discrecionalidad», pues, «lo técnico no se valora, sin que se puede comprobar. Lo discrecional no se comprueba, sino que se valora»" (García Trevijano José Antonio. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Tercera edición. p. 453. Citado por Gómez Cabrera Cecilio. La discrecionalidad de la Administración Tributaria: su especial incidencia en el procedimiento de la inspección. Mc.Graw-Hill. Madrid. España. 1998). Esto para aclarar que si bien es cierto, en las decisiones, acciones y omisiones administrativas se encuentra impregnadas de un gran grado de discrecionalidad, es lo que cierto que cuanto existen pruebas técnicas estas no pueden ser desatendidas, por ello la administración no solo debe tomar en cuenta los criterios legales en que basa su accionar, sino que en aquellos datos que den cabida a la discrecionalidad Administrativa como prerrogativa del ente público debe realizarse con los parámetros antes apuntadas, ya que la discrecionalidad fuera de estos pueden verse como arbitrariedad, la discrecionalidad del accionar público no puede tenerse como parámetro de la ilegalidad administrativa ni como una autorización perse del ente público para apartarse del bloque de legalidad.

IX- SOBRE LA MOTIVACIÓN: Dentro de la tutela administrativa, se encuentra inmerso el derecho que tiene toda persona, debidamente legitimada por un derecho vulnerado a que su conflicto sea resuelto en forma concreta y clara, lo que es materializado por medio de los actos u actuaciones administrativas. Por ello dentro de la tutela administrativa, podemos ubicar el derecho a la obtención de una resolución motivada, con el fin de que las partes intervinientes o lesionados entiendan los motivos de hecho y de derecho por medio de los cuales fue dirimido su conflicto. Como parte del principio del debido proceso (sentencias 15-90 y 1789-92 de la Sala Constitucional) y como elemento esencial de todo acto administrativo, tenemos la motivación, esto quiere decir que la parte debe saber concretamente la normativa en que la Administración sustenta sus obligaciones; de forma tal, que cuando el administrado lesionado, solicita una readecuación de esa conducta, se le indiquen las normas legales que sustentan, aprueban y legitiman la actuación combatida. Por ello toda conducta administrativa, cualquiera que sea e independientemente de su naturaleza, concretada en un acto administrativo (resolución) debe estar debidamente motivada y razonada, dándose a plenitud la satisfacción de todas las pretensiones o alegaciones que realizan



los intervinientes del proceso, o como en el presente caso, el motivo legal por el cual es rechazada una solicitud de patente, es cambiado el uso de suelo de una solicitud a otra, o el respeto o no a un derecho otorgado ya por el ente territorial. Es claro entonces, que las resoluciones dictadas dentro del proceso administrativa, cualquiera que sea, deben concebirse como una exposición clara del principio constitucional de tutela administrativa derivadas del artículo 41 de la Constitución Política, por ello, la conducta administrativa en cuanto limite o restringe derechos, debe estar debidamente motivada, sin infracciones a los Derechos Constitucionales (debido proceso), para que cumpla con todas y cada una de las expectativas de quién solicita el cumplimiento de una conducta administrativa, ello con el fin de conocer el conjunto de antecedentes fácticos y jurídicos que justifican la decisión tomada por la entidad pública, constituyendo su omisión nulidad de lo actuado conforme lo disponen los artículos 133, 158 y 166 de la Ley General de la Administración Pública.-

X.-

**DEL CERTIFICADO DE USO DE SUELO:** Los planes urbanísticos locales, conforme al artículo 21 inciso 1) de la Ley de Planificación Urbana, realizan la ordenación y determinación del uso del suelo, para la mejor distribución y protección del medio ambiente. Esto quiere decir que se puede condicionar el uso de la propiedad inmobiliaria, por medio de la delimitación de áreas, según la categorización adoptada por el plan regulador, así una propiedad que está dentro del orbe Municipal puede tener un uso diferente al deseo del propietario, según su zonificación. Los planes reguladores determinan, el lugar donde se puede construir, realizar actividades de comercio, industria, áreas de recreo, basándose no sólo en criterios de oportunidad y conveniencia, sino en pronunciamientos técnicos y objetivos aprobados por la comunidad. La denominación del uso del suelo, se realiza por medio de su clasificación que es la categoría o tipo de suelo (urbano, urbanizable, no urbanizable y otros) según sea su destino urbanístico básico y la calificación, que se aplica para designar la subdivisión de esos tipos de suelo, por medio del aprovechamiento urbanísticos (zonas residenciales o industriales), sea en porcentajes totales o parciales de acuerdo incluso a las densidades de población de una determinada comunidad. Es claro entonces, que la actuación administrativa, tendiente a realizar la zonificación dentro del uso del suelo, es una potestad primigenia del Estado, delegada a las Municipales (artículo 169 de la Constitución política, desarrollado en el 16 de la ley de Planificación Urbana). Labor que no implica menoscabo o lesiones al derecho de propiedad, al ser esta una atribución relativa, conforme a la normativa urbana. Por medio de esta manifestación administrativa legalmente pueden establecerse lineamientos para el aprovechamiento del derecho de propiedad, en estricta relación con las necesidades de la comunidad, y con vigilancia de sus derechos y el medio ambiente, a fin de realizar una ordenación armónica del suelo. Esta clasificación según el artículo 24 de la Ley de Planificación Urbana, se debe realizar por medio de una reglamentación con rango normativa de Ley (ver sentencia N° 263-2008 de la Sección Segunda de este Tribunal), que debe contener: a) la determinación de los usos de la tierra; b) lo relativo a la localización, altura y área de construcción de las edificaciones; c) la superficie y dimensiones de los lotes, lo cual tiene directa incidencia en la determinación de la densidad de la tierra; d) el tamaño de los retiros, patios y demás espacios abiertos, y cobertura del lote por edificios y estructuras; e) la provisión de espacio para estacionamientos, carga y descarga de los vehículos fuera de las calles; f) tamaño, ubicación y características de los rótulos o anuncios publicitarios; y g) cualquier otro detalle arquitectónico o urbanístico relativo al uso del suelo, cuya regulación tenga interés para la comunidad local. Como se ha indicado, toda la normativa urbanística se traduce en limitaciones y detracciones de usos y potestades del propietarios sobre el inmueble, en tanto determina el uso del suelo y cómo debe darse esa utilización. Esta labor se materializa por medio del acto administrativo denominado certificación de uso de suelo, el cual por su importancia, se califica como acto administrativo

declarativo, en el sentido de que se limita a acreditar un hecho o situación jurídica sin crearla, modificarla o extinguirla, de manera que su contenido es constitutivo, al no crean ni modifican situaciones jurídicas previamente establecidas. La Procuraduría General de la República en los dictámenes N° C-327-2001 y C-357-2003, los clasifica como actos jurídicos concretos por medio del cual la Administración local acredita la conformidad o no del uso del suelo con lo establecido en la zonificación respectiva; conforme lo dispone el artículo 28 de la Ley de Planificación Urbana, el cual señala:

"Artículo 28.-

Prohíbese aprovechar o dedicar terrenos, edificios, estructuras, a cualquier uso que sea incompatible con la zonificación implantada. En adelante, los propietarios interesados deberán obtener un certificado municipal que acredite la conformidad de uso a los requerimientos de la zonificación. Los usos ya existentes no conformes, deberán hacerse constar también con certificado que exprese tal circunstancia. Cada reglamento de zonificación fijará la fecha a partir de la cual dichos certificados serán obligatorios."

Entonces, por medio del "certificado de uso del suelo", se acredita sí el uso es o no permitido, a lo pretendido por el gestionante. Por ello su naturaleza es declarativa, y no constitutiva, los certificados de uso del suelo no dan lugar por sí, a un derecho subjetivo ni consolidan, por sí mismos, situación jurídica alguna en razón de un derecho o situación jurídica preexistente". (Dr. Silvia Fernández Tesina. Regulaciones Urbanísticas, 2004). La certificación de uso de suelo es meramente descriptiva respecto de una situación fáctica determinada en relación con lo dispuesto bajo norma legal, en razón de lo cual, por su medio, no se consolida una situación jurídica preexistente al acto certificante. De lo dicho, se tiene claramente que el certificado de uso de suelo se constituye un requisito previo exigido para el otorgamiento de una licencia sin que pueda eximirse su obtención.

XI.-

**SOBRE LAS LICENCIAS MUNICIPALES:** Las licencias Municipales constituyen un acto que autoriza a una persona o entidad el ejercicio de un derecho, en otras palabras se tolera o permite realizar alguna actividad en determinado lugar circunscrito al ente Municipal con competencia para otorgar el permiso o licencia. En el caso de las Municipales éstas se encuentran legitimadas para tales efectos conforme a los artículos 79, 80 y 81 del Código municipal, así el Artículo 79.- establece " Para ejercer cualquier actividad lucrativa, los interesados deberán contar con licencia municipal respectiva, la cual se obtendrá mediante el pago de un impuesto. Dicho impuesto se pagará durante todo el tiempo en que se haya ejercido la actividad lucrativa o por el tiempo que se haya poseído la licencia, aunque la actividad no se haya realizado. En lo que respecta al impuesto de patentes, por el cual se gravan actividades sujetas a Licencia municipal, la Sala Constitucional, mediante Voto número 2197-92 de las 14:30 horas del día 11 de agosto de 1992, ha dicho " ... Distingue nuestra legislación entre licencia propiamente dicha, que es el acto administrativo que habilita al particular para ejercer la respectiva actividad y el pago de impuesto propiamente dicho que se denomina con el nombre de patente. La principal justificación teórica para imponer este tipo de tributo es la tradicional en el ambiente del derecho municipal, que lo define como la imperiosa necesidad de sufragar el costo de los servicios públicos que el particular recibe de la municipalidad (...)" Por su parte el numeral 80 establece " La municipalidad deberá resolver las solicitudes de



licencia en un plazo máximo de treinta días naturales, contados a partir de su presentación. Vencido el término y cumplidos los requisitos sin respuesta alguna de la municipalidad, el solicitante podrá establecer su actividad; y el Artículo 81 literalmente manifiesta " La licencia municipal referida en el artículo anterior solo podrá ser denegada cuando la actividad sea contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, cuando el establecimiento no haya llenado los requisitos legales y reglamentarios o cuando la actividad, en razón de su ubicación física, no esté permitida por las leyes o, en su defecto, por los reglamentos municipales vigentes". Como es fácilmente apreciable, la anterior normativa no se aparta de la desarrollada en los artículos 329, 330 inciso 2) y 331 de la Ley General de la Administración Pública. Como primer paso, el gestionante solicita a la municipalidad de su jurisdicción, la autorización para ejercer una actividad determinada, presentando todos los requisitos que ya previamente debe de tener definidos la administración, presentada ésta, se procede a realizar la inspección para determinar su ubicación, extendiendo así el acto de autorización el cual se materializa cuando es entregada al administrativo la patente física donde se encuentra plasmada la voluntad de la Administración de otorgar o permitir la actividad solicitada y por ende, procede el administrado, a iniciar su actividad lucrativa. Con esa autorización el administrado adquiere un derecho subjetivo, lo cual no implica que la administración autorizante ( por la simple razón de encontrarse ante derechos subjetivos preexistentes) se ate de manos, para que una vez declarados los derechos, no pueda ejercitar sus potestades de tutela y control en el uso y disfrute de la licencia o autorización. Su prerrogativa originaria, como Administración de satisfacer y velar por los intereses públicos, no desaparece con la simple declaratoria, expresa o implícita de la autorización, podría decirse que en esencia, no desaparece su potestad de revocar o anular licencias o aprobaciones debidamente autorizadas, lo cual podría hacer conforme al bloque de legalidad, mediante el proceso de levisidad, tal y como lo dispone el numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública, o por medio de una declaratoria en sede administrativa de una nulidad evidente y manifiesta previo procedimiento al efecto.

XII-DE LA ILEGALIDAD DE LOS ACTOS IMPUGNADOS: El ejercicio realizado en los considerandos anteriores sobre el principio de legalidad, la discrecionalidad administrativa, la naturaleza de la certificación de uso de suelo y DE las licencias municipales no es gratuita, ya que todos estos elementos son necesarios para la comprensión de lo que este Tribunal concluye en el presente caso. Primero se parte de que el permiso de uso de suelo es un acto certificante o sea que acredita una situación en particular, preexistente conforme a la normativa urbana. Aquí la Municipalidad de San José emite el certificado de uso de suelo N° 1324 (folio 5) a favor del señor Luis Eduardo Castañeda, en donde se indica que es para ZMRC, traducido al español, Zona Mixta Residencia y Comercial, ubicada en el mapa 0097, parcela 01171000, requisito previo para la emisión de la Patente Comercial número C-00006157-02 a favor de su negocio comercial PANADERÍA MI PAN, que además indica claramente que la actividad a realizar es la N° 276 (Panadería/ Repostería), declaratoria que se traduce como un derecho subjetivo a favor del señor Castañeda Joya. Con posterioridad a ello, se realizan una serie de denuncias en contra del comercio de referencia y entonces el Departamento de Patentes remite sendas notas para verificar la legalidad de la actividad (hechos probados 8 y 9 folios 51 y 52), ello en uso de las potestades de control fiscalización propias de su actividad, actuación que no puede tacharse de desproporcionada, ilegal o abusiva por el contrario se encuentra debidamente autorizada y legitimada por el principio de legalidad. Lo que no parece ser real ni acorde con la legalidad es la motivación dada para tomar la decisión denegatoria de la solicitud de ampliación de la patente, del cierre ordenado y la desautorización de la actividad realizada. El insistente y repetido sustento -en apariencia de legalidad- del ente territorial para el cierre del negocio PANADERÍA MI PAN es que el actor se encontraba realizando una actividad no autorizada ya que la patente era para vender pan y



no para hacerlo, argumento que hasta puede tacharse de irrisorio, ya que según consta a folio 1061 del presente proceso, la patente comercial fue otorgada para realizar la labor de Panadería y Repostería, términos que según el Diccionario de la Lengua Española de Real Academia vigésima edición significa: "Panadería: Oficio de Panadero, sitio casa o lugar donde se hace o vende pan, Repostería. Arte y oficio de repostero. Persona que tiene por oficio hacer pastas, dulces y algunas bebidas " , Por tanto la labor que realizaba el señor Castañeda Joya en su local, venta y elaboración de pan es conforme a la autorizada (Panadería y repostería), a esta conclusión llega este Tribunal sin tener que hacer un gran despliegue de inteligencia ni razonabilidad, concluyendo que el alegato del ente territorial violenta los límites de la discrecionalidad y el principio de legalidad, pero mas aún no se adecua al procedimiento legal establecido para revocar un acto declaratoria de derechos como lo es la patente comercial legalmente otorgada en su momento al señor Castañeda. Entonces si decimos que la actividad realizada por el actor era conforme a la autorización decretada (fabricación y venta de pan), implica que el acto dictado y que se alega de ejecución (cierre y puesta de sellos del negocio comercial Panadería MI PAN), que no lo es por cuanto causa un efecto propio y lesivo y es consecuencia de un acto nulo, al existir un vicio en su adopción (falta de motivación, infracción al principio de legalidad y debido proceso) y así se declara. Ahora bien pese a que la actividad comercial que realizaba el actor conforme se ha dicho era la concedida o permitida por la Municipalidad de San José actuando de buena fe y motivado por el mismo ente territorial, el señor Castañeda Joya, en aras de que se le permitiría realizar la labor autorizada, según lo requirió la misma Municipalidad recurrida, procede a solicitar ampliación de la patente comercial, (hecho probado 27 folio 852) a fin de que en ella se consigne además de la venta de pan, su fabricación (acción de panadería), sin embargo la administración desangrando nuevamente los límites de la discrecionalidad y el bloque de legalidad le rechaza tal gestión indicando que el permiso de uso de suelo 0000658 (hecho probado 29 folio 863), fue resuelto como USO NO PERMITIDO, contrariando la certificación de uso de suelo, (0001324 folio 5) el cual como acto administrativo declarativo, (en el sentido de que se limita a acreditar un hecho o situación jurídica sin crearla, modificarla o extinguirla) no puede ser desvirtuado sin que se halla identificado previamente la normativa urbana, lo que en la especie no se dio. Esto se traduce, en que si bien es cierto como se indicó, los certificados de uso de suelo solo constatan una situación previa y además constituyen documento público, entonces la declaratoria en él dicha, no puede ser modificada más que por los precedentes legales que lo permitan ( Plan Regulador o aprobación de una nueva Ley de Planificación Urbana), que deben ser debidamente acreditadas. Y, es que a los autos no se hizo llegar, ni de las extensas resoluciones del señor Alcalde y Concejo Municipal se desprende que se haya realizado un cambio de normativa urbana que sustento el certificado de uso de suelo originario (1324), por el que pudiera considerarse contrario al Plan Regulador Regional o General o a las estipulaciones del Código Urbanístico, con el fin de legalizar la desacreditación de la certificación de uso de suelo antes citada, y motivar así conforme al bloque de legalidad la nueva zonificación realizada, la cual se acredita según el certificado de uso de suelo (0000658), que indica que esa zona ya no es mixta, sino se cambio a residencial. Pero en todo caso, aunque se haya o pudiera darse una situación de esta índole, el ente territorial, que por potestad constitucional tiene la tutela de los derechos de los ciudadanos circunscritos a su territorio, debió respetar el derecho otorgado al señor Castañeda cuando le concedió validamente la patente comercial objeto de esta litis, pero como se dijo el gran aparato territorial, ni por asomo manifestó, o indicó a esta autoridad en funciones administrativas, que se había realizado un cambio de esta naturaleza, ni tampoco, faltando al principio de legalidad y al debido proceso, dio una explicación certera, comprensible y legal al administrativo del cambio dicho, actuación que lesiona el principio de discrecionalidad de la administración pública en el tanto, la discrecionalidad no puede servir de parámetro para la ilegalidad. Es claro que los derechos concedidos con anterioridad al administrados deben ser conservados por el ente territorial, con la advertencia de que en todo caso si su deseo es anularlos, debe acudir a los medios legales correspondientes y no ha una simple

simulación de legalidad resguardada en una excusa de palabras, que ni por asomo contienen rango legal alguno. Por otra parte no es objeto de este proceso la discusión sobre los montos por impuestos o por patente que deben pagarse, por lo que este Tribunal no puede pronunciarse sobre extremos que no han sido discutidos por el inferior, como lo sería si es de aplicación los montos por impuestos pagados, ya que ese es un punto no debatido ni propuesto a este Tribunal y de serlo no podría ser conocido en esta vía al tenor de lo dispuesto en el artículo 154 del Código Municipal según su texto anterior, previo a la aprobación del Código Procesal Contencioso Administrativo, como se indicó, no es propio de este proceso la discusión del quantum del monto a cancelar por las obligaciones tributarias, producto del presente negocio jurídico, como si lo es la actuación arbitraria y desmedida del ente territorial hacia su administrado Castañeda Joya.

XIII- CONCLUSIONES: El anterior razonamiento trae como consecuencia ineludible, que se declaren con lugar las apelaciones presentadas por el señor Castañeda Joya, produciendo la nulidad de los acuerdos Municipales números 41 artículo IV, de la sesión ordinaria 17, celebrada el 22 de agosto del 2006; número 20, artículo IV, de la sesión ordinaria 58 celebrada el 05 de junio del 2006, y el N° 22 artículo IV, sesión ordinaria 44, del 27 de febrero del 2007, en consecuencia procede conceder y conservar los derechos subjetivos adquiridos con la autorización otorgada por La Sección de Patentes número C-00006157-02 y la declatoria del certificado de uso de suelo número 1324.”

## **N° 48- 1995<sup>6</sup>**

Acto administrativo de despido: Falta de motivación de acuerdo que lo ordena

Voto de mayoría

"I.- El Poder Ejecutivo, mediante Decreto ejecutivo No. 16820-TSS, nombró [al actor] miembro director del Consejo Nacional de Salarios por un período de cuatro años (del 1° de enero de 1986 al 31 de diciembre de 1989) en calidad de representante del Estado. Por Decreto Ejecutivo No 19437-TSS, se le reeligió para otro período igual (1° de enero de 1990 al 31 de diciembre de 1993). Mediante acuerdo del 1° de junio de 1990, publicado en la Gaceta No. 124 de 3 de julio de 1990, el Presidente y el Ministro de Trabajo cesaron en sus funciones a partir de esa misma fecha [al actor]. Mediante este proceso el accionante pretende, entre otros extremos, que se condene al Estado al pago de: a) las dietas caídas desde la separación del cargo hasta el vencimiento del plazo de nombramiento; b) los aguinaldos vencidos desde la separación hasta la expiración del período de ejercicio; y c) el daño moral ocasionado por la supuesta pérdida de confianza en su persona. El Juzgado acogió la excepción de falta de derecho interpuesta por el representante del Estado y declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos. El Tribunal Superior revocó la sentencia apelada, rechazó la excepción de faltas de derecho, y declaró, parcialmente, con lugar la demanda, condenando al Estado al pago de las dietas de las sesiones efectivamente celebradas por el Consejo Nacional de Salarios durante el período que transcurrió del 1° de junio de 1990 al 31 de diciembre de 1993, así como a los aguinaldos correspondientes; igualmente, lo condenó al pago de



los intereses legales sobre las sumas resultantes a partir de la firmeza del fallo. El representante del Estado aduce infracción de los artículos 129, 140, inciso 1º, de la Constitución Política; 8 del Decreto-Ley N° 832 del 4 de noviembre de 1949; 111, 112, 133, 190, 192 de la Ley General de la Administración Pública; 1º, 2º y 3º de la Ley N° 1835 de 11 de diciembre de 1954. Antes de pasar al análisis de este asunto, resulta conveniente efectuar algunas precisiones acerca del término "puesto de confianza". En ese sentido la doctrina afirma que el cargo de confianza es una categoría que depende, en esencia, de la índole de la función desempeñada, y no de la mera designación que se le dé al puesto; es así como bajo tal concepto encuentran cabida, en términos generales, aquellos funcionarios que desempeñan labores de dirección y fiscalización. Ahora bien, una de las consecuencias jurídicas del cargo de confianza es, precisamente, la limitación de sus derechos, así como la ausencia de estabilidad en el puesto. En lo relativo a la pérdida de confianza como causal de remoción, es preciso indicar que no debe entenderse como una atribución o una facultad absolutamente discrecional conferida al sujeto que nombró al funcionario de confianza, sino que en su ejercicio deben mediar circunstancias objetivas y razonables que justifiquen la declaración de pérdida de confianza (sentencias de la Sala Segunda N° 76 de las 9:10 hrs. del 15 de julio de 1987; 161 de las 9 hrs. del 17 de julio de 1992; 305 de las 10 hrs. del 11 de diciembre de 1992; 51 de las 9:50 hrs. del 18 de marzo de 1993, y 215 de las 9 hrs. del 5 de agosto de 1994). Es menester, asimismo, hacer algunas consideraciones atinentes al régimen jurídico-administrativo del Consejo Nacional de Salarios, y en particular, al de sus miembros directores. El artículo 2º en relación con el 3º del Decreto-Ley N° 832 de 4 de noviembre de 1949, dispone, con unívoco sentido, que el Consejo Nacional de Salarios es un órgano "técnico y permanente" adscrito al Ministerio de Trabajo y Previsión Social que "... en el ejercicio de sus funciones gozará de independencia..." (en igual sentido los artículos 1º y 11, párrafo 2º, del Reglamento del Consejo Nacional de Salarios vigente hasta el 23 de abril de 1993, Decreto Ejecutivo N° 19630-TSS -Gaceta N° 98 del 24 de mayo de 1990-). Tocante a los miembros directores de ese órgano, y concretamente en lo que a los representantes del Estado atañe, el numeral 5º del supracitado Decreto-Ley estatuye que "... deben además ser entendidos en materias económico-sociales". Ahora bien, a tenor de lo normado en el artículo 6, inciso b, ibid. el Poder Ejecutivo goza de facultades discrecionales al nombrar a los miembros directores del Consejo Nacional de Salarios por vía de decreto. De otra parte, uno de los cánones de ese Decreto-Ley, que resulta clave para comprender el presente asunto, lo constituye el 8º, el cual dispone que: "Los miembros directores durarán en el ejercicio de sus cargos cuatro años, siendo reelegibles indefinidamente. Sin embargo, podrán ser removidos de sus cargos en cualquier tiempo, si la asociación o sindicato que representan les negare su confianza de igual facultad gozará el Estado respecto de sus representantes." [...]. Complementando esa disposición, el artículo 10, inciso a), del Reglamento del Consejo Nacional de Salarios, vigente a la sazón (-Decreto Ejecutivo N° 19630-TSS-), establecía lo siguiente: "Dejará de ser miembro del Consejo: a) El que pierda la confianza del sector que representa, según lo establecido en el artículo 8º del Decreto-Ley." [...]. Partiendo de una interpretación sistemática del conjunto de normas que se mencionan supra, debe entenderse que la remoción de los miembros representantes del Estado, por parte del Poder Ejecutivo, ha de obedecer a circunstancias verificables objetivamente, que hagan patente la pérdida de confianza. Es decir, no basta con que el Poder Ejecutivo invoque, simple y llanamente, el artículo 8 del Decreto-Ley, para justificar la remoción de los representantes del Estado, tal y como aconteció en la especie (Acuerdo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social N° 13 de 1º de junio de 1990, publicado en la Gaceta N° 124 de 3 de julio de 1990). En el caso bajo examen, parece que la única circunstancia objetiva atendible, para cesar al actor por pérdida de confianza, habría sido no acatar las directrices fijadas por el Poder Ejecutivo en cuanto a política laboral y salarial, las que cabe suponer deben estar plasmadas en las leyes, reglamentos o al menos en acuerdos concretos. Empero, en el asunto bajo examen el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al tomar el acuerdo de remoción [del actor], omitió toda consideración acerca de la concurrencia o no de alguna circunstancia objetiva que hiciera al Estado perder la confianza en



su representante. Es obvio, que no bastaba, para justificar el acuerdo, que el directivo debiera su designación a un Gobierno con una orientación ideológica y partidista diferente. De consiguiente, si [el actor] se hubiere apartado, objetiva y evidentemente, de la política laboral y salarial impulsada por el gobierno manifestada en normas o acuerdos concretos, el Poder Ejecutivo sí habría tenido razón suficiente para cesarlo. Debe tomarse en consideración que el cesado, representaba al Estado-patrono en el Consejo Nacional de Salarios (el artículo 4° del Decreto-Ley citado, reformado por la Ley N° 1417 de 4 de marzo de 1952, se refiere a la representación del Estado), y no a ningún partido político; precisamente por eso, para ocupar un cargo de esa índole se exige al candidato, legal y reglamentariamente, conocimientos suficientes en materia económico social, toda vez que va a integrar un órgano técnico, permanente e independiente. Por consiguiente, los miembros representantes del Estado pueden ser removidos, únicamente, si con su actitud conducta y dirección de sus votos, en el seno del Consejo, se apartan de la política salarial establecida por el gobierno de turno, lo que debe así razonarse en el acuerdo de remoción, y no por el simple hecho de que haya nuevos jerarcas en el Poder Ejecutivo. Aunque el accionante no impugnó la validez del acto administrativo, en virtud del cual se ordenó su remoción, importa señalar que la Ley General de la Administración Pública estipula que todo acto administrativo, categoría en la que obviamente figuran los "acuerdos", (artículo 121.1 *ibid.*) debe poseer, entre sus elementos esenciales, causa o motivo (artículo 133 *ibid.*), que no es más que el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que ha tomado en cuenta la Administración para dictarlo. Aquí, tal causa está ausente, pues no se comprobó que concurriera ninguna circunstancia objetiva suficiente para proceder a la remoción del actor por pérdida de confianza (artículos 133 en relación con el 214.2, 221 *ibid.*). En todo caso, el motivo, cuando esté regulado en forma imprecisa, "deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento jurídico" (artículo 133, párrafo 2, *ibid.*). Se supone que el acto de remoción del miembro director del Consejo Nacional de Salarios, debía conformarse, razonablemente, al concepto jurídico indeterminado de "pérdida o negación de confianza" empleado por el artículo 8 del Decreto-Ley y 10, inciso a, del Reglamento del Consejo Nacional de Salarios supracitados. Tal concepto jurídico indeterminado, si bien otorga un margen de apreciación negativo y positivo al órgano administrativo, no puede autorizar ni justificar actuaciones arbitrarias, pues una cosa es el margen de apreciación y el halo de incertidumbre implícito en todo concepto jurídico indeterminado o en el empleo de facultades discrecionales y otra, totalmente distinta, la arbitrariedad. No debe olvidarse que la interdicción de la arbitrariedad, es un principio que permea todo el Derecho Administrativo. En particular, en nuestro país, está ínsito en varias normas de la Ley General de la Administración Pública, entre las cuales pueden citarse los artículos 8, 10, 15, 16, 17, 130, 132, 133, 136 y 160, que determinan pautas para el empleo de facultades discrecionales. En otros países, como el caso de España, este principio tiene un fundamento constitucional expreso (art. 9, párrafo 3°, de la Constitución Política de España). Dentro de esta inteligencia,

el acuerdo tomado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social adolece de una nulidad absoluta, al faltar uno de los elementos constitutivos del acto, como lo es la causa o el motivo (art. 166 *ibid.*). Adicionalmente, frente a la necesaria conexidad que debe existir entre motivo, contenido y fin (-tipicidad del acto administrativo-) la ausencia de causa determina, ineluctablemente, la imposibilidad de realización del fin. Entre los requisitos formales del acto administrativo que suprime derechos subjetivos, como lo es el que ordena la cesación en un puesto de confianza, está la motivación (artículo 136, párrafo 1° a, de la Ley General de la Administración Pública). La motivación se traduce en la fundamentación fáctica y jurídica, con la que la Administración justifica la legalidad y oportunidad del acto que adopta y normalmente se exterioriza en los considerandos del acto. La motivación de las actuaciones de la administración es un requisito que posee una profunda raigambre constitucional, puesto que encuentra fundamento tanto en el principio de legalidad como en el derecho de defensa (artículos 11 y 39 de la Constitución Política y Voto de la



Sala Constitucional N° 1522 de las 14:20 horas del 8 de agosto de 1991). Consecuentemente, el acto administrativo cuya motivación se haga depender de la invocación genérica de una ley, es un acto administrativo arbitrario y nulo. En esta tesitura, la remoción arbitraria, abusiva e ilegítima de un miembro director del Consejo Nacional de Salarios, si da pie a la responsabilidad civil de la Administración, puesto que se está ante el supuesto de la supresión de un derecho subjetivo mediante el empleo ilegal de potestades (artículo 193 ibid). El otro aspecto medular, es si entre el actor, cuya calidad de funcionario público no cuestiona el procurador, y el Estado, medió o no una relación laboral que justificara el pago de aguinaldo a la luz de lo establecido en los numerales 1°, 2° y 3° de la Ley N° 1835 de 11 de diciembre de 1954. En sentido estricto, es menester indicar que en la relación examinada no medió nexo de subordinación evidente, a partir del cual pueda inferirse la existencia de un nexo laboral. Efectivamente, tanto en el Decreto-Ley de creación del Consejo Nacional de Salarios, como en las disposiciones generales que lo han sucesivamente reglamentado, se indica claramente que ese órgano público, pese a estar adscrito al Ministerio de Trabajo, "... gozará de independencia siendo sus directores responsables por las actuaciones del mismo." (artículos 3 del Decreto-Ley N° 832 del 4 de noviembre de 1949 y 11, párrafo 2°, del Decreto Ejecutivo 19630-TSS, publicado en la Gaceta No. 98 del 24 de mayo de 1990). Sobre lo mismo, en el Reglamento del Consejo Nacional de Salarios (Decreto Ejecutivo 19630-TSS), vigente durante el período de reelección del actor, se dispone (artículo 11, párrafo 1°) que el Consejo, en el ejercicio de sus funciones, estará sujeto a las normas legales, reglamentarias y sus propios acuerdos, lo que de por sí denota la independencia de sus miembros y del órgano colegiado como tal. En lo referente a las dietas, es manifiesto que no pueden asimilarse a un salario en sentido estricto, sea a una retribución pecuniaria periódica y regular, pues el pago de ellas, es eventual, dependiendo de la asistencia o no de los miembros directores a las sesiones del Consejo. Importa señalar, además, que a petición del mismo Consejo Nacional de Salarios, la Procuraduría General de la República, en diciembre de 1984, había emitido criterio, en este caso vinculante, en el sentido de que los miembros directivos de ese órgano no tienen derecho al pago de aguinaldo en proporción a las sumas que reciben en concepto de dietas, por lo que si a pesar de ese criterio se hizo algún pago este habría sido hecho contra legem y no podría constituir argumento para acceder a la pretensión del actor (artículo 2 y 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República). Bajo esta inteligencia, procede declarar parcialmente con lugar el recurso de casación, únicamente en el extremo relativo al pago de sueldo adicional (aguinaldo) vencido computado desde la separación del cargo hasta la expiración del período de nombramiento. En lo que resta resulta improcedente."



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA. II Circuito Judicial. San José, a las doce horas del diecisiete de julio del dos mil dos.- 232-2002
- 2 SECCIÓN DECIMA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSE. Goicoechea, Anexo A a las trece horas treinta minutos del nueve de enero del año dos mil nueve.- No. 04-2009-SX
- 3 SECCIÓN PRIMERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. II Circuito Judicial de San José, a las catorce horas quince minutos del diez de agosto del dos mil seis. N°351-2006.
- 4 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas y veinte minutos del veintitrés de Febrero del dos mil siete. Res. N° 2007-002530
- 5 SECCIÓN SEGUNDA TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO II CIRCUITO JUDICIAL, Goicoechea a las ocho horas veinticinco minutos del veinticuatro de Abril del año dos mil nueve. -N° 138- 2009
- 6 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas cincuenta minutos del diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco. N° 48- 1995