

# Informe de Investigación

## Título: Discrecionalidad Administrativa

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Administrativo.	<b>Descriptor:</b> Control de la Administración Pública.
<b>Palabras clave:</b> Elementos discrecionales, Límites, Control, Concreciones, Aplicación de la Discrecionalidad.	
<b>Fuentes:</b> Doctrina y Jurisprudencia.	<b>Fecha de elaboración:</b> 12 – 2011.

## Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Doctrina .....</b>	<b>2</b>
a) LEGALIDAD Y DISCRECIONALIDAD. CONCEPTO Y NATURALEZA.....	2
A) Concepto.....	2
B) Elementos discrecionales.....	4
C) Signos reveladores de la discrecionalidad.....	5
D) Discrecionalidad y experiencia común.....	6
E) Discrecionalidad y técnica.....	6
F) Discrecionalidad y técnica jurídica.....	8
G) Discrecionalidad y valoración.....	9
LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD.....	10
A) El principio de legalidad.....	11
B) Los derechos públicos y privados del individuo.....	11
C) Abandono de la discrecionalidad.....	11
D) Discrecionalidad y principios generales del derecho.....	11
E) Discrecionalidad y desviación de poder.....	12
CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD.....	12
EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN COSTA RICA.....	14
b) DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	16
1.- Las diferentes concreciones de la discrecionalidad.....	16
1.i.- La discrecionalidad deriva del orden jurídico administrativo.....	17
1.ii.- Discrecionalidad implica valoración de circunstancias.....	17
1.iii.- Discrecionalidad es elección de una alternativa entre varias.....	18
1.iv.- Discrecionalidad es ponderación de intereses o concreción del interés público.....	18
1.v.- Discrecionalidad es una apreciación subjetiva que completa el marco normativo.....	19
1.vi.- Discrecionalidad es una unidad conceptual relacionada con materias diversas.....	19
1.vii.- Discrecionalidad es un modo de ejercicio de la función administrativa.....	20



1.viii.- Discrecionalidad es una forma de libertad reducida, autorizada y condicionada.....	20
2.- Los actos de gobierno y su control.....	20
2.i.- El caso en Francia.....	21
2.ii.- La situación en Argentina.....	22
2.iii.- En España.....	23
2.iv.- La situación en Costa Rica.....	26
2.v.- Límites al control en esta tipología de actos.....	29
<b>3 Jurisprudencia.....</b>	<b>31</b>
a)Discrecionalidad administrativa: Aplicación en materia de empleo público.....	31
b)Sanción disciplinaria que excede límite legal: Concepto, elementos y alcances de la discrecionalidad.....	36
c)Acto administrativo: Control jurisdiccional de actos administrativos discrecionales....	37
d)Falta de motivación ante quebranto a los límites de la discrecionalidad, infracción al principio de legalidad y al debido proceso.....	40

## 1 Resumen

Sobre la **discrecionalidad administrativa**, se adjunta doctrina y jurisprudencia, explicando temas como: legalidad y discrecionalidad, los elementos discrecionales, signos, la experiencia común, principio de legalidad, el abandono de la discrecionalidad, la discrecionalidad administrativa, los actos de gobierno y su control, límites al control en esta tipología de actos, jurisprudencia sobre su aplicación en materia de empleo público, en sanciones disciplinarias que excedan el límite legal, en acto administrativo, entre otros.

## 2 Doctrina

### a)LEGALIDAD Y DISCRECIONALIDAD. CONCEPTO Y NATURALEZA

[Ortiz]<sup>1</sup>

#### A) Concepto

La discrecionalidad es la libertad del funcionario otorgada por el ordenamiento de escoger entre varias interpretaciones posibles de la norma y entre varias conductas posibles, dentro de una circunstancia.

El ordenamiento puede otorgar esa libertad al funcionario con el fin de que éste pueda compaginar y armonizar al máximo la satisfacción de un interés público, encomendado como principal, con la de otros intereses secundarios, pero también públicos, que pueden resultar afectados por la misma



actividad administrativa (Giannini). Así, cuando se trata de otorgar una exención a un industrial es necesario que el Ministerio tenga cierto grado de libertad para hacerlo, tomando en cuenta no sólo la protección y fomento de la industria (interés principal) sino también la situación fiscal del Estado, la naturaleza de la industria solicitante, el ingreso de divisas, la repercusión que la industria puede tener sobre otros ramos de la economía nacional, etc.

Es Giannini quien afirma que, para ampliar una vía, debe tomarse en cuenta no sólo la oportunidad de la ampliación para fines de vialidad y tránsito (interés principal) sino también si el trazado de la ampliación exige o no destruir edificios o perspectivas monumentales (interés estético secundario). Será el acto más oportuno, el que logre satisfacer el interés principal y la máxima satisfacción posible de los intereses secundarios, en este caso, la mayor descongestión del tránsito con la conservación del monumento.

La discrecionalidad radica en la posibilidad de escoger entre diversas conductas posibles.

Las reglas que orientan al funcionario en esa elección se llaman de oportunidad o de buena administración y tienen por finalidad lograr al máximo la satisfacción del interés público en el caso concreto. Estas reglas no se pueden formular en abstracto. Su contenido está determinado por las valoraciones que haga el funcionario, ante la realidad en que actúa, sobre los resultados a perseguir.

Las reglas de la oportunidad no son legales y su violación no origina la invalidez del acto. Pero es necesario decir desde ahora que éste debe tener un mínimo de oportunidad para ser válido.

El acto totalmente inconducente al fin perseguido es no sólo inoportuno sino también inválido. Es principio general del derecho que todo acto administrativo debe servir al fin que persigue y si ese precepto se viola hay ilegitimidad. Las reglas de la oportunidad determinan el grado medio o máximo de satisfacción del interés público y el ordenamiento el grado mínimo. Este grado mínimo de satisfacción es determinable con vista de cada circunstancia, aunque no esté determinado ni sea determinable en abstracto.

La discrecionalidad no es un problema lógico de interpretación de los vicios o de los conceptos indeterminados empleados por la ley. Hay una teoría que funda la discrecionalidad en la imprecisión, vaguedad o ambigüedad de la ley que regula la conducta administrativa. Pero es doctrina ya aceptada que tales fenómenos -que se dan cuando la ley usa conceptos indeterminados- no producen discrecionalidad porque tales conceptos llegan normalmente a ser unívocos con vista del caso, de la realidad dentro de la cual tienen que aplicarse. El origen de la discrecionalidad sobre aspectos o elementos del acto por adoptar, normalmente en cuanto al contenido de éste, se funda en la ausencia de ley o en una autorización de ley para, que el funcionario escoja el motivo y el contenido del acto, según su relación con el fin del mismo. Es una facultad de elección entre alternativas creadas en la circunstancia o por la misma ley, que les define o calla al respecto. Esa relación de adecuación o de proporcionalidad entre el fin y el motivo o el contenido, es la materia de decisión de la discrecionalidad que los determina.

La libertad en que consiste la discrecionalidad es mucho más patente en las otras hipótesis en que éste se presenta, sin relación con conceptos indeterminados.

Se dan tales hipótesis cuando se confiere a la Administración un derecho o potestad de libre ejercicio, o se otorga expresamente una posibilidad de elegir entre varias alternativas señaladas. Es evidente que, en tales casos, no sólo hay interpretación amplia del contenido de la norma, sino sobre todo, decisión de realizar una conducta o una serie de conductas que resultan legítimas, sin otro justificante que la voluntad del funcionario de que sean esas y no otras, las que sirvan de medio para lograr el fin público encomendado.

Si el Estatuto del Servicio Civil otorga la posibilidad de imponer diversas sanciones disciplinarias, desde amonestación hasta remoción, sin puntualizar las faltas correlativas, el jerarca tendrá, en primer lugar, libertad para señalar cuáles son esas faltas, y, en segundo término, para graduar la correspondencia con las sanciones procedentes. Habrá una típica potestad no sólo para elegir la falta sino también para elegir la sanción. Lo mismo ocurre cuando la ley calle sobre algún aspecto del acto. No hay regulación ni precisa ni imprecisa, pero el funcionario tiene que decidir, porque la ley lo impone y otros elementos del acto están previstos. El caso más patente de la equivalencia entre discrecionalidad y libertad de elección del funcionario está dado en estas hipótesis, cuando se trata de determinar un elemento del acto no regulado por el ordenamiento. El funcionario tiene que fijar la consistencia de ese elemento, eligiendo entre las alternativas que él mismo se presenta libremente. Así, no hay procedimiento regulado para cancelar las exenciones otorgadas a industriales por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, cuando aquellos han incumplido los términos del contrato.<sup>1</sup>

Ese procedimiento exige al menos un trámite de audiencia en favor del interesado, por virtud del artículo 39 de la CP, pero en lo demás es totalmente indeterminado. El Ministro puede idear el procedimiento más conveniente a su juicio e incluso autolimitar su potestad dictando un reglamento sobre la materia. En esta hipótesis se orienta por su propio criterio sin imposiciones de la ley.

## **B) Elementos discrecionales**

El sujeto y el fin del acto están normalmente determinados por norma escrita o por la jurisprudencia. Se trata de los elementos que deben estar determinados en una específica manera, sea cual sea la circunstancia en que se realiza el acto. Igualmente ocurre con la forma y el procedimiento, que corresponden al modo de manifestación y preparación del acto. Su función está en hacer posible el acto en cualesquiera circunstancias que puedan servirle de motivo. Dada esa función también son elementos que deben estar regulados de antemano y que normalmente lo están.

Con la forma y el procedimiento, sin embargo, la regla puede sufrir excepciones. No obstante su importancia ocurre que a menudo es conveniente permitirle al funcionario rapidez en la acción y ello sólo puede lograrse prescindiendo de la regulación de los requisitos formales. En tal hipótesis hay discrecionalidad en su determinación y sobre la experiencia adquirida, el funcionario puede idear la forma conveniente caso por caso o aplicar un reglamento que lo haga.

Los elementos normalmente discrecionales son el motivo o el contenido del acto.

Se trata de los elementos que permiten la adaptación del mismo a la realidad cambiante, para lograr el fin perseguido. Si el acto intenta satisfacer una necesidad social, debe tener la estructura necesaria para adaptarse en lugar de imponerse a esa realidad. Esta adaptación la logra a través de la libre determinación del motivo o del contenido.

Es necesario observar que el principio de legalidad exige la regulación de uno al menos de estos dos elementos, aunque sea mediante conceptos vagos e imprecisos. Su total indeterminación dejaría al administrado a merced de la Administración con amenaza grave para sus derechos e impediría un eficiente manejo de las potestades administrativas, por exceso de libertad y falta de

<sup>1</sup> La Ley de Fomento Industrial, derogada mediante Ley No. 2426 de 21 de agosto de 1959, derogada a su vez tácitamente por la Ley No. 7017 de 13 de diciembre de 1985, disponía en su artículo 37 textualmente lo siguiente: "El Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Agricultura e Industrias, declarará administrativamente, sin responsabilidad para el Estado, la caducidad del contrato celebrado por medio de la presente ley, cuando previo dictamen de la Comisión Consultiva y de Coordinación para el Fomento Industrial, se comprueba que la planta industrial beneficiaria ha dejado de reunir, por causas atribuibles a la misma, las condiciones que motivaron su correspondiente clasificación."

orden. Fuera de esta necesaria limitación, o el motivo, o el contenido del acto pueden ser de libre determinación por el funcionario. Cuando el motivo está previsto y no el contenido, se trata por regla general de un caso de urgencia. Se faculta a la Administración para hacer todo lo necesario a efecto de controlar y limitar la amenaza a la comunidad, al individuo o al Estado. La indeterminación del contenido es una técnica excepcional, que es poco frecuente. Lo normal es que esté determinado el contenido y no el motivo, o ambos a la vez pero en forma imprecisa.

El motivo, como se explicará, puede consistir en un hecho o situación de hecho, cuya verificación no deja margen para la discrecionalidad. O el hecho previsto existe o no existe. Pero es posible que la norma deje libertad para actuar después de realizada la constatación, en términos que el funcionario tenga siempre un margen de elección sobre el momento y la puesta en obra de su conducta. En tal hipótesis hay discrecionalidad en cuanto al momento de la acción e incluso en cuanto al motivo, pues lo que en realidad ocurre es que éste se compone de aquél hecho y da una apreciación sobre la influencia determinante que el mismo debe tener sobre la conducta del funcionario.

### **C) Signos reveladores de la discrecionalidad**

La discrecionalidad está autorizada por el ordenamiento. Se manifiesta normalmente en las siguientes hipótesis:

a.- Cuando la ley otorga una potestad o derecho a la Administración y deja traslucir claramente que no es de ejercicio obligatorio. Ocurre esto, por ejemplo, cuando se faculta al licitador a declarar desierto el concurso si ninguna oferta es conveniente para el Estado; cuando se da potestad a la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar para variar el monto de las cuotas de producción del azúcar en diversos tipos (blanco de consumo nacional y crudo de mercado internacional) de acuerdo con las fluctuaciones de los precios respectivos.

Hay verdadera facultad -y no deber- cuando la libertad de ejercicio se desprenda de todo el articulado en que está inserta la norma correspondiente y no solo de la letra de ésta. La interpretación llamada sistemática es la única admisible a este efecto.

A la inversa, hay deber y no facultad cuando se desprenda la necesidad de que actúe la Administración, so pena de perturbar gravemente el interés público y las finalidades buscadas por la norma.

b.- Cuando se fijan varias alternativas de entre las cuales el funcionario puede escoger libremente, como en el ejemplo ya dado del ejercicio de la potestad disciplinaria bajo régimen del Estatuto del Servicio Civil.

c.- Cuando se confiere una potestad para graduar en cantidad, espacio o tiempo los efectos de un acto administrativo. Se da la hipótesis, por ejemplo, cuando la Ley de Aguas confiere la potestad para constituir una servidumbre forzosa de acueducto en forma perpetua o temporal (artículo 108) o cuando el Estatuto antes dicho faculta para nombrar empleados interinos hasta por un término de seis meses, dentro de los cuales el jerarca puede fijar el lapso exacto del empleo o cuando la ley confiere al Departamento de Precios del Ministerio de Economía, Industria y Comercio la potestad de fijar los precios de los artículos de primera necesidad, tomando en cuenta factores de apreciación, como la naturaleza y la importancia de las mercaderías, su valor y rapidez de colocación en el mercado (artículo 5 de la Ley de Defensa Económica)<sup>2</sup>.

2 La Ley de Defensa Económica, No. 1208 de 09 de octubre de 1950, fue derogada mediante Ley No. 5665 de 28 de febrero de 1975, derogada a su vez mediante la Ley No. 7472 de 20 de diciembre de 1994. Establecía la Ley de Defensa Económica en su artículo 5 textualmente lo siguiente:

*"Fijado oficialmente un precio máximo, no podrá variarse antes de que transcurran treinta días naturales. Para acordar*

d.- Cuando se utilizan conceptos indeterminados en la definición de motivo o contenido, y, eventualmente, de la forma y del procedimiento del acto administrativo. Es este el caso más importante y frecuente de la discrecionalidad, a la vez que el más difícil de distinguir de la potestad reglada o vinculada. Ejemplos de tales conceptos son los ya dados y pueden agregarse otros muchos: justo precio (en las expropiaciones), utilidad pública (ibídem), terreno abandonado, enseñanza superior, etc.

En todas estas hipótesis, sostiene una parte de la doctrina (García de Enterría, Betti, Forsthoff) que no hay discrecionalidad sino mera interpretación de la ley, que es precisamente lo contrario.

*"Lo peculiar en estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; hay buena fe o no hay buena fe... o se da en efecto, perturbación del orden público o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es. "Tertium non datur" (García de Enterría, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder)."*

Lo característico del concepto indeterminado, según esta doctrina, es que sólo puede tener un sentido único y excluyente frente a una situación de hecho y el que esta adaptación de sentido unívoco a la realidad depende de la naturaleza intrínseca del concepto legal, de la ley misma que lo utiliza y no de la voluntad e inteligencia del funcionario.

La doctrina es cierta en parte. Es necesario distinguir los conceptos empleados por la ley, para comprender lo que es concepto indeterminado, fuente de discrecionalidad.

#### **D) Discrecionalidad y experiencia común**

La ley puede utilizar conceptos de sentido preciso dentro de la experiencia común de las gentes. En estas hipótesis no hay discrecionalidad para determinar su significado, aunque este no se halle definido, porque la norma remite al sentido común que sí precisa el concepto en cuestión. Ocurre ello, cuando la norma da la unidad de medida del concepto empleado y dice, por ejemplo, que los expendios de gasolina deben estar circundados por una zona de concreto de 25 metros cuadrados, o que los expendios de licores deben cerrar a las 12 de la noche. Igualmente cuando se prohíben los juegos de azar o se otorga una pensión a la viuda del maestro de Estado. En estas hipótesis, el área de seguridad exigida en los expendios de gasolina, la hora señalada para la clausura del establecimiento de licores, la muerte del profesor de Estado o lo que es un juego de azar son conceptos exactamente determinables ateniéndose a nociones de uso común. Todos ellos saben lo que significan sin necesidad de conocimientos especiales.

Cuando la ley emplea tales conceptos sin determinarlos, regula en forma exacta y precisa su contenido, por remisión al sentido común de las gentes. Así no hay ni puede haber discrecionalidad.

#### **E) Discrecionalidad y técnica**

Puede la norma emplear conceptos cuyo objeto y significado preciso sólo puede determinar el

---

*cualquier variación de precios, el Departamento de Precios tomará en cuenta el costo esencial (que incluye gastos de administración) y la naturaleza de las mercaderías, así como su escasez y rapidez de colocación en el mercado, procurando armonizar, en lo posible, los intereses de productores, comerciantes y consumidores. El precio máximo del arroz, los frijoles, el maíz y las papas, nunca podrá ser inferior al precio mínimo de compra fijado por el Consejo Nacional de Producción, más un porcentaje equitativo para los gastos racionales y la utilidad justa de los intermediarios a juicio del Administrador de Precios."*

perito o experto, con conocimientos especiales. La ley puede ordenar el sacrificio de animales afectados por una epizootia, la destrucción de casas ruinosas, la confiscación de alimentos en descomposición; o bien conceder la explotación de suelos de minerales o de hidrocarburos y sus derivados, etc. Se trata de nociones cuyo contenido sólo puede procurar un conocimiento especializado, por estudio o prolongada experiencia.

Estos conocimientos técnicos aluden siempre a fenómenos gobernados por la ley de causalidad, en cuanto pueden describirse en forma precisa indicando una causa y el efecto correspondiente.

Se trata de fenómenos que son causa o efecto, o ambas cosas a la vez. Su determinación es siempre exacta, por ser científico. Los fenómenos técnicos o los conceptos que los aluden pueden colocarse en diferente posición respecto de la conducta administrativa, a saber:

i) se trata de fenómenos técnicos que son motivo de una conducta administrativa que tiene que darse siempre que los mismos se den. Es el caso de que, constatada la ruina de una casa, la ley imponga su destrucción, sin dar oportunidad alguna de elección al funcionario. Aquí no hay discrecionalidad.

ii) Se trata, a la inversa, de fenómenos de naturaleza técnica cuya realización confiere al funcionario la posibilidad de apreciar el mejor medio para satisfacer una necesidad pública, es decir: si actúa o no y caso afirmativo, cómo?, escogiendo de entre varias alternativas, todas legales. Es el caso de la epidemia: el Ministro de Salubridad puede ordenar una vacunación obligatoria, una cuarentena de toda una población o esperar a que la epidemia se extinga por sí misma. Aquí la elección está orientada por el libre criterio personal del funcionario y no por un hecho de exacta comprobación.

iii) Se trata de utilizar aparatos o medios técnicos para el logro de un fin. La elección de los aparatos o mecanismos es acto discrecional, en cuanto está determinado por una apreciación del funcionario, aunque la misma se de sobre bases técnicas. Así, el trazado de una carretera a construir, el estilo y estructura de un puente, el diseño de un plan de enseñanza, la selección de un contrato o contratista, etc., son materia de apreciación para el funcionario, que excepcionalmente se encuentra vinculado a una decisión única. Ello no obstante, si la técnica indica que sólo una decisión es posible, resulta obligada su adopción y desaparece la discrecionalidad. Pero cabe sentar el principio general de que la elección de medios técnicos es materia de apreciación discrecional, naturalmente dentro de límites racionales que impiden el empirismo indebido.

Una vez escogido el medio, su empleo está y debe estar determinado exactamente por las reglas de la técnica correspondiente y no puede ser discrecional. De este modo, si se elige un trazado para una carretera es necesario ajustarse a las reglas de la ingeniería para hacer que el mismo sea el más cómodo y seguro posible; si se opta por utilizar un sistema de señales de seguridad en la carretera, es necesario que el mismo se ubique y haga funcionar con toda técnica, para que logre al máximo su propósito. La Administración, en otras palabras, no tiene potestad para construir malas carreteras, ni para destruir como ruinosas casas que no lo son, etc.

Se desprende de lo dicho que la técnica, entendida como conjunto de conocimientos exactos aplicables a procesos de acaecimiento necesarios según la ley de la causalidad, excluye la discrecionalidad siempre que sus reglas, no el criterio de la Administración, deban guiar la conducta administrativa en forma determinante. La Administración, como se dijo, carece de la potestad de hacer empíricamente lo que debe hacer técnicamente.

Esa técnica está incorporada a los mandatos de la ley y debe tenerse por cierto que a la misma remite esta última, siempre que la materia a decidir esté regida por la ciencia exacta o por las reglas de un arte determinado. La exactitud de la regla técnica y la naturaleza causal de los objetos

a que se aplica, equivalen a una regulación legal minuciosa del caso administrativo, incompatible con la discrecionalidad. Cabe sostener el principio de que la llamada discrecionalidad técnica es lógicamente imposible.

Esto es hoy en Costa Rica una ley, más que un principio general de la discrecionalidad administrativa.

Disponen al respecto los artículos 16 y 160 de la LGAP:

*Artículo 16.*

*1- En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.*

*2- El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.*

*Artículo 160.*

*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.*

## **F) Discrecionalidad y técnica jurídica**

El vocabulario jurídico puede ser propio del mundo del derecho. El orden jurídico y la doctrina que lo explica acuñan definiciones que preceptúan el modo de entender los conceptos empleados por la norma. Se trata de las definiciones legales que ayudan a interpretarla indicando como deben entenderse los términos que emplea. Así el Reglamento a la Ley del Impuesto sobre la Renta se inicia indicando cómo deben entenderse los conceptos de renta bruta, renta líquida, año o periodo fiscal gravable, etc.; el CT define lo que debe entenderse por patrono, intermediario, trabajador, contrato de trabajo, etc., y en general, el derecho penal no es sino un conjunto de definiciones o descripciones de los diversos tipos delictivos, que sólo en la forma prescrita deben entenderse, con exclusión de cualquiera otra interpretación.

Hay, por otra parte, definiciones que indican no ya lo que debe ser el significado de un concepto normativo sino lo que tiene que ser, por necesaria vinculación con otros conceptos, juicios y ratiocinios jurídicos. Se trata ahora de definiciones que no son normativas, como las anteriores, sino enunciativas de relaciones ideales y necesarias entre los objetos del derecho. De este género son los axiomas jurídicos, todo lo ordenado está permitido, todo lo no prohibido es lícito, el derecho subjetivo es una autorización de conducta y el deber una prohibición, etc.

En conjunto, las definiciones normativas y las enunciativas propias de la ciencia jurídica, representan una técnica de comprensión del sentido de la norma o de la naturaleza real de esta y de su objeto. Se trata de la técnica del lenguaje aplicada a las normas jurídicas y sus conceptos. •

En relación con las definiciones jurídicas de uno u otro tipo no hay ni puede haber discrecionalidad. Así como las reglas de la técnica científica o artística que son precisas están incorporadas al texto de la ley, así también lo están las definiciones jurídicas. La interpretación de los conceptos jurídicos definidos no deja margen alguno de elección.

Puede afirmarse que hay total incompatibilidad entre discrecionalidad y técnica jurídica de

interpretación de la norma, a través de definiciones normativas o enunciativas.

### **G) Discrecionalidad y valoración**

La norma utiliza a menudo expresiones de valor. Creemos que es éste el campo de los conceptos indeterminados. La doctrina dominante tiende a incorporar el concepto indeterminado a los conceptos técnicos, implicados en la ley. En nuestra opinión tal postura doctrinal es errónea.

Para efectos de este trabajo puede entenderse por valor el objeto no sensible, con aptitud para servir de ideal al hombre, indicándole el deber ser de su vida o de las cosas e introduciendo desigualdad entre unas y otras, como si fuesen mejores o peores, en función de ese ideal. Según la mayor o menor proximidad a éste, la conducta y las cosas son más o menos valiosas. Por su propia esencia el valor es un ideal de la realidad, que no forma parte de ésta. Se trata en consecuencia, de una cualidad no sensible de la conducta o de las cosas, que permite juzgarlas como positivas o negativas, como más o menos positivas, o más o menos negativas. Todo valor implica un desvalor y una pretensión de conformar la realidad de acuerdo con el canon ideal que contiene, introduciendo jerarquías.

Son muchos los valores pero todos tienen en común, el ser cognoscibles únicamente a través de la intuición y no de los sentidos. La realidad que los contiene o, para decir mejor, en la cual están depositados, no presenta ninguna cualidad sensible que constituya el valor. Pero la circunstancia en que se capta el valor, la realidad depositaria del mismo, influyen decisivamente en su conocimiento. Este conocimiento es necesariamente variable de circunstancia en circunstancia y de sujeto a sujeto.

Los valores jurídicos son los que miran a la convivencia y cooperación sociales en un territorio determinado. Las conductas de relación son el depositario de los valores jurídicos, justicia, seguridad, cooperación, solidaridad, etc.

En el derecho administrativo los valores adquieren enorme importancia, dado el carácter teleológico o finalista de este derecho. En la medida en que la norma administrativa busca un fin, en igual medida tiende a realizar un valor o a producir la forma de vida social, la relación entre Estado e individuo, que puede reputarse fiel realización del ideal que el valor representa.

Del carácter finalista de la administración orientada a la realización de valores, nace la discrecionalidad. Esta no es otra cosa que la potestad para elegir entre varias alternativas, todas conformes con la letra y el espíritu de la ley pero no definidas por ésta, para hacer posible la realización de un valor principal en unión de la mayor cantidad posible de valores secundarios, según los fines de la ley.

*"Potestad discrecional es pues, elección de comportamiento en el marco de una realización de valores...Potestad discrecional significa, por tanto, que el orden jurídico presta validez jurídica a todo medio considerado como adecuado para la realización del valor de que se trate". Ernest Forsthoft, Tratado de Derecho Administrativo, págs. 127 y 136).*

Los valores aparecen en la norma administrativa a través de los conceptos indeterminados; aparecen en la realidad social mediante la aplicación a la misma de la versión subjetiva que de ese valor haya adquirido el administrado, eligiendo de entre los sentidos del concepto indeterminado alusivo al valor, el que más adecuado le parezca a éste mismo. Sucede así, generalmente, cuando la ley emplea términos que aluden a cualidades no sensibles de las cosas o de las conductas, que, además, no son reducibles a procesos causales.

Estas cualidades deben permitir la clasificación de las conductas o de las cosas en forma jerarquizada, estableciendo que unas son debidas y otras indebidas, que unas son más o menos autorizadas, o más o menos prohibidas.

Los conceptos de bien común y de eficiencia administrativa, escándalo, conducta inmoral, actividad de beneficencia, ejercicio razonable de una potestad, son todos indeterminados y alusivos a los valores o patrones ideales que permiten saber si, por ejemplo, una conducta es más o menos benéfica para la comunidad, más o menos adecuada a un fin público, más o menos conveniente a la Administración y al administrado.

El funcionario que debe evitar un escándalo, una conducta inmoral, o fomentar una actividad de beneficencia, sólo puede hacerlo de acuerdo con su criterio, dado que ni la ley ni el ordenamiento le indican precisamente qué debe entenderse por tales calificativos. La hipótesis de la discrecionalidad frente al concepto indeterminado surge, como su nombre mismo lo indica, cuando el orden se limita a emplear el término sin definirlo. Es indudable que aunque al funcionario esté prohibido actuar irracionalmente y aunque la determinación que haga del concepto impreciso luzca como interpretación de la ley, siempre es él, y no ésta, el que acoge el sentido del término más adecuado al fin perseguido. En consecuencia, no se trata sólo de un juicio sobre el sentido del término impreciso, sino de una verdadera elección de ese sentido y de una decisión de poner en práctica la versión escogida.

En síntesis, hay discrecionalidad siempre que la ley emplea conceptos indeterminados alusivos a un valor, porque ello equivale a una remisión al criterio y a la voluntad del funcionario para la determinación del concepto y la realización del valor mentado. No ocurre lo mismo cuando el concepto indeterminado alude a objetos distintos de un valor, en cuyo caso el concepto como ya se dijo no sólo no es fuente de discrecionalidad, sino que es límite de ésta, al convertirse en unívoco con vista de la realidad a la que se aplica.

e) Hay discrecionalidad cuando el ordenamiento es omiso en la regulación de uno o varios elementos del acto administrativo.

Dijimos ya que lo normal es que esté regulado -fuera del sujeto y del fin- el contenido del acto.

Cuando el acto está parcialmente regulado la Administración puede determinar discrecionalmente el elemento no regulado.

f) Finalmente, es posible que haya discrecionalidad cuando existe laguna de ley. Es decir, cuando el ordenamiento no presenta norma que contemple el caso a decidir. Como se explicará la laguna puede ser deliberada o casual. En ambos casos es posible acudir a la costumbre, a la analogía y a los principios generales de derecho para suplir la laguna, pero en el primero es particularmente claro que el proceso de integración del ordenamiento puede desembocar en el conferimiento a la Administración de una potestad discrecional frente al particular. Siempre que se encuentre regla para el caso, aunque no sea escrita, hay base para el nacimiento de una potestad discrecional.

### **LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD**

La potestad de elección y determinación en que consiste la discrecionalidad no es ilimitada. La discrecionalidad no se da al margen de la ley sino excepcionalmente y, en todo caso, nunca puede darse en contra de la ley. El ordenamiento jurídico, con su conjunto de normas escritas y no escritas, es el único origen posible de una potestad discrecional. Este origen necesario impone a la discrecionalidad una serie de límites, internos y externos.

Los límites externos son los que emanan de las normas escritas del ordenamiento.

### **A) El principio de legalidad**

Este principio fundamental es límite de la potestad discrecional en cuanto la prohíbe en relación con algunos elementos del acto, que siempre deben estar reglados: sujeto y fin (regulación mínima de la conducta administrativa). En cuanto a los elementos reglados no hay discrecionalidad, por ser ésta precisamente libertad de determinar lo no regulado del acto.

### **B) Los derechos públicos y privados del individuo**

Llámesese regulación inversa de una potestad administrativa la que consiste en regular sus límites creando derechos opuestos del particular. Si hay derecho del particular frente a la Administración no hay discrecionalidad de ésta, porque el derecho subjetivo significa una autorización a hacer o no hacer algo sin interferencias y por encima de pretensiones opuestas. En tal sentido el derecho del particular significa que la Administración debe someterse a la pretensión legítima de aquél, procurándole una conducta o un servicio exactamente definido. Si la Administración tiene una potestad para suprimir el derecho del particular, este tiene el derecho a que sea suprimido sólo de acuerdo con la ley de ejercicio de esa potestad. De este modo, el derecho subjetivo del particular significa o una protección inviolable ante la Administración, si ésta carece de potestad para suprimir el derecho, o un derecho a la legitimidad del acto que lo suprime, fundado en la existencia de normas que regulan el modo de ejercicio de la potestad. En esta última hipótesis la Administración tiene que convertir en dinero, bajo la forma de indemnización, el derecho suprimido.

Los límites internos de la discrecionalidad son los que provienen de principios generales no escritos y afectan la existencia de la potestad discrecional o el motivo y el contenido de los actos dictados en su ejercicio.

### **C) Abandono de la discrecionalidad**

La potestad discrecional es una libertad y como tal debe ser ejercida en bien de la comunidad. Cuando el funcionario actúa en la falsa creencia de que está obligado a hacerlo en un determinado sentido, no obstante tener potestad para actuar también en otro, el acto que realiza es viciado, porque no ha habido utilización efectiva del discernimiento ni de la voluntad, que es lo que persigue la existencia de la discrecionalidad.

Esto ocurre también cuando el funcionario que decide se atiene a un dictamen, no vinculante, creyendo que lo era, lo mismo que cuando, por cualquier razón, motiva en tal forma que del texto del acto mismo se desprende el abandono de todo estudio y de toda fundada elección en el caso. El acto dictado en tales condiciones es anulable.

### **D) Discrecionalidad y principios generales del derecho**

El acto discrecional, en cuanto manifestación de juicio y de voluntad, debe reunir un mínimo de racionalidad de justicia, y de oportunidad. El que no tenga siquiera ese mínimo es necesariamente irregular y viciado. Se trata de las reglas elementales de justicia, de lógica o de buena administración, como límites no escritos pero imperativos de la discrecionalidad. Se explicará mejor la importancia de tales límites cuando se examinen los vicios del acto administrativo, pero puede anticiparse que el acto totalmente ilógico, injusto o inoportuno es absolutamente nulo. Esto es lo que disponen hoy los artículos 16 y 160 de la LGAP, como quedó dicho.

### **E) Discrecionalidad y desviación de poder**

El artículo 49, párrafo segundo, de la CP, se refiere expresamente a la llamada desviación de poder, como vicio del acto administrativo que puede ser motivo de impugnación. El artículo 1.3 de la LRJCA define lo que es desviación de poder:

"Artículo 1.3.- Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por ley"

El fin es siempre reglado, en cuanto siempre debe estar regulado por una pauta legal o jurisprudencial. La desviación subjetiva del fin jurídico del acto, sería una violación de la ley o de la regla jurisprudencial. En tal sentido, la desviación de poder puede entenderse como un vicio de legalidad, por violación de la regla que regula el fin.

La doctrina, vieja y nueva, sostiene que se trata de un vicio del acto discrecional, en cuanto es una violación de un límite impuesto a la potestad discrecional, a saber el respeto al fin jurídico del acto, señalado por el ordenamiento. Esta opinión se fortalece con la observación certera de que la desviación de poder no es posible sino en actos discrecionales en cuanto al motivo.

Pues, en efecto, el acto obligatorio con vista de un motivo, está necesariamente vinculado al cumplimiento del fin legal, dado que ha nacido en el momento en que la ley lo prevé y para llenar la necesidad objetiva creada por la aparición de ese motivo. Este provoca la necesidad y el fin no es otra cosa que la satisfacción de esa necesidad. Si el acto se da en tales condiciones tiene que cumplir su función. La desviación de poder resulta imposible.

Dadas las normas constitucionales y legales que expresamente la contemplan, es necesario aceptar en términos de derecho positivo costarricense, el que la desviación de poder es un vicio del acto discrecional y, de consiguiente, que la regulación necesaria del fin representa un límite de la discrecionalidad, cuya violación acarrea la invalidez del acto. Invalidez, que, por otra parte, parece relativa y no absoluta.

### **CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD**

La discrecionalidad no es arbitrariedad. Los límites de la discrecionalidad indican las vallas con que topa el ejercicio de ésta, en bien de la justicia, de la lógica y de la buena administración. El control de la discrecionalidad es la verificación del respeto de esos límites, por otro órgano administrativo o por el juez.

Cuando el contralor es ejercido por otro órgano administrativo, que es generalmente el superior jerárquico, puede alcanzar gran intensidad. El superior puede no solo revisar el cumplimiento de la ley del acto, en lo que exige el principio de regulación mínima, ni tan sólo verificar el respeto a los límites de la discrecionalidad, sino también sustituirse al inferior en el ejercicio mismo de ésta y dictar el acto que estime más oportuno. Esto es posible porque el superior tiene iguales potestades de acción que el inferior, en vía de revisión de lo actuado.

No ocurre igualmente con el contralor del juez. Este tiene por exclusiva misión el mantener la legalidad administrativa, dentro del caso concreto que se le presenta. En tal sentido, únicamente puede velar por la legalidad del acto, sin interferir con el ejercicio de la discrecionalidad. En esta labor el juez puede aplicar la ley pero no los criterios de oportunidad o de buena administración, que son de exclusivo resorte del administrador. Y, en consecuencia, tampoco puede el juez sustituirse a este último. La sentencia puede anular el acto discrecional ilegal, pero nunca dictar el acto legítimo correspondiente. En Europa los principales sistemas de justicia administrativa prohíben incluso que el juez pueda dictar por su cuenta el acto debido de índole reglada (en motivo

o contenido) y que pueda darle órdenes de adoptarlo a la Administración. La única sentencia que puede dictar es la de anulación del acto y la única orden que puede dar es la de pago de una suma líquida, a título de daños y perjuicios. La sentencia sustitutiva del acto administrativo anulado o la condenatoria de hacer o no hacer algo, están prohibidas (Chapus).

Pero como contrapartida de estos límites, hay una tendencia a extender cada vez más el control permitido.

En primer lugar se da el llamado control sobre la materialidad de los hechos motivo del acto. El motivo, como se verá, es el hecho o situación fáctica que hace posible o necesario el acto.

En virtud del principio de racionalidad el acto discrecional debe tener un motivo. Si el mismo no existe o se da en forma diferente de la invocada en el texto del acto, éste debe ser anulado.

La Administración, puede decirse, carece del derecho de invocar motivos inexistentes o inexactos, carece del derecho de mentir (Rivero, Pacteau, Nigro).

En segundo lugar, la Administración debe calificar el motivo o el contenido discrecionales con entero apego a las reglas de la lógica, de la justicia y de la buena administración. De este modo cuando la ley emplea conceptos indeterminados para calificar dichos elementos del acto, implícitamente obliga al juez a velar por la exacta inteligencia de dichos conceptos por parte del administrador. Así ingresa al campo de lo controlable, el empleo de los conceptos indeterminados. En general puede afirmarse que la llamada "Calificación Jurídica de los Hechos" queda supeditada a la decisión del juez, en cuanto a los límites extremos que éste quiera imponerle por razones de justicia, de lógica o de oportunidad.

El campo de lo discrecional va disminuyendo a medida que el Juez va ampliando el alcance del suyo.

No hay diferencia entre los conceptos indeterminados cuyo uso está supeditado al control jurisdiccional y aquellos que se estiman reservados, aún en los más amplios sistemas de justicia administrativa, a la exclusiva apreciación del funcionario. El paso de uno a otro tipo de conceptos es gradual o insensible. Se trata fundamentalmente de la labor de ensanchamiento por el juez del campo propio de su potestad de contralor. Será concepto indeterminado de contenido discrecional el que la jurisprudencia señale como tal, y a la inversa, no lo será aquel que ésta haya agotado frente a la Administración con un sentido preciso.

Puede afirmarse, para armonizar lo dicho con la exposición inicial de las relaciones entre discrecionalidad y conceptos indeterminados, que éstos generan discrecionalidad únicamente cuando la jurisprudencia los considera expresión de un valor y abandona su apreciación y determinación al administrador. Caso opuesto, los conceptos indeterminados son expresiones de la ley que impiden la existencia de la discrecionalidad.

El reducto último de la discrecionalidad, ante este desmedido avance del control jurisdiccional, está en la determinación del contenido del acto. La discrecionalidad es, entonces, no solo la potestad de elegir entre varios sentidos posibles del motivo sino, sobre todo, del contenido. La adecuación entre éste y el fin del acto llega a ser el signo inequívoco de existencia de la discrecionalidad. De este modo cuando se parte de un motivo bien determinado, la discrecionalidad consiste en la elección de la conducta a seguir. Puede decidirse entre actuar o no actuar, y entre actuar en una forma y no en otra.

La evolución de todo Estado de Derecho es hacia la eliminación de la discrecionalidad. A medida que el Estado expande su poder sobre el individuo, resulta más difícil mantenerlo encerrado dentro de las fronteras que le impone el Juez. Cabe decir, que, por fuerte e irresistible que sea la invasión

de la Administración por el Poder Judicial, nunca llegará a la eliminación total de la discrecionalidad administrativa. En todo caso habrá formas de discrecionalidad sustraídas al control judicial y libradas al exclusivo juicio del administrador.

Oportunamente (cuando se estudie el exceso de poder) puntualizaremos mejor el modo de operar de los límites de la discrecionalidad administrativa.

## **EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN COSTA RICA**

Cuatro sistemas de control son posibles en relación con el acto discrecional para los efectos de su impugnación contenciosa:

a) el acto no puede someterse a la jurisdicción si tiene un elemento aunque sólo uno discrecional. Esta tesis lleva a inmunizar contra la justicia a la casi totalidad de la administración, pues todo acto es reglado y discrecional

a la vez, y siempre tiene a la par de un sujeto y un fin necesariamente reglados, un motivo o un contenido discrecionales.

b) El acto es impugnabile, pero únicamente en sus aspectos reglados, o más claro, únicamente si el aspecto impugnado es el reglado y no el discrecional.

c) El acto es impugnabile, no sólo en sus aspectos reglados, sino, además, en los aspectos discrecionales, en cuanto discrecionalidad es una libertad limitada, límites cuya violación acarrea la invalidez del acto. Esta última postura doctrinal y positiva no acepta todavía el control de lo discrecional como tal, sino exclusivamente el de los aspectos reglados de lo discrecional, que son justamente sus límites.

d) El acto es impugnabile en cuanto maneja criterios de oportunidad en ejercicio de la discrecionalidad y no ya solo en cuanto viola los límites de ésta. Se trata de admitir el control sobre la oportunidad o mérito del acto administrativo, que coincide con su adaptación en un grado medio o máximo -no mínimo- a la lógica, la justicia y a la buena administración.

El juez, en virtud de este control de mérito, reconstruye ya el acto sustituyéndose al administrador y revocando el que es inoportuno para dictar en su lugar el más conveniente. Este sistema es de excepción y sólo en Italia existe, en referencia a un campo material muy estrecho.

El sistema que consagraba el artículo 49 de la CP<sup>3</sup> y el artículo 1 de la derogada ley de lo contencioso administrativa<sup>4</sup> era el marcado a). Antes de la derogación de ambas normas el control jurisdiccional era extraordinariamente reducido en Costa Rica.

El acto impugnado tenía que emanar de una potestad reglada de la Administración, por lo que se entendía totalmente reglada en cuanto a motivo y contenido. Así, el acto discrecional en uno cualquiera de estos aspectos era inimpugnabile, aunque fuera atacado por motivos atinentes a un elemento no discrecional.

La redacción actual del artículo 49 de la CP cambió totalmente el panorama Hoy es posible atacar cualquier acto ilegal o ilegítimo, por violación de una regla escrita o no escrita del ordenamiento. No hay excepción constitucional alguna que permita mantener la inimpugnabilidad de los actos por el

3 El texto original del artículo 49 de la CP indicaba, de previo a su reforma mediante Ley No. 3124 de 25 de junio de 1963, textualmente, lo siguiente: "Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa, como función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado y en uso de facultades regladas."

4 Se trató de la Ley No. 1226 de 15 de noviembre de 1950.

hecho de ser discrecional su motivo o su contenido. De esta evolución son testigos no sólo el citado artículo 49 sino la actual LRJCA.

El artículo 1.1 de dicha ley reproduce el concepto constitucional de la jurisdicción contenciosa, sin hacer mención alguna al carácter reglado o discrecional del acto en cuestión.

Pero precisa aún más el objeto y materia de dicha jurisdicción cuando omite toda mención al acto discrecional en los artículos 18.1 y 21.1, que se refieren a los actos no impugnables.

El control discrecional contencioso puede alcanzar en Costa Rica el nivel que corresponde al sistema del inciso c), sin llegar nunca a eliminar la discrecionalidad administrativa. El juez de lo contencioso puede, en otras palabras, conocer de la legalidad de un acto discrecional para imponer el respeto a los límites de la discrecionalidad, pero nunca sustituirse al administrador imponiéndole criterios de oportunidad, ni tampoco dictando el acto debido u oportuno en lugar de la Administración.

En los casos en que se reclame el restablecimiento de un derecho del particular lesionado, por un acto totalmente reglado, el artículo 62, inciso b) de la referida ley pareciera facultar al juez para dictar el acto en lugar de la Administración, una vez anulado el dictado por ésta, y para cursar a la Administración, todas las órdenes de hacer o no hacer necesarias para el pleno goce del derecho restituido. En tal sentido puede decirse que nuestra ley actual de lo contencioso ofrece al administrado una tutela jurisdiccional mucho más amplia que la de los más avanzados sistemas de justicia administrativa de Europa y de América.

Dice el citado artículo 62, inciso b):

*"Artículo 62.- Si la sentencia acogiere la acción: b) Si se hubiere deducido las pretensiones a que se refiere el artículo 23, reconocerá (el Juez) la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para su pleno restablecimiento y reconocimiento".*

La amplitud del texto parece justificar la solución propuesta. Pero es necesario insistir en el hecho de que esa norma, por amplia que sea, está lejos de permitir el control de la discrecionalidad en cuanto a la determinación del contenido del acto mediante el uso de criterios de oportunidad, así como en que no faculta al Juez para sustituirse a la Administración en la emisión del acto discrecional.

Sólo el acto totalmente reglado es sustituible en aplicación de la ley. La jurisprudencia contencioso administrativa le niega al Juez toda potestad de sustitución de la conducta administrativa de Derecho Público, aún si éste es totalmente reglado.

El artículo 62.b) se aplica en ejecución de la sentencia anulatoria, pero no en sustitución del acto anulado.

**b) DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

[Hines]<sup>2</sup>

Algunos autores opinan que frente al principio de legalidad constitucional consagrado en varios ordenamientos, se puede exigir una habilitación legal específica y en todo caso.

Un autor español interpreta el artículo 97 de la Constitución española como la derivación de una exigencia sobre la Administración para que actúe sometida a la norma fundamental y a las normas primarias, es decir, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, no frente a habilitaciones específicas.

Señala que se requiere siempre de cobertura legal, por lo que la norma reglamentaria de manera más o menos explícita, ha de buscar un punto de conexión con la legalidad, pero sin que ello suponga mecánica ejecución a partir de una ley habilitante concreta y determinada.

Es un interesante planteamiento, con el que se está parcialmente de acuerdo. Debe concertarse en que las potestades administrativas son otorgadas para concretizar o hacer efectiva una específica competencia, como fundamento primario que da nacimiento a la entidad pública en cuestión.

Las habilitaciones están implícitamente incorporadas a la entidad precisamente por la competencia atribuida, de manera que solamente a través de una norma jurídica del mismo rango de la otorgante se puede habilitar la realización de determinados actos no contemplados en la primaria.

El principio de sometimiento a la legalidad no es actuar "de acuerdo con" el ordenamiento sino actuar cuando se le autorice para hacerlo, por ser ello una finalidad precisa de las reglas de atribución de competencias, porque actuar acorde con el orden jurídico, no necesariamente lleva implícita la concreción de los fines preestablecidos mediante la atribución de la competencia especial.

De esta manera la actividad administrativa se manifiesta a través de los actos o actuaciones materiales que tiendan a la consecución de fines predeterminados, a través de los medios o procedimientos adecuados para su obtención, que no son el fin en sí mismo, sino el enlace para llegar a la meta prefijada.

Esa congruencia entre medios y fines es verificable cuando la vinculación no requiere de un conocimiento técnico, sino cuando por la apreciación objetiva se logra el resultado, como es el caso de las señales de tránsito, pero en otras circunstancias, debido a la complejidad de la materia, se necesita de una mayor capacidad de comprensión.

Lo procedente, a la luz de las nuevas corrientes no es el control del acto ni de la actividad, sino de la conducta, como complejo de decisiones con repercusión en la esfera de intereses de terceros, vinculados o no con la Administración.

**1.- Las diferentes concreciones de la discrecionalidad**

Por no pretender ni por asomo, plagiar a nadie, el siguiente orden de exposición que se seguirá, se ha tomado de un autor argentino, por ser bastante completo para desarrollar algunos puntos que interesan para esta sección, señalando que el título de cada párrafo, es lo único que se toma en su literalidad, no así los conceptos, opiniones y criterios doctrinales, aunque sí se agregan según el contexto, sus observaciones.

### **1.i- La discrecionalidad deriva del orden jurídico administrativo**

La discrecionalidad solamente puede derivar del orden jurídico vigente, no deviene de un silencio o de un vacío legislativo, sino del análisis prolijo de los preceptos normativos y principios que conforman el bloque de juridicidad.

En su revisión crítica del positivismo jurídico, un pensador de elevadas dotes propone la metodología neoempirista, concibiendo la amplitud del orden jurídico, atribuyéndole funciones sancionadoras al igual que al precepto legal aislado, para mayor efectividad y aplicación directa de la realidad.

Esa postura es correcta por la imposibilidad práctica de que la norma pueda preverlo todo, dejándose un espacio para que la Administración pueda cubrirlo con el mejor criterio, tendiente a lograr el objetivo final, que siempre, aunque implícitamente, estará reglado por ser el origen mismo de las competencias administrativas atribuidas.

La discrecionalidad administrativa es la facultad que el ordenamiento jurídico reconoce a la Administración para asegurar eficazmente los instrumentos utilizables en la obtención de un fin, que adquiere relevancia jurídica cuando el administrador custodia los intereses públicos encomendados a su tutela. Es en cierto modo, una herramienta que se entrega al administrador para que su gestión pueda responder a las necesidades de cada momento.

### **1.ii.- Discrecionalidad implica valoración de circunstancias**

Es obvio que el ejercicio de la función administrativa en su permanente preocupación por satisfacer el interés público, otorga en ocasiones, más relevancia al análisis de la realidad para lograr una mejor prestación, que a la apreciación de las circunstancias con el propósito de alcanzar una estricta justicia, que en o pocas ocasiones puede estar lejos de esa realidad. Aun más, la Administración por la multiplicidad de fines, queda apoderada tácitamente para actuar los intereses que considere oportunos o necesarios en aras de darle satisfacción a una necesidad social, y por ello nuestro legislador estableció la posibilidad de que "inclusive", pueda crear servicios públicos no autorizados legalmente que apareja el problema de la publicatio del servicio, porque no es factible tal declaratoria sin norma legal.

En este sentido se debe interpretar que se trata de una prestación material del servicio supeditada a la regulación posterior y eventual por el legislador, aunque no necesariamente, porque la dinámica social no espera a la concertación política para asentarse en su realidad.

La valoración no descarta la apreciación subjetiva y objetiva, siendo viable completar el concepto mediante un juicio objetivo de valor cuando es fácil deducir el temperamento o conciencia general. El artículo 11 de la LGAP somete la actividad administrativa al ordenamiento jurídico, definido en el mismo texto de la ley, comprensible de todas las normas escritas y no escritas al tenor de los artículos 6, 7 y 8, pero no crea discrecionalidad ni en el motivo ni en el contenido, como se verá más adelante.

Es la realidad objetiva lo que debería llevar a la creación o calificación de ciertas actividades como servicios públicos, sin habilitación legal -solamente reglamentaria-, ante la imposibilidad de desconocer esa necesidad, y, es esa realidad lo que le permitiría al contralor hacer la valoración correlativa entre la decisión administrativa y la realidad motivadora.

En esa amplitud de potestades en apariencia no regladas, aparece el problema de los límites entre medios y fines para la valoración de la conducta administrativa, cuyo aseguramiento depende del marco de fiscalización, porque la extensión del artículo 11 en relación con el 59.2 de la LGAP,

sugiere posibilidades de desborde del cauce por el que deben discurrir aquellas potestades.

El control se enfocaría, no solo ni necesariamente, en el servicio, sino también sobre la norma reglamentaria habilitante, para garantizar su adecuación entre medios y fines en concurso ideal con el resto del orden jurídico.

Es entonces, en los principios de vinculación a la legalidad positiva y negativa donde se encuentran las bases para el ejercicio de ese control, porque es en su interpretación y aplicación, de donde se extraería el saldo a favor.

### **1.iii.- Discrecionalidad es elección de una alternativa entre varias**

Se ha interpretado que cuando las normas de la contratación administrativa autorizan que la selección del contratista se realice por medio del sistema de contratación directa, y exige la participación de un mínimo de cinco ofertas jurídicamente válidas, la Administración puede libremente invitar a más oferentes, determinando discrecionalmente su número, siempre superior a cinco, y cuando la norma establece que la Administración puede escoger a uno de los tres primeros, se está frente a una facultad discrecional para seleccionar.

Se toma distancia de ambas interpretaciones. No es posible la libre escogencia de los oferentes porque existen límites lógicos y objetivos, que deben respetarse para no incurrir en infracciones. Se tiene por ejemplo, que la actividad de los invitados al concurso debe ser del mismo género de la requerida por la Administración; son cinco que puedan efectivamente cumplir con los cometidos propuestos. Esa es una primera oposición.

Una vez cumplida esta primera exigencia, tampoco queda la Administración apoderada para libremente escoger entre los tres primeros. La norma debe interpretarse en el mejor sentido tendiente al cumplimiento del fin público, y para eso debe existir una realidad objetiva a la que debe adecuarse la decisión administrativa, quedando obligada a justificar válidamente la decisión.

Escoger libremente entre los tres primeros, implicaría enfrentar una paridad absoluta en la calificación de los oferentes, aun cuando el puntaje provenga de rubros dispares, -lo que le falta a uno le sobra al otro, y viceversa-, siendo incongruente con los objetivos perseguidos, de manera que la norma podría dar el parámetro general, pero el contralor debería estar en la posibilidad de establecer el específico.

La reducción de las inmunidades del poder no puede desconocer la esencia de la discrecionalidad, constituida como la apreciación de los valores singulares, sobre la que se monta la libertad de elección. Sin embargo hay que destacar que en ningún momento se reniega de la discrecionalidad, sino que al reconocerla como una facilidad que el ordenamiento concede, confirma la facultad del juzgador para constreñirla al más limitado plano: donde no haya otra alternativa viable.

### **1.iv.- Discrecionalidad es ponderación de intereses o concreción del interés público**

Es lenguaje común aceptar que un puesto en el escalafón profesional de la Administración Pública, debe ser cubierto con el candidato más idóneo, y que los elementos o pautas para conceptuar la idoneidad serán establecidos libremente por la propia autoridad. Es indudable, según un autor, que se está frente a una porción de discrecionalidad.

Los ejemplos utilizados por el autor para esta afirmación, están fuera de foco, porque las pautas o parámetros de calificación no pueden ser escogidas libremente por la Administración, sino que podrán ser previamente valoradas por la Administración, que tampoco constituye un apoderamiento de una amplia discrecionalidad. La naturaleza de esta discrecionalidad es técnica, definida por el

objetivo de satisfacer el interés público y no el de la Administración, sobre todo, si ese interés público está delimitado o concretizado.

#### **1.v.- Discrecionalidad es una apreciación subjetiva que completa el marco normativo**

Cuando la concreción del interés público no ha podido ser completamente reglado, la Administración debe realizar una valoración de las circunstancias que le permitan completar la norma jurídica.

La discrecionalidad no es comprobación ni verificación sino valoración y apreciación subjetiva, que el órgano no puede abstenerse de su acabado y diligente ejercicio, tesis sostenida por otro autor quien expuso que, si bien se deja en poder de la Administración la ponderación de los intereses en juego, el propio orden jurídico prohíbe que se pueda prescindir de dicha valoración.

Lo expuesto condice del principio de regularidad, bajo el que debe desarrollarse la actividad administrativa, sin contradicción entre los sistemas de control y el ejercicio de esa zona franca, porque la libertad decisoria está en una valoración objetiva de los hechos determinantes, ajustable a las regulaciones de ese mismo orden jurídico, que se concretiza en la norma positiva y en todo un conjunto de conductas que históricamente se encuentran incorporadas en una determinada delimitación, cultural, social y por supuesto territorial, aunque esta sea la menor consecuencia.

El elemento cultural es consustancial a la valoración como lo señalaba HABA, al incluirlo como definitorio de conductas de los detentadores del poder, cuyos comportamientos habituales permiten localizar las rutas de acceso al poder, por el sentido de la moral y de la responsabilidad que en ello juega.

#### **1.vi.- Discrecionalidad es una unidad conceptual relacionada con materias diversas**

La legalidad conformadora y limitadora de la actuación pública, asegura a los administrados la disposición de una variedad de remedios sustantivos y vías formales para efectivizar la fiscalización y el control de la Administración Pública.

La actividad pública está regulada jurídicamente, y en su quehacer rigen ciertos principios jurídicos de merituación política sustantiva, como el principio de legalidad de raíz constitucional, como un seguro para el individuo, imponiendo el respeto de la normadivid y prelación jurídica, igualdad y razonabilidad, control y responsabilidad jurídica, consecuencias todas del Estado de Derecho como modelo adoptado para la organización pública.

En una consideración sintetizada de lo hasta aquí dicho, no existen diversas discrecionalidades, sino diversas materias en las que puede desempeñar su papel, facilitando el control, por su accesoria a la normativa habilitante.

El apoderamiento a favor de la Administración para que emita actos o realice ejercicios que no estén expresamente regulados por la norma, no es un apoderamiento puntual sino genérico, para que, con fundamento en esa norma habilitante, incorpore los detalles necesarios en la obtención de la mayor eficacia y eficiencia en sus cometidos, y es en la escogencia de los modelos, donde cabría establecer el control.

Por ello no se comparte una parte de la doctrina, al escindir la discrecionalidad en técnica, política, profesional y de planificación, pues en cada una de ellas, lo que existe es un apoderamiento general que se despliega según las necesidades resultantes para cada caso, no pudiendo limitarse la capacidad volitiva por criterios ajenos al requerimiento.

### **1.vii.- Discrecionalidad es un modo de ejercicio de la función administrativa**

La función administrativa se ejerce siempre sobre la base de un conjunto normativo que lo permite. Es una regulación concreta para una entidad jurídica determinada, con potestades atribuidas para el ejercicio de una competencia exclusiva.

En esas condiciones no es posible aludir a un poder discrecional, porque se contradice el principio rector del Estado de Derecho, dado que el poder implicaría una actividad absolutamente libre que hoy no se acepta, sino que lo perfilado en la dinámica de las potestades públicas es el acto discrecional como concreción de una acción administrativa.

La actuación discrecional debe entenderse como la posibilidad de que en variadas circunstancias, se pueda acudir a un espacio normativo ayuno de reglas, para resolver una situación que el ordenamiento en general así lo exige, pero no como una entrega general de poderes.

Desde hace más de medio siglo, un autor enseñaba que en el Estado de Derecho, todos los actos de la Administración, aun los más típicamente discrecionales tienen que supeditarse a un imperativo categórico, al espíritu jurídico contenido en la Constitución y reflejado en otras leyes de obligada observancia.

La tesis aquí defendida se adhiere a esa posición, porque la discrecionalidad está latente genéricamente, con un ejercicio concreto, solamente cabe cuando se presenta la situación que la hace necesaria.

Esto es particularmente importante, en el tanto, lo que define la discrecionalidad en un contexto es la causa; y es doctrina aceptada, que la ausencia o discrepancia de la manifestación administrativa con la realidad fáctica es motivo de nulidad del acto administrativo, porque la discrecionalidad no es una decisión unilateral de la Administración sin ligamen a algo o alguien, sino proveída por los hechos.

### **1.viii.- Discrecionalidad es una forma de libertad reducida, autorizada y condicionada**

Baste el título para aceptar la opinión. La discrecionalidad no es autonomía, dado que en el ámbito administrativo el margen de libertad opera en la medida otorgada por el ordenamiento para la satisfacción de los intereses públicos, que en una primera aproximación, es la confrontación de ese interés con la libertad administrativa reducida a la expresión necesaria.

Resulta en consecuencia autorizada en la cantidad requerida para concretar la finalidad, visible y exigida que no puede ser desconocida sin quebranto del orden, porque está igualmente condicionada.

Estos ingredientes servirán para acabar con la libertad de la Administración para escoger, porque no puede hacerlo con respecto a los fines que debe perseguir, e igual negación se aplica con respecto a los medios, como se ha visto y se abundará en el transcurso del trabajo.

## **2.- Los actos de gobierno y su control**

Dentro de la tipología de actos que la doctrina atribuye con mayor énfasis a uno de los poderes del Estado, -Poder Ejecutivo en sentido estricto-están los denominados *actos de gobierno* que algunos también denominan actos políticos o actos constitucionales, cuya elaboración y discusión, han requerido de un capítulo aparte en los Tratados de Derecho Administrativo.

Estos actos que no son equiparados ni equiparables al acto administrativo común, por su naturaleza, contenido y fines, algún sector de la doctrina los ubica en una posición privilegiada para



su control, tanto en la sede constitucional como en la jurisdiccional ordinaria; sin que tal exclusión sea justificada, debido a que la actividad del Estado siempre deberá, por disposición constitucional, dirigirse a satisfacer los intereses públicos.

## 2.i.- El caso en Francia

En el Derecho francés el acto de gobierno es totalmente discrecional porque no es susceptible de ningún recurso ante los tribunales administrativos, de manera que si viola la ley o causa un daño a un particular, este no puede intentar el recurso por exceso de poder en busca de la anulación ni el recurso de plena jurisdicción con miras a la reparación.

El acto de gobierno nace, cuando por los ataques vivos de los que fue objeto el Consejo de Estado francés por parte de los liberales y ultraderechistas con el retorno de los borbones al poder y ante la eventualidad de una posible supresión de su jurisdicción contenciosa, el tribunal decidió disminuir por sí mismo sus atribuciones con el fin de sobrevivir.

Para esos fines remitió a los tribunales judiciales algunas materias que antes eran de su competencia y otras cuestiones las consideró no revisibles y ni siquiera receptibles, rechazando la acción o recurso mediante la interposición por la Administración del fin de non recevoir, parecido a una excepción previa de especial pronunciamiento para no recibir ni darle trámite al recurso.

Uno de los conflictos que afloró como primera dificultad para la definición del acto de gobierno, fue la fusión entre el Gobierno y la Administración, por la falta de distingo en la motivación de la decisión como elemento diferenciador del acto, como dijo el Consejo de Estado al abandonar la teoría del móvil político:

*"No son los motivos de la decisión de un funcionario los que imprimen a un acto su carácter esencial, sino que ese carácter resulta de la naturaleza misma del acto, de su objeto". Bremond*

Este acto de gobierno en un Estado de Derecho es para la doctrina francesa moderna, una paradoja y un arcaísmo ligado a la vieja *razón de Estado*, que, no obstante su fortaleza histórica, redujo la discrecionalidad pura, únicamente para los actos: 1) del Ejecutivo en sus relaciones con las asambleas políticas; el decreto de convocatoria de electores o de asambleas, iniciativa o promulgación de las leyes, y 2) los de carácter diplomático, que se refieren a las relaciones internacionales: tratados internacionales y los actos cumplidos en la función diplomática por los representantes de Francia en el extranjero.

Los autores franceses no consideran al acto de gobierno como una categoría separable de actos administrativos, pero reconocen una apreciación distinta a partir del temor histórico generado por la desconfianza entre poderes, que ha llevado al juez a no cruzar las fronteras de las competencias del Ejecutivo en sus relaciones con el Parlamento o con otros miembros de la comunidad internacional por considerarlas de alta política, no obstante que aquella tesis de la razón de Estado fue abandonada desde 1975.

Se citan sin embargo por los autores señalados, resoluciones del Consejo de Estado, que han ido acogiendo algunos recursos contra algunos de los denominados actos de gobierno, rompiendo el temor de conflictos con el Ejecutivo; que aún se mantiene hacia el Parlamento en la revisión de la ley.

En Francia los actos de gobierno que no son revisables por la justicia administrativa, son los vinculados estrictamente en las relaciones internacionales del Estado y entre poderes, con la posibilidad de las diferentes jurisdicciones de revisar algunos no sumergidos en las figuras antes

señaladas.

## 2.ii.- La situación en Argentina

Para parte de la doctrina argentina, el acto de gobierno como categoría jurídica separable e identificable, ajeno a todo control judicial, no existe. Esta doctrina considera la inexistencia de actos no sujetos al control del Poder Judicial, y para ello realiza una construcción jurídica basada en la Constitución Argentina.

Señala que esta contempla los principios de: a) la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, b) la imposición del Derecho a la protección jurisdiccional, sin otra norma eximente del control judicial de los actos del Poder Ejecutivo, y c) la competencia del Poder Judicial para conocer de todas las causas en que la nación sea parte o que versen sobre puntos regidos por esa Constitución, como razones jurídicas suficientes para eliminar toda pretensión de exoneración.

Resulta además muy atractivo, uno de los sólidos argumentos del autor en comentario para sostenerse en su postura, sobre la revisibilidad de todo acto proveniente del poder público, al manifestar que, aceptar la teoría del acto de gobierno como un acto no sujeto a la revisión judicial, sería reconocerle al Poder Ejecutivo la posibilidad de dictar actos con la misma potencia y condición de una sentencia judicial con alcance de cosa juzgada, y ello sí que sería una invasión a las atribuciones del Poder Judicial.

Desde una posición más conciliadora, un autor hace una escisión en la naturaleza de la actuación del Poder Ejecutivo, que atañe a la categorización de acto de gobierno o acto administrativo común, según se ubique en una posición de subordinación con respecto al Parlamento, o en una posición de coordinación equivalente a los actos de relación, no de ejecución.

El componente más importante en la construcción doctrinal de este autor, está en las competencias exclusivas que le confiere la Constitución al Poder Ejecutivo que no requieren y no pueden ser reguladas por una norma inferior, y en aquellas -también exclusivas- que puedan serlo por normas inferiores, les confiere una mayor potencia según sea la potestad ejercitable.

Separa el acto constitucional del acto administrativo, señalando para el primer caso que el Tribunal se limitaría a constatar su existencia y a confrontarlo con las cláusulas constitucionales, y en su caso, legales pero no los sujetará a las disposiciones de la ley del procedimiento administrativo.

Hay que considerar las diferencias constitucionales que en Argentina rebasan las consideraciones del Estado unitario, que de suyo forma un valladar, atendible en las comparaciones, al punto que la jurisprudencia ha tenido que dar saltos en diferentes sentidos, y en unos casos ha llegado a controlar la facultad del Poder Ejecutivo en materia de indultos, declarando inválido el recaído antes de la condena, como también se ha pronunciado sobre el veto parcial a una ley, diferencias que no tendrían cabida en otros ordenamientos monolíticos.

Alguno hace una diferenciación que algunos otros autores reconocen, aunque con diferente nomenclatura, en actos institucionales y actos de gobierno propiamente dichos. Los primeros no pueden vulnerar un derecho subjetivo y consecuencia de ello es su injusticiabilidad, y en los segundos, siempre cabe la posibilidad de que algún derecho o interés particular resulte perjudicado y ello abre el portillo de la revisión.

Un autor señala, avalando la tesis doctrinal de otro, que los tres poderes del Estado realizan actos de gobierno, y manifiesta que la emisión de una ley por parte del Parlamento es un acto de gobierno, como también lo es la sentencia que resuelve un litigio.

Otro con un discurso más radical considera los actos de gobierno como totalmente discrecionales e intangibles, excluidos de la revisión jurisdiccional, lo que pregona sin ambages y sin matices, pero al señalar la jurisprudencia en que se respalda, se revela una inconsistencia.

Según este autor, el aspecto sustancial de la función gubernativa o política es la ejecución directa de una atribución constitucional, como actividad estatal discrecional, por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, fundada en razones de seguridad, orden y defensa de la propia comunidad política; son actos superiores de dirección e iniciativa que reflejan una especial y primordial intensidad del poder estatal.

Nos indica que la función gubernativa la puede realizar tanto el Ejecutivo como el Legislativo, con mayor énfasis en el primero pero echa de menos en la Constitución Argentina una norma que trate el tema en forma puntual como el artículo 20 de la Constitución de Francia de 1958 o el artículo 95 de la Constitución italiana.

Se apoya -en lo que se considera sirve para romper con el dogma de la intangibilidad de dichos actos-, en las leyes de ministerios que atribuyen a los ministros la realización de la política de la nación, o confían al presidente la máxima responsabilidad en la dirección superior del desarrollo nacional, determinando los objetivos políticos y las estrategias.

Todo acto de gobierno, político o institucional, trasunta una directiva de carácter superior vinculada a la propia organización y subsistencia del Estado y no incide directa ni inmediatamente en la esfera del particular que no lesiona derechos subjetivos, lo que no da espacio para la impugnación.

Los actos del Parlamento en funciones legislativas y del Poder Judicial en funciones jurisdiccionales, son actos que no gozan del privilegio de la irrevisibilidad, por la naturaleza de sus contenidos y destinatarios, estando sometidos al escrutinio judicial los primeros y a los recursos ordinarios los segundos, de manera que en cuanto a eso no hay novedad que resaltar. Para varios autores, los actos institucionales se refieren a relaciones entre poderes, cuyo efecto no incide directamente sobre la libertad jurídica de los ciudadanos, como el nombramiento de un Ministro de Gobierno, mientras que los actos en función de gobierno por incidir sobre la libertad individual, estarían sujetos a la revisión judicial, entre los que se enuncian: la declaración del estado de sitio; la declaración de la guerra y la paz; y, los tratados internacionales.

En el Derecho argentino, acorde con la doctrina y la jurisprudencia, la justiciabilidad de los actos de gobierno no está en función del origen ni de los motivos, sino de su contenido en relación con las libertades individuales, sin embargo, no se tiene la claridad conceptual para delimitarlos.

La calificación concreta resulta casuista, generadora de incertidumbre procesal y hasta de consenso judicial.

### **2.iii.- En España**

En la doctrina es frecuente afirmar que el Estado de Derecho se caracteriza por su sometimiento a la ley, pero ese sometimiento a la ley no es un fin, sino una técnica para alcanzar fines buenos o malos, la libertad o la opresión.

El Estado de Derecho instaurado en el continente europeo con la Revolución Francesa se encaminó al establecimiento de la situación opuesta, tendiente a tutelar la libertad humana frente a la opresión; nacería como una reacción contra el Estado policía, como el medio jurídico para evitar que el príncipe penetre en la esfera de los particulares.

Consistirá justamente en el reconocimiento de una zona libre de intromisión estatal, al situarse a los subditos en un estatus de libertad

negativa, de los que se derivan una serie de derechos subjetivos oponibles frente a terceros y frente a la autoridad.

Esta posición doctrinal tiene su arraigo constitucional, al señalarse que si el artículo 24 de la Constitución española reconoce un derecho a la tutela de los derechos e intereses legítimos, esto significa que la misión esencial de la jurisdicción contencioso-administrativa es la tutela de los derechos e intereses legítimos de los particulares en sus relaciones jurídicas con la Administración.

La fusión de lo dicho por alguna doctrina, apareja la consecuencia que en toda situación jurídica administrativa, donde se encuentre presente un interés legítimo o un derecho subjetivo, siempre habrá competencia jurisdiccional para fiscalizar la acción administrativa vinculada con ese derecho o ese interés legítimo.

En una primera etapa doctrinal de los actos de gobierno en el Derecho español, seguidora de la francesa, se llegó a reconocer la injusticiabilidad de los actos que tuvieran un móvil político, aplicándose a la materia represiva, a cuestiones militares e incluso a la impugnación de los reglamentos, como expresiones de una determinada política, señalado en la sentencia del 10 de febrero de 1960 del Tribunal Supremo, que declaró la inmunidad para su enjuiciamiento, por ser la manifestación de una política docente.

Con posterioridad y por los excesos iniciales, el mismo Tribunal Supremo rectifica la doctrina del móvil político e interpreta restrictivamente el inciso b) del artículo 2 de la LJCA de 1956, estableciendo que los únicos actos con esa connotación eran los emitidos por el Consejo de Ministros, porque así se interpretaba del artículo 2.b) de la LJC, y los inferiores a esos eran justiciables, agregando que las manifestaciones de la función política solamente pueden entenderse sobre la base de que las grandes decisiones son las que afecten al Estado como un todo.

Reputados autores no comparten la teoría de los actos de gobierno ajenos al control judicial, con interpretación constitucional del artículo 103.1 que dispone el sometimiento pleno de la Administración al Derecho, y el 106.1 que atribuye a los tribunales el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa, y con el 24 referido a la tutela judicial efectiva, superando la tesis de irrevisibilidad.

La construcción normativa que los constituyentes españoles plasmaron en su Constitución, al disponer una separación orgánica de lo que es el Gobierno con respecto a la Administración, tiene validez para esa posición al establecerse en el artículo 97:

*"El Gobierno dirige la política interior y exterior, la administración civil, militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes".*

Ampliado con el artículo 98 que integra al Gobierno -como órgano-, con el presidente, los vicepresidentes, en su caso, los Ministros y los demás miembros que establezca la ley. Esa separación se confirma en los artículos 99, 101 y 103 del mismo texto constitucional, al señalarse por el primero que:

*"Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno".*



El segundo se refiere a la cesación del Gobierno como función, -no como órgano-, tras la celebración de las elecciones generales, para en el 103 referirse a la Administración, como organización diferenciada con respecto al Gobierno.

Esta ha sido la tesis del Tribunal Constitucional, aceptándose la posibilidad de que existan verdaderos actos de gobierno ajenos al control jurisdiccional, en funciones elevadas de Estado, tal y como lo señaló la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley de Secretos Oficiales, en la que consignó la injudiciabilidad por la necesidad de tutelar la seguridad del Estado, diciendo que es la "seguridad de todos los españoles, pues la seguridad que la Ley de Secretos Oficiales trata de preservar es la del Estado, y no la de sus autoridades o funcionarios".

El Tribunal Supremo llega a descartar la condición de esos actos, como meros actos administrativos, y por eso no sujetos al régimen común de control judicial de legalidad, considerando que la *naturaleza de las resoluciones sobre su desclasificación es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno, el artículo 97 de la Constitución*.

La intuición jurídica señala que no se trata de una teoría de actos de gobierno, excluidos del control del juez de lo contencioso administrativo, porque solamente estarían exentos a ese control, pero no a otros, como al constitucional, en el caso que quebranten o traspasen el límite de los derechos fundamentales de la persona, y que conforme con los artículos 9.1 y 24.1 de la Constitución española, se impone su control, y aún más cuando, como en el caso de la Ley de Secretos Oficiales, el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles, los límites y requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política.

Así expuesto, la interpretación debe serlo en favor del control -administrativo o constitucional-, pues lo que caracteriza al Estado de Derecho desde el ángulo en que se considera, es el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de los medios idóneos para su defensa, y ello excluiría, la impunidad e inmunidad de cualquier actuación en contrario.

Esa tesis tiene respaldo constitucional y legal, pues el artículo 1 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones, señala que el objeto de dicha ley es el de establecer y regular las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidades de las administraciones públicas, siendo aplicable a todas ellas.

Ese primer numeral y el artículo 3 que dispone en su inciso 1), -en desarrollo del artículo 103 constitucional-, que las administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al Derecho, y en el inciso 3) incluye al Gobierno de la Nación, permite concluir que en el ordenamiento jurídico español no hay exoneración del examen judicial a los actos de gobierno.

La injudiciabilidad de los actos de dirección política, estarían exentos del control jurisdiccional, siempre y cuando no quebranten los derechos fundamentales protegidos al tenor de los artículos 24.1, 103 y 106 de la Constitución española, y se ajusten a lo que la legislación expresa o implícitamente señale.

La justiciabilidad del acto no estaría en función de su origen, sino de las consecuencias que de él se deriven, en cuyo caso, no podría crearse una categoría dogmática de acto de gobierno sino relativizada por sus efectos, y la fiscalización del acto no necesariamente lleva a su anulación, sino que aparte de esa posibilidad, están las consecuencias que el juez determinará.



#### 2.iv.- La situación en Costa Rica

Algunos autores han señalado en referencia al artículo 49 constitucional y la tipología de actos que pueden ser revisados jurisdiccionalmente, que la actividad política está exenta de control, cuanto a la toma de decisiones amparada en la Carta y en disposiciones legales que atribuyen funciones gubernamentales, aseveración que, como se verá, no se sostiene con los nuevos paradigmas interpretativos.

Nuestra doctrina tiene posiciones diversas aunque no discrepantes, con datos de la francesa, la argentina y la forma legislativa de la española, las que ya fueron expuestas en apretada síntesis.

Nuestros autores señalan que la teoría de los actos de gobierno tiene base constitucional sin perjuicio de algunas hipótesis que permiten su desarrollo por medio de la ley, aunque ello resulte excepcional. Dichos actos denominados también como actos constitucionales o actos políticos, son atinentes a la organización y existencia del Estado, que no afectan directa ni inmediatamente los derechos e intereses del individuo.

A resultas de su alcance general y de su destinatario no son capaces de lesionar por sí derechos ni intereses, pero sí serían un presupuesto o antecedente necesario de los actos administrativos comunes que producen ese efecto lesivo, no siendo impugnables cuando se produce, sino como consecuencia del acto fundado en él con efecto lesivo en la esfera jurídica del particular.

Como consecuencia de lo anterior, la impugnación del acto resultaría inadmisibles por la falta de un interés legítimo o de un derecho subjetivo violado, como por la carencia de una legitimación procesal, a la que no tiene acceso el particular por la irrelevancia jurídica que tiene en su esfera personal, el acto general sin aplicación concreta e individual.

Son argumentos sólidos delimitados al aspecto procesal y no sustancial en cuanto a la posibilidad intrínseca de que sean fiscalizados o conocidos por el juez. Aceptando esa tesis, habría que señalar la diferencia entre los actos procesalmente inimpugnables por la ausencia de una legitimación, de los actos en que los hechos y las circunstancias abren el portillo de la impugnación, por un abuso de la discrecionalidad; vista frente a los presupuestos fácticos que dan lugar a la manifestación de la voluntad.

Manifiesta un autor que el *acto de gobierno está al arbitrio del Poder Ejecutivo, de la honestidad y de la leal valoración que éste realice de las circunstancias pertinentes*, pero se debe agregar que esa consideración no lo exime de la fiscalización judicial.

Piénsese, en la suspensión de las garantías constitucionales por el Poder Ejecutivo al tenor del artículo 140 inciso 4) de la Constitución, ajena a los presupuestos exigidos por el inciso 7) del artículo 121 ibídem. Ello podría llevar a mantener esa decisión evidentemente inconstitucional, frente a una Asamblea Legislativa afín al Gobierno.

Esas decisiones vistas globalmente en principio con caracteres y consecuencias generales sin perjuicio individual inmediato, son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción constitucional, porque aun en la ausencia de un perjuicio particularizado, configuran un quebranto a los principios y valores constitucionales, si bien no de inmediata repercusión individual, desvalorizan al Estado como garante y defensor de los derechos humanos ante la comunidad internacional.



No es necesario volver sobre el derecho público subjetivo o el interés legítimo, pero se agrega que, representarían los dos antecedentes constitucionales para la legitimación impugnatoria de cualquier acto que atente contra su integridad, porque la naturaleza política del acto, no autoriza a quebrantarlos.

Corolario de lo anterior es que conforme a la doctrina señalada, la irrecurribilidad del acto de gobierno se limitaría a un problema procesal por la carencia de una legitimación, y no por la naturaleza del acto per se, cuyo sostenimiento es parcialmente cierto, dado que la naturaleza jerárquica del acto es la misma de los derechos protegidos, que ante una valoración particularizada entre el acto y el derecho violado, la balanza debe inclinarse en favor de este.

La ausencia de un control jurisdiccional sobre esta tipología de actos que profesa esta doctrina, se deriva de dos suposiciones: 1) que el acto de gobierno derivado directamente de la Constitución, solamente puede ser atacado en sede constitucional, no en la contencioso administrativa, y 2) que el acto de gobierno derivado de una ley nace de las normas de acción, no de las de relación, sin producir efectos individuales, por su dirección a asuntos de organización de la Administración y sus relaciones con los otros poderes del Estado.

La lectura anterior no es totalmente correcta. No existen actos totalmente constitucionales porque dejarían de ser actos para convertirse en parte del texto de la Constitución, que implicaría una actuación directa de la Constitución, sin alteración ni opinión subjetiva externa a ella.

Lo que se reconocen son competencias provenientes directamente de la Constitución para dictar ciertos actos, que no pueden ser reguladas por normas inferiores, generando por derivación de esa competencia exclusiva, limitaciones procesales para la impugnación de tal categoría de actos.

El contenido material -que puede ser incluso ilegal porque lo constitucional es la competencia, no el resultado de su ejercicio- podría encuadrar en alguno de los supuestos que conducirían a su control en sede constitucional u ordinaria, según sea la infracción que se le impute.

La conclusión anterior está recogida en la doctrina legal que profesa el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al disponer que los jueces no pueden aplicar normas o actos contrarios a la Constitución, que bajo la inteligencia del control constitucional concentrado, llevaría a una desaplicación por el juez ordinario en el caso concreto, aunque no su definitiva desaparición, que solamente se daría con una declaratoria de inconstitucionalidad.

Esa interpretación es producto de una lectura hermenéutica del Derecho. El artículo 10 de la Constitución dispone parcialmente:

***"Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público..."*** (Subrayado no es del original)

La perspectiva analítica de esta norma, sugiere que los actos emanados de cualquier poder del Estado, son actos sujetos al Derecho Público que asegura su control, independientemente de su naturaleza discrecional o reglada. Así lo interpretó la Sala Constitucional -al fiscalizar un acto político per se-, y señalar que el manejo del presupuesto nacional está sujeto al control de legalidad y de constitucionalidad. Resolvió en esa oportunidad:

***"La discrecionalidad administrativa para cancelar las asignaciones específicas no se encuentra exenta del control de legalidad, menos aún del de constitucionalidad. En el caso que nos ocupa el Ministro de Hacienda informó bajo juramento, con las consecuencias que de ello se derivan, que la situación***



*de las finanzas públicas le obligaba a cancelar las asignaciones específicas que reclaman los recurrentes con bonos y que ello, por el desajuste fiscal que produciría, le obligó a anular los giros emitidos y aún no entregados y la Sala no estima que la actuación cuestionada sea desproporcionada o arbitraria, antes bien, resulta una decisión típica de la administración activa en el ejercicio de sus competencias legales y constitucionales. No encontrándose en lo actuado ninguna lesión al orden fundamental se declara sin lugar el recurso".*

La admisibilidad del recurso por parte de la Sala Constitucional y la emisión de una sentencia de fondo resultan bases jurisprudenciales para disolver el criterio de la inmunidad de estas decisiones, porque es la correcta motivación o justificación, y no la naturaleza del acto, lo que llevarían a su permanencia o desaparición del mundo jurídico.

En el ordenamiento español los jueces del Tribunal Supremo primero determinan la naturaleza del acto, para sustraerlos al contralor del juez en caso que fueran políticos, a tenor del artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso del 27 de diciembre de 1956, cuyo texto inspiró el inciso b) del artículo 4 de la Ley Reguladora de lo Contencioso Administrativo de Costa Rica número 3667 del 12 de marzo de 1966, que no incluyó la precalificación.

La inteligencia de ambas normas era, la de someter toda actuación del Poder Ejecutivo al control jurisdiccional. De esta forma la irrecurribilidad no se basa en el origen del acto sino en la sustancia a la luz de la norma habilitante, que representa el límite a la potestad contralora del juez, donde la revisibilidad no debe verse solamente en la dinámica del contencioso administrativo, sino también en la sede constitucional.

Los artículos 140 y 147 del Código Político tienen varios ejemplos de actos de gobierno que en apariencia no estarían sujetos al control jurisdiccional. Entre otros están los del inciso 3) en su primera parte 259, 5), 10), 11), 12), 13) y 14) del artículo 140 y los actos individualizados en los incisos 1) y 2) del artículo 147, sin embargo un estudio más detallado, conduce a una conclusión contraria.

La justificación que el propulsor de la Ley Reguladora, hace de los actos de gobierno y que hacemos nuestra, parece más acertada que la de otro autor nacional, que proclama la tesis de la legitimación insuficiente, superada en nuestro ordenamiento, con el otorgamiento de una legitimación objetiva y general conferida a ciertos grupos, organizaciones y órganos del Estado.

El respaldo de este último autor en los artículos 10 y 60 de la LRJCA que imponen como requisito mínimo de admisibilidad, la existencia de un interés legítimo y directo, una vinculación subjetiva entre el acto y el recurrente, tiene una omisión de referencia a las normas de postulación general que autorizan, al Contralor General de la República, al Procurador General de la República, al Fiscal General y al Defensor de los Habitantes habilitados para la impugnación directa por razones de inconstitucionalidad y sin acto previo.

Si la característica que resaltaba el autor de los actos políticos, era la ausencia de legitimación para su impugnación, con la moderna doctrina legislativa, se pierde su fundamento teórico principal, por la actualizada postulación general ofrecida por la LJC, que al desaparecer ese obstáculo procesal también hace desaparecer la prerrogativa.

Respecto del mismo tema hay un último punto sobre el que también se difiere del ilustre autor, relacionado con su criterio que señala que, la discrecionalidad constitucional o política sería la posibilidad de obtener un acto autorizado únicamente en cuanto al sujeto y órgano competente, y no en cuanto al fin.

Independientemente de la naturaleza o jerarquía del órgano, todas las acciones tendrán siempre como móvil la satisfacción de los intereses comunitarios, pues pretender lo contrario sería atentar contra el orden constitucional. Aun los actos administrativos o legislativos con destinatarios específicos, tienen como objetivo satisfacer una necesidad pública o bien, resguardar la integridad moral y física del Estado.

La construcción de un puente para comunicar a una pequeña comunidad, el dictado de normas para favorecer a los indígenas o el nombramiento de una Junta Directiva, siempre requerirán elementos objetivos para su correcta inserción en el orden jurídico.

Tienen condiciones y requisitos establecidos por una norma legal o constitucional, al que se le suma el artículo 4 de la LRJCA -bien interpretado por un autor-, que impiden la fiscalización ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa de las relaciones internacionales de la República y las relaciones interórganos del Estado, sin que esa limitación sea extensiva a otras sedes.

La naturaleza de estos actos cuya competencia deriva directamente de la Constitución, no fue proyectada para satisfacer intereses particulares, aunque la decisión de conceder esa potestad haya nacido de un criterio político, quedando sometidos a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como al de adecuación de medios a fines, reconocidos por el Derecho de la Constitución como parámetros de constitucionalidad.

## **2.v.- Límites al control en esta tipología de actos**

Un punto de convergencia en las doctrinas estudiadas es aceptar la irrevisibilidad del acto político, aunque algunos, más agudos que otros, lo consideran aceptable en el tanto no afecten derechos públicos subjetivos o intereses jurídicamente relevantes protegidos por el mismo ordenamiento.

Independientemente de la posición hacia la que nos inclinemos, se señala que la jurisdicción constitucional en los términos del artículo 10 de la Carta, tiende a la anulación del acto o norma, mientras que la contencioso-administrativa, además de la anulación de los actos, podría incluso imponer responsabilidades, sin desaparecerlo.

El artículo 49 de la Constitución establece la jurisdicción de lo contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. En su desarrollo se dispuso en el artículo 1 de la LRJCA:

*"1.- Por la presente ley se regula la jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo.*

*2.- Los motivos de ilegalidad comprenderán cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la falta de jurisdicción o competencia, el quebrantamiento de formalidades esenciales y la desviación de poder.*

*3.- Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley.*

*4. - Para los efectos del párrafo lo se entenderá por Administración Pública:*

*El Poder Ejecutivo..."*

En líneas posteriores se comentará el contenido del artículo primero con mayor puntualidad, por ahora basta decir que el paisaje normativo es claro al señalar como primer elemento, que la

jurisdicción contencioso-administrativa, al verificar la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración, incluye los actos del Poder Ejecutivo, según el inciso 4) transcrito.

En los numerales 49 constitucional y 1 de la LRJCA no se disponen excepciones, que de existir deben provenir de texto expreso en sentido contrario a esos artículos, resultando inconstitucional e ilegal, cualquier exclusión fiscalizatoria de algunos actos del Poder Ejecutivo sin esa norma excluyente.

El artículo 1 citado no contiene inmunidades para los actos discrecionales, todo lo contrario, se enfatiza en esta tipología de actos, al dedicarles un párrafo. El inciso 2) establece que los motivos de ilegalidad del acto, pueden ser cualquier infracción al ordenamiento, y la Constitución es parte del ordenamiento, apoderándose al juez para anular un acto del Poder Ejecutivo, por una violación constitucional sin declarar su inconstitucionalidad.

La respuesta se encuentra en la naturaleza jurídica de esos actos del Poder Ejecutivo, al disponer el artículo 1 un control sobre los actos y disposiciones de la Administración sujetos al Derecho Administrativo, excluyéndose los derivados directamente de competencias constitucionales, cuya fiscalización correspondería a otra sede distinta de la contencioso-administrativa.

Esa es la interpretación lógica y armoniosa del artículo 1 de la LRJCA con el texto del ordinal 49 de la Carta, para fiscalizar *la legalidad* de la función administrativa, sin incluir el control del ejercicio de las potestades políticas, desviado a la jurisdicción constitucional.

Al facultar al juez en el inciso 3) para controlar la desviación de poder, definida como el ejercicio de potestades para fines distintos de los fijados por la ley, nos apartamos de la tesis del profesor ORTIZ ORTIZ, que considera viable que una norma identifique al sujeto no así los fines. La presunción de legitimidad de la actuación administrativa es un privilegio administrativo descendiente del principio *in favor acti* no un límite a su impugnabilidad, siendo el juez quien finalmente la determinará.

De los artículos 10, 22 y 23 de la LRJCA, se desprende que la anulación es un medio de control de la legalidad pero no el único, al atacarse la ilegitimidad del acto o de la actuación administrativa, solamente para los efectos futuros, consolidando los efectos anteriores a tal declaratoria, al tenor del artículo 21 de la LRJCA, ya sea por la imposibilidad material de retrotraer la situación al estado original o por otra pretensión distinta. El artículo 49 de nuestra Carta Política, desde hace cuarenta años, se ubicó a la altura de la moderna concepción del proceso contencioso administrativo, al establecer el control sobre la función administrativa sin limitarlo al acto, que ha sido retomado por la nueva doctrina legislativa, que descarta el juicio al acto para dirigirlo a la función, convirtiéndose en otro elemento para el estudio del acto de gobierno.

El concepto de acto de gobierno como manifestación pública exenta del control judicial está en franca decadencia, que frente a las nuevas creaciones legislativas y jurisprudenciales, resulta insostenible en un Estado Constitucional de Derecho, acotando las diferencias subjetivas de otros ordenamientos que, como componente distintivo, definen normativamente al Gobierno diferenciado de la Administración, deparando una depuración subjetiva para la categorización de los actos, entre administrativos y políticos.

### 3 Jurisprudencia

#### a) *Discrecionalidad administrativa: Aplicación en materia de empleo público*

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección III]<sup>3</sup>

Voto de mayoría

**“ IV.- DE LA ALEGADA FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO.-** Acusa el apelante, la falta de motivación, por no consignarse en el acuerdo impugnado **-número 9, Artículo Quinto, Asunto número 2 de la sesión ordinaria número 2275, del quince de febrero del dos mil diez, adoptado por el Concejo de la Municipalidad de Parrita-**, los motivos ni razones para sustentar la decisión; sin la correspondiente ponderación de los atestados, según calificación y observaciones del propio Departamento de Recursos Humanos, que llevaron a elegir a quien no cumplía con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico, para el puesto de contador **público** de una corporación local. En efecto, cabe advertir que la existencia y validez de todo acto administrativo depende de la concurrencia de varios elementos esenciales, impuestos por el ordenamiento jurídico, que para una mayor comprensión, pueden clasificarse en **materiales**, relativos a los **elementos subjetivos** (*competencia, legitimación e investidura*), **objetivos** (*fin, contenido y motivo* -artículos 131, 132 y 133 de la Ley General de la Administración Pública y 49 de la Constitución Política) y **formales**, comprensivos de la forma en que se adopta el acto, sea, el *medio de expresión o manifestación* (instrumentación), la *motivación o fundamentación* (artículo 136 de la citada Ley General) y el **procedimiento seguido para su adopción** (artículos 214 y 308 de la Ley General de la Administración Pública y 39 y 41 de la Constitución). Así, la motivación consiste *“... en una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la respectiva administración pública al dictado o emanación del acto administrativo. La motivación es la expresión formal del motivo y, normalmente, en cualquier resolución administrativa, está contenida en los denominados 'considerandos' -parte considerativa-. La motivación, al consistir en una enunciación de los hechos y del fundamento jurídico que la administración pública tuvo en cuenta para emitir su decisión o voluntad, constituye un medio de prueba de la intencionalidad de esta y una pauta indispensable para interpretar y aplicar el respectivo acto administrativo.”* (JINESTA LOBO, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. (Parte General). Biblioteca Jurídica Dike. Primera edición. Medellín, Colombia. 2002. p. 388.) De manera que la motivación debe **determinar la aplicación de un concepto a las circunstancias de hecho singulares de que se trate**(según desarrollo de la jurisprudencia española, propiamente en la sentencia del 18 de mayo de 1991, RA 4120, aceptando considerando de la apelada, que cita las SSTs de 23 de setiembre de 1969, RA 6078, y 7 de octubre de 1970, RA 4251, citado por el autor Marcos M. Fernando Pablo, en su obra *La motivación del acto administrativo*. (Editorial Tecnos, S. A. Madrid. 1993, página 190); es decir, se trata de una decisión concreta, que liga los hechos con el sustento normativo; de manera que **cuando hay una breve alusión a normas generales y hechos inespecíficos, se puede concluir que no hay aporte suficiente de justificación, en la medida en que de ellos no es posible deducir los elementos valorados por la autoridad gubernativa para tomar la decisión**, lo cual adquiere la mayor trascendencia cuando se trata de actos limitativos o restrictivos de derechos subjetivos o en los que

se impone una sanción al administrado. **Por su contenido, se constituye en factor determinante del debido proceso y derecho de defensa**, que tiene plena aplicación en el ámbito administrativo, según lo señaló la Sala Constitucional a partir de la sentencia 15-90, de las dieciséis horas cuarenta y cinco horas del cinco de enero de mil novecientos noventa, al enunciar los elementos mínimos de este principio constitucional "(...) a) *Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento*; b) *derecho de ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes*; c) *oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate*; ch) *derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas*; d) **notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde** y e) *derecho del interesado de recurrir la decisión dictada ...*" (El resaltado no es del original.) Es por ello que al tenor del artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública, resulta exigido para la Administración motivar los actos que imponen obligaciones; limiten, supriman o denieguen derechos subjetivos; resuelvan recursos; los que se dictan con separación del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de los órganos consultivos; los que mantienen la ejecución del que es impugnado; los generales de carácter normativo (reglamentos) y los discrecionales de carácter general. Así, **si no hay motivación, se incurre en un vicio de forma que afecta gravemente el acto, viciándolo de nulidad absoluta**. Por ello, la motivación o fundamentación de la actuación formal de la Administración, se constituye en un elemento esencial del acto administrativo (de orden formal), cuyo vicio o inexistencia, trae como consecuencia la nulidad del acto, según previsión del 166 del mismo cuerpo legal. Sin embargo, cabe considerar, que, el propio **artículo 47 del Código Municipal**, que es norma especial y además, posterior, excepciona del registro de las actas de las sesiones del órgano deliberativo, aquellos relativos a nombramientos, ocasiones, en las que *"únicamente se hará constar el acuerdo tomado."*

**V.- DE LA LEGALIDAD DEL ACTO IMPUGNADO: ANÁLISIS DEL MOTIVO DEL ACTO.-** Pero la excepción indicada en el Considerando anterior, se aclara, es únicamente respecto del registro de las actas y correspondiente comunicación a los interesados, **no se traduce en la falta o vicio en otro elemento esencial de todo acto administrativo** -según se enunció anteriormente-, en este caso, de carácter material objetivo, a saber el **motivo**, regulado en el artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública; y que *"... son los antecedentes, presupuestos o razones jurídicas (derecho) y fáctivas (hechos) que hacen posible o necesaria la emisión del acto administrativo, y sobre las cuales la Administración Pública entiende sostener la legitimidad, oportunidad o conveniencia de éste."* (JINESTA LOBO, Ernesto. Op. Cit. p. 370). Por ello, el citado numeral 133 exige que sea **legítimo**, por cuanto está supeditado al ordenamiento jurídico, como corolario del principio de legalidad que rige la actuación Administrativa (artículos 11 de la Constitución Política y de la Ley General de la Administración Pública); y además, **debe existir tal y como la Administración lo invoca**, y que precisamente, sustentan la decisión adoptada, lo que denota su íntima relación con el otro elemento comentado (la motivación del acto), de donde, **el contenido debe ser correspondiente con el motivo**. En el caso en estudio, este elemento lo constituye, precisamente el expediente del concurso, que comprende, las ofertas de servicio de los postulantes al puesto de auditor de la Municipalidad de Parrita y las diversas actuaciones, tanto de la propia corporación local, a saber la valoración de los atestados, con la consiguiente calificación final, de parte del Departamento de Recursos Humanos (oficio 047-2009, del diecinueve de octubre del dos mil nueve, a folios 107 a 110); la decisión de nombramiento (acuerdo del Concejo número 9, Artículo Quinto, Asunto número 2 de la sesión ordinaria número 2275, del quince de febrero del dos mil diez) y que es precisamente el impugnado (a folio 163 y 164); y las comunicaciones a los interesados; como la intervención de la División Jurídica de la Contraloría General de la República

(oficio 01076, DJ-0435, del dos de febrero del dos mil diez, a folios 144 a 147). Lo anterior interesa resaltarlo en atención a la acusada ilegalidad del nombramiento de auditor, que recayó en Jorge A. Briceño Vega, por infracción de la normativa aplicable a la materia, a saber la Ley General de Control Interno, los Lineamientos sobre los requisitos de los cargos de auditor y subauditor interno así como el Reglamento dictado para el nombramiento del Auditor de esa corporación, por cuanto, se alega, no cumple los requisitos mínimos para ocupar el cargo. Al respecto, se tiene que el Departamento de Recursos Humanos (oficio 047-2009) conformó la terna con el aquí apelante (Francisco Arias Muñoz), a quien se le dió la más alta calificación, con un 100%; Jorge A. Sánchez Rojas, con un 95% y con Jorge A. Briceño, con un 80%; la cual fue valorada y aprobada por la División Jurídica de la Contraloría General de la República, mediante oficio 01076, DJ-0435, del dos de febrero del dos mil diez. En efecto, revisado de manera minuciosa el expediente, se denota una incorrecta lectura por parte del recurrente del citado oficio número 47-2009, emitido por el Departamento de Recursos Humanos, por cuanto **éste no descalifica al postulante Briceño Vega, sino que se realiza una recomendación en torno a la verificación de experiencia**; y en todo caso, se advierte que el propio interesado (Briceño Vega), mediante nota del primero de octubre del dos mil nueve (visible a (folio 49, del expediente número 10-00820-1027-CA) comunicó al órgano competente para hacer la designación (Concejo), su disponibilidad inmediata para ocupar el puesto, en caso de ser nombrado; siendo necesario aclarar que ante la expectativa de un nombramiento, no es legítimo exigir la suspensión de la pensión que aparentemente gozaba el señor Briceño Vega para poder ostentar la condición de elegible dentro del concurso **público** de marras, por cuanto lo que ostentan los postulantes en la etapa del concurso, es simplemente una expectativa a un evento, no el derecho como tal; y en este caso, se insiste, de acuerdo a los autos, el señor Briceño Vega declara su disponibilidad para ocupar el cargo de manera inmediata. Con lo cual, **no se observa vicio alguno que tenga la fuerza para declarar la nulidad del acuerdo impugnado, máxime que no se demuestra por parte del apelante, que el Concejo Municipal de Parrita haya inobservado las reglas establecidas en el Reglamento para regular el nombramiento del Auditor interno de ese Gobierno Local ni los Lineamientos dictados para tal efecto**. En este sentido, se reitera que la Contraloría General de la República al amparo del artículo 31 de la Ley General de Control Interno, número 3282, del treinta y uno de julio del dos mil dos, cursó la autorización para la elección del funcionario que asumiría el cargo de auditor interno a partir de la terna sometida a su conocimiento, por la propia entidad local, es decir, estimó que los tres integrantes de la misma -Francisco Arias Muñoz, Jorge A. Sánchez Rojas y Jorge Briceño Vega- **cumplían a cabalidad con los requisitos dispuestos por el ordenamiento jurídico para ocupar el puesto de auditor**; por lo que, **la decisión final efectivamente quedó librada a la discrecionalidad que rige ese episodio del procedimiento de selección de personal, en tanto no es obligatorio para el Concejo Municipal elegir a quien ocupe el primero o segundo lugar de calificación**, lo que se explica a continuación.

**VI.- DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.-** La **discrecionalidad** es un *modus operandi* de la función formal (esto es, relativa a la adopción de los actos administrativos y disposiciones de carácter general) de la Administración Pública en su conjunto –esto es, de los diversos Poderes del Estado e instituciones públicas, sean Administración Central o descentralizada–, “... consistente en la adopción de decisiones dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento mediante la realización de una elección entre diferentes alternativas sobre la base de criterios extrajurídicos. Se trata, pues, de la adopción de decisiones de forma desvinculada del ordenamiento jurídico, realizando una elección entre diferentes alternativas, utilizando para ello criterios valorativos extrajurídicos.” (DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial. Editorial Aranzadi. Pamplona. España. 1997. pp. 68 y 69. El subrayado no es del original.) Con lo cual, 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**, tales como 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: **a.) la finalidad de la Administración actuante**, por cuanto la decisión adoptada debe estar determinada por el deber al que está obligada según el bloque de legalidad; con lo cual, bien se puede afirmar que se trata de una **discrecionalidad** en el medio, no en el resultado, siendo libre la Administración para ejercer la potestad atribuida en cuanto a la elección del medio idóneo; teniéndose presente que conforme lo prevé el artículo 11.2 de la Ley General de Administración Pública, el fin, como elemento sustancial objetivo de todo acto administrativo, **siempre** tiene que estar definido previamente en la norma, sea ésta escrita o no escrita; es decir, puede estar definido de manera expresa (explícita)—en el texto normativo— o de manera implícita (o tácita), en aquellos supuestos en que la noción del interés **público** se encuentra necesariamente incluida en la atribución de facultades a la Administración, sobre la base de premisas constitucionales; y conforme al artículo 49 de la Constitución Política y numerales 42 y 122 del Código Procesal Contencioso Administrativo, es controlable en la jurisdicción contencioso administrativa; **b.) los principios de razonabilidad y proporcionalidad**, 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, conforme a la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (entre otras, se pueden consultar las sentencias número 03933-98, 8858-98, 5236-99, 2000-2858, 2000- 1920, 2000-10826, 2001-0732, 2001-1465-01 y 2001-10153); **c.) 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 primero, 9, 50 y 74 constitucionales), es precisamente **el reconocimiento de los derechos fundamentales**; **d.) los principios generales del derecho**, 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; y **e.) 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, así como en los casos en que deba utilizar criterios **propios de la técnica administrativa**; lo anterior, en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto disponen literalmente:

**"Artículo 15.-**

1. *La **discrecionalidad** podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable.*

2. *El Juez ejercerá contralor de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites. "*

**"Artículo 16.-**

1. *En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.*

2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad. "

**"Artículo 17.-**

La **discrecionalidad** estará limitada por los derechos del particular frente a ella, salvo texto legal en contrario."

**"Artículo 160.-**

El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indicquen las circunstancias de cada caso."

Así, se insiste que la "**discrecionalidad**" no es sinónimo de arbitrariedad, y que en el ámbito de la selección de **personal** o nombramientos de funcionarios, la propia Sala Constitucional ha sido conteste en señalar: "**El régimen de empleo público supone un proceso selectivo depurador para acceder a la función pública; solo de manera excepcional, se permite la designación de un funcionario según criterios discrecionales, de confianza política o por razones de emergencia (...). En este sentido, este Tribunal ha señalado a través de su jurisprudencia que la discrecionalidad no autoriza a la Administración a realizar nombramientos de manera arbitraria; siempre y en cada caso, deberá tomar en consideración un conjunto de elementos legalmente determinados y otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración, que permitan seleccionar al "más idóneo" (en este sentido ver votos 2001-5708 de 26 de junio y 11109-2002 de 22 de noviembre).** (Sentencia 3120-2010, de las trece horas dieciocho minutos del doce de febrero del dos mil diez.)

**VII.-** Ahora bien, se estima conveniente advertir al apelante conforme al numeral 173 de la Constitución Política, la competencia que se le confiere al Tribunal Contencioso Administrativo, según desarrollo de la ley (artículos 156 y párrafo final del citado 158 del Código Municipal y 190 y siguientes del Código Procesal Contencioso Administrativo), es **actuando como jerarca impropio**, lo cual, conforme al numeral 181 de la Ley General de la Administración Pública, **lo circunscribe a ejercer un control eminentemente de legalidad de las decisiones administrativas municipales, previo al control jurisdiccional**; por lo que, son revisables en esta instancia, únicamente la supuesta infracción de sus parámetros o elementos de control -previamente señalados-, y que integran el bloque de legalidad, sin poder entrar a analizar el núcleo duro del ámbito de la **discrecionalidad**, a saber los motivos de "*oportunidad*" o "**discrecionalidad**" de un acto discrecional; por cuanto entrar a analizar tales valoraciones implicarían, no sólo desnaturalizar la figura del jerarca impropio, sino además, un desbordamiento de las competencias constitucional y legalmente asignadas a los jueces que conocen de esta materia, por ser materia propia y exclusiva de la "*Administración activa*". (En igual sentido se pronunció este Tribunal con anterioridad, en resoluciones número 425-2010, de las doce horas diez minutos del ocho de febrero y 947-2010, de las quince horas cuarenta minutos del once de marzo, ambas del dos mil diez.) De manera que el análisis que se hará de la designación del señor Briceño Vega como auditor interno de la Municipalidad de Parrita, en su carácter de acto discrecional, está circunscrito, conforme a la normativa indicada y supra transcrita, esto es, en el orden estrictamente legal.

**VIII.-** Al tenor de las anteriores consideraciones, se aclara al apelante que **dentro del procedimiento de selección de personal, la etapa decisoria por parte del órgano competente**, en este caso, el Concejo Municipal -a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 inciso f) del Código Municipal-, **es de naturaleza discrecional**, por lo que nada obsta para que sea elegido el segundo o tercer lugar de una terna, no siendo alegable un mejor derecho del primer o segundo postulante, cuando el elegido es el tercero. En otras palabras, cualquier postulante de la terna independientemente de su ubicación en ésta, justamente en virtud de la naturaleza de la decisión



final de **selección**, puede ser el escogido por la Administración, sin detrimento de un mejor derecho de otro elegible. A partir de lo transcrito, queda claro que la **discrecionalidad** en la elección del auditor interno de la Municipalidad de Parrita no encuentra límites en función de la calificación obtenida por cada uno de los oferentes, de toda suerte que, en el tanto la decisión recaiga sobre un postulante elegible -como ocurre en el caso que nos ocupa-, no se violentan los criterios elementales de justicia, lógica o conveniencia; de donde el ejercicio de la potestad discrecional ejercida por el Concejo de Parrita, resulta conforme a derecho.”

**b) Sanción disciplinaria que excede límite legal: Concepto, elementos y alcances de la discrecionalidad**

[Sala Primera]<sup>4</sup>

Voto de mayoría

"I.- El Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos le impuso al actor, quien es arquitecto, una suspensión de dos años en el ejercicio de su profesión, por haber violado el colegiado los artículos A, incisos a) y f) y el artículo C, inciso c), del Código de Etica Profesional de dicho colegio. La violación, se dice, se dio al haber actuado el actor, como representante legal de una empresa y como responsable profesional de ella, en la administración de una obra constructiva, sin estar debidamente inscrita la empresa y el actor como profesional responsable de la misma, ante el Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos, tal y como lo exige el artículo 52 de la Ley Orgánica del Colegio, el artículo 55 de su Reglamento Interior General y el artículo 1 del Reglamento de Empresas Consultoras y Constructoras. El actor impugna el acto en sede administrativa, y siéndole denegados los recursos procedentes, interpone proceso contencioso administrativo contra el colegio profesional, solicitando se declaren nulos los acuerdos tomados por su Junta Directiva y se le condene al mismo al pago de los daños y perjuicios. El Juzgado declara sin lugar la demanda en todos sus extremos, por considerar que las violaciones al Código de Etica por parte del actor existieron, y que la resolución que acuerda la sanción al actor, está ajustada a derecho. Inconforme con el fallo, el actor apeló, y el Tribunal de alzada revoca la sentencia apelada, en cuanto declara sin lugar la demanda en todos sus extremos, y en su lugar acordó anular parcialmente el acuerdo tomado por la Junta Directiva del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos, en la sesión extraordinaria número 51-19-G.E. del 18 de junio de 1991 en que se suspendió al actor por dos años en el ejercicio profesional, nulidad que se declara en cuanto excede de seis meses [...]. VI.- Todo acto administrativo es el resultado del ejercicio de una potestad. En el caso de actos producto del ejercicio de una potestad discrecional, éstos se componen de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora. La discrecionalidad es esencialmente la libertad de elección que tiene la Administración, de escoger entre una pluralidad de alternativas, todas igualmente justas, según su propia iniciativa, por no estar la solución concreta dentro de la norma. Esta libertad de la Administración no es arbitraria, su existencia tiene su fundamento en la Ley y su ejercicio está delimitado en ésta. Nuestro ordenamiento jurídico, podemos decir, siguiendo la línea de la Doctrina imperante, establece la posibilidad de un control jurisdiccional por la vía contencioso-

administrativa, sobre el ejercicio de las potestades discrecionales. En este sentido encontramos que los artículos 15, 16, 17, 160 y 216, inciso 1), de la Ley General de la Administración Pública disponen, que la discrecionalidad está sometida a los límites que el mismo ordenamiento le impone, así como las reglas de la lógica, la ciencia o de la técnica, y a los principios generales del Derecho, entre los cuales destacan los principios elementales de justicia, de conveniencia y de razonabilidad. El control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se da pues básicamente por dos vías, por el control que el Juez puede llevar a cabo en cuanto a los elementos reglados del acto discrecional, y por el control que puede ejercer por los principios generales del Derecho. En el caso concreto, el Tribunal de Instancia, en ejercicio de las facultades que le conceden los artículos 1, 2, y 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para el control de la legalidad de los actos de la Administración Pública, tenía potestad plena para verificar si la Junta Directiva General del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos, ejerció la potestad disciplinaria que su Ley Orgánica le concede, dentro de los límites que el ordenamiento le señala, verificando si existió algún vicio, en los elementos reglados del acto sancionatorio y la gravedad de los mismos, y, sobre todo, verificar la determinación del "quantum" de la sanción, en que radica la discrecionalidad del acto sancionatorio, se dictó en concordancia con los principios generales de la proporcionalidad, razonabilidad, justicia o conveniencia, a efecto de establecer la legalidad del acto y su eventual validez, sin ello implique [sic] una sustitución de la voluntad administrativa, como señala el recurrente. Es evidente que en el caso que nos ocupa, existió una desproporción entre las actuaciones comprobadas del actor, que contravienen las normas contenidas en el Código de Ética Profesional del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos, y la sanción impuesta, hecho que constituye un vicio en uno de los elementos constitutivos del acto dictado, a saber el contenido. Este vicio de ninguna manera puede ser considerado de tal gravedad, que implique una nulidad absoluta del acto, pues no impide la realización de su fin, de ahí que si el Tribunal de Instancia optó por declarar una nulidad parcial del acto y corregir el vicio de su contenido, en cuanto a la fijación del "quantum" de la sanción, conservando el acto en sus demás elementos, tal y como lo ordena el artículo 168 de la Ley General de la Administración Pública, no incurrió en violación de las normas, que alega el recurrente."

***c)Acto administrativo: Control jurisdiccional de actos administrativos discrecionales***

[Sala Primera]<sup>5</sup>

Voto de mayoría:

"I.- Francisco Lazo Fuentes, de nacionalidad salvadoreña, ingresó al país el 10 de junio de 1980 y en 1981 solicitó al Consejo Nacional de Migración cédula de residencia para servir como diácono en una Iglesia Cristiana. Mediante acuerdo número 6654-81 CM de las 8:50 horas del 18 de setiembre de 1981, el Consejo le otorgó la cédula por un año con prórrogas anuales si mantenía la condición y cumplía los requisitos para su renovación como diácono en la Asociación Cristiana Rosa de Sarón. El 28 de octubre de 1982 solicitó la renovación de la cédula e informó que había pasado a servir como ministro a tiempo completo en la Asociación Evangélica Apocalipsis. Esto motivó que la Dirección General de Migración y Extranjería, previa recomendación del Consejo, tomara el

acuerdo de 21 de noviembre de 1983 para "Denegar la solicitud de cambio de condición al señor Francisco Lazo Fuentes cc/ Fuentes Lazo, Salvadoreño, por no ser su actividad de interés para el país, razón por la cual se CANCELA su cédula de residencia y se procede a su deportación". Contra este acuerdo se formuló recurso de apelación para ante el Ministerio de Gobernación y Policía, el cual confirmó en todos sus extremos el acto. Con fundamento en esa denegatoria el 15 de junio de 1984 interpuso demanda contencioso administrativa contra El Estado con el objeto de que se anularan los actos administrativos en cuestión. La sentencia consideró que no se había dado un cambio de condición y que se había hecho un uso inadecuado del poder discrecional por lo cual procedía la anulación solicitada.

II.- El recurso interpuesto pretende que se declare la nulidad de la sentencia porque hubo apreciación errónea de los "hechos y del derecho", por cuanto el Consejo de Migración en el uso de sus facultades discrecionales determinó que la actividad desarrollada por el actor carecía de interés para el país, con lo cual definió una política migratoria respecto a diferentes agrupaciones religiosas que existen en el territorio nacional, cuya proliferación ha generado confusión en la ciudadanía. Considera que tal situación no escapa al conocimiento de los integrantes del Consejo Nacional de Migración lo cual les obliga a analizar aspectos como el debatido, respecto a la conveniencia o interés de alguna actividad en el país, para así determinar discrecionalmente la procedencia de la residencia temporal o permanente, su renovación o bien su revocación. Afirma que la sentencia viola el artículo 2° del Decreto Ejecutivo 13964-G de 29 de setiembre de 1982, el artículo 2° de la Ley número 37 de 7 de junio de 1940 y los artículos 10, 11, 13, 15, 16, 17 y 128 de la Ley General de la Administración Pública, los artículos 98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 1027 del Código de Procedimientos Civiles, y el artículo 19 de la Constitución Política. Argumenta que sí es materia de "Migración" controlar lo referente a las agrupaciones religiosas en relación con los extranjeros. Que en la especie efectivamente se dio un cambio de condición y que ello motivó la denegatoria de la renovación de la cédula de residencia por que lo que no puede estimarse que se diera desviación de poder.

III.- Efectivamente corresponde al Consejo Nacional de Migración recomendar y a la Dirección General ejecutar las políticas migratorias que adopte El Estado a través de la Asamblea Legislativa y del Poder Ejecutivo. Pero con respecto a los extranjeros vinculados a congregaciones religiosas y en especial a las cristianas, siempre se ha mantenido una política abierta, aceptando su ingreso y permanencia en el país, lo cual mantiene íntima relación con la libertad de culto que consagra el artículo 75 de la Constitución Política, y con la labor que realizan estas personas en las congregaciones. Costa Rica es un país que nació bajo la influencia de la cultura occidental, la cual a su vez se desarrolló con una significativa influencia del cristianismo en sus diversas modalidades, por lo cual resultan extrañas ni contrarias a nuestras costumbres los servicios que prestan muchos extranjeros en nuestro país como ministros y diáconos para diferentes denominaciones cristianas. La mayoría de éstas se han constituido y organizado legalmente como asociaciones y se encuentran registradas. El control sobre su funcionamiento lo ejercen las gobernaciones de cada provincia, las cuales pueden incluso ordenar la clausura de sus instalaciones cuando existan motivos razonables para ello. Esa política de apertura ha existido desde hace muchos años y no hay indicios de que el Estado haya variado su posición, adoptando medidas en contra del funcionamiento o expansión de congregaciones, ni contra extranjeros que se dedican al servicio eclesiástico, y solamente ha conservado siempre -potestad irrenunciable- el control sobre su funcionamiento y sobre el desempeño de los extranjeros de manera general.

IV.- Se fundamenta el recurso en que la disposición tomada por la Dirección General de Migración y Extranjería es parte de la política adoptada por esta área de la Administración Pública con respecto a las actividades que desarrollan en Costa Rica diversas congregaciones cristianas. Sin embargo, y a manera de ampliación de lo considerado, debe indicarse que pese a todos esos



argumentos, la Administración, si bien tiene potestades discrecionales para no renovar cédulas de residencia o bien para cancelar el status de los extranjeros, no puede ejercitar tales poderes sin que previamente aplique el ordenamiento jurídico en su justo sentido y dentro de su competencia. El extranjero adquiere con el status que se le otorgue una serie de derechos y obligaciones que es necesario respetar (artículo 19 de la Constitución Política), que si bien no le otorgan el derecho de residencia permanente en el país, sí le protegen frente a las potestades discrecionales de la Administración mediante las acciones correspondientes (artículos 49 ibídem y 1° de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), que puedan controlar el ejercicio de esas potestades. Los extranjeros residentes en nuestro país, que se dedican a actividades religiosas, no pueden ser considerados por ese servicio que prestan como personas indeseables, pues la Constitución Política consagra la libertad de culto tanto para nacionales como para extranjeros y el derecho a la libre elección de las labores que deseen desempeñar (artículos 56 y 75). Quedan a salvo aquellos casos en que se atente, en el ejercicio de una actividad, contra la moral, las buenas costumbres, las normas de convivencia social aceptadas por la comunidad, y aquellos casos en que se atente contra el orden público o el interés general.

V.- El acto administrativo es inválido tal y como lo declara la sentencia, de conformidad con lo que al efecto disponen los artículos 16.1 y 160 de la Ley General de la Administración Pública. Efectivamente la Administración violó reglas elementales de conveniencia u oportunidad al establecer que el cambio de condición presentado por el actor impedía la renovación de su cédula de residencia porque su actividad no era de interés para el país. El señor Lazo Fuentes había pasado de diácono en la Asociación Cristiana Rosa de Sarón a ministro en la Asociación Evangélica Apocalipsis. Su status, dentro de la jerarquía eclesiástica, había mejorado notablemente al obtener el más alto cargo, el de "ministro" o "pastor". El cambio era trascendente porque diácono es la persona que ayuda en la congregación en servicios asignados por el pastor, y es un ayudante de éste, un consejero, y ocupa un segundo grado dentro de la jerarquía de la iglesia cristiana. En las ausencias del pastor ocupa su lugar y en las vacantes es un candidato para el cargo. En este sentido, como puede observarse fácilmente, el cambio de actividad mejoró la posición del actor dentro de la congregación y dentro de la sociedad, por lo que es incorrecto afirmar que ese cambio no es aceptable y que la labor a desempeñar no es de interés general. Ello obliga a concluir que si la labor que desarrollan los pastores o ministros dentro de una iglesia cristiana no es de interés para el país, tampoco lo serían las actividades que estas iglesias tienen como fin o razón de ser, lo que se contrapone al principio constitucional que consagra el artículo 75 de la Constitución Política. Es probable que en este caso, más que una política definida por el Estado sobre las iglesias cristianas y sobre los extranjeros relacionados con ellas, lo que haya sucedido sea una confusión en cuanto a las labores que iba a desempeñar el actor como ministro, confusión que llegó a tal grado de valorar a la inversa la condición que tenía de diácono anteriormente con esta otra, pues no puede deducirse otra cosa de la afirmación hecha en el acto administrativo. De mantenerse el acto impugnado se estaría castigando al actor por sus logros obtenidos dentro de las congregaciones cristianas a que sirve y dentro de la comunidad en que vive, por conducirse como persona honrada, trabajadora, de buenas costumbres, apegado a la ley y a lo moral, pues no son otros los adjetivos que le califican al ascender al grado de ministro.

VI.- En la emisión del acto administrativo denominado discrecional, la importancia que juega la intervención del administrador en su producción está en la determinación correcta del motivo y en el escogimiento del mejor contenido para realizar de la mejor manera los objetivos o fines que se persiguen. El control de legalidad asignado a los órganos jurisdiccionales se realiza a través de la oportunidad o conveniencia del acto, y que es precisamente la observación estricta de la actuación administrativa en torno a la selección y determinación de aquellos elementos materiales. Es de sobra conocido que el administrador debe escoger correctamente la causa y darle al contenido la

expresión más exacta para que así pueda realizarse en óptimas condiciones el objetivo del acto. Si por el contrario esa labor se realiza mal por desconocimiento, falta de capacidad, o por cualquiera otra causa, se obtendrá un rendimiento inferior del objetivo, lo que produce en muchos casos la imposibilidad de realización del fin y de ahí la nulidad del acto. En este caso se determinó que el cambio de condición ponía al actor en una situación que no era conveniente para el país, pues los servicios que prestaría como ministro no eran de interés. El motivo del acto que es el cambio de condición que sufrió el actor al pasar de diácono a ministro, si bien existió, no fue tomado en consideración en su debida dimensión, pues se realizó una interpretación sobre él totalmente equivocada. Por su parte el contenido del acto, no admisión del cambio de condición, cancelación de la cédula de residencia y orden de deportación, fue mal escogido y consignado, pues debió ser otro ya que no se podían tomar tales decisiones sobre una base equivocada. El fin del acto que era evitar la permanencia de extranjeros cuyas actividades no son de interés nacional, no podía lograrse en esas condiciones. La labor jurisdiccional consiste en determinar la oportunidad del acto, revisando para ello si la Administración escogió bien y adecuadamente el motivo y el contenido para la realización del fin, y que tenga las condiciones mínimas requeridas para lograrlo (artículos 16.1 y 160 ya citados). Por ello el acto aquí analizado no estaba logrando el fin propuesto, pues la actividad desarrollada por el actor desde el cargo de ministro sí era de interés para el país y no como equivocadamente lo entendió la Dirección General de Migración y Extranjería."

***d) Falta de motivación ante quebranto a los límites de la discrecionalidad, infracción al principio de legalidad y al debido proceso***

Alcances de la razonabilidad de la discrecionalidad

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección III]<sup>6</sup>

Voto de mayoría

"I.- **HECHOS PROBADOS: Expediente N° 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 N° 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 N° 36428 anombre 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 a215); **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 Areade 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 articulo 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, articulo 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 articulo 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 a1033); **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 *Ivstítia*. Año 14. Nº 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 escalerilla 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 contenciosos 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 **ilegalidad** 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** expresos 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 meta jurídicos de la discrecionalidad establecidos en los artículos 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 meta jurídicos 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, entendiendo 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 dediscrecionalidad– en la aplicación de estos conceptos, al final en su actuación se limitará a aplicar la ley (que utiliza criterios 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 per se 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 reposterero. 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 sustentó 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 (000658), que indica que esa zona ya no es mixta, sino se cambió 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 declaratoria del certificado de uso de suelo número 1324.”



**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 Ortiz Ortiz, E. (1998). Tesis de Derecho Administrativo. Tomo I. Primera Edición. Editorial Stradmann. San José. Costa Rica. Pp. 53-74.
- 2 Hines Céspedes, C. (2006). La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica. Primera Edición. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S. A. Pp. 105-139.
- 3 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA.- Sentencia número 2248 de las diez horas cinco minutos del ocho de julio de dos mil diez. Expediente: 10-000742-1027-CA.
- 4 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 19 de las catorce horas del dos de abril de mil novecientos noventa y siete. Expediente: 97-000019-0004-CA.
- 5 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 283 de las catorce horas quince minutos del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa. Exp.: 90-000283-0004-CA.
- 6 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA.- Sentencia número 138 de las ocho horas veinticinco minutos del veinticuatro de abril de dos mil nueve. Exp.: 06-000308-0161-CA.