



La naturaleza vinculante de los dictámenes de la PGR

Rama del Derecho: Derecho Constitucional.	Descriptor: Órganos Constitucionales.
Palabras Clave: Dictamen de la PGR, Naturaleza vinculante, Órganos jurisdiccionales, proceso de lesividad.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 15/05/2013.

El presente documento contiene tres votos sobre **la naturaleza vinculante de los dictámenes de la Procuraduría General de la República**, en los cuales se explica el tipo de validez que tienen los dichos dictámenes, se considera la jurisprudencia de la Sala Segunda y el Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII, en los cuales se contemplan los supuestos del artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en donde se establece ese carácter vinculante de dichos pronunciamientos.

Contenido

NORMATIVA.....	2
ARTÍCULO 2º.— DICTAMENES.....	2
JURISPRUDENCIA.....	2
1. Dictamen de la PGR: Análisis sobre su naturaleza no vinculante para los órganos jurisdiccionales.....	2
2. Dictamen de la PGR: Análisis sobre la naturaleza vinculante.....	3
3. Dictamen de la PGR: Análisis sobre la naturaleza no vinculante para los órganos jurisdiccionales en proceso de lesividad	12

NORMATIVA

[Ley Orgánica de la PGR]ⁱ

ARTÍCULO 2º.— DICTAMENES.

Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública.

JURISPRUDENCIA

1. Dictamen de la PGR: Análisis sobre su naturaleza no vinculante para los órganos jurisdiccionales

[Sala Segunda]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

“III-. RESPECTO DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: El ordinal 1º de la Ley Orgánica de la Procuraduría instituye como órgano superior consultivo técnico-jurídico de la Administración Pública y como representante legal del Estado en las materias propias de su competencia. El numeral siguiente (2) establece que los dictámenes y opiniones de la Procuraduría constituyen jurisprudencia administrativa y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública. Ahora bien, el canon 154 de la Carta Magna, que consagra la independencia de los jueces como garantía del sistema democrático, es sumamente claro al preceptuar: *“El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos”*. La independencia judicial también está contemplada en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por nuestro país mediante la Ley n° 4534 del 3 de febrero de 1970. De acuerdo con el numeral 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los juzgadores únicamente están sometidos a “la Constitución Política y a la ley”; de ahí que el criterio que en determinado momento sostenga la Procuraduría en modo alguno puede ser oponible a los administradores de justicia a la hora de emitir sus fallos. Sobre el particular, en la sentencia n° 747-05 de este Colegio se acotó: *“La jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, no obliga a la Sala a considerarla para resolver, puesto que a lo único que se está sometido es a la Constitución y a las leyes vigentes ...”*. En este orden de ideas, los pronunciamientos emanados de la Procuraduría General de la República en el ejercicio de las funciones que le son propias en modo alguno inciden en la resolución de los conflictos sometidos a conocimiento de los órganos jurisdiccionales (acerca de este tema pueden consultarse nuestros fallos n°s 892-00, 1023-06, 221-07 y 187-10).”

2. Dictamen de la PGR: Análisis sobre la naturaleza vinculante

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VIII]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“IV) SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO: Éste órgano jurisdiccional encuentra que la cuestión medular en el presente asunto, radica en si debe la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos aquí demandada, devolver con intereses, los pagos que le hiciera la Municipalidad de San Carlos por concepto de cánones por regulación tarifaria, en razón de constituir los mismos, pagos indebidos y si por su oposición a la fijación tarifaria del servicio de acueducto que pretendía realizar la actora, es responsable la ARESEP del pago de cuarenta y cuatro millones setecientos cuarenta y tres mil ochocientos cuarenta y ocho colones, más intereses legales, suma que estima la Municipalidad accionante dejó de percibir por la citada oposición. En razón de lo aquí manifestado, en el presente fallo se hará un análisis de cuatro aspectos considerados básicos para la correcta solución de esta litis: la responsabilidad de la Administración Pública, el carácter vinculante de los dictámenes emitidos por la **Procuraduría General** de la **República**, concepto y consecuencias del pago indebido y los efectos retroactivos de las sentencias estimatorias que en materia de acciones de inconstitucionalidad dicta la Sala Constitucional.

IV .1)- SOBRE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA Y CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD: Dentro del régimen de la llamada responsabilidad civil extracontractual, se distinguen dos tipos, la subjetiva establecida en el Artículo 1045 del Código Civil y la objetiva, normada en el numeral 9 de la Constitución Política, el Artículo 1048 del Código Civil y el numeral 190 y siguientes de la Ley **General** de la Administración Pública. Este último Artículo dispone, que la Administración (constituida por el Estado y los demás entes públicos, según reza el Artículo 1 de ese mismo cuerpo normativo) responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Como puede notarse claramente, la citada norma introduce el concepto de responsabilidad objetiva del Estado. Es decir, aquella que no toma en cuenta el examen de la actuación del funcionario en cuanto a los extremos de su culpabilidad, haciendo descansar la responsabilidad en la mera constatación del daño y en que el mismo, se haya producido por la actividad de la Administración. Tal y como lo ha señalado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia: *“Los conceptos fundamentales en los cuales se asienta la teoría de la responsabilidad objetiva de la Administración serán los siguientes: En primer término, tenemos el concepto de lesión resarcible o daño. Si se deja de tomar en cuenta la determinación de la específica conducta del servidor para establecer la posible ilicitud de ella, es claro que el elemento que servirá de guía para este principio lo es la garantía de los patrimonios de los particulares, que han sido afectados por la actuación administrativa. La lesión o daño que sirve de fundamento al instituto indemnizatorio ha de ser, antijurídico, es decir, que su titular no tenga el deber objetivo de soportarlo, o sea que no existan causas de justificación que legitimen la producción del perjuicio en la esfera patrimonial del administrado. Causas*

de justificación que, por demás está decirlo, deberán estar recogidas en el propio ordenamiento jurídico, de tal suerte que su aplicación sea una consecuencia típica de ese conjunto normativo (v.g., cobro de impuestos, preservación de la moral y las buenas costumbres, artículo 195 de la Ley **General**). Además, **ese daño deberá presentar las características de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizable**. De tal suerte que, por efectivo, entendamos un daño que sea cierto, lo que implica que puede ser actual o futuro (si ello es constatable a través de las reglas de la ciencia o de la técnica, o de los principios elementales de la justicia, lógica o conveniencia - artículo 16 de la Ley **General** de la Administración Pública-) y no uno que sea eventual o simplemente posible; mientras que su tasación en términos monetarios permita, de algún modo, fijar con la mayor equidad el monto a que se sujeta el resarcimiento. Esto último es especialmente relevante en tratándose de daño moral, como veremos más adelante. En lo que se refiere al concepto de individualizable, se trata de indicar que ha de tratarse de un daño concreto, que tenga relación directa con el patrimonio del reclamante y que exceda, además, de los que pueden considerarse cargas comunes de la vida social. De tal suerte que pueda ser una única persona o bien un grupo de ellas que, sin embargo, no alcanza la **generalidad** de los habitantes o de amplios sectores de la población. Se trata de que todos estén en una condición jurídica que torne en lesivo del Ordenamiento, la afectación de sus esferas patrimoniales. (Ver Sentencia No. 112 de las catorce horas veinticinco minutos del 25 de Noviembre de 1994. Destacado en negrita es de este Tribunal). Así, la responsabilidad objetiva se produce, sin que sea necesario demostrar el dolo o la culpa del causante del daño; basta el riesgo para generarla. De esta forma, el causante de la lesión debe resarcirlo, haya habido o no dolo o culpa, salvo que demuestre alguna causal exonerativa de las contempladas por el numeral 190 de la Ley **General** de la Administración Pública, supra citado. En consecuencia, para su acaecimiento se requiere de tres requisitos esenciales: **1) Lesión o existencia de un daño antijurídico**, el cual consiste en las afectaciones patrimoniales antijurídicas, por cuanto quien los padece no tiene el deber de soportarlos. **2) Conducta de la administración** omisiva o activa, formal o material, y **3) El nexos causal**, es decir, que exista relación directa de causa a efecto entre el hecho que se imputa y el daño producido; evidentemente, sin la presencia de causas de justificación que legitimen la lesión producida. Pues en tal caso, se rompe el nexo de causalidad al acontecer una situación eximente como la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero. Por fuerza mayor se entiende, un hecho de la naturaleza, extraño, exterior, imprevisible e inevitable (ver Sentencia No. 00319 de las once horas del 12 de Octubre del 2001, emitida por la Sección Primera de este Tribunal Contencioso). La culpa de la víctima acontece, cuando por su propio accionar o por su descuido, negligencia o imprudencia inexcusable, se provoca la lesión o se coloca en una posición propicia para ello y asume el riesgo con sus efectos nocivos, previendo la eventualidad o posibilidad de la contingencia. El hecho de un tercero, es la acción u omisión de una persona ajena a la relación, sin cuya participación no se hubiera producido el hecho lesivo. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 025- F-99 de las 14:15 horas del 22 de Enero de 1999, número 589-F-99 de las 14.20 horas del 1 de octubre de 1999 y la número 252-F-01 de las 16:15 horas del 28 de marzo del 2001). La regulación contenida en la Ley **General** de la Administración atinente a los supuestos en que cabe indemnización de la lesión causada, distingue dos vertientes principales: En primer término, la actividad ilícita o anormal de la Administración

(artículos 190, 191 y 192) supone una transgresión del Ordenamiento Jurídico, lo cual a su vez genera que el reclamo por la lesión sufrida comprenda no sólo el daño como tal, sino, además, el perjuicio correspondiente (en relación con el artículo 10.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). **Generalmente**, se relaciona la ilicitud con el incumplimiento de normas del Ordenamiento Jurídico aplicables a la Administración, mientras que la anormalidad, se enfoca en un examen relacionado con la actividad material o de prestación de servicios de aquella. En segundo término, la responsabilidad por conducta lícita y funcionamiento normal, supone una específica valoración de la lesión que causa el actuar de la Administración Pública. En este supuesto, el daño es calificado de "especial", ya sea por la "pequeña proporción de afectados" o bien "por la intensidad excepcional de la lesión." (Artículo 194 de la Ley **General**). Deberá entenderse, por contradicción con la anterior definición de anormalidad, que en este caso el ajuste que haya hecho el agente causante, a los parámetros de buen funcionamiento y cumplimiento de las disposiciones normativas y de otra índole que incidan en su conducta, no han logrado impedir que el daño se consuma y, además, que tal daño es tan ajeno a la **generalidad** de resultados que obliga a la indemnización del mismo. El fundamento de esta figura, fue explicado en la Asamblea Legislativa por el Doctor Ortiz Ortiz en los siguientes términos: *"Esto obedece al principio que explicábamos ayer de la llamada indemnización de derecho público, por acto lícito o por funcionamiento normal de la Administración. Pero se establece aquí claramente en qué condiciones se va a admitir esa indemnización, únicamente cuando los afectados por el funcionamiento normal o el acto lícito sean muy pocos o la lesión que haya inferido sea excepcionalmente grave. Extraordinaria o anormal en relación con los miembros del resto de la colectividad. (...) Nosotros decimos que cuando se trata de muy poco, o de un agravio o daño muy intenso, procederá a aplicar esa indemnización. Tenemos que reconocer que esto tiene cierto margen de indeterminación. ¿Cuántos son pocos y cuántos son muchos? Es algo que quedará fundamentalmente a la apreciación judicial. Cuando será muy intensa la lesión inferida o extraordinaria o anormal es algo que quedará a la apreciación del juez. Pero en realidad es un riesgo, y consideramos, que todas las leyes lo corren. El segundo párrafo, simplemente afirma lo siguiente, cuando la doctrina de este tipo de responsabilidad sostiene el siguiente principio: Cuando se daña por acto lícito o funcionamiento normal un bien del administrado, la Administración debe restituir al dueño al estado anterior en relación con ese bien, no al estado patrimonial que hubiera tenido si el bien no hubiera sufrido el daño porque se considera que se trata de una responsabilidad que es una sanción, un acto ilícito, sino de un acto de justicia para reparar a un ciudadano el sacrificio que hizo en beneficio de la colectividad. Entonces con el mismo espíritu de solidaridad se le impone al ciudadano una pérdida de sus perjuicios aunque sea limitada, en el sentido de que le lucro cesante no lo puede cobrar. La doctrina suele formular esta regla diciendo: se indemniza el daño al bien lesionado, no se indemniza el daño causado al dueño. Puede ser que el daño al bien lesionado sea menor que el causado al dueño. Cuando el dueño a consecuencia de la lesión ha dejado de percibir ciertas ganancias. En ese caso, no se indemniza. (...) En estos casos, el Estado actúa en un acto de solidaridad social y de justicia con el particular..."*(QUIRÓS CORONADO, Roberto, Ley General de la Administración Pública, concordada y anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional, San José, Costa Rica. Editorial Aselex S.A., 1996. Página. 295).

IV .2) SOBRE LA NATURALEZA VINCULANTE DE LOS DICTÁMENES EMITIDOS POR LA Procuraduría General DE LA República: La Ley Orgánica de la **Procuraduría General de la República** (Ley No. 6815 del 27 de Septiembre de 1982) establece en su Artículo 1, párrafo primero que esta es el "*órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública, y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia.*" La "función consultiva" de la **Procuraduría General de la República**, se materializa en la emisión de dictámenes y opiniones jurídicas para las diferentes autoridades administrativas que componen la Administración Pública activa y que, por disposición de ley, se encuentran legitimadas para solicitar el criterio de este Órgano Consultivo.

El fin último que se persigue, con la emisión de dictámenes y opiniones jurídicas, es el de ayudar a esclarecer a la autoridad administrativa, mediante un criterio técnico jurídico, los principios y modalidades de sus competencias al momento de emitir un acto administrativo, así como sobre el alcance de las diversas normas que integran el ordenamiento jurídico. (Ver **dictamen C-278- 2008** del 12 de Agosto del 2008). Así las cosas, se tiene que por voluntad del legislador se le ha encargado a la **Procuraduría General de la República**, el brindar asesoría técnico-jurídica a la Administración Pública, constituida esta por el Estado (ente mayor) y los demás entes públicos (entes menores), según lo establece el Artículo 1 de la Ley **General** de la Administración Pública.

Ahora bien, cuando la **Procuraduría** externa un criterio a través de un **dictamen**, el mismo, además de constituir jurisprudencia administrativa, es de acatamiento obligatorio para la Administración consultante. Así, el Artículo 2 de la Ley Orgánica de la **Procuraduría General de República** establece que: "*Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública.*" De la lectura del citado numeral, se desprendería que todos los dictámenes y pronunciamientos de la **Procuraduría** son vinculantes para la Administración Pública, entendida en los términos líneas atrás señalados. No obstante, el artículo de comentario fue objeto de una Acción de Inconstitucionalidad ante la Corte Plena, cuando era ésta quien ejercía las funciones de contralor de constitucionalidad. En Sesión Extraordinaria No. 32 de las trece horas con treinta minutos del 3 de Mayo de 1984, la Corte interpretó el referido numeral indicando que: "*De acuerdo con todo lo anterior necesario es concluir que la obligatoriedad del dictamen que establece el artículo 2º lo es para la administración que lo solicitó, no así en cuanto a las demás, para las que constituye jurisprudencia administrativa, y que es fuente no escrita del ordenamiento jurídico administrativo, y que como tal fuente tendrá el rango que determina la Ley General de la Administración Pública.*" Así entonces, sólo la Administración consultante queda obligada al acatamiento del **dictamen** que sobre el tema de consulta emita la **Procuraduría General de la República**, a menos que se obtenga la dispensa del mismo por parte del Consejo de Gobierno (cuando esté en juego el interés público), para lo cual, el consultante deberá previamente, gestionar formal reconsideración del **dictamen** ante la misma **Procuraduría**, gestión que será resuelta por la Asamblea de Procuradores. Es decir, si una vez formulada la reconsideración la misma es denegada por la **Procuraduría**, la Administración consultante podrá acudir ante el Consejo de Gobierno a solicitar la dispensa de comentario. (Artículo 6, Ley Orgánica de la **Procuraduría General de la República**).

IV .3) SOBRE LA FIGURA DEL PAGO INDEBIDO: Como su nombre lo indica, pagar indebidamente es efectuar un pago que por circunstancias del caso no tenía por qué realizar quien se creía obligado a hacerlo. *"Cuando una persona recibe en calidad de pago una suma de dinero o cualquier otra prestación que no se le debe, está obligada a devolver la cosa recibida, pues falta causa legítima que justifique la apropiación que de ella se hiciera."* (MONTERO PIÑA, Fernando. Obligaciones. PREMIA EDITORES, Primera Edición, 1999. San José, Costa Rica. Página 162). Como puede notarse, en el pago indebido hay ausencia de causa, razón por la cual, quien recibe lo que no le correspondía, se ve compelido a devolver sólo lo recibido si hubo buena fe o lo recibido con todo y frutos si ha actuado de mala fe. Por ello se dice, que *"si se produce el pago indebido, las consecuencias jurídicas consisten en que el receptor adquiere la obligación de reintegrar al patrimonio del pagador el contenido de lo recibido indebidamente..."* (Op. cit. página 162).

Así las cosas, el pago indebido genera un enriquecimiento injusto, que obliga a quien lo experimenta a la devolución de lo recibido y genera en el pagador, el derecho a repetir lo pagado (acción de repetición, de regreso o in rem verso), es decir, a recuperar lo indebidamente entregado. (Ver Voto No. 06886-2001 de las dieciséis horas siete minutos del diecisiete de Julio del dos mil uno y Voto No. 05973-2001 de las catorce horas cuarenta y cuatro minutos del cinco de Julio del dos mil uno, ambos de la Sala Constitucional). Al pagador que ejercita la acción dicha, es a quien le corresponde la carga de la prueba, es decir, tiene que demostrar el pago indebido que se hizo para extinguir una obligación que no existía al momento de hacerse dicho pago o la equivocación en que se incurrió en la realización del cumplimiento de ese contenido de la prestación. (Op. cit., página 164).

IV .4) SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD: El Artículo 91 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, establece que la declaración de inconstitucionalidad implica que la norma es contraria a la Constitución Política, extendiéndose las consecuencias de tal declaratoria, hacia atrás en el tiempo (es decir, retroactivamente) a la fecha en que se emitió el acto o norma, pero respetando los derechos adquiridos de buena fe. Conforme a ese mismo numeral, la sentencia constitucional de anulación en tales casos, deberá establecer en el espacio, el tiempo o la materia, las consecuencias retroactivas que tiene (eficacia ex tunc) y dispondrá lo necesario para evitar que dicho efecto, cause graves perjuicios o daños en la seguridad, la justicia o la paz sociales. Refiriéndose precisamente al tema de las sentencias constitucionales, este Tribunal manifestó: *"... En concreto y por lo que concierne al valor de las sentencias de la Sala Constitucional, ésta en resolución N° 240-I-95 de 14.28 horas de 10 de mayo de 1995, expresó:" ... De los principios que se derivan de los artículos 10. 42. 48, 153 y 154 de la Constitución Política, desarrollados por los artículos 11, 12 y 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, las sentencias que dicta la Sala en los asuntos que conoce, carecen de recursos, tienen el carácter de cosa juzgada formal y material y además, vinculan, erga omnes produciendo efectos **generales**. Esto quiere decir, que en nuestro sistema queda claramente expuesto el carácter jurisdiccional de las decisiones constitucionales, en su naturaleza de sentencia, como lo define la más calificada doctrina constitucionalista, y queda destacado, también con nitidez, los*

*efectos que le son propios y característicos derivados de su autoridad de cosa juzgada formal y material. Así las cosas, a las sentencias constitucionales le son aplicables los principios **generales** del derecho procesal y por ello los efectos de la sentencia son definitivos e inmutables. ."* (Sentencia No. 00007 de la diez horas treinta minutos, del 26 de Marzo del 2007, emitida por la Sección IV del este Tribunal Contencioso Administrativo). Ahora bien, tratándose de sentencias estimatorias en materia de acciones de inconstitucionalidad, se ha dicho que al amparo de lo dispuesto por el Artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la anulación de la norma o acto contrario a la Constitución, tiene efectos retroactivos que serán dimensionados por la Sala Constitucional. Además, conforme al Artículo 88 de dicho cuerpo normativo, la anulación dicha regirá desde la primera vez que se publique en el Boletín Judicial, la parte dispositiva de la sentencia. Así las cosas, es lo cierto que las sentencias en tales casos, no tienen eficacia ex nunc (pro o hacia futuro) y que la Sala "*no está autorizada para dimensionar hacia el futuro los efectos anulatorios de la norma o acto declarados inconstitucionales, en sí; pero también lo es, que situación "distinta es el efecto futuro de la jurisprudencia constitucional, en su carácter de fuente normativa no escrita del ordenamiento."* (PIZA ROCAFORT, Rodolfo y ORTEGA CÓRDOBA, Jorge. La Justicia Constitucional en Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Páginas 174-175). Dicho de otra forma, la jurisprudencia constitucional, en su carácter de fuente normativa no escrita del ordenamiento jurídico costarricense, tiene eficacia ex nunc, sea, hacia futuro.

V) DETERMINACIÓN EN LA PRESENTE LITIS DE LOS CUATRO ASPECTOS SEÑALADOS LOS CONSIDERANDOS ANTERIORES.V.1.) Sobre la responsabilidad objetiva y el pago de los montos dejados de percibir por la Municipalidad actora: pretende la actora dentro de otros puntos que se analizarán en este fallo, que en sentencia se obligue a la ARESEP, a pagar a la Municipalidad de San Carlos los montos dejados de percibir por la oposición ejecutada, cuando la actora pretendió aumentar las tarifas de acueducto y que ascienden a un monto de cuarenta y cuatro millones setecientos cuarenta y tres mil cuatrocientos cuarenta y ocho colones con cuarenta y seis céntimos. Suma sobre la cual pretende además, el reconocimiento de los intereses legales respectivos. Procede entonces establecer, si concurren en la especie los requisitos necesarios de dicha imputación, a saber lesión o existencia de un daño antijurídico, la conducta de la administración omisiva o activa, formal o material, y el nexo causal, tal y como lo ha establecido en forma reiterada la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en sus resoluciones número 025- F-99 de las 14:15 horas del 22 de enero de 1999, 589-F-99 de las 14.20 horas del 1 de octubre de 1999, y la 252-F-01 de las 16:15 horas del 28 de marzo del 2001.). **Respecto a la lesión o daño resarcible**, en el escrito de interposición, en la demanda y en el Recurso de Apelación que aquí se analiza, indica el actor que tal lesión consiste en "*los montos dejados de percibir por la oposición ejecutada por la ARESEP a la Municipalidad de San Carlos cuando se pretendió aumentar las tarifas del agua y que ascienden a un monto de cuarenta y cuatro millones setecientos cuarenta y tres mil cuatrocientos cuarenta y ocho colones con cuarenta y seis céntimos.*", debiendo analizarse si el daño pretendido es susceptible de indemnización al tenor del numeral 196 de la Ley **General** de la Administración Pública y de la jurisprudencia citada. Al respecto, bien se ha dicho que no cualquier daño debe resarcirse, sino únicamente aquel que sea cierto, efectivo, evaluable e individualizable. En la presente causa,

estima este Tribunal que la lesión que acredita el actor como indemnizable, no encuadra dentro de los presupuestos legales necesarios para ser reparado, debido a que si bien en autos se acredita una conducta de la Administración demandada, consistente en la oposición a que la Municipalidad actora fijara nuevas tarifas para el servicio de suministro de agua potable, el daño que se liquida es eventual, incierto e hipotético, por estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturables; pues si bien la Municipalidad actora había aprobado a través de su Concejo Municipal las tarifas propuestas, es lo cierto que se convocó a una audiencia pública a los ciudadanos del cantón, a quienes evidentemente les asistía el derecho a oponerse y a que sus oposiciones fueran analizadas (f. 33 a 35 expediente administrativo Tomo I, hechos quinto y sexto tenidos como probados). Aunado a lo anterior, nada garantizaba que al momento de ejercer su labor de control sobre los mecanismos de determinación de la tarifas propuestas, la Contraloría **General** de la **República** fuera a aprobarlas y mucho menos existía una garantía en cuanto al éxito rotundo de la recaudación. Así las cosas, no hay certeza, ni inmediatez, de que efectivamente la Municipalidad actora, fuera a obtener los ingresos que aduce haber dejado de percibir por la actuación de la demandada, lo que no permite acreditar la materialización efectiva de tal lesión, las cuales dependen del acaso y lo incierto, lo que está vedado al juzgador indemnizar. En efecto, nada garantiza, ni prueba, que efectivamente la Municipalidad actora, fuera a obtener los ingresos que reclama, mucho menos cuando para la entrada en vigencia de la fijación tarifaria propuesta, restaban una serie de pasos dentro del iter procedimental, como el resolver las eventuales oposiciones de los usuarios, obtener la venia contralora y realizar una efectiva recaudación por el servicio brindado. Nótese que se trataba de una mera expectativa, no la afectación de un derecho subjetivo, lo que impide su reconocimiento. Bien se ha dicho que *"el daño constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso."* (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 14-F-93 de las dieciséis horas del 2 de Marzo de 1993) y en este caso, no hay privación de un bien jurídico porque no se tenían aprobadas las tarifas para su debida implementación, es decir, no se había obtenido derecho subjetivo alguno, que producto de su lesión generara la obligación indemnizatoria que se reclama. En consecuencia, como el daño *"constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo"* (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 14-F-93 supraindicada), ello conlleva a concluir irremediamente, que la situación anterior de la actora antes de la oposición de la demandada a la nueva fijación tarifaria, aún cuando ya la había aprobado el Concejo Municipal, no implicaba la tenencia de un bien jurídico tutelable e indemnizable, en los términos aquí expuestos. Es decir, no constituyen ingresos derivados de la prestación del servicio de suministro de agua potable, por lo que al producir los derechos subjetivos efectos a partir de la adopción del acto que los genera (doctrina del numeral 140 de la Ley **General** de la Administración Pública), es que no resulta posible indemnizar lo que hubiera ganado antes de su declaratoria, pues ello equivaldría a retribuir un hecho incierto que radica en el ámbito de las expectativas. Ahora bien, se ha venido sosteniendo que el daño debe ser antijurídico, es decir, que su titular no tenga el deber objetivo de soportarlo, o sea, que no existan causas de justificación que legitimen la producción del perjuicio en la esfera patrimonial del administrado. Causas de

justificación, que deberán estar recogidas en el propio ordenamiento jurídico, de tal suerte que su aplicación, sea una consecuencia típica de ese conjunto normativo (ej: cobro de impuestos, preservación de la moral y las buenas costumbres, Artículo 195 der la Ley **General** de la Administración Pública).

En el caso de marras, aún y cuando no existe daño resarcible por las razones esbozadas líneas atrás, merece aunque sea someramente, traer a colación que la ARESEP actuó ajustándose a los dictámenes que sobre el tema objeto de este proceso había venido emitiendo la **Procuraduría General de República**. En tal sentido, dicha autoridad reguladora y la misma municipalidad actora, reciben sendos dictámenes a ellas dirigidas, que se relacionaban con el tema. En el caso de la ARESEP el C-244-99 del 15 de Diciembre de 1999 y en cuanto a la Municipalidad de San Carlos el C-007-2000 del 24 de Enero del 2000, donde expresamente concluye la **Procuraduría** que correspondía a la ARESEP la fijación de las tarifas de acueductos, cuando el servicio lo prestan las Municipalidades. Siendo esta, la conclusión del órgano superior consultivo de la Administración Pública como se indicó supra y siendo para las entidades consultantes de actamamiento obligatorio lo por ella manifestado, resulta claro que a ese momento ambas entidades debían ajustarse a lo consignado en los referidos dictámenes. La ARESEP puso en conocimiento de la Municipalidad actora el criterio de la **Procuraduría**, señalando como correspondía el sustento jurídico de su oposición y las consecuencias para las autoridades municipales, sino respetaban las competencias de la ARESEP y continuaban con su procedimiento de fijación tarifaria (hecho probado número siete). Así entonces, dentro del escenario jurídico tenido en esos momentos, la oposición de ARESEP que resiente la entidad municipal, se encontraba ajustada a Derecho. Ahora bien, tal y como se desprende de los autos (f. 41-46 del principal, f. 101-107 del principal), el reclamo de la Municipalidad actora estriba en que mediante el Voto 7728-2000 de las catorce horas con cuarenta y cinco minutos del treinta de Agosto del dos mil, emitido por la Sala Constitucional, mediante el cual se adicionó el Voto 5445-99 de las catorce horas treinta minutos del catorce de Julio de mil novecientos noventa y nueve, se estableció que en el tanto el servicio de acueducto estén siendo prestado por las Municipalidades, corresponde a estas, en razón de la autonomía constitucionalmente otorgada, fijar la tarifas que han de cobrar, dejando en manos de la Contraloría **General** de la **República**, el control final de la determinación de las mismas. Conforme a la tesis de la actora, lo manifestado por la Sala Constitucional en el citado voto de adición, tiene efectos retroactivos y por ende todo lo actuado por la ARESEP había sido ilegal. Tesis esta que no comparte este Tribunal, por cuanto se ha expuesto líneas atrás (Considerando IV.4), que si bien las sentencias estimatorias en acciones de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos, también es lo cierto, que con respecto al tema dicho, la Sala Constitucional no declaró inconstitucional, ni el Artículo 5 de la Ley 7593 (Ley de Creación de la ARESEP) ni la interpretación que respecto al mismo había venido haciendo la **Procuraduría General** de la **República** en concordancia con otra normativa citada en sus dictámenes. Lo realizado por la Sala Constitucional, tal y como se indicó supra, fue una interpretación normativa, que en razón de ello, carece del efecto retroactivo que pretende darle la parte actora y señala el juzgador de instancia. Por el contrario, al constituir jurisprudencia (fuente no escrita del ordenamiento) tiene eficacia hacia futuro. (PIZA ROCAFORT, Rodolfo y ORTEGA CÓRDOBA, Jorge. La Justicia Constitucional en Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. Páginas 174-175). Contrario a lo manifestado por el juzgador de

instancia, cuya posición es de sumo respetable mas no compartida por este Tribunal, el Voto 7728-2000 antes citado, cuando hace referencia a los efectos retroactivos, se refiere claramente a la inconstitucionalidad que está declarando del Artículo 212 de la Ley de Tránsito más no consigna tales efectos extunc para la interpretación que realiza del Artículo 5 inciso c) de la Ley 7593 del 28 de Marzo de 1996. Así, en forma expresa dispone el Voto de comentario en lo que a este punto interesa: "...igualmente se aclara la sentencia en el sentido de que el artículo 164 del Código Municipal -Ley número 7794- no es inconstitucional; **pero en cambio sí lo es el inciso a) del artículo 212 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, inconstitucionalidad que es declarativa y retroactiva a la fecha de vigencia de la norma que se anula, sea el veintidós de abril de mil novecientos noventa y tres; y, que como expresión de la autonomía municipal, corresponde a los gobiernos locales la fijación de las tarifas del servicio de suministro de agua potable en los casos en que dicho servicio sea prestado por las propias municipalidades...**" (destacado en negrita es de este Tribunal). Como puede apreciarse, la Sala Constitucional en la parte dispositiva de su voto aclaratorio, separa cada una de sus ideas con un punto y coma. Así, cuando aborda el tema de la fijación de tarifas de acueductos lo hace después del punto y coma que separa el mismo de la declaratoria de inconstitucionalidad del Artículo 212 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, la cual tiene los efectos allí señalados (declarativos y retroactivos), ello precisamente para evitar confusiones como la que aquí se ha generado. En síntesis, no cabe duda alguna, no sólo por la redacción dicha sino por las razones jurídicas aquí señaladas, que el efecto retroactivo que consigna la Sala Constitucional en la parte dispositiva del Voto citado, es respecto de la declaratoria de inconstitucionalidad allí señalada y nunca de la interpretación del Artículo 5 inciso b) de la Ley 7593 del 28 de Marzo de 1996, la cual como se ha indicado carece de ese efecto retroactivo, debiendo aplicarse esa interpretación hacia futuro y específicamente a partir de la publicación en el Boletín Judicial de la parte dispositiva de la sentencia (Artículo 88 Ley de la Jurisdicción Constitucional), lo cual ocurrió el 22 de Setiembre del 2000 (Boletín No. 182). **V.2.)**

Sobre la devolución de los pagos realizados por la Municipalidad de San Carlos: Igualmente pretende la actora, que en sentencia se obligue a la ARESEP, a devolver a la Municipalidad de San Carlos los montos cancelados desde la vigencia de la Ley 7794, por los siguientes cánones: -Concepto de Desechos Sólidos y Limpieza de Vías que son ciento un mil trescientos setenta y cinco colones con cincuenta céntimos. - Concepto de Alcantarillado Pluvial que son ciento un mil treinta y siete colones netos. - Regulación del Acueducto Municipal dos millones setecientos ochenta y tres mil cuatrocientos diecisiete colones con setenta céntimos. Solicita además, el reconocimiento de los intereses de ley sobre tales sumas. A lo largo de su argumentación, respecto al porqué de dicha devolución, expone que en su criterio lo que se ha presentado es un pago indebido y que por ello, procede la devolución solicitada junto con los intereses pedidos.

Para determinar la existencia de un pago indebido, debe analizarse el tema de la causa, entendida como la razón por la cual se realiza el pago. En el caso de marras, es criterio de este Tribunal según se ha manifestado a lo largo de la presente sentencia, que la ARESEP hasta el día 22 de Setiembre del 2000, fecha en la que se publicó en el Boletín Judicial la parte dispositiva del Voto 7728-2000 que aclaró a su vez el Voto 5445-1999, era conforme al escenario jurídico imperante en ese momento, la entidad competente para fijar las tarifas que debían cobrarse por concepto

acueducto. La Municipalidad actora, considera que en virtud de los efectos retroactivos que dice tener el Voto aclaratorio tantas veces citado con respecto a la interpretación del Artículo 5 inciso b) de la Ley 7593 del 28 de Marzo de 1996, a partir de la entrada en vigencia del Código Municipal (Ley 7794) los pagos realizados a la ARESEP por concepto de cánones por las fijaciones tarifarias, carecía de sustento jurídico, por lo que constituyen pagos indebidos y procede su devolución con intereses. Tal postura no puede ser avalada por este Tribunal. Tal y como se indicó líneas atrás, la interpretación realizada por la Sala Constitucional del Artículo 5 inciso b) de la Ley 7593 del 28 de Marzo de 1996 no tiene efectos retroactivos. A ello debe aunársele el hecho de que la Municipalidad actora pagó a la ARESEP por un servicio de fijación tarifaria que esta le brindó. Para ser más claros, se ha tenido por sentado que conforme a la irretroactividad de la interpretación de la Sala señalada supra y el escenario jurídico en el que se encontraba tanto la ARESEP como la Municipalidad actora, la autoridad reguladora no tenía más, que hacer lo que hizo, en defensa de lo que hasta ese momento en Costa Rica se tenía como su legítima competencia. No obstante, si por un momento en forma hipotética se avalara la tesis de la actora en cuanto a la carencia de sustento jurídico del pago a partir de la entrada en vigencia del Código Municipal (Ley 7794), es lo cierto que ARESEP brindó el servicio por el cual se pagaron los cánones y ese servicio brindado le fue útil a la entidad municipal que sintiéndose conforme con el mismo, canceló oportunamente lo que correspondía. Desde esta óptica, ordenar la devolución de los cánones pagados más los intereses (los cuales proceden sólo cuando ha existido mala fe), equivaldría a permitir que la entidad actora habiendo obtenido un beneficio por el servicio brindado por ARESEP, mismo que evidentemente tiene un costo, no pague por él a pesar de haberlo recibido. Así las cosas, desde cualquier óptica que se aprecie, no se puede en la especie hablar de pago indebido, toda vez que este según se indicó supra este se da "*cuando una persona recibe en calidad de pago una suma de dinero o cualquier otra prestación que no se le debe...*" (MONTERO PIÑA, Fernando. Obligaciones. PREMIA EDITORES, Primera Edición, 1999. San José, Costa Rica. Página 162) y en el caso bajo análisis, las sumas pagadas a ARESEP eran debidas por la Municipalidad actora y conforme al escenario jurídico imperante en ese momento, no es dable afirmar que ARESEPhubiese actuado ilegalmente al recibirlo. “

3. Dictamen de la PGR: Análisis sobre la naturaleza no vinculante para los órganos jurisdiccionales en proceso de lesividad

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII]^{iv}

Voto de mayoría

“**CUARTO. [...]** **B) SOBRE LOS AGRAVIOS DEL DEMANDADO.** Como tales, y reiterando que el análisis sobre agravios comporta la verificación, o dado el caso la desestimatoria, de los cargos que la parte agraviada alega en contra de la sentencia apelada, el Tribunal, considera que no lleva razón la parte demandada al alegar que la juzgadora A Quo pretende desconocer con efecto retroactivo el **dictamen 305-2000** de la **Procuraduría General** de la **República**, del que se alegan sus efectos vinculantes

al tener el rango dicho. Y el motivo por el que no le asiste la razón es porque de partida es indispensable concebir que aun cuando se trate aquél de una fuente que comporta tales efectos para la Administración activa que lo requirió, no resulta de acatamiento obligatorio ni su contenido ni su análisis para los órganos jurisdiccionales, ni mucho menos para los que Administran Justicia, habida cuenta que la **Procuraduría General de la República** no representa sino a una parte más, un litigante más en el proceso y por consiguiente, el impacto que en sede administrativa tengan sus criterios se queda en aquélla sin que tenga esa trascendencia en la jurisdiccional, en la que el juzgador es el llamado a determinar la normativa y la razón jurídica aplicable al caso. Ahora bien, al no haber sido claro el agravio de la parte demandada apelante, si el reproche que se formula sobre el criterio de la juzgadora A Quo, radica en que ésta no consideró que la administración activa resolvió en aplicación del citado **dictamen** que constituía fuente normativa vinculante para la autoridad que solicitó dicho criterio, es lo cierto entonces, que aun en este ámbito tampoco le asiste la razón al demandado apelante, por cuanto, dada la naturaleza revisora de la legalidad de lo actuado por la Administración, que caracteriza al proceso de lesividad, no resulta relevante si el criterio empleado para emitir el acto administrativo declarado en sede administrativa lesivo, deviene o es el producto de un criterio vinculante o no, y si la administración activa lo aplicó o dejó de observarlo, puesto que lo que interesa en realidad –se insiste en que esto es por la naturaleza del juicio de lesividad-, es la comprobación de la legalidad a la que el acto está sometido conforme a los parámetros de control de legalidad aplicables (Artículos 11, 41 y 49 de la Constitución Política y Artículos 10 inciso 4 y 35 de Ley N° 3667 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). El agravio de la parte demandada apelante parece ignorar que no resulta vinculante ningún efecto creado con y a partir de la jurisprudencia administrativa que emane de la **Procuraduría General de la República**, más ello no constituye en modo alguno falta de respeto al fuero que tan importante órgano reviste para el sistema normativo y procesal, sino al contrario, se expresa este criterio por respeto a la independencia funcional de los Poderes Públicos que integran el Sistema Institucional patrio, en donde la mencionada institución es un órgano asesor y representante del Estado, el cual es una parte más en estos procesos, y no podría en modo alguno ningún juzgador concederle esa especie de “fuero juzgo” que el apelante encuentra en la doctrina emanada del órgano asesor de una de las partes en el proceso. Ahora bien, si el cargo formulado –cosa que no es clara en lo argumentado en el agravio-, es por la falta de consideración de los alcances del referido **dictamen** por parte de la A Quo, aun en ese supuesto, tampoco lleva razón en el agravio la parte demandada por cuanto, por su fondo y contenido, aquél consiste en un criterio discutible que no goza de plena aceptación aun por parte de la misma **Procuraduría General de la República**, que sin estarlo expresamente impugnando, repudia sus alcances como lo muestra el juicio de lesividad que nos ocupa. De tal manera que el cargo deviene infundado y se rechaza el agravio formulado por la demandada apelante. En cuanto al agravio formulado sobre la base del desconocimiento en el que cae la A Quo al desconocer con efecto retroactivo los alcances de la Ley N° 7302, Artículo Transitorio III, cuyos efectos sí reconoce el **Dictamen** ya citado 305-2000 de la **Procuraduría**, es lo cierto que en lo alegado no le asiste la razón ni el derecho al apelante, por cuanto el criterio que alega como parámetro de la legalidad vulnerada por la A Quo es el consabido razonamiento del criterio emitido por el órgano asesor del Estado, el cual, se insiste, no es parámetro de legalidad observable en la Jurisdicción

Contencioso Administrativa, pues el Estado es una parte más en los procesos que aquí se ventilan. Sus dictámenes y opiniones no tienen por qué vincular al juez, así como no es falta a la legalidad, resolver un asunto en forma que adversa dichos criterios del órgano asesor del Estado, pues al contrario, fallar eventualmente en contra del Estado, establecer condenas en su contra como persona jurídica, o anular alguna o varias de sus actuaciones, son expresiones directas del Estado de Derecho que declaran las leyes fundamentales del Sistema Jurídico del país. De tal manera que el agravio carece del mérito para enervar lo resuelto en grado. En punto a la apreciación por la A Quo, de la prueba proveída, la cual en criterio del demandado apelante, no apreció que el demandado cumplía con los requisitos de haber laborado por más de diez años para la Administración, pudiendo con ello estar dentro del supuesto que regula el Artículo Transitorio III de la Ley 7302, es lo cierto que tampoco lleva razón el apelante en este aspecto por cuanto, el requisito que el demandado no logró demostrar ha sido el de estar en la edad que exige la normativa para decretar la procedencia del derecho jubilatorio. La falta de cumplimiento del requisito de la edad (o condición etaria), al momento en el que estuvieron vigentes las disposiciones de la Ley Marco de Pensiones que permitían aplicar un régimen diferenciado para los Exdiputados, ha sido el requisito insalvable que el demandado no ha logrado cumplir. En la apreciación de las pruebas que al respecto aportó la parte demandada, el criterio de la A Quo resulta congruente con los elementos de juicio que permiten concebir dicha prueba, por lo que se rechaza el agravio. Tampoco lleva razón en este mismo aspecto el demandado apelante, cuando considera antojadiza la valoración hecha por la A Quo respecto a la situación creada a partir de la vigencia de la Ley 7605 en 1996, por cuanto la solicitud de jubilación que antecede al otorgamiento del derecho jubilatorio cuestionado, se presentó en fecha 06 de mayo del 2002 (así en folio 0000057 del Adm.), fecha para la cual, ya estaban derogadas aquellas disposiciones que contenía la Ley Marco de Pensiones, precisamente mediante la Ley N° 7605 del 2 de mayo de 1996, siendo por consiguiente jurídicamente inexistentes para la fecha en la que solicita y se le otorga el derecho jubilatorio. Así lo apreció la juzgadora A Quo; y de los elementos normativos observables, este Tribunal no concluye distinto de la forma en la que razonó el tópico aquella juzgadora. De tal forma que el agravio se rechaza por improcedente. En punto a los reproches que formula el demandado apelante en contra de las actuaciones del jerarca de Trabajo y Seguridad Social, así como la presunta transgresión al debido proceso en sede administrativa al no habersele notificado del procedimiento de lesividad, este Tribunal considera que no lleva razón el demandado apelante respecto a lo argumentado por cuanto, el criterio jurídico prevalente a ese respecto conduce a admitir la excepcionalidad del procedimiento de declaratoria de lesividad que se efectúa en sede administrativa, respecto a otros procedimientos regulados en la misma legislación de rito, tales como el procedimiento ordinario (Artículo 308 y subsiguientes en la Ley **General** de la Administración Pública), o el sumario (Artículos 320 y siguientes, ídem). Tal excepcionalidad radica en lo propio de los elementos ontológicos que contribuyen en su génesis, tales como el sujeto de la acción, y el objeto del mismo, ya que desde su inicio en sede administrativa, tanto como en la subsiguiente fase jurisdiccional es la Administración Pública la que acciona en contra de su propia actuación, lo cual es una manifestación directa de la sujeción de la Administración al control de legalidad que impone el Ordenamiento Jurídico (Artículos 11, 39 41 y 49 de la Constitución Política), al vedarle a las Administraciones Públicas, en **general**, la posibilidad de deshacer

unilateralmente un acto suyo que declare o reconozca derechos subjetivos al administrado. Tal imposibilidad para la Administración es lo que se conoce como la doctrina de los actos propios, conforme a la cual –en este caso- la autoridad administrativa no puede realizar actos administrativos posteriores que contradigan otros previamente existentes con incidencia en la misma materia, en cuya existencia –previa-, el administrado ha legítimamente confiado llegando incluso a obtener algún beneficio o provecho de naturaleza patrimonial o estrictamente personal. En este tipo de circunstancias, el Ordenamiento Jurídico veda la actuación de la Administración para ir en contra de sus propias actuaciones y le obliga a acudir ante un órgano jurisdiccional a entablar el proceso contencioso administrativo de lesividad para lograr la anulación de su propia actuación. Sobre la especialidad de este proceso se ha dicho lo siguiente: “...el proceso de lesividad está concebido en nuestro ordenamiento como un proceso de carácter especial, con trámites y características propios, que lo diferencian de otros procesos en los que se manifiesta la potestad de autotutela administrativa; tanto así, que la declaratoria de lesividad por parte de la Administración, no es más que un trámite procesal, que no afecta el acto o contrato cuya nulidad se pretende; inclusive este caso no debe ir precedido por un procedimiento administrativo ordinario, sino que basta la declaratoria de lesividad por parte del órgano superior de la jerarquía administrativa correspondiente, ya que será el Juez, quien con los elementos que se hagan llegar al juicio, el que determine si el acto se encuentra viciado o no...” (**Procuraduría General de la República**. Manual de Procedimiento Administrativo. San José, 2007, pp.196).

Dentro de un enfoque muy similar, y exaltando las especialidades del proceso de lesividad, así como las consideraciones acerca del porqué no es jurídicamente necesaria la notificación de la declaratoria de lesividad del acto en sede administrativa puede consultarse el voto de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 177 de las 9:50 horas del 11 de octubre de 1991 (considerandos VII y VIII). Amén de lo anterior, la declaratoria de lesividad en sede administrativa no es un procedimiento propiamente tal, sino un mero requisito procesal de previo cumplimiento para acceder a la vía jurisdiccional, en la cual será el juzgador quien determine si el acto impugnado habrá de ser extirpado o no del ordenamiento jurídico, de ahí que no es tal declaratoria una actuación finalista, definitiva que deba comunicarse al particular, y la falta de comunicación a éste, no entraña vicio alguno ya que se trata de una formalidad en la que no está decidida la procedencia o no de la acción, ni la suerte final que deba correr el acto, las cuales habrán de concretarse en sede jurisdiccional. De tal manera que, no resulta consustancial al acto que declara lesivo a los intereses públicos una determina actuación, notificar de su contenido y alcances al eventual receptor de los efectos de la declaratoria, por cuanto no se está dentro de un procedimiento que requiera normativamente tal requisito; lo anterior, sin perjuicio de que si finalmente el receptor de los efectos del acto –declarado lesivo-, llegare a sentirse ofendido por ese hecho, intente mediante un proceso declarativo impugnar tal declaración y sus consecuencias jurídicas.

C) CRITERIO DEL TRIBUNAL SOBRE LOS AGRAVIOS DE LA PARTE ACTORA.
Por su lado, la representación del Estado actor alega disconformidad en cuanto a que la sentencia de la A Quo deniega la pretensión indemnizatoria, consistente en este caso, en la condena al demandado a la devolución de las sumas pagadas por el Estado por concepto de la ilegítima jubilación otorgada al demandado, así

como igual disposición para que éste pague además, los intereses correspondientes a dichas sumas. Peticiona el actor apelante para que dado el caso que no se admita su tesis, en cuanto a que el demandado debe devolver tanto las sumas recibidas por concepto de pensión como los correspondientes intereses, ello a raíz de la anulación del acto que reconoce el derecho jubilatorio al demandado, se ordene la devolución de los montos de pensión a partir de la notificación de la demanda de lesividad. Al respecto considera este Tribunal que tal y como se puntualizó en el acápite tercero de esta resolución, (La tesis de la A Quo), la juzgadora de primera instancia consideró como pagos recibidos de buena fe por parte del demandado, los montos que por concepto de jubilación haya recibido a la fecha (de esa sentencia), y por consiguiente desestima la pretensión resarcitoria de la parte actora, en cuanto a ordenar la devolución de dichas sumas así como consiguientemente, la obligación de resarcir intereses sobre esos dineros. La discusión que sostiene a este respecto el actor apelante, si bien encierra cierta relevancia doctrinaria, como efectivamente lo evidencian los cortes jurisprudenciales insertos en el escrito de agravios, es lo cierto que carece de mayores discusiones, pues la línea jurisprudencial admite perfectamente la posibilidad de dar cabida a la reparación patrimonial del Estado en los procesos de lesividad cuando el contenido de la actuación administrativa cuya legitimidad se discute precisamente dentro del juicio anulatorio, es de contenido pecuniario. No obstante, tal posibilidad, también esa misma jurisprudencia admite como *límite* “la existencia de derechos adquiridos de buena fe”. El criterio queda vertido en el siguiente extracto:

“XII.- No obstante lo anterior, y en atención a la función nomofiláctica propia de la instancia casacional, es preciso referirse en forma **general** sobre las pretensiones que pueden ser deducidas con ocasión del proceso de lesividad. Es incuestionable, a partir de las normas que regulan el proceso, que su principal objeto es la declaratoria de nulidad de un acto, dictado por la Administración, y que es favorable para su destinatario. Se trata de un medio para mantener la legalidad en el actuar de los órganos públicos, de acuerdo al régimen normativo que regula los actos administrativos. Ahora bien, el punto a definir es la posibilidad de ejercer otro tipo de pretensiones en forma concomitante. Desde esta perspectiva, existen dos hipótesis que conviene analizar. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de conocer ruegos de índole indemnizatorio por parte del Estado, la cual resulta improcedente. Esto por cuanto lo que se persigue es facultar a la administración pública a suprimir un acto que ella misma dictó como excepción al principio de intangibilidad de los actos propios. Por ello se exige, como presupuesto necesario para incoar la acción en comentario, que la conducta formal sea lesiva a los intereses públicos y así se declare en forma previa. En este contexto, la eventual reparación de un daño derivado de este actuar nulo, escapa los alcances de la participación del órgano jurisdiccional, la cual se da como garantía para el administrado. Sobre este tema, es de acotar que el antecedente citado por el recurrente aborda una cuestión distinta, y no este punto en cuestión. Ahora, es preciso hacer énfasis de que la anterior limitación se circunscribe a las pretensiones indemnizatorias. Distinto sucede con aquellas en donde lo que se busca es el restablecimiento de la situación, jurídica o material, anterior al acto írrito. Debe tomarse en cuenta que, según el numeral 171 de la LGAP, “*la declaratoria de nulidad absoluta tendrá efecto puramente declarativo y retroactivo a la fecha del acto, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe*” (el destacado no es del

original). Se colige, entonces, a partir de la retroactividad establecida en la norma, que los efectos jurídicos derivados de la conducta administrativa carece de causa, lo que justifica, su reversión. A diferencia del anterior supuesto, no se trata de procurar una reparación, sino una consecuencia lógica y normal de la nulidad declarada, restableciendo la relación jurídico administrativa al estado en que se encontraba previo al dictado del acto. **Evidentemente, esta posibilidad se encuentra limitada por la existencia de derechos adquiridos de buena fe, la cual debe ser valorada en forma casuística***. Así, cuando lo otorgado o reconocido en sede administrativa consista (sic) sea de naturaleza pecuniaria, dentro del proceso de lesividad resulta factible la repetición de lo pagado.” (Extraído de Re **Res. 000928-F-S1-2010** de las nueve horas veinticinco minutos del cinco de agosto del dos mil diez **SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp. 05-000287-0163- CA**). * Énfasis de negrilla y subrayado han sido agregados.

Sin perjuicio de lo ya indicado, en el expediente no está acreditada la mala fe del demandado al recibir los montos de pensión que consideraba como legítimamente otorgada. En los autos no se procuró prueba para demostrar tal mala fe. De tal manera que, el razonamiento de fondo empleado por la juzgadora de instancia, para considerar como obtenidos de buena fe los dineros por concepto de jubilación percibidos a la fecha por el demandado, no resulta contrario al abordaje del tema en la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación, ni –consideran los suscritos juzgadores-, a las reglas de la sana crítica racional con las que el juzgador debe emitir su fallo con fundamento en el acervo probatorio allegado a los autos. Amén de que existe norma expresa para apreciar los elementos de la buena fe, tal y como lo preceptúa el numeral 223 del Código Procesal Civil, en el presente asunto no encuentran los suscritos que, a partir de los elementos de juicio que permiten obtener los autos, el demandado haya recibido de mala fe los montos correspondientes al derecho jubilatorio al que, en su creencia, ha tenido derecho, razón por la cual estima este órgano colegiado que no se produce en la especie, la ruptura del principio de la buena fe. En razón de lo cual, y siendo que lo resuelto en grado no resulta discordante con el criterio que sobre el tópico ha sostenido la Sala de Casación, este Tribunal rechaza el agravio formulado por la parte actora apelante para que se decrete la orden de devolución por parte del demandado de las sumas percibidas por concepto de pensión a cargo del Estado bajo el llamado Régimen jubilatorio regulado por la Ley N° 148, Ley de Pensiones de Hacienda, del 23 de Agosto de 1943. En consecuencia lógica con tal decisión, y siendo que se trata de un extremo accesorio, se rechaza la pretensión para decretar el pago de intereses sobre dichas sumas, asimismo, se rechaza el agravio formulado por la parte actora apelante. Para mayor abundamiento sobre los motivos del rechazo, este Tribunal no deja de apreciar que en la especie, lo petitionado por el representante del actor, en cuanto a que en hipótesis de rechazo de su posición jurídica, se de cabida a la orden de devolución con cargo al demandado de las sumas percibidas por concepto de jubilación en forma posterior a la notificación de la demanda, es lo cierto que tal petición merece igual rechazo de este Tribunal habida cuenta de que se trata de un argumento totalmente novedoso que no ha sido ni alegado oportunamente al formalizar la demanda, ni debatido durante la sustanciación del contradictorio, razones por las cuales no ha lugar a lo petitionado y el agravio debe ser finalmente rechazado. Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, analizando un caso similar al que no ocupa, tuvo ocasión de señalar mediante

sentencia N° 0001315-F-S1-2010, EXP: 05-000272-0163- CA, de las diez horas quince minutos del veintiocho de octubre de dos mil diez, lo siguiente:

“(...) X.- Esta Sala coincide con el Tribunal, en que no existe mérito para estimar que las gestiones administrativas del demandado, tendientes a lograr que le concedieran su pensión, fueran de mala fe, para obligarlo a devolver las sumas que por ese concepto ha recibido, lo mismo que sus intereses. En todo caso, los cargos que se analizan, no se orientan a establecer fundamento probatorio alguno que determine lo contrario y haga viable la condenatoria reclamada. Por lo demás, el argumento con el que la representación estatal pretende se obligue al señor Bolaños Alpízar a ese reintegro, en orden a que, luego de notificado de la demanda hay que considerar que actuó de mala fe, deviene novedoso, pues no fue invocado al demandar ni tampoco constituyó un agravio del recurso de apelación. Aunque ciertamente el A quo mencionó, como justificación para denegar ese extremo, que en procesos de lesividad como el que aquí ocupa, es improcedente *“la determinación de la responsabilidad pecuniaria del demandado”*; también aludió a que la respectiva petitoria (que en realidad se refiere al restablecimiento de la situación jurídica o material previa) deviene inadmisibles, por cuanto el actor no demostró la mala fe y porque los efectos de la nulidad no pueden perjudicar los derechos subjetivos adquiridos de buena fe. El Estado, al apelar, se limitó a decir que la mala fe radica en que la solicitud de pensión se resolvió al día siguiente de haberse pedido, a lo que el Tribunal dijo que es derecho de todo ciudadano la pronta respuesta a sus gestiones. Además, en solicitar que se le admitiera la posibilidad de demostrar la mala fe en sede administrativa y volver a discutir en esa vía o en la judicial, lo concerniente a la procedencia de las pretensiones indemnizatorias. Pero ese pedimento le fue rechazado por el Ad quem, precisamente, conforme lo expresa en la sentencia impugnada: *“...por ser una pretensión presentada fuera del momento procesal oportuno, que en el proceso ordinario de lesividad, es el escrito de demanda”*. Por consiguiente, el cargo en examen debe rechazarse, en tanto el canon 608 del Código Procesal Civil, estipula que no podrán ser objeto del recurso de casación, cuestiones que no fueron aducidas de manera oportuna. En otro orden e ideas, se recrimina quebranto de los principios que emanan del precepto 135 del Código Civil; sin embargo, ese numeral no existe en la referida codificación. En mérito de lo señalado, no se han cometido los agravios acusados. (...)”

ⁱ Asamblea Legislativa.- Ley número 6815 del 27 de setiembre de 1982. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Versión de la norma: 4 de 6 del 31/07/2002. Datos de la Publicación: Colección de leyes y decretos: Año: 1982. Semestre: 2. Tomo: 1. Página: 191.

ⁱⁱ Sentencia: 1162. Expediente: 07-300021-0217-LA. Fecha: 12/08/2010. Hora: 12:10 PM. Emitido por: Sala Segunda de la Corte.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 11. Expediente: 01-000705-0161-CA. Fecha: 19/09/2008. Hora: 3:45 PM. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo Sección VIII.

^{iv} Sentencia: 35. Expediente: 05-000289-0163-CA. Fecha: 18/05/2011. Hora: 10 AM. Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo Sección VII.