



EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA ADMINISTRATIVA

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Administración Pública.
Palabras Claves: Reserva de Ley, Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 26/09/2013.

Contenido

RESUMEN.....	2
NORMATIVA.....	2
Principio de Reserva de Ley en la Ley General de la Administración Pública....	2
DOCTRINA.....	3
El Principio de Reserva Legal.....	3
JURISPRUDENCIA.....	5
1. El Principio de Reserva Legal.....	5
2. El Principio de Reserva de Ley como Limite de la Potestad Reglamentaria de la Administración Pública.....	12
3. El Principio de Reserva de Ley Aplicado en la Determinación del Salario de los Funcionarios Públicos.....	21
4. Limitaciones a la Potestad Reglamentaria de la Administración Pública...	28
5. El Principio de Reserva de Ley y el Reajuste del Precio en la Contratación Administrativa.....	30
6. Derechos Fundamentales y el Principio de Reserva de Ley.....	39

RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre el tema del Principio de Ley en Materia Administrativa, para lo cual son aportados los extractos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales atinentes a la materia de estudio.

Es por ello que la normativa por medio de la Ley General de la Administración Pública en su artículo 19 indica que la regulación de los Derechos Fundamentales es materia de la ley, restringiendo así la posibilidad de normar tales derechos por medio de reglamentos o cualquier otro instrumento legal.

La doctrina por su parte realiza un análisis, histórico, conceptual y normativo del Principio de Reserva Legal en general, ya que estando relacionado con el tema de los derechos fundamentales, este principio tendrá injerencia en todas las ramas del derecho.

Mientras que la jurisprudencia determina en qué casos aplica el principio de Reserva Legal en distintos actos propios del derecho administrativo, como lo son el reajuste del precio del contrato de concesión y el salario de los funcionarios públicos entre otros.

NORMATIVA

Principio de Reserva de Ley en la Ley General de la Administración Pública [Ley General de la Administración Pública]ⁱ

Artículo 19.

1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes.
2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia.

DOCTRINA

El Principio de Reserva Legal

[Revista Fiscal GVA Mundial]ⁱⁱ

“El principio de reserva de ley tiene su *origen histórico* en el surgimiento de los primeros Parlamentos medievales, es decir, cuando el poder del Monarca se limitaba al atribuirse a las Asambleas electivas toda decisión que afectara los derechos personales y patrimoniales de los súbditos”¹ Dietrich Jesch, afirma que históricamente, la reserva penal y la reserva tributaria son precursoras del principio general de legalidad².

Miguel Carbonell, señala que “*La reserva de ley* puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución y de forma excepcional la ley, para que sea una ley y no otra norma jurídica la que regule determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico.”³

En este sentido, varios autores concuerdan con que las normas que contienen reservas de ley son una variante de las llamadas “normas sobre la producción jurídica”, ya que no se refieren de forma directa a la regulación de la conducta humana sino que tienen por objeto otras normas. Por lo anterior, los destinatarios principales de las reservas de ley son los órganos que producen el derecho, que lo crean, y no aquellos encargados de su aplicación; igualmente las reservas son también normas sobre la competencia en tanto la misma técnica de la reserva de ley consiste en una

1 Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, “El hecho imponible y su cobertura por el principio constitucional de la legalidad Tributaria”, *Revista de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal*, México, Año III, No. 8, Julio 1999, p. 35.

2 “La reserva de la ley sólo significa, originaria y fundamentalmente, que ciertos ámbitos sustantivos no pueden ser regulados de modo general sin el asenso y la colaboración del Parlamento. ...La historia de la reserva legal es la historia del creciente estrechamiento de la libre actividad de la Administración; el ámbito de acción del cual dispone, en especial el ámbito jurídicamente vacío, se reduce continuamente. Esta sumisión del Ejecutivo al legislador, su transformación en un poder preponderantemente, aunque no exclusivamente, ejecutor de la ley, se opero en tres estadios. Todos ellos afectan al ámbito sustraído a la reserva de ley en sentido tradicional. Primeramente lo que estaba en juego fue la colaboración del Parlamento en el sentido del concepto democrático de la ley; siguió a ello la exigencia de determinados requisitos de contenido y forma de la ley, y finalmente la ejecución de las leyes es revisada por tribunales independientes.” Jesch, Dietrich, *Ley y administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, 1ª ed., trad. de Manuel Heredero, Madrid, España, Instituto de Estudios Administrativos, 1978, pp. 133-137.

3 Carbonell, Miguel, “Sobre la reserva de ley y su problemática actual”, *Vinculo Jurídico. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas*, México, No. 42, Abril – Junio 2000, p. 33.

distribución –o asignación- de las potestades normativas: las normas que prevén las reservas de ley autorizan a un órgano determinado (en este caso el poder legislativo) a dictar normas en una materia concreta.

“En la actualidad, **la reserva de ley cumple una doble función...**

- a) La función liberal o garantista consiste en que, a través de la reserva se tutelan los derechos de los ciudadanos contra las intromisiones del poder ejecutivo...
- b) La función democrática tiene que ver con que, en virtud de la reserva, se reconduce la regulación de ciertas materias al dominio del poder legislativo, el cual es representante de las mayorías –como el ejecutivo- pero también de las minorías políticas de un Estado...”⁴

Luego entonces, el principio de reserva de ley vincula tanto a la Administración, como al legislador, debido a que el mismo deviene de la Constitución; y precisa, que el Estado solamente puede ejercitar legítimamente sus potestades normativas por conducto del Poder Legislativo; se puede aplicar a cualquier materia, y se consagra cuando se establece que una materia sé regulará por la ley reglamentaria, o que se establecerá mediante ley.

Algunos autores **clasifican la reserva de ley en absoluta y relativa**. La reserva absoluta primera aparece cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal; en nuestro caso, a la ley emitida por el Congreso, ya federal, ya local. En este supuesto, la materia reservada a la ley no puede ser regulada por otras fuentes. La reserva relativa, en cambio, permite que otras fuentes de la ley vengan a regular parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse; esto es, la regulación de las fuentes secundarias debe quedar subordinada a las líneas esenciales que la ley haya establecido para la materia normativa.

“La reserva de ley, puede hallarse consagrada en dos formas puras diferentes. En sentido positivo, cuando se asigna la competencia al órgano constitucional depositario directo de la voluntad popular y concebido para cumplir el rol legislativo; **y de modo negativo**, en el caso de que se prive de ella al órgano al cual la Constitución encomienda la función ejecutiva y, por demás está decirlo, al judicial.”⁵

4 *Idem.*

5 Osvaldo Casás, José, *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*, a partir del principio de reserva de ley tributaria, Buenos Aires, Ad Hoc, agosto de 2002, p. 238.

JURISPRUDENCIA

1. El Principio de Reserva Legal

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría:

IV. Sobre el principio de reserva de ley. Debe señalarse, que el régimen jurídico de los derechos fundamentales está reservado a la ley. Ello implica que sólo el legislador está habilitado mediante una ley formal y material a establecer las regulaciones o restricciones que se impongan a los derechos fundamentales, siempre y cuando éstas sean razonables y proporcionadas al fin que pretenden alcanzar, y que además, no impliquen vaciar de contenido esencial de dichos derechos (ver en sentido, las sentencias número 1996-3499 y 1992-3550 dictadas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia). Si bien es cierto y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1 in fine del artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública, los reglamentos ejecutivos pueden desarrollar o complementar el régimen jurídico de los derechos fundamentales previamente establecido por la ley, también lo es, que mediante un reglamento ejecutivo no pueden establecerse limitaciones a dichos derechos, que excedan lo establecido en la ley o que no tengan ningún sustento en ella, dado que la norma legal es omisa al respecto. Conviene ilustrar en este punto, cuáles han sido los alcances que la jurisprudencia constitucional ha establecido respecto al principio de reserva de ley en cuanto al régimen de regulación de los derechos fundamentales, así como, los límites de la potestad reglamentaria ejecutiva en este tema. En ese sentido, mediante sentencia número 1993-3173 de las catorce horas cincuenta y siete minutos del seis de julio de mil novecientos noventa y tres, la Sala Constitucional consideró que *"... El régimen de los derechos y libertades fundamentales es materia de reserva de la ley. Este principio tiene rango constitucional (artículo 39 de la Constitución); rango legal, en este sentido se encuentra consagrado expresamente en la Ley General de Administración Pública -"el régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley" (artículo 19); "los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares" (artículo 124)-, y también tiene reconocimiento jurisprudencial, tanto constitucional como administrativa, que han declarado aplicables a la materia disciplinaria, las garantías de la legalidad penal. "Lo anterior da lugar a cuatro corolarios de la mayor importancia para la correcta consideración de la presente acción de inconstitucionalidad, a saber: "a.) En primer lugar, el principio mismo de "reserva de ley", del cual resulta que **solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución, para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades***

*fundamentales, todo, por supuesto en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; b.) En segundo, que **sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"-; c.) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, ni mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial: d.) Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley." (Ver sentencia número 3550-92).."***

En este caso, la comprensión de este aspecto es fundamental al encontrarse en juego o al menos involucrada (dado el alegato de la accionante) el derecho de libre empresa y de comercio que regula el numeral 46 de la Carta Magna. De ahí que en la especie, la determinación de validez de la restricción impuesta por el Concejo Municipal de Curridabat ha de ser ponderada sobre la base de la comprensión de las implicaciones y alcances del citado principio de reserva de ley y su co-relación con las libertades aludidas, a efectos de lo cual, es menester apreciar la razonabilidad o proporcionalidad de ese tipo de medidas en el caso particular, tema que de seguido se aborda.

V. Sobre la validez de la restricción impuesta en el acto cuestionado. Una vez analizadas las alegaciones de las partes involucradas en esta causa así como el contenido del acuerdo cuestionado, es criterio de esta Cámara, la restricción absoluta que dispuso el ente local en el acuerdo número 15, artículo 3 de la sesión ordinaria No. 181-2005 del 13 de octubre del 2005 respecto de la venta de pólvora en ese cantón, atenta contra el régimen establecido por los ordinales 11, 33, 45, 46 de la Carta Magna, así como el precepto 19 de la Ley General de la Administración Pública. Lo anterior en razón que se constituye en una medida sin base legal alguna que restringe el ejercicio de la libertad de empresa y comercio, garantizada por la Constitución Política en su artículo 46. Ciertamente, el derecho de ejercicio empresarial como derecho económico puede ser limitado por el Estado y sus instituciones. Empero, a la luz de lo preceptuado por el ordinal 19 de la Ley No. 6227/78, el desarrollo y regulación (incluidas las limitaciones) atinentes al régimen de los derechos fundamentales, es materia reservada al desarrollo legal. Desde este plano, a diferencia de lo que expone el acto impugnado, la venta de pólvora es una actividad regulada por ley especial y que por ende, como adelante se verá, es de posible realización en la medida en que sean satisfechas las exigencias que las normas determinan. En ese sentido, la Ley sobre Armas y Explosivos No. 7530 y el Decreto Ejecutivo No. 27502, que es el Reglamento sobre el Uso y Fabricación de Materiales Explosivos, establecen

las pautas a ponderar para el ejercicio legítimo de dicha actividad. En cuanto a la Ley No. 7530, los numerales 1, 3,4 y 67 establecen que las potestades de supervisión y control del uso de pólvora, competen a la Dirección de Armamentos del Ministerio de Seguridad Pública. Por su parte, el Decreto No. 27502-S de 20 de noviembre de 1998, publicado en Alcance No. 92-A a La Gaceta No. 245 de 17 de diciembre de 1998, regula de manera más detallada la temática de la venta de pólvora. El numeral 11 de ese acto normativo señala: *"Los permisos para el almacenamiento, venta y distribución de pólvora menuda serán tramitados ante las oficinas locales del Ministerio, los que podrán conceder la autorización solamente cuando verifiquen que las condiciones del establecimiento y de operación que desarrollara no presenten un riesgo para la salud y la vida de las personas, y que cumplan las medidas de prevención, protección y seguridad necesarias. La aprobación final para el uso del establecimiento, venta y distribución de dichos productos será otorgado por el Ministerio de Seguridad Pública."*

Por su parte el artículo 24 ibídem estatuye que los requisitos que deben satisfacer los lugares utilizados para la fabricación, almacenaje, venta, y distribución de productos pirotécnicos. En cuanto a las actividades vedadas, el numeral 32 de ese decreto establece las siguientes prohibiciones: a) La fabricación, venta y compra de material pirotécnico a personas discapacitadas mentalmente; b) La fabricación, venta y compra de material pirotécnico a menores de edad; c) La fabricación, venta y compra de material pirotécnico en casas de habitación; d) La Fabricación de pólvora menuda en casas de habitación; e) La fabricación, venta o expendio de pólvora pirotécnica y pólvora menuda en puestos callejeros, sean estos fijos o móviles; f) La fabricación, venta y compra de material pirotécnico y pólvora menuda de aquellos artículos que a juicio de las autoridades competentes, presenten peligro para la población; g) La participación como trabajadores de menores de edad en la quema de juegos pirotécnicos; h) El consumo de bebidas alcohólicas dentro de las instalaciones de la fábrica así como ingresar en estado de ebriedad; i) Fumar dentro de las instalaciones de la fábrica y j) En la realización de festejos cívicos, religiosos, escolares u otros de carácter semejante, quemar artículos pirotécnicos, aéreos o terrestres, sin previa autorización de la Autoridad de Salud. De su lado, el régimen de sanciones se remite a la aplicación de las estipulaciones de la Ley General de Salud. Desde este plano, es criterio de este Tribunal, si bien la venta de pólvora no puede considerarse una actividad irrestricta, dada la implicación que guarda en el ámbito de la salud y seguridad pública, lo cierto del caso es que es un marco de acción que se encuentra expresamente regulado mediante normas que disponen mecanismos de autorización y habilitación administrativa para su desarrollo por parte de los particulares. Desde este plano, es menester analizar la proporcionalidad, razonabilidad y legitimidad de las restricciones que impuso a esta actividad la corporación local demandada. Del análisis de la carpeta administrativa se tiene que la entonces Alcaldesa presentó moción para restringir o suprimir la posibilidad de venta de pólvora en el cantón de Curridabat,

atendiendo, en lo medular, a las siguientes consideraciones: 1. El deber de las Municipalidades del coadyuvar con el mantenimiento del buen orden, la salud, medio ambiente y seguridad de los habitantes del cantón; 2. Lo público y notorio de que en las festividades de fin y principio de año se realicen festejos populares en los que se utilizan juegos de pólvora; 3. Que en otras ocasiones se han suscitado accidentes por mala manipulación y venta irresponsable de pólvora, por lo que es menester regular los puestos de venta navideños y comercio general, para no permitir venta de pólvora; 4. Que la Sala Constitucional ha señalado que la Administración encuentra sustento legítimo para limitar la libertad de comercio, siempre que sea razonable; 5. Que siendo la pólvora un artículo que requiere una manipulación rigurosa, y aún así en el cantón se han producido accidentes. Atendiendo a tales argumentaciones, mediante el acuerdo No. 14, artículo 3 de la sesión ordinaria 181-2005 del 13 de octubre del 2005, se dispensó de trámite de comisión esa moción y en definitiva, por el acuerdo No. 15 de esa misma sesión, se dispuso por unanimidad: "*En consecuencia, se prohíbe el expendio y distribución en general de todo tipo de pólvora dentro de la jurisdicción del cantón de Curridabat. (...)*" (Folios 1-3 del administrativo) El análisis del contenido de ese acto no permite a este cuerpo colegiado desprender la razonabilidad, proporcionalidad y validez de esa actuación local. Si bien resultan válidas las preocupaciones que dentro de esas manifestaciones constan, lo cierto del caso es que no resultan adecuadas ni suficientes para legitimar una prohibición como la dispuesta. Lo anterior considerando que tanto la Ley sobre Armas y Explosivos No. 7530 y el Decreto Ejecutivo No. 27502, que es el Reglamento sobre el Uso y Fabricación de Materiales Explosivos, establecen las pautas a ponderar para el ejercicio legítimo de dicha actividad. No puede negarse que al amparo del ordinal 169 de la Carta Magna y sus competencias propias, las Municipalidades han de velar por la tutela y resguardo de los intereses locales del cantón. Ello incluye cuestiones de seguridad, salud y orden público, como derivación de la potestad genérica de policía. Empero, al margen que en ocasiones anteriores se pudieren haber provocado accidentes con la manipulación y venta de pólvora, lo cierto del caso es que las normas señaladas (Ley No. 7530 y el Decreto No. 27502) establecen marcos de control y fiscalización que han de ser ejercitados por las autoridades públicas y que se direccionan precisamente a reducir los riesgos señalados.

VI. Como se ha señalado, conforme a esas regulaciones, la venta de ese producto está prohibida a menores y constituye delito; por ende, considera este Tribunal, la restricción impuesta resulta irrazonable. Si bien la actividad de venta de pólvora, a diferencia de lo que argumenta la empresa actora, no puede considerarse como un ejercicio comercial irrestricto o libre, pues es claro que dada la incidencia que en términos de salud, orden público y seguridad ciudadana conlleva, lo cierto del caso es que se trata de una actividad que encuentra regulación en las fuentes jurídicas ya mencionadas. De ahí que en la medida en que se cumplan con las condiciones que esas

normas regulan, el desarrollo de ese marco de acción se encontraría habilitado. Empero, ello requiere de la expresión contundente de las causas por las cuales se adopta una determinada conducta pública que busca relativizar el ejercicio de una acción privada que ya se encuentra regulada por otras normas estatales. No obstante, fuera de las livianas referencias que hace el acuerdo objeto de cuestionamiento, no encuentra este Tribunal mención alguna que permita establecer parámetros para mensurar la objetividad de lo dispuesto. Dentro de los valores instrumentales que pueden ser ponderados para la tutela del interés público (local), no explicita la Municipalidad las razones concretas por las cuales, la medida de prohibición total es la que considera más adecuada, limitándose a señalar que se han ocasionado accidentes. Empero, se deja de lado la consideración de otros aspectos como podría ser el fortalecimiento del ejercicio del poder de policía, sancionando de manera oportuna y rigurosa aquellos negocios que infrinjan esa limitación, coordinando con la fuerza pública operativos de protección, o denunciando penalmente a los infractores, a fin de evitar que esos productos se distribuyan entre menores de edad. De ahí que lo dispuesto lesiona la proporcionalidad que ha de imperar en estos menesteres. No es sino en otras discusiones posteriores, cuando la demandante formula recurso de revisión y solicita audiencia con el Concejo Municipal, cuando se hace referencia a supuestos intereses de menores. Sin embargo, de nuevo, tales aportes no son suficientemente precisos para emitir una prohibición de la magnitud indicada. Lo anterior ya que a tono con la legislación mencionada arriba, la venta de pólvora está vedada a menores y constituye delito. En todo caso, se insiste, la limitación absoluta de venta de ese producto en realidad lleva a desconocer que se trata de una actividad regulada en la cual, se permite su desarrollo, sujeto a condiciones preestablecidas y en la cual, se impone un deber de coordinación y complementariedad de varias autoridades públicas para el ejercicio de las acciones preventivas y correctivas que sean de mérito, como sería el caso de operativos de control constante. Así visto, las razones aportadas no se consideran proporcionadas para la tutela del fin legal, tal y como lo exige el ordinal 131 y 133 de la Ley General de la Administración Pública. Tampoco en este proceso la Municipalidad accionada ha presentado argumentos o elementos sobre los cuales este Tribunal puede llegar a un análisis contrario al expuesto. En el escrito de contestación de la demanda se limita a señalar que la demanda es ayuna de elementos fácticos y jurídicos. Empero, no aporta ningún detalle para sostener la potencia y resistencia del contenido del acto cuestionado. Se restringe a indicar que los precedentes de la Sección III de este Tribunal sobre el tema de la venta de pólvora para la Municipalidad de Santa Ana, así como los criterios jurídicos internos emitidos por sus instancias asesoras, no le resultan vinculantes. Además, señala, el acuerdo impugnado fue dictado conforme a derecho. Sobre los efectos de los dictámenes rendidos por instancias internas, cabe señalar, si bien este tipo de actos internos son facultativos no vinculantes, salvo regulación en contrario, el artículo 136 numeral 1 inciso c de la citada Ley General de la Administración Pública impone (como

requisito de validez) el deber de motivación de los actos, cuando el órgano decisor se aparte de actuaciones precedentes o de dictámenes de órganos o instancias consultivas. En tal caso, la motivación ha de exponer, aún de manera sucinta, las razones o fundamentos de esa conducta, acotando la eventual responsabilidad que pueda surgir contra el funcionario que se separe de aquellos en los casos de ilegalidad manifiesta previstos en el canon 199.3 ibídem. En ese mismo orden, los pronunciamientos de la Sección III de este Tribunal no ostentan la jerarquía de sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada, sino, de resoluciones que se emiten dentro de la cadena recursiva administrativa en ejercicio de potestades de control no jerárquico de grado bifásico. Desde ese plano, agotan la vía administrativa y son vinculantes para la autoridad local cuyos criterios fueron sometidos al escrutinio de tal instancia de alzada (que no jerárquica) por la lógica razón que deciden sobre la validez del acto impugnado. Empero, si bien puede considerarse que en primer término, no son directamente vinculantes para los Municipios respecto de los cuales no se ha ejercitado ese control no jerárquico bifásico, en la medida en que se constituye como una instancia especializada, con un régimen procesal particular propio, precisado, en el contexto actual de la Ley No. 8508, en los ordinales 189 al 192, es menester, al menos considerar las decisiones que en este sentido sean adoptadas, siendo que constituyen un referente de control jurídico (por legalidad, que no de oportunidad), que bien puede resolver supuestos de hecho homogéneos al que en determinado asunto se encuentre en debate por parte de una Municipalidad. En el caso de la venta de pólvora, este Tribunal Contencioso Administrativo, en el ejercicio de la denominada jerarquía impropia, ha emitido de manera reiterada y congruente, múltiples precedentes que dicen sobre la ilegalidad de la restricción absoluta para la venta de pólvora. Entre otros, pueden citarse los siguientes casos: resolución No. 188-2010 de las 10 horas del 22 de enero del 2010 (caso de la Municipalidad de Desamparados); fallo No. 2020-2010 de las 15 horas 30 minutos del 27 de mayo del 2010 (caso de la Municipalidad de Vásquez de Coronado; resolución No. 2463-2009 de las 10 horas del 06 de noviembre del 2009 (caso Municipalidad de Santa Ana); -todas estas de la Sección III- así como la No. 206-2009 de las 15 horas del 29 de mayo del 2009, de la Sección II de este Tribunal (respecto de la Municipalidad de la Unión). En todos estos precedentes se abordó un caso similar al que en este proceso se discute, con la misma consecuencia o decisión, sea, la improcedencia de imponer, en abstracto, la imposibilidad o prohibición de venta de pólvora en aquellos cantones, por la lesión al principio de reserva de ley y libertad de comercio y empresa. Incluso, esos precedentes fueron aportados al expediente administrativo y puestos en conocimiento de la entidad accionada. Con todo, pese a los argumentos dados por el Concejo Municipal en la contestación de la demanda para defender el acto impugnado, aún en contra del conjunto de precedentes dictados por este Tribunal sobre el tema en concreto (aún cuando fue en la arista de jerarca impropio en materia municipal) y las advertencias de ilegitimidad expuestas por las instancias internas que analizaron la

perspectiva legal de la cuestión, es criterio de esta Cámara, el presente caso evidencia la ausencia de elementos argumentativos, de razones fácticas o jurídicas que permitan establecer una vinculación lógico-formal entre la necesidad públicas, el bien jurídico que se pretende tutelar y la decisión adoptada, de suerte que pueda considerarse debidamente motivado y fundamentado ese criterio, pero a su vez, pueda entenderse proporcional y razonable el efecto jurídico establecido, atendiendo al valor categórico que se busca resguardar. Es decir, no se expresa con el suficiente detalle ni la claridad debida los juicios instrumentales que permiten concluir que esa decisión es la que mejor conviene para tutelar los intereses que el ente local pretende cubrir. Incluso, de la misma contestación de la demanda la Corporación Local se evidencia la ausencia de criterios claros para adoptar ese resultado, pese a lo cual, se optó por una restricción total de la actividad. En efecto, en el análisis del fondo del asunto se señala que la venta comercial de la pólvora no puede ser dejada a la venta libre, sino que ha de ser limitada al acceso de cierto número reducido de personas que no expongan a menores o incapaces a lesiones o muertes. Pese a las bondades que en el fondo puedan desprenderse de ese tipo de argumentos, lo cierto del caso es que los motivos dados se amparan en consideraciones subjetivas que no se acompañan de mediciones objetivas. No se indican datos que puedan llevar a sostener lo acordado, dentro de los cuales, se podrían mencionar (sin ser exhaustivo) la cantidad de accidentes de períodos previos, causa de los accidentes con pólvora, medidas de control y fiscalización adoptadas a partir de esos accidentes, acciones de control emprendidas al comercio de pólvora, determinación de negocios o tramos que venden pólvora a menores, entre otros motivos. Se parte de especulaciones y regulación por deseos o intenciones, que aún cuando puedan considerarse loables, no pueden sostener la implementación de una medida que deja sin efecto la posibilidad de ejercicio de una actividad regulada por ley y por decreto ejecutivo. Nótese que dentro de ese escrito de descargo la Municipalidad señala que la prohibición de venta se mantiene "*...hasta tanto no se encuentra una fórmula, por la cual se pueda comerciar con esta maravillosa, pero a la vez dañina y peligrosa materia.*" -folio 200 del principal-. Se deriva de ello que el motivo por el cual se dicta el acto es la ausencia de mecanismos que permitan a la Corporación Local un control preventivo y correctivo de la venta del producto, lo que desde luego, a tono con lo desarrollado arriba, no es justificante válida para restringir absolutamente la actividad regulada. En consecuencia, es criterio de este Tribunal, la decisión cuestionada resulta sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico (arts. 125 y 159 de la Ley General de la Administración Pública), por las razones dichas, debiendo así declararse. Con todo, debe aclararse, siendo que el acto cuestionado data del 13 de octubre del 2005, y dado que esa conducta es preleable en razón que continúa surtiendo efectos, la supresión que por este medio se dispone se realiza al amparo de los ordinales 21.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en relación al 40 del Código Procesal Contencioso Administrativo, lo que supone, la nulidad decretada lo es solo para la

inaplicabilidad futura del acto. De conformidad con el canon 164.1 de la Ley No. 6227/78, la nulidad de ese acto supone la de todos aquellos que se hayan dictado de manera posterior que dependan de aquel. Cabe destacar, la nulidad ordenada hace innecesario ingresar a ponderar la procedencia de las pretensiones direccionadas a ordenar al ayuntamiento accionado la utilización del mecanismo previsto en el mandato 173 de la Ley General aludida, dado que al haberse dispuesto la invalidez y supresión de ese acto, aquellos pedimentos carecen de interés.

2. El Principio de Reserva de Ley como Limite de la Potestad Reglamentaria de la Administración Pública

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]^{iv}
Voto de mayoría

“II) SOBRE EL FONDO: II.1) EN TORNO A LA CONCEPTUALIZACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LAS CARTAS CATALOGADAS COMO CORRESPONDENCIA "LC" SEGÚN EL CONVENIO DE LA UNIÓN POSTAL UNIVERSAL: Establece el numeral sexto de la Ley de Correos, número 7768 del 24 de abril de 1998, que será obligación del Estado prestar en todo el territorio nacional por medio de Correos de Costa Rica, el servicio social de comunicación postal declarado de servicio público, comprendiendo tal únicamente las cartas clasificadas como correspondencia "LC" según el Convenio de la Unión Postal Universal (numeral sexto ibid). De este modo, para que una persona física o jurídica, nacional o extranjera pueda prestar los servicios sociales de comunicación postal, requiere de una concesión que otorgará el Ministerio de Gobernación y Policía, la cual se conferirá por un plazo máximo de cinco años y se renovará por igual período. Cuando se trate de servicios postales distintos de los mencionados, quedará sujeta a las disposiciones de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, y no requerirá de concesión, al no tratarse del servicio social de correos (ordinal 10 ibid). Por consiguiente, toda correspondencia que no sea de la clasificada como "Carta LC" no es un servicio público y por lo tanto no requiere de concesión. Expresa por su parte el ordinal tercero de la ley supracitada, que los servicios postales que operan en el país estarán sujetos a los convenios internacionales postales y de telecomunicaciones ratificados por Costa Rica, así como por las leyes y reglamentos dictados sobre la materia. Al respecto, dispone el Convenio de la Unión Postal universal, aprobado mediante ley número 6488 del 25 de setiembre de 1980, en sus ordinal es 61 y 71, que hay dos tipos de correo, el "LC" y el "AO". Disponiendo que por correo "LC" debe entenderse las cartas, aerogramas, giros postales, giros de depósito, efectos a cobrar, cartas con valor declarado, avisos de pago, avisos de inscripción y avisos de recibo y que los "AO" son los envíos que no sean "LC". En mérito de lo expuesto, no es posible interpretar que tal clasificación lo es meramente para efectos meramente de transporte, sino que se observa la intención de los signatarios del

Convenio de establecer el tipo de correo que se debe contemplar dentro de tales nomenclaturas, de fijar que tipo de documentos se ubican dentro de tales categorías y sin que se aprecie que se le de diferencia de tratamiento porque se esté refiriendo en dicho numeral 71 a las tasas y cálculo de los gastos de transporte aéreo, sin que ello le reste credibilidad a la clasificación, ni implica una mera asimilación de los documentos ahí contenidos y catalogados como "LC" (carta y tarjeta postal) y por exclusión los "AO" (otros objetos), para efecto de transporte. De igual forma, de la literalidad de la norma de comentario se observa que el Convenio hace una distinción entre la correspondencia calificada como "LC", diferenciando claramente entre carta, aerogramas, tarjetas postales, giros postales, giros de reembolso, giros de depósito, efectos a cobrar, cartas con valor declarado, avisos de pago, avisos de inscripción y avisos de recibo, de modo que no todo ese tipo de correspondencia puede calificarse como carta. Aunque efectivamente el Convenio no da el concepto de carta, ni expresa que tipo de correspondencia es o no carta, al distinguir y separar entre cartas y los restantes documentos y no mencionar que todos sean cartas (salvo cartas con valor declarado), se debe entender que se trata de documentos distintos y diversos a la carta, que no pueden serle equiparables. Por su parte, los numerales 18 y 19 ibid, al tratar el tema del envío de correspondencia, expresan que por tal debe entenderse las cartas, tarjetas postales, impresos, cecogramas y pequeños paquetes. De igual forma se menciona una tipología especial de correspondencia que puede ser objeto de envío por medio del servicio postal, dentro de las que ubica a cartas, impresos bajo sobre sin normalizar, cartas en forma de tarjetas, diarios, publicaciones periódicas y la propaganda impresa en hojas adjuntas, y refiere de impresos comerciales como los catálogos, prospectos, precios corrientes, partituras de música, mapas (ordinal 19:11, 14, 15 del Convenio), aerogramas o correspondencia-avión, que es una hoja de papel convenientemente plegada y pegada por todos sus lados (numeral 59 del Convenio), normas de las cuales se observa la distinción y diversa tipología de documentos diferentes a la carta. Respecto a lo que debe entenderse por "carta", como ya se dijo, el convenio no establece un concepto determinado, sino que menciona las tipologías supracitadas y si bien en el ordinal 71 supracitado, se establece el tipo de correo "LC", y se dispone que la misma contiene los documentos referidos, se observa que diferencia, separa y distingue a las cartas de los efectos a cobrar y avisos de pago y que los "AO" son los envíos que no sean "LC", por lo que se observa de ello, que son conceptos diversos y diferentes. Por consiguiente, debe analizarse a la luz del Convenio Internacional indicado y del numeral sexto de la Ley General de Correos, si la comunicación que realiza el ICE a sus clientes, en razón de su giro comercial, mediante la cual les advierte el cobro del servicio telefónico, con un importe determinado, un mes al cobro y un período establecido y que denomina factura constituye una carta de tipo "LC". En mérito de ello, para poder determinar tal situación, a tenor de lo dispuesto en el numeral sexto supracitado, tenemos que para tratarse de un servicio público concesionable, la correspondencia debe contener los siguientes presupuestos:

1) Ser carta y 2) Ser correspondencia "LC" según el convenio de la Unión Postal Universal. En razón de lo expuesto, se determina que según lo expresado en el Convenio de la Unión Postal Universal, ordinal 71, los avisos de pago y efectos a cobrar, forman parte del correo "LC", pero no son una carta debido a la naturaleza cobratoria dineraria de ese tipo de correspondencia. De este modo, más que una carta "LC", las denominadas facturas cobradas por el ICE a sus clientes no reúnen los presupuestos taxativos legales impuestos a un servicio concesionable, porque constituyen un tipo de correspondencia si bien "LC", se ubican por su naturaleza dentro de los avisos de pago y efectos a cobrar, por lo que no son carta y no forman parte del servicio social de comunicación y por lo tanto no requieren de concesión, sino que se rigen por la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

II.2) RESPECTO A LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y DE EFICACIA DEL REGLAMENTO:

Por Reglamento debe entenderse “ toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración pública y con valor subordinada a la ley (...) por su procedencia son *actos administrativos* sometidos al principio de legalidad y susceptibles, en su caso, de ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa; por su contenido son normas de Derecho objetivo (norma agendi), por lo que, según la conocida expresión de Hauriou, vienen a integrarse en el llamado “bloque de la legalidad” que se impone a la propia Administración en su actuación concreta ” (Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I, parte general. Duodécima edición. Editorial Tecnos. Madrid, España, 1994. Página 239). El acto administrativo del reglamento es el producto del ejercicio de la potestad reglamentaria y los dicta el Poder Ejecutivo y los entes descentralizados (ordinales 121 inciso 22, 140 incisos 3 y 18 constitucional y los artículos 6 y 121 de la Ley General de la Administración Pública), “la cual radica en el poder que emana de la Constitución o la ley por cuya virtud las administraciones públicas pueden dictar normas con eficacia jurídica inferior a la ley. ” (Jinesta Lobo Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Primera edición. San José, Costa Rica. 2007. Página 242). Tenemos reglamentos ejecutivos (ejecutar la ley), reglamentos de autónomos de organización (organización administrativa interna y distribución de competencias de los órganos del ente, ordinal 59 de la Ley General de la Administración Pública) y autónomos de servicio (servicio público prestado y régimen estatutario con sus funcionarios, artículo 103 de la Ley General de la Administración Pública). De conformidad con la jerarquía normativa, el reglamento se encuentra supeditado a la ley, debiendo adecuarse a lo establecido en ella, no pudiendo transgredir su contenido, ni contemplar supuestos no regulados legalmente, limitándose a normar su aplicación. “ El objeto del reglamento es el permitido o habilitado expresamente por la ley (...) dentro del margen de los presupuestos y condiciones que ella fija ” (Jinesta Lobo Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Primera edición. San José, Costa Rica. 2007. Página 244 y 252).

Por ello, “ el Reglamento no puede nada por sí mismo, pero si puede complementar a la ley, colaborar con ésta si ésta le habilita de manera formal para ello ” (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Curso de derecho administrativo I. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España. 1984. Página 242). Sobre la primacía de la ley o dependencia del reglamento respecto a ésta, se ha dicho que existe la “ prohibición dirigida a los titulares de la potestad reglamentaria de dictar reglamento de contenido o sentido contrario a las leyes, prohibición sancionada con la invalidez de los reglamentos que desconozcan esta interdicción ” (Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de derecho administrativo general. Editorial Iustel. Tomo I. Primera edición. 2004. España. Página 342). Por su naturaleza, la vía reglamentaria, independientemente de que sea ejercida por la Administración Pública central o descentralizada, o se trate de reglamentos ejecutivos o reglamentos autónomos de organización o de servicio, no pueden regular las materias reservadas a la ley, limitar, restringir o suprimir el ejercicio de libertades públicas o derechos fundamentales (ordinal 19 de la Ley General de la Administración Pública), crear delitos y penas, imponer multas, exacciones, multas, tasas y cargas similares (numeral 124 de la Ley General de la Administración Pública), incrementar las restricciones establecidas o crear las no establecidas por ley, establecer caducidades o prescripciones para el ejercicio de derechos no contempladas en la ley, modificar o eliminar situaciones jurídicas consolidadas o derechos patrimoniales adquiridos válidamente al amparo de una normativa derogada, quebrantar la ley, crear obligaciones, deberes o requisitos nuevos o suprimir derechos contenidos en la ley objeto de ejecución, utilizar potestades de imperio frente al administrado (artículo 103 de la Ley General de la Administración Pública), establecer potestades de imperio que afecten al particular extraño a la relación de servicio (ordinal 12 de la Ley General de la Administración Pública). De esta forma, como límite negativo a la potestad reglamentaria tenemos que “ no puede violar la ley, prohibiendo lo que ésta permite o impone, o permitiendo lo que ésta prohíbe. Esto significa, además, que el reglamento no puede: i) complicar los modos de adquisición de los derechos cuyos supuestos se hallan precisamente regulados por la ley; ii) suprimir el todo o parte del contenido de un derecho creado por la ley; iii) imponer deberes que la ley no impone, o aumentar el número de obligaciones o sujeciones que los deberes legales contienen; iv) complicar los modos de nacimientos de esos deberes agregando nuevos requisitos que la ley no contiene, cuando ésta regula precisamente los supuestos para su existencia ” (Ortiz Ortiz Eduardo. Tesis de derecho administrativo. Tomo I. Primera edición. Editorial Stradtman, S. A. San José, Costa Rica. Año 1998. Páginas 249 y 250). En abono a lo expuesto, se ha dicho también, que tiene como límites en relación al principio de reserva legal, que no puede “ imponer penas (...) establecer prestaciones personales obligatorias (...) derogar ni modificar el contenido de leyes formales (...) limitar derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas de los particulares (...) respetar derechos adquiridos (...) ” (Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo.

Volumen I, parte general. Duodécima edición. Editorial Tecnos. Madrid, España, 1994. Páginas 245 y 246). Por consiguiente, debe adecuarse al principio “ *secundum legem*, puesto que la desarrolla, complementa y ejecuta, dentro de los parámetros y límites fijados por la propia ley ” (Jinesta Lobo Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Primera edición. San José, Costa Rica. 2007. Página 251).

II.3) CASO CONCRETO: Aplicado, lo anteriormente expuesto a la resolución del presente asunto , tenemos que lleva razón la gestionante en sus pretensiones al accionar con el objeto de que se declare la nulidad absoluta de la frase del artículo 5 del decreto número 27238 del 18 de agosto de 1998, Reglamento a la Ley de Correos, que define CARTA, al decir: "Tendrán la consideración de carta los envíos que contengan recibos, facturas, documentos de negocio, estados financieros y cualquier otros mensajes que no sean idénticos ", así como la nulidad absoluta del artículo 32 del decreto número 27238 del 18 de agosto de 1998, Reglamento a la Ley de Correos, en cuanto le confiere al Ministerio de Gobernación la potestad de solicitar, cuando lo considere oportuno, a Correos de Costa Rica un estudio técnico que valore la necesidad y conveniencia de otorgar en concesión la prestación del servicio social de comunicación postal en determinada zona, región o circunscripción territorial, y que en consecuencia se debe anular los actos administrativos emitidos por el Ministerio de Gobernación y Policía, contenidos en las resoluciones número 878-2010 DMG de las 8:45 horas del 15 de abril del 2010 y número 920-2010DMG de las doce horas del 28 de abril del 2010 que rechazan la solicitud de concesión a favor de DIRETEL, la nulidad absoluta del dictamen técnico emitido por Correos de Costa Rica mediante el oficio número GG-DL-194-10 del 31 de marzo del 2010, donde recomienda el rechazo de la concesión solicitada por DIRETEL al Ministerio de Gobernación y Policía, así como que el servicio postal del distribución de recibos telefónicos del ICE, puede ejercerse libremente sin necesidad de concesión por DIRETEL al no formar parte del servicio social de comunicación postal creado por la ley 7768, por no corresponder a las cartas clasificadas como correspondencia "LC" por la Unión Postal Universal. Tal y como se acreditara en los hechos probados, la probanza documental, la prueba testimonial evacuada y del fundamento jurídico expresado en el considerando de fondo II.1 y II.2, acontecen los requisitos y presupuestos necesarios para tener por acaecida la nulidad petitionada. Como se expresara supra, a tenor de lo expuesto se justifica la nulidad petitionada de los actos administrativos supracitados debido a que violentan lo dispuesto en el Convenio de la Unión Postal Universal, ratificado mediante Ley patria número 6488 del 25 de setiembre de 1980, en sus ordinal 61 y 71, transgrediendo además el ordinal sexto de la Ley de Correos, número 7768 del 24 de abril de 1998. Los fundamentos de la nulidad declarada se sustentan en que el convenio citado diferencia, distingue y separa como correspondencia a la carta de tipo "LC", de los efectos a cobrar y avisos de pago, documentos estos con un contenido claramente patrimonial, económico, mediante las cuales se gestiona y se requiere el cobro y se

gestiona un pago en virtud de una relación jurídica de tipo mercantil. Por consiguiente, tales efectos a cobrar y avisos de pago, si bien son correspondencia de tipo "LC", no son carta "LC", sino documentos originados en una relación comercial, mediante la cual se gestiona el cobro de una suma de dinero por un servicio o prestación brindada, dentro de los cuales se ubican los recibos telefónicos del ICE. Así las cosas, a tenor de los numerales sexto y décimo de la Ley de Correos, número 7768 del 24 de abril de 1998, que califica como servicio social de comunicación la cartas clasificadas como correspondencia "LC" según el Convenio de la Unión Postal Universal y al haberse determinado que los recibos telefónicos del ICE no son carta, sino efectos a cobrar y avisos de pago, no requieren de concesión. Esta determinación conlleva la nulidad absoluta de la frase del artículo 5 del decreto número 27238 del 18 de agosto de 1998, Reglamento a la Ley de Correos, que define CARTA "LC", al decir: " Tendrán la consideración de carta los envíos que contengan recibos, facturas, documentos de negocio, estados financieros y cualquier otros mensajes que no sean idénticos " , esto así porque en contravención a lo dispuesto en la Ley de Correos y el Tratado de la Unión Postal Universal, se extralimita al equiparar y asimilar a las cartas "LC" con las facturas, documentos de negocio y estados financieros, los cuales por consiguiente no podrán tenerse como servicio social de comunicación postal. Además, del estudio de la naturaleza propia de dichos documentos, nacidos fundamentalmente de una relación mercantil, no se observa sustento para que puedan ser catalogados dentro de la categoría de servicio social y por consiguiente un servicio público, término reservado para las tareas sociales en las cuales se tiene como fin y norte el beneficio de la colectividad y no el lucro o la ganancia. En mérito de lo expuesto, tal definición reglamentaria de carta se extralimita, y violenta los ordinales 6 y 10 de la Ley de Correos, así como los ordinales 19:11, 14, 15, 59, 61, y 71 y del Convenio Postal Universal. Se determina por lo tanto que tal acto administrativo reglamentario es ilegal, al transgredir lo dispuesto en los numerales supracitados, por contemplar supuestos no regulados legalmente, extralimitándose al no constreñirse al margen de los presupuestos y condiciones fijados en tales normas jurídicas con jerarquía superior. Tal violación se expresa en que cataloga como carta "LC" e incluye dentro de ella a documentos que son correspondencia "LC", pero no carta "LC". De esta forma incorpora ilegalmente dentro de dicha nomenclatura a los recibos, facturas, documentos de negocio, estados financieros y cualquier otros mensajes que no sean idénticos, que a juicio del Tribunal no son carta "LC". Dicha afirmación se sustenta en que la Ley de Correos, en los ordinales supracitados no define el significado, ni el contenido de carta "LC", pero le otorga un significado relevante al establecer que el servicio social de comunicación postal es un servicio público que comprenderá únicamente a las cartas clasificadas como correspondencia "LC" según el Convenio de la Unión Postal Universal (ordinal sexto), de modo que para que un particular pueda brindarlo requiere de concesión (numeral 10). La consecuencia que ello tiene es que resulta de particular relevancia el establecer que se entiende por carta clasificada

como correspondencia "LC", porque dependiendo de ello se podrá tener o no como servicio público y por lo tanto reservado legalmente a Correos de Costa Rica S.A al ser su obligación y sólo excepcionalmente por los particulares vía concesión. Ante dicha situación de tener una ley que no define el término de carta clasificada como "LC", sino que lo remite al Convenio de la Unión Postal Universal y un reglamento que lo contempla, es relevante el establecer si tal disposición reglamentaria se adecua a lo dispuesto en tal normativa superior. De tal comparación se observa que la norma cuestionada se excede y se extralimita, porque a tenor de dicho convenio, que si bien tampoco define lo que es carta, en el ordinal 71 la diferencia y distingue de los aerogramas, giros postales, giros de depósito, efectos a cobrar, avisos de pago, avisos de inscripción y avisos de recibo. En consecuencia, no es posible tener como carta a los efectos a cobrar y avisos de pago, de haberlo querido así el convenio lo hubiera establecido y no los hubiera diferenciado de las cartas, por lo que al ser los recibos telefónicos un efecto a cobrar o un aviso de cobro, no es una carta, por lo que la norma cuestionada resulta ilegal y por lo tanto deviene en nula. De igual forma debe declararse la nulidad absoluta del artículo 32 del decreto número 27238 del 18 de agosto de 1998, Reglamento a la Ley de Correos, en cuanto le confiere al Ministerio de Gobernación la potestad de solicitar, cuando lo considere oportuno a Correos de Costa Rica un estudio técnico que valore la necesidad y conveniencia de otorgar en concesión la prestación del servicio social de comunicación postal en determinada zona, región o circunscripción territorial, ello así por contemplar un requisito para el otorgamiento de las concesiones no contemplado en la Ley, lo cual implica que la norma reglamentaria se haya excedido en el establecimiento de requisitos que no tuvo en mente el legislador. Así las cosas, se observa que el numeral 32 cuestionado, no se supeditó a las condiciones que la Ley de Correos dispuso, transgrediendo su contenido y contemplando supuestos no regulados legalmente, excediendo lo permitido y habilitado expresamente por la Ley, que no contempla tal atribución de Correos de Costa Rica S.A. dentro de las funciones y competencias otorgadas. Además, es reserva de ley la atribución de dichas potestades al tenor del numeral 59 de la Ley General de la Administración Pública, que establece tal condición en materia de potestades de imperio, calificadas así porque dicho dictamen negativo implicó para la actora el que se declarara por parte del Instituto Costarricense de Electricidad la insubsistencia de la Licitación pública 2007LN-0021-PROV (hecho probado 14 y 17) la cual se le había adjudicado (hecho probado quinto), implicando ello un claro perjuicio para DIRETEL SAL. De modo que, esta atribución conferida a esas entidades representó para la actora, competidora de Correos de Costa Rica S.A en la licitación pública referida (hecho probado cuarto), el que tal entidad la descalificara, implicando ello el que se beneficiara de esa potestad de emitir criterios técnicos al adjudicársele posteriormente la licitación 2010CD-002952-PROV, que tenía el mismo objeto contractual (hecho probado 17 y 18). Como se observa, se trata de una potestad y atribución, que debió necesariamente estar contemplada en la Ley de Correos, dentro

del ámbito de las competencias asignadas a Correos de Costa Rica S.A, ello así porque el criterio técnico, si bien no es obligatorio en la letra de la norma para el Ministerio de Gobernación el solicitarlo, en práctica común el requerir la , con lo cual se desestima el alegato de las accionadas al expresar su carácter facultativo. Ello se observa en este caso, en el que ante el requerimiento de DIRETEL SAL de solicitar al Ministerio de Gobernación y Policía el otorgamiento de una concesión para la distribución de recibos telefónicos (hecho probado octavo), el Ministerio de Gobernación y Policía, le solicita a Correos de Costa Rica S.A. emitir un criterio para que valore la necesidad, viabilidad y conveniencia de otorgarla (hecho probado noveno). De este modo, requerido el criterio por parte de la actora, se le resolvió negativamente, rechazo que deja en situación de desventaja y desprotección a su competidora en licitaciones públicas, y que representa una potestad exorbitante a favor de Correos de Costa Rica, la cual tendrá en dicha atribución la posibilidad de impedir el otorgamiento de concesiones. Si bien, tal competencia es asignada en calidad de reserva legal a Correos de Costa Rica, a tenor del numeral sexto citado, como lo expresa la propia accionada, ello no enerva, ni impide, ni excluye el que otros prestatarios puedan brindarlo mediante la figura de la concesión, pero que en la práctica resulta inoperante al dejarse supeditada a la emisión de un criterio técnico que debe expedir la propia entidad con la cual competirán en los concursos, figura y atribución que no contempló ni tuvo en mente el legislador, porque la Ley de Correos no regula nada al respecto. Por ello, revisada en su integridad la Ley de Correos, no se observa que contenga atribución, potestad o facultad alguna de que el Ministerio de Gobernación y Policía deba solicitar a Correos de Costa Rica, de previo al otorgamiento de una concesión para el servicio público social de comunicación postal, la emisión de un criterio técnico que valore la necesidad, viabilidad y conveniencia de otorgar en concesión la prestación del servicio de comunicación social postal en determinada zona. Si bien se expresa en el ordinal décimo de la Ley de Correos, que las concesiones y sus renovaciones se otorgarán con base en los requisitos que defina el reglamento cuestionado, el criterio establecido en el ordinal 32 cuestionado, excede las facultades de dicho ente porque supedita el otorgamiento de la concesión a su cumplimiento, y sin que se trate de un requisito que dependa de su cumplimiento, acreditación y presentación por parte de los solicitantes, sino de la valoración que realice la entidad, la cual necesariamente debió de haberse contemplado en la ley. De igual forma, este criterio técnico es contrario al mismo espíritu del legislador plasmado en la Ley de Correos, la cual en el ordinal 10 ibid, expresa que los requisitos exigidos para conferir la concesión tienen como norte el fomentar los principios de igualdad, libre competencia, eficiencia y cobertura total del servicio, los que se ven violentados al tener Correos de Costa Rica vía reglamento la potestad de decidir a quien se le otorga la concesión. Asimismo, debe declararse la nulidad absoluta de los actos administrativos emitidos por el Ministerio de Gobernación y Policía, contenidos en las resoluciones número 878-2010 DMG de las 8:45 horas del 15 de abril del 2010 y número 920-2010DMG de las doce horas del 28

de abril del 2010 que rechazan la solicitud de concesión a favor de DIRETEL, así como del dictamen técnico emitido por Correos de Costa Rica mediante el oficio número GG-DL-194-10 del 31 de marzo del 2010, donde recomienda el rechazo de la concesión solicitada por DIRETEL al Ministerio de Gobernación y Policía (hechos probados 10 al 13). Todo ello, por cuanto el estudio técnico GG-DL-194-10 del 31 de marzo del 2010, emitido por Correos de Costa Rica S.A., se dictó con base en potestades y atribuciones otorgadas por el numeral 32 del Reglamento anulado que le confería competencias al Ministerio de Gobernación de solicitar a Correos de Costa Rica, no contempladas en la Ley de Correos, lo que genera necesariamente que al declararse la nulidad del artículo que le daba sustento a dicha potestad, deba necesariamente anularse el dictamen técnico cuestionado emitido bajo su amparo. En lo referente a las resoluciones número 878-2010 DMG de las 8:45 horas del 15 de abril del 2010 y 920-2010-DMG de las doce horas del 28 de abril del 2010, dictadas por el Ministerio de Gobernación y Policía (hechos probados 12 al 13), mediante las cuales se le denegó a la Sociedad Anónima Laboral DIRETEL SAL, la solicitud de otorgamiento de concesión para distribución de recibos telefónicos, igual procede su anulación al haberse dictado con base en potestades no fundadas en una competencia asignada vía legal, en mérito de la nulidad absoluta del ordinal 32 del reglamento que les daba sustento. Todo ello, por cuanto del estudio de dichas resoluciones, se observa que se basaron enteramente para la denegatoria de la concesión solicitada por DIRETEL SAL, en el estudio técnico negativo de Correos de Costa Rica, con lo cual devienen en nulas necesariamente al haberse invalidado la norma que requería tal requisito. En lo atinente a las peticiones de declarar que el servicio postal de distribución de recibos telefónicos del ICE, puede ejercerse libremente sin necesidad de concesión por DIRETEL y de que no es carta clasificada como correspondencia "LC", se admite, con la aclaración de que al tenor del Convenio de la Unión Postal Universal no se calificaron como correspondencia "AO", sino "LC", pero sin que ostente la condición de carta al tenor del ordinal sexto de la Ley de Correos, y por lo tanto sin que requiera de concesión, como lo establece el numeral 10 de dicha Ley, al no tratarse de un servicio social de comunicación postal. Por su parte, en lo atinente a la petición incoada en contra del Instituto Costarricense de Electricidad de declarar la nulidad absoluta de la cláusula 32 del cartel de la licitación pública del ICE número 2007LN-00021-PROV, en cuanto obliga a DIRETEL a obtener una concesión para prestar el servicio postal de distribución de recibos telefónicos del ICE, se rechaza por falta de interés actual, toda vez que la Licitación Pública 2007LN-00021-PROV fue declarada insubsistente por parte del Instituto Costarricense de Electricidad (hechos 14 al 16), sin que haya sido impugnado por la recurrente, además el objeto contractual de dicha licitación se le adjudicó recientemente a Correos y Telégrafos S.A. mediante la licitación pública número 2010CD-002952-PROV (hecho probado 17 y 18), sin que por lo tanto tenga sentido y fin actual el declarar la nulidad peticionada. En razón de lo expuesto, y con base en los argumentos expresados, no son de recibo las argumentaciones esbozadas por las accionadas, ni de las

declaraciones del testigo perito Néstor Calderón Goyenaga, al sostener que los recibos telefónicos del ICE son carta de tipo "LC", que forman parte del servicio social de comunicación postal y requieren de concesión, ello así porque como se expresara supra no son carta, sino efectos a cobrar y avisos de pago, no contemplados dentro de los supuestos que contiene el ordinal sexto y décimo de la Ley de Correos. Además, no se comparte el criterio amplio del señor Calderón Goyenaga de tener a la carta como cualquier correspondencia o cualquier soporte que contiene información actual y personal en sobre cerrado o al descubierto, por estimar este órgano colegiado tal posición contraria a lo dispuesto en los ordinales 19:11, 14, 15, 59, 61, y 71 del Convenio Postal Universal, en el cual claramente se establece que no toda correspondencia con tales características genéricas es una carta."

3. El Principio de Reserva de Ley Aplicado en la Determinación del Salario de los Funcionarios Públicos

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]

Voto de mayoría

VI. Sobre la posibilidad de aplicación del artículo 4, párrafo 2° del Decreto Ejecutivo No. 34136 -MINAE. El numeral 6 de la Ley No. 6227 así como el precepto 7 de la Carta Magna establecen la jerarquía de las fuentes normativas que ha de imperar en la resolución de este tipo de conflictos. Como derivación de esas máximas, el canon 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , No. 7333, (reformado por ley No. 7 728 de 15 de diciembre de 1997), señala , los jueces **"no podrán"**: 1) aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país; tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional; 2) aplicar decretos, reglamentos, acuerdos y otras disposiciones contrarias a cualquier otra norma de rango superior. De ahí que en el ejercicio de sus funciones de resolver los casos que sean sometidos a su conocimiento, para resolverlos definitivamente (artículo 153 de la Carta Magna), el juzgado debe ponderar el derecho aplicable al caso, para lo cual, indefectiblemente, ha de considerar, la jerarquía de las fuentes jurídicas que bordean y delimitan la decisión del caso, por serle aplicables. Esto resulta fundamental pues en el escenario hipotético de confrontación o antinomia entre varias normas útiles o atinentes al asunto particular que examina, ha de discriminar la que resulta aplicable por criterio de jerarquía, especialidad, entre otros factores. El criterio aludido implica, a tono con lo señalado en el canon 8 de la Ley No. 7333, la necesaria desaplicación de normas reglamentarias cuando sean contrarias a fuentes de rango superior. En el fallo No. 6-2012-VI de las dieciséis horas del diecisiete de enero del dos mil doce, esta Sección VI, sobre el punto señaló: " *Antes de resolver la cuestión planteada, los jueces deban preguntarse si la*

norma aplicable al caso, se ajusta o no al bloque de constitucionalidad y legalidad ordinaria. Es decir, los jueces no son administradores de justicia o sujetos pasivos al servicio del legislador limitados a aplicar la norma emitida por el parlamento o el Poder Ejecutivo. Tienen un rol activo, sujeto a la Constitución y a la ley válida, debiendo consultarle a la Sala Constitucional cuando tuvieren dudas fundadas de su constitucionalidad, todo conforme a los principios de supremacía constitucional, interpretación conforme y eficacia inmediata y directa tanto de los preceptos constitucionales como de los precedentes y jurisprudencia constitucional (artículos 10 y 154 de la Constitución Política –CP, y 13 y 102 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, reformado este último por Ley #9003 de 31 de octubre, publicado en La Gaceta #228 de 28 de noviembre de 2011, y sentencias #1185 de 1995, #3035, #3036 y #3039 de 1996). La Sala Constitucional en la conocida sentencia #1739-92 de 11.45 horas de 1 de julio, expresó: “... De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad. En resumen, el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos descritos: a) el del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) el del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal -procesal-; y c) el del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución.” (Considerando I, inciso c). Lo anterior confirma ese rol activo, crítico, de guardián que deben tener los jueces y tribunales en un Estado Democrático de Derecho respecto de las normas frente a la Constitución Política, como operación previa a su

aplicación práctica, en la búsqueda incesante de decisiones justas y en la garantía de estricta legalidad o legalidad substancial del orden jurídico. " Tal criterio fue reiterado en la sentencia No. 10-2012-VI de las diez horas de diecinueve de enero de dos mil doce, de esta misma Sección VI.

VII. Ahora, en lo específico del régimen de empleo aplicable al TAA, cabe señalar, la Ley Orgánica del Ambiente, No. 7554 de 4 de octubre de 1995, en su capítulo XXI, artículos 103 a 112, creó el Tribunal Ambiental Administrativo. Esta norma reguló sus competencias, integración, obligaciones, procedimiento y principios rectores. Sin embargo, no incorpora regulación alguna en cuanto al régimen de retribución salarial de sus miembros, así como de su personal. Lo anterior a diferencia de lo establecido para otros Tribunales Administrativos, en los que, el mismo legislador fijó el tema de retribución salarial bajo un esquema de homologación con los salarios del Poder Judicial. Así, v.gr., es el caso del Tribunal Fiscal Administrativo (art. 161 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios), Tribunal Aduanero Nacional (art. 207 de la Ley General de Aduanas, No. 7557), Tribunal Administrativo de Transportes (art. 17 de la Ley No. 7969, Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la modalidad de taxi), o bien del Tribunal Registral Administrativo (art. 20 de la Ley de procedimientos de observancia de derechos de propiedad intelectual, No. 8039). No obstante, se insiste, esa equiparación no fue legalmente prevista en el caso del TAA, en su fuente de creación, Ley No. 7554. No es sino el citado artículo 4, párrafo 2° del Decreto Ejecutivo No. 34136, antes de su derogación, la norma que disponía ese beneficio salarial en los siguientes términos: *"La retribución de los integrantes de este Tribunal debe ser igual al sueldo de los miembros de los Tribunales Superiores del Poder Judicial, la del resto del personal deberá equipararse, según el caso, a la de los cargos equivalentes del personal de esos Tribunales o de otros órganos del Poder Judicial donde se desempeñen cargos iguales o similares"*. Se prevé un mecanismo de retribución para los integrantes del Tribunal y para el resto del personal. Sin embargo, este Tribunal comparte las alegaciones del Estado en cuanto a que dicho precepto pretende llenar un vacío legal mediante la equiparación de los salarios de una categoría de servidores públicos, a la de otros cargos equivalentes donde se desempeñen cargos iguales o similares. En ese tratamiento, el citado Decreto se extralimitó e invadió el ámbito reservado al legislador ordinario que es el único competente para regular la materia salarial e imponer obligaciones al Estado, desatendiendo de esa forma la interdicción de la arbitrariedad de la potestad reglamentaria que impone una sujeción a las fuentes legales. No se trata el presente caso de fijaciones periódicas o de actualización aritmética del salario preestablecido, fundado en razones de costo de vida, inflación, devaluación, depreciación monetaria, antigüedad, etc., sino, como se dijo, frente a la transposición y establecimiento de una armazón o estructura salarial distinta, capaz de producir ventajas económicas mayores a un grupo de trabajadores públicos e imponerle al Estado obligaciones financieras

mayores a las que legal y ordinariamente corresponden. Y aunque pueda entenderse que lo querido por el Decreto Ejecutivo era la aplicación del principio de salario igual a igual trabajo en idénticas condiciones de eficiencia, el medio elegido no es la vía idónea para la equiparación emprendida, por estar al margen de las reglas jurídicas aplicables y del sistema oficial de retribución para todas las clases de puestos adscritas al Servicio Civil, entre las que se residencia la situación del accionante. En lo que se refiere al personal del TAA, la Dirección General del Servicio Civil, en diversos oficios que rolan en el expediente de este proceso (ya mencionados en el aparte de hechos probados), ha establecido que el régimen de empleo de los demás funcionarios que no son jueces de ese Tribunal, es el del Servicio Civil, por ende, salvo regla legal en contrario, el contenido de esa relación, incluido el componente salarial, se regula por el Estatuto de Servicio Civil y normas afines. En esa línea, este cuerpo colegiado ha señalado en los precitados fallos No. 6-2012 y 10-2012, acorde al artículo 191 Constitución Política, las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, se regulan por medio de una norma llamada *Estatuto de Servicio Civil*, Ley No. 1581 del 30 de mayo de 1953. Ese conjunto legal en su capítulo X, relativo al régimen de sueldos, artículo 48, inciso b), señala que los salarios de los servidores del Poder Ejecutivo serán determinados por una *Ley de Salarios* que fijará las sumas mínimas, intermedias y máximas correspondientes a cada categoría de empleo. En desarrollo de esta previsión, se promulgó la Ley de Salarios de la Administración Pública, No. 2166 de 09 de octubre de 1957, la cual *constituye el sistema oficial de retribución* para todas las clases de puestos clasificados en el Manual Descriptivo de Puestos (artículo 1°). De estos antecedentes normativos, relacionados con los artículos 57 y 180 de la Carta Magna y 19 de la Ley General de Administración Pública, se desprende que la determinación del salario de un servidor público, es materia reservada a la ley formal. La creación de las bases y demás parámetros con arreglo a los cuales han de establecerse o determinarse los salarios del sector público, corresponde al legislador ordinario, y no al Poder Ejecutivo mediante la técnica del decreto ejecutivo. Ello supone, por criterio de especialidad, la variación de salarios no puede fijarse tan siquiera por Ley de Presupuesto. Se trata por un lado de la generación o creación de obligaciones periódicas a cargo del Estado, y no simplemente de pagar o ejecutar un desembolso autorizado en una partida presupuestaria. La Sala Constitucional, en sentencia No. 552-91 de 18.50 horas de 15 de marzo, expresó:

“VI. En el mismo sentido, esa reserva de ley implica la de ley ordinaria, no la de presupuesto, pues ésta no tiene por objeto crear obligaciones del Estado sino sólo autorizar el gasto de los fondos públicos, estableciendo un límite (máximo), de modo que la Administración Pública (la del Poder Ejecutivo y la de los demás poderes u órganos desconcentrados, en su caso) no está obligada sino sólo autorizada a pagar conforme a las partidas presupuestarias. Por lo demás, crear obligaciones del Estado en función de la legislación ordinaria, y reconocerlas lo es de la Administración, dentro

de sus límites presupuestarios; el presupuesto no es, ni lo uno, ni lo otro.". Por otro lado, dicha determinación se incardina dentro del régimen jurídico de los derechos fundamentales, como lo es el derecho a recibir un salario mínimo de fijación periódica capaz de generar bienestar y existencia digna, materia igualmente reservada a la ley, en razón de constituir una *garantía* para la persona trabajadora, que por ende no puede estar sujeta a los vaivenes de la política u otros movimientos o intereses de grupos detentadores transitorios del poder. En este sentido y en la misma sentencia la Sala expresó:

"VII.... Pero es que remunerar la prestación de un servicio al Estado, del rango o naturaleza que éste sea, así como otorgar ayudas o facilidades para su desempeño, dentro de los límites de proporcionalidad y razonabilidad implícitas en todo ordenamiento democrático constitucional, no constituye privilegio, sino por el contrario, un principio fundamental de sana administración, ligado también íntimamente al estado democrático, porque es obvio que propiciar o siquiera favorecer la prestación de esos servicios gratuitamente o mediante una remuneración simbólica o exigua equivaldría nada menos que a limitar el acceso a los cargos públicos únicamente a las personas en disposición de desempeñarlos por gozar de una situación privilegiada de fortuna, cuando no por carecer de los escrúpulos necesarios para no servirse de ellos incorrectamente." Atendiendo a lo anteriormente expuesto, debe desestimarse la demanda en cuanto al extremo petitorio, tendente a que se reconozca a favor de la actora la homologación de puesto y de salario, fundamentada en el párrafo 2º del artículo 4 del Decreto Ejecutivo número 34136 -MINAE . Ello por cuanto, dicha norma no tiene la virtud de suplir vacíos normativos, generando obligaciones a cargo del Estado, ni de crear el derecho a la equiparación salarial pretendido en el caso concreto; de modo que tal derecho no emerge, aún de reconocer la existencia de la omisión que se atribuye a la Administración accionada . En razón de lo anterior, también resulta improcedente el pago de daños y perjuicios, que pretende la amparada por no haberse homologado su puesto y su salario en los términos del párrafo 2º del artículo 4 del Decreto Ejecutivo número 34136. Este rechazo incluye el daño moral subjetivo peticionado por esos aspectos.

VIII. Sobre la solicitud de pago por ejercer funciones de juez en el TAA. Mediante el oficio 994-10 de agosto del 2010, el accionante solicitó al Departamento de Recursos Humanos del MINAET realizar las gestiones correspondientes para el pago equivalente al salario de juez cuatro del TAA, por la designación como juez propietario en el período del 03 de septiembre al 05 de octubre del 2010, nombramiento realizado por oficio O-746-10-TAA del 02 de septiembre del 2010. (Folios 122, 130 del judicial) Atendiendo a esa solicitud, por oficio DRH-902-2010 del 06 de diciembre del 2010 la Dirección de Recursos Humanos del MINAET da respuesta al oficio 994-10 TAA presentado por el actor y señala, en lo medular: "... 1.-

De acuerdo a lo establecido en los artículos 103 y 104 de la Ley Orgánica del Ambiente No. 7554; el nombramiento de los Jueces Propietarios y Suplentes para el Tribunal Ambiental Administrativo (TAA) es realizado por el Consejo Nacional Ambiental. 2.- En nota O-746-10TAA... Dicho documento no tiene la misma calidad que un acuerdo del Consejo Nacional Ambiental. De acuerdo a lo anteriormente señalado, esta Dirección se ve imposibilitada técnica y legal para proceder a dar trámite a la solicitud. Ahora bien, cabe la posibilidad de un posible pago por recargo de funciones, siempre y cuando se tenga el contenido presupuestario en la partida correspondiente del programa 883. Estudio para el cual deberá usted reformular su planteamiento..." (Folio 135 del principal) En este punto, cabe tener claro que en el hecho quinto del escrito de ampliación de demanda, el actor circunscribe su pedimento sobre las partidas no canceladas por el desempeño como juez por un plazo de 49 días. como juez del TAA. (Folios 158-162 del judicial). A diferencia de otros procesos resueltos por este Tribunal, la designación del accionante como juez para el período que va desde el 03 de septiembre al 05 de octubre del 2010 (ambas fechas), no fue acordada por el Consejo Nacional Ambiental, sino que fue comunicada por oficio O-746-10-TAA del 02 de septiembre del 2010, suscrito por el Presidente del TAA. El Estado señala en cuanto a este punto, el accionante debe presentar la solicitud de recargo de funciones para proceder a resolver sobre ese extremo. Si bien se tiene por acreditado que la petición de pago de diferencias salariales por ocupar el puesto de juez del TAA en el lapso aludido fue declinado por los motivos señalados, cabe indicar, los alegatos del accionante en cuanto a ese particular no estriban en la falta de respuesta a esa petición, sino a la falta de pago de las sumas debidas por haber ocupado ese puesto. Desde esa arista de examen, pese a las deficiencias señaladas en aquel acto, lo cierto del caso es que por un lado, aún existiendo en esa medida una irregularidad en la investidura que le permitió en su momento, el ejercicio de sus funciones como juez del TAA, tal ejercicio funcional se encontraría amparado a la teoría del funcionario de hecho regulada por el ordinal 115 de la Ley No. 6227/78. No considera esta Cámara debido el tratamiento dado a la gestión pues en definitiva, si el tema era de mera denominación formal, a la luz del canon 132 de la citada Ley General de la Administración Pública, en relación a los preceptos 221, 22 y 224 ibídem, lo debido era reconducir el análisis de la solicitud para resolver lo correspondiente a tono con los hechos base de la gestión. Ante la supuesta irregularidad en la investidura, lo cierto del caso es que nada en lo aportado a esta causa pone en duda que el accionante se desempeñó en ese tiempo como juez del TAA, no es este un tema que el Estado ponga en tela de cuestionamiento. Lo cierto del caso es que se ha tenido por acreditado (hecho número 18 del elenco de hecho probados -considerando I-) que el actor se desempeñó como juez del TAA en las siguientes fechas: 9 y 10 de noviembre del 2009, del 03 de septiembre al 05 de octubre del 2010, del 02 al 09 de noviembre del 2010, del 10 al 14 de enero del 2011. Ergo, en ese período, el demandante se desarrolló en un puesto que ostenta una remuneración diversa a la percibida, por lo que a tono con

lo expuesto por el ordinal 116.2 y el 117 de la Ley No. 6227/78, es deber del Estado cancelar al petente por esas labores, de las cuales se benefició. Lo opuesto, estima este cuerpo colegiado, supondría un beneficio injustificado para la Administración accionada y en un perjuicio económico para el funcionario público, quien pese a realizar labores diversas con otro régimen de remuneración, no ha obtenido el pago de esas tareas efectivamente realizadas. El no reconocimiento de esas sumas, o bien, como aquí se pretende, su dilación por la necesidad de presentar otro trámite cuando se daban las condiciones para resolver el tema sustancialmente, implica una contravención a lo estatuido por los artículos 11, 33, 41, 56 y 57 de la Constitución Política; y a los principios de dignidad humana, protector en materia laboral, e intangibilidad del patrimonio. En razón de lo anterior y dada la designación que para el ejercicio del cargo de juez del TAA recibió el accionante en los períodos siguientes: 9 y 10 de noviembre del 2009, del 03 de septiembre al 05 de octubre del 2010, del 02 al 09 de noviembre del 2010 y del 10 al 14 de enero del 2011, debe acogerse ese extremo petitorio, a fin de reconocer las diferencias salariales por esos días. En consecuencia, debe ordenarse al accionado a cancelar a favor del actor las diferencias salariales y demás extremos laborales dejados de percibir, durante el período comprendido entre las siguientes fechas: 9 y 10 de noviembre del 2009, del 03 de septiembre al 05 de octubre del 2010, del 02 al 09 de noviembre del 2010 y del 10 al 14 de enero del 2011, lapso en que fue nombrado o para ocupar a tiempo completo el puesto de Juez Propietario del Tribunal Ambiental Administrativo. Para tales efectos, dichas partidas deberán calcularse en fase de ejecución, sobre la base de la diferencia que se produzca entre el salario pagado al actor en esos períodos (sin considerar la homologación pretendida) y el que le hubiere correspondido como juez del TAA, en esos mismos períodos, según las normas salariales vigentes en esas fechas. Por petición expresa de parte, sobre dicha suma debe reconocerse el pago de los intereses legales sobre la obligación principal indicada, que se calcularán con base en la tasa pasiva de intereses de los certificados a seis meses plazo del Banco Nacional de Costa Rica, según la moneda que se trate, conforme lo dispone el artículo 1163 del Código Civil. Dichos réditos deberán ser concedidos desde la fecha en que cada pago era pertinente y hasta su efectivo pago. Tal reconocimiento de intereses supone, de manera indirecta el ajuste del valor económico de los montos otorgados para los efectos del artículo 123 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Tanto el principal, adeudado como sus réditos deberán ser calculados y liquidados en la fase de ejecución de sentencia ante este mismo Tribunal. Ahora bien, dada la negativa de la Administración en el reconocimiento de las diferencias salariales aludidas, es claro para este Tribunal, tal desidia supone una afectación en la esfera interna del petente, siendo que pese a realizar un trabajo propio de un cargo cuya remuneración es superior a su salario usual por la plaza que ocupa en propiedad, no obtuvo dichos ingresos. La realización de esas tareas por un régimen retributivo inferior, supone, a juicio de esta Cámara, a no dudar, una lesión anímica constitutiva de un daño moral subjetivo que es menester

reparar, máxime cuando se trata de ingresos salariales, que en la normalidad de los casos, constituyen la fuente principal de ingresos del funcionario público. Desde ese plano, por este concepto, atendiendo a las reglas de la proporcionalidad y razonabilidad, estima este Tribunal, lo debido es conceder una indemnización de ¢250.000.0 (doscientos cincuenta mil colones).

4. Limitaciones a la Potestad Reglamentaria de la Administración Pública

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]^{vi}
Voto de mayoría

“II) SOBRE EL FONDO: II.1) SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y DE EFICACIA DEL REGLAMENTO: Por Reglamento debe entenderse “ toda disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración pública y con valor subordinada a la ley (...) por su procedencia son *actos administrativos* sometidos al principio de legalidad y susceptibles, en su caso, de ser fiscalizados por la jurisdicción contencioso-administrativa; por su contenido son normas de Derecho objetivo (norma agendi), por lo que, según la conocida expresión de Hauriou, vienen a integrarse en el llamado “bloque de la legalidad” que se impone a la propia Administración en su actuación concreta ” (Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I, parte general. Duodécima edición. Editorial Tecnos. Madrid, España, 1994. Página 239). El acto administrativo del reglamento es el producto del ejercicio de la potestad reglamentaria y los dicta el Poder Ejecutivo y los entes descentralizados (ordinales 121 inciso 22, 140 incisos 3 y 18 constitucional y los artículos 6 y 121 de la Ley General de la Administración Pública), “la cual radica en el poder que emana de la Constitución o la ley por cuya virtud las administraciones públicas pueden dictar normas con eficacia jurídica inferior a la ley. ” (Jinesta Lobo Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Primera edición. San José, Costa Rica. 2007. Página 242). Tenemos reglamentos ejecutivos (ejecutar la ley), reglamentos de autónomos de organización (organización administrativa interna y distribución de competencias de los órganos del ente, ordinal 59 de la Ley General de la Administración Pública) y autónomos de servicio (servicio público prestado y régimen estatutario con sus funcionarios, artículo 103 de la Ley General de la Administración Pública). De conformidad con la jerarquía normativa, el reglamento se encuentra supeditado a la ley, debiendo adecuarse a lo establecido en ella, no pudiendo transgredir su contenido, ni contemplar supuestos no regulados legalmente, limitándose a normar su aplicación. “ El objeto del reglamento es el permitido o habilitado expresamente por la ley (...) dentro del margen de los presupuestos y condiciones que ella fija ” (Jinesta Lobo Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Primera edición. San José, Costa Rica. 2007. Página 244 y 252). Por ello, “ el Reglamento no puede nada por sí mismo, pero si puede complementar a la ley, colaborar con ésta si ésta le habilita de manera formal para ello ” (Eduardo

García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Curso de derecho administrativo I. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España. 1984. Página 242). Sobre la primacía de la ley o dependencia del reglamento respecto a ella, se ha dicho que existe la “ prohibición dirigida a los titulares de la potestad reglamentaria de dictar reglamento de contenido o sentido contrario a las leyes, prohibición sancionada con la invalidez de los reglamentos que desconozcan esta interdicción ” (Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de derecho administrativo general. Editorial Iustel. Tomo I. Primera edición. 2004. España. Página 342). Por su naturaleza, la vía reglamentaria, independientemente de que sea ejercida por la Administración Pública central o descentralizada, o se trate de reglamentos ejecutivos o reglamentos autónomos de organización o de servicio, no pueden regular las materias reservadas a la ley, limitar, restringir o suprimir el ejercicio de libertades públicas o derechos fundamentales (ordinal 19 de la Ley General de la Administración Pública), crear delitos y penas, imponer multas, exacciones, multas, tasas y cargas similares (numeral 124 de la Ley General de la Administración Pública), incrementar las restricciones establecidas o crear las no establecidas por ley, establecer caducidades o prescripciones para el ejercicio de derechos no contempladas en la ley, modificar o eliminar situaciones jurídicas consolidadas o derechos patrimoniales adquiridos válidamente al amparo de una normativa derogada, quebrantar la ley, crear obligaciones, deberes o requisitos nuevos o suprimir derechos contenidos en la ley objeto de ejecución, utilizar potestades de imperio frente al administrado (artículo 103 de la Ley General de la Administración Pública), establecer potestades de imperio que afecten al particular extraño a la relación de servicio (ordinal 12 de la Ley General de la Administración Pública). De esta forma, como límite negativo a la potestad reglamentaria tenemos que “ no puede violar la ley, prohibiendo lo que ésta permite o impone, o permitiendo lo que ésta prohíbe. Esto significa, además, que el reglamento no puede: i) complicar los modos de adquisición de los derechos cuyos supuestos se hallan precisamente regulados por la ley; ii) suprimir el todo o parte del contenido de un derecho creado por la ley; iii) imponer deberes que la ley no impone, o aumentar el número de obligaciones o sujeciones que los deberes legales contienen; iv) complicar los modos de nacimientos de esos deberes agregando nuevos requisitos que la ley no contiene, cuando ésta regula precisamente los supuestos para su existencia ” (Ortiz Ortiz Eduardo. Tesis de derecho administrativo. Tomo I. Primera edición. Editorial Stradtman, S. A. San José, Costa Rica. Año 1998. Páginas 249 y 250). En abono a lo expuesto, se ha dicho también, que tiene como límites en relación al principio de reserva legal, que no puede “ imponer penas (...) establecer prestaciones personales obligatorias (...) derogar ni modificar el contenido de leyes formales (...) limitar derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas de los particulares (...) respetar derechos adquiridos (...) ” (Fernando Garrido Falla. Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I, parte general. Duodécima edición. Editorial Tecnos. Madrid, España, 1994. Páginas 245 y 246). Por consiguiente, debe adecuarse al principio “*secundum legem*,

puesto que la desarrolla, complementa y ejecuta, dentro de los parámetros y límites fijados por la propia ley” (Jinesta Lobo Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Primera edición. San José, Costa Rica. 2007. Página 251).

5. El Principio de Reserva de Ley y el Reajuste del Precio en la Contratación Administrativa

[Tribunal Contencioso, Administrativo, Sección VI]^{vii}
Voto de mayoría

“III. Sobre el derecho al equilibrio económico. Sobre el primer aspecto, es menester realizar una breve referencia al tema del reajuste de precios como derechos que se erige en el contrato administrativo. El ordenamiento jurídico de la contratación administrativa confiere al adjudicatario o contratista un derecho al equilibrio económico del contrato. Se trata de un derecho que deriva de la máxima constitucional de la intangibilidad patrimonial (ordinales 33, 45 y 50 de la Carta Magna) y que tiene por norte mantener la equidad en la distribución de las cargas contractuales, específicamente en el tema del área económica y financiera del contrato, procurando que el operador mantenga el nivel de rentabilidad que inicialmente fue pactado o al menos, persistan las condiciones económicas normales. Este equilibrio permite otorgar al contratista la utilidad justa por la prestación de un servicio, el desarrollo de una obra o en general, el cumplimiento del objeto que le ha sido contratado. Este nivel de sanidad financiera y equidad económica es determinante para la ejecución debida de la actividad pactada, tanto si la ejecución es instantánea, como si es sucesiva. En el primer caso, las condiciones económicas originariamente pactadas deben ser equitativas al momento de la ejecución contractual, considerando las variaciones que se haya podido producir desde la fecha de la propuesta y la orden de inicio o ejecución, siempre que se tratare de aspectos que no puedan considerarse parte de los riesgos que ha de asumir el contratista, bajo la teoría del riesgo contractual. Por su parte, en los de ejecución sucesiva, el mantenimiento del equilibrio financiero posibilita afrontar los costos asociados y mantener la rentabilidad pactada. El desequilibrio en la estructura de precios de un contrato público supone un detrimento en la esfera patrimonial del contratista con el correlativo beneficio sin causa legítima de la Administración concedente o licitante, al estar frente a actividades cuya remuneración se encuentra por debajo del equilibrio financiero debido. Por el contrario, el reajuste de precios a un nivel cuantitativo superior al justo, llevaría a un enriquecimiento injustificado en la esfera del contratista y en mengua del interés público, al cancelarse un precio superior al que permite la utilidad acordada. De ahí que un justo equilibrio permite el desarrollo de la actividad para beneficio del destinatario y el cumplimiento armónico de los deberes asumidos en la contratación. A fin de cuentas, el ajuste de precios, cuando corresponda, es una

manifestación del deber de cumplir con lo pactado (canon 15 de la Ley de Contratación Administrativa), ergo, se trata de un deber de la Administración, que no de una facultad, sea, en tanto se presenten las condiciones que justifiquen el reajuste, la Administración está obligada a disponer el aumento para mantener las condiciones convenidas originalmente y así satisfacer un derecho que la misma legislación otorga al contratista. Como derivado de ello, trata de un derecho que se debe entender como parte del derecho de obtener la retribución pactada. Ese derecho se encuentra regulado en el precepto 18 de la citada Ley de Contratación Administrativa que en lo relevante señala:

"Artículo 18. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato. *Salvo cuando se estipulen, expresamente, parámetros distintos en los términos del cartel respectivo, en los contratos de obra, servicios y suministros, con personas o empresas de la industria de la construcción, la Administración reajustará los precios, aumentándolos o disminuyéndolos, cuando varíen los costos, directos o indirectos, estrictamente relacionados con la obra, el servicio o el suministro, mediante la aplicación de ecuaciones matemáticas basadas en los índices oficiales de precios y costos, elaborados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio. (...)*" En el contexto actual, se ve desarrollado además en el numeral 31 del Reglamento de dicha ley. Como se observa, el legislador partió del derecho primario del reajuste de precios como forma de mantener un equilibrio financiero en el contrato. Para tales efectos, bien pueden establecerse en el cartel respectivo o en el mismo contrato, formas de adecuación económica distintas, sea actualización económica del contrato, mediante mecanismos convenidos entre las partes, siempre guardando sujeción a las reglas ya fijadas. Empero, ese equilibrio económico ha de ser garantizado ante la concurrencia de diversas causas que produzcan una alteración en el orden del contrato. Por ello, la Administración contratante debe asegurar esta armonía cuando el efecto de inestabilidad se origine como derivación de modificaciones que haya dispuesto en el régimen del contrato o decisiones que le incidan de manera directa o indirecta, como sería el caso de las modificaciones unilaterales, lo que constituye el denominado *ius variandi*. Pero además, debe resguardarse frente a actos de otras Administraciones que incidan en la ejecución contractual (teoría del hecho del príncipe) o bien, cuando surjan causas imprevisibles que tornen insostenible desde el plano financiero el contrato (teoría de la imprevisibilidad). Desde luego que no estarían sujetas a ser consideradas como fuentes del reajuste de precios aquellas situaciones que sean inherentes al riesgo o ventura propias de la actividad contratada, las que en términos normales deben ser toleradas por el contratista al formar parte del álea consustancial a toda actividad de susceptible explotación económica. En esa dimensión, las variaciones originadas en circunstancias previsibles al momento de plantear la propuesta económica, en principio, no están cubiertas dentro de la necesidad de reajuste. Sobre el contenido de la teoría del reajuste de precios, la Sala Constitucional

ha tenido la oportunidad de emitir fallos relevantes que hacen un exhaustivo desarrollo sobre el tema. Entre muchos, en el voto 6432-1998 de las 10 horas 30 minutos del 4 de septiembre de 1998 indicó: *"El reajuste del precio del contrato se identifica con el principio de la revisión del mismo, para atemperarlo a la realidad económica del momento, lo que se hace por tres medios distintos que reconocen tanto la doctrina del Derecho Público como la que informa nuestro sistema jurídico: la cláusula rebus sic stantibus, la teoría de la imprevisión y la teoría del enriquecimiento injusto. Los tres medios tienen como fin introducir en la relación contractual una nota de equidad, que pueda conservar la armonía de los intereses contrapuestos de las partes contratantes, a la vez que mantiene la equivalencia de las prestaciones comprometidas y la igualdad ante los riesgos. La más calificada doctrina sobre contratación administrativa, es conteste en afirmar que el reconocimiento de las variaciones de precios no es una potestad del Estado sino una obligación, puesto que la incidencia de los mayores costos es de orden público, como lo es todo lo atinente al reconocimiento de las consecuencias derivadas de la teoría de la imprevisión.(...) En síntesis, los reajustes de precios no constituyen una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino, más bien, un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino, es decir, es el pago integral del precio, para que no exista, ni perjuicio para el contratista, ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado."*

IV. Como se ha señalado, el tema de reajuste de precios se ha desarrollado en el numeral 31 del Decreto Ejecutivo No. 33411-H, norma que en su tenor literal señala: **"Artículo 31. Reajustes o revisiones del precio.** *Las partes tendrán derecho al reajuste o revisión del precio siempre que se acredite la variación de los respectivos costos, conforme las reglas existentes. El derecho a reajuste o revisión de los precios rige desde la presentación de la oferta y podrá ser solicitado una vez que dé inicio la ejecución contractual. / Las partes estarán obligadas a fundamentar su gestión y a aportar las pruebas en que sustenten su dicho, tomando en cuenta las regulaciones específicas de la materia. / Las gestiones por este concepto prescriben en cinco años, a partir de que existe la posibilidad de interponer acciones cobratorias en relación con la variación de costos que se demande. Dicha prescripción se interrumpe con la presentación de la gestión."*

Varios aspectos relevantes pueden colegirse de ese tratamiento normativo. **Vigencia y prescripción del derecho.** Por un lado, el tema de la vigencia del derecho a requerir el reajuste de precios. Sobre este aspecto, la norma es clara que el derecho nace con la presentación de la oferta. Empero, es un derecho que solo puede ejercitarse con el inicio de la ejecución contractual, lo que resulta lógico si se considera que la distorsión entre los costos de realización de la obra o prestación del servicio solo puede darse si se lleva a cabo la ejecución. En esa línea, en el curso de la ejecución contractual y hasta

culminado el contrato, pervive el derecho del contratista de petitionar el reajuste de precios. En esa misma temática, la normativa dispone un plazo prescriptivo de cinco años para el ejercicio de ese derecho. Este plazo se computa desde el momento en que objetivamente el contratista se encuentre en posibilidad de interponer las acciones de reajuste por la variación de los costos. Desde luego que este aspecto es por demás casuístico, pues en cada contrato y frente a cada circunstancia fáctica ha de establecerse si el contratista estaba en posibilidad previamente de conocer las distorsiones financieras. En este aparte cabe destacar, la culminación del contrato por tesis de principio hace fenecer el derecho de reajuste de precios, empero, cuando las causas de desequilibrio financiero sean previas a esa culminación, es claro que opera el plazo de los cinco años aludido, siendo viable en esos escenarios, el reconocimiento del derecho de reajuste de precios, aún cuando el contrato ya hubiere fenecido por su ejecución total. Lo opuesto implicaría la negación del derecho de reajuste por la terminación del contrato, en desmedro de ese derecho en cuestión, aún cuando las causas de distorsión fueren previas. No obstante, cuando entre las partes se suscribe un finiquito en virtud del cual las partes se dan por satisfechas en el contrato y por liquidada la situación financiera, ese pacto supone la conformidad de las partes en cuanto a la ejecución del contrato, lo que incluye el aspecto económico. Con todo, ese finiquito no imposibilita reclamos ulteriores por vicios ocultos o aspectos desconocidos, reclamos contractuales que se encontrarían sujetos al ámbito de aplicación del numeral 35 de la Ley de Contratación Administrativa. Cabe destacar, el establecimiento vía reglamentaria de un plazo de prescripción negativa de cinco años no supone en modo alguno un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria ni infracción a la máxima de interdicción de la arbitrariedad de ese poder público, en tanto, el numeral 35 de la Ley de Contratación Administrativa establece que el derecho de reclamar daños y perjuicios en los contratos administrativos precluye en el citado plazo quinquenal. Si bien esa norma no refiere de manera directa a la situación del derecho de petitionar el reajuste de precios, la necesaria integración del ordenamiento jurídico público (artículo 9 LGAP) exige llenar esa aparente laguna con las normas existentes, acudiendo en primera instancia a las fuentes escritas y no escritas del ordenamiento jurídico público. Desde esa óptica de análisis, no es viable acudir a la regla civilista de prescripción ordinaria, sea, canon 868 del Código Civil, cuando en las fuentes escritas del derecho público existe normativa que regula la figura de la prescripción extintiva. Por demás, no es atinente el uso del plazo cuatrienal que regula la Ley No. 6227/78 en su mandato 198 siendo que esa norma regula una responsabilidad extracontractual, cuando el tema que acá se debate es propio de un asunto contractual. De ese modo, la regla más próxima es precisamente el canon 35 de la Ley de Contratación Administrativa. Incluso, puede entenderse que la negación del derecho de reajuste de precios por distorsión financiera se traduce en un daño y/o perjuicio económico en el marco de la situación jurídica del contratista, por lo que la aplicación de esa regla de prescripción de cinco años se ajusta a los principios

hermeneúticos que han de imperar en estas lides en orden a lo que señala el canon 10 de la Ley No. 6227 y el artículo 10 del Código Civil. De ese modo, el reglamento toma una regla legal, por lo que, no existe infracción jurídica en cuanto a ese aspecto. No merece explicación el tema del efecto interruptor que produce la presentación de la gestión, por la claridad de ese tratamiento. Resta señalar no obstante, el efecto aludido se mantiene por todo el curso del procedimiento administrativo que se establezca para determinar si procede o no el reajuste. **Deber de acreditación de variación financiera.** Por otro lado, la norma reglamentaria impone la exigencia de acreditación de la variación de costos que sirven de base a la petición de reajuste de precios. Se trata de una exigencia fundamental que ha de ser satisfecha por el reclamante, lo que le impone, solamente argumentar las variaciones de costos, sino además, acreditarlas con los elementos de convicción pertinentes, por lo que en tesis de principio, la carga de la prueba corre a cargo del petente, sin perjuicio del tratamiento en el caso concreto de la máxima de la carga dinámica de la prueba -que impone el deber probatorio en la parte que se encuentre en mayor posibilidad objetiva de acreditar-. Así, en la gestión el contratista debe acreditar la variación sustancial de costos. Cabe señalar, para ello deberá tomar en cuenta las regulaciones específicas de la materia, v.gr., las que imponga la misma Administración atendiendo a la tipología del objeto contractual, como podría ser el caso de los contratos de obra pública, en la que la estructura financiera merece tratamiento particular.

V. Sobre el reajuste de precios en los contratos de obra. Sobre el caso concreto de peticiones de reajuste de precios en los contratos de obra pública, el Decreto Ejecutivo No. 33114-MEIC del 16 de marzo del 2006, publicado en La Gaceta No. 94 del 17 de mayo del 2006, denominado "Reglamento para el Reajuste de Precios en los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento", establece reglas concretas para el tema de interés en esta causa. Sobre esas solicitudes, el numeral 4 señala en lo que viene relevante al caso: "*Artículo 4.-*

Principios generales. Los reajustes de precios se determinarán según los siguientes principios generales: 1. Corresponderá a la Administración Contratante analizar y resolver cada una de las solicitudes de reajuste de precios de cada contrato. 2. La Administración Contratante reajustará los precios del contrato, cuando varíen los costos directos o indirectos del contrato, con base en el programa de trabajo vigente (ruta crítica). 3. El derecho a que se reajusten los precios del contrato, surge a partir de la fecha de presentación de las ofertas. Los cálculos de los reajustes para todo contrato se hacen con base en los índices de precios de la fecha de presentación de las ofertas y los índices de precios correspondientes al mes de la facturación conforme al programa de trabajo vigente. 4. Los reajustes se calcularán sobre el total de la facturación correspondiente al último día hábil de cada mes calendario de avance de la contratación, con base en los programas de trabajo vigentes. Dicha previsión debe realizarse desde el cartel de la contratación. 5. El derecho a solicitar el reajuste de

precios termina con el finiquito contractual. La finalización de la obligación o contrato se formalizará mediante el documento del finiquito contractual y de reajustes del contrato que deberán suscribir las partes. En caso de no formalizarse el respectivo finiquito, el derecho de reclamar el reajuste prescribe en 5 años, conforme al artículo 35 de la Ley de Contratación Administrativa. (...)" Como se observa, en lo medular sigue el tratamiento que sobre el tema, este Tribunal ha expuesto en los apartes previos. Sin embargo, el accionante reprocha la validez del aparte quinto de esa normativa, por los motivos arriba señalados. Este cuerpo colegiado respeta las alegaciones del demandante, empero, luego de un análisis de fondo del tema debatido, no las comparte y por el contrario, considera que la norma en cuestión, en lo que es objeto de debate, se ajusta a legalidad. En efecto, el inciso quinto dispone en lo sustancial que el derecho de peticionar el reajuste de precios fenece con la suscripción del finiquito contractual y ante la ausencia de éste, en el plazo de cinco años que fija tanto el canon 35 de la Ley No. 7494 como el 31 del Decreto Ejecutivo 33411-H Reglamento de la Contratación Administrativa. La debida comprensión de los alcances de esa norma exigen la referencia a lo que ha de entenderse por finiquito contractual en los contratos de obra pública. En esa línea, el numeral 3 aparte 21 del Decreto 33114-MEIC señala lo que de seguido se expone: "**Finiquito Contractual:** Documento mediante el cual las partes acuerdan finalizar las obligaciones derivadas del contrato establecido entre ellas. Dicha finalización procederá una vez completada la liquidación financiera del contrato respectivo. Con el finiquito se extinguen las obligaciones y la posibilidad de formular reclamos por las partes, salvo lo indicado por vicios ocultos que el plazo de prescripción es de 10 años."

La norma en cuestión establece que el finiquito constituye la manifestación de las partes de culminar las obligaciones recíprocas que son propias de todo ligamen contractual, finiquito que solo es viable cuando se haya completado la liquidación financiera del contrato. Esta liquidación financiera supone por tesis de inicio, la satisfacción de las obligaciones de carácter económico derivadas del convenio, dentro de ellas, claro está, el pago del precio del contrato, como derecho primario del contratista. Es evidente que el pago del precio pactado se realiza previo aporte de facturas por parte del contratista y usualmente, con la existencia de informes de inspección de parte de la Administración que hagan ver el cumplimiento de los deberes del contratista. De ahí entonces que con la firma del finiquito, las partes se dan por satisfechas en la ejecución del contrato, excepción hecha de los vicios ocultos, por razones más que evidentes, siendo que al momento de culminar el contrato y dar por extintas las obligaciones, ese tipo de aspectos, por su propia naturaleza, son desconocidos por las partes. Ahora bien, al momento de darse el finiquito, se insiste, el contratista ha aportado las facturas y desglose para liquidar el contrato, por lo que si considera que en el curso de la ejecución se han dado desequilibrios en su balanza económica, su derecho puede ser ejercitado mediante el reclamo respectivo, lo que

implica, no presentará la factura final sin la advertencia de que se han provocado alteraciones financieras. Ergo, con la firma del finiquito, sin hacer las respectivas reservas, se entienden por extintas las obligaciones contractuales, con las salvedades expuestas, por ende, la formulación de solicitudes de reajuste de precios una vez finiquitado el contrato, son improcedentes. Así en efecto lo dispone la norma cuestionada, en lo que no se desprende incorrección alguna. Ese tratamiento no presenta los vicios que alega el accionante. Ello en encuentra plena armonía en lo regulado por el artículo 61 de la Ley de Contratación Administrativa en cuanto regula el tema del recibo de la obra y los mandatos 151 y 152 del Decreto No. 33411-H.

VI. Por un lado, es claro que el derecho de reajuste de precios ostenta la categoría de derecho sustantivo del contratista. Ya se ha indicado en este fallo esa relevancia y es un tema en el que el Estado no ofrece objeción alguna. Sin embargo, ello no supone las vulneraciones acusadas. En primer término, efectivamente el numeral 19 de la Ley General de la Administración Pública señala que la regulación de los derechos fundamentales es materia de reserva de ley. Así lo ha dispuesto la Sala Constitucional, entre muchos, en el voto 6432-98, fallo en el que, señaló de manera diáfana que los reglamentos no pueden establecer ningún tipo de limitaciones en esta materia, por lo que lo único que pueden establecer son mecanismos o procedimientos para realizar los respectivos cálculos. El tratamiento sobre el tema es amplio en ese precedente, cuya transcripción deviene en innecesaria y se remite a la dicha sentencia. No obstante, el tema del reajuste de precios no encuentra regulación exclusiva en el citado reglamento, sino que como se ha desarrollado en apartes previos de este fallo, tiene base legal en el canon 18 de la Ley de Contratación Administrativa. En ese precepto, se fija que el Reglamento de contratación administrativa desarrollará los criterios técnicos que permitan garantizar la determinación objetiva del reajuste o revisión de precios. Como se ha señalado, el canon 31 del Decreto No. 33411-H trata el tema en cuestión. Pero además, en el caso concreto de los contratos de obra pública, el desarrollo previsto por la ley es precisamente el canon 4 del Decreto No. 33114-MEIC. Esas normas, a diferencia de lo argüido por el actor, tienen base legal suficiente. En cuanto al finiquito, como se ha señalado ya, el numeral 61 de la Ley de Contratación Administrativa dispone la suscripción de un finiquito para la liquidación financiera del contrato y recepción de la obra, en cuanto señala: "*... El recibo de la obra se acreditará en un acta firmada por el responsable de la Administración y el contratista, en la cual se consignarán todas las circunstancias pertinentes. (...)*" Ya se ha señalado que ese finiquito extingue las obligaciones suscritas entre las partes, con la salvedad del tema de la garantía o bien de los vicios ocultos. De ese modo, la reglamentación cuestionada lo que hace establecer los mismos parámetros de aplicación que ya de antemano han sido fijados por una fuente legal, razón por la cual, no se trata de una regulación *extra legem*, sino de una que se emite dentro del ámbito de proyección de la ley, sea *secundum legem*, por lo que no se produce la vulneración que acusa el accionante en

cuanto a la fuente de creación del finiquito como límite para el ejercicio del reclamo de ajuste de distorsiones de costos. Esta postura encuentra sustento además en la jurisprudencia misma de la Sala Constitucional. A modo de referencia, el precitado voto 6432-98, citando el fallo 7261-1994, sobre el tema de prescripción del derecho de reajuste de precios, ese alto Tribunal Constitucional señaló en lo relevante a este caso: *"... En síntesis, los reajustes de precios no constituyen una indemnización que reconoce el Estado voluntariamente y paga al contratista, sino, más bien, un mecanismo jurídico de restitución del valor real de la obligación, de la restitución del equilibrio financiero del contrato, de manera que se pague lo que previamente se convino, es decir, es el pago integral del precio, para que no exista, ni perjuicio para el contratista, ni un enriquecimiento indebido de parte del Estado. Ahora bien, si como lo afirman la Contraloría General de la República, el propio Ministerio de Obras Públicas y Transportes y la jurisprudencia de esta Sala, los reajustes son parte integral del precio e irrenunciables por anticipado, a falta de una norma legal expresa, que evidentemente para el caso concreto no existe, nos lleva a la conclusión que el derecho de reclamar y obtener el pago integral del precio de un contrato, incluyendo los reajustes, prescribe, por razones de seguridad jurídica, en los términos que se señalan en el artículo 868 del Código Civil, es decir, en diez años, **salvo que las partes hubieran puesto punto final a los derechos y obligaciones derivados del contrato, mediante la firma de liquidación y finiquito del mismo.** (...)"* -el resaltado es propio- La anterior cita no prejuzga en cuanto al plazo prescriptivo aplicable pues en reforma ulterior, se incorporó el numeral 35 de la Ley No. 7494 que fija un lapso diverso como adelante se verá. La posibilidad de establecer reclamos por reajuste de precios luego de haber signado un finiquito contractual y haberse pagado el precio del contrato, mediante el aporte de facturas por parte del contratista para esos efectos, atentaría contra la certeza y seguridad jurídica que las mismas normas que regulan ese tópico imposibilitan. Por otro lado, tampoco se evidencia esa incorrección en cuanto al plazo de prescripción quinquenal que estatuye la norma cuestionada. Como se ha señalado, el numeral 35 de la Ley de Contratación Administrativa establece dicho plazo para el fenecimiento del derecho de reclamar la indemnización por concepto de daños y perjuicios que puedan surgir dentro de las relaciones contractuales. Este plazo se extiende a diez años tratándose de vicios ocultos en obra pública. En este punto, se remite a lo ya explicitado en cuanto a la posibilidad de utilizar esa regulación en este tema en particular, por el principio de integración del ordenamiento público que se sustenta en el canon 9 de la Ley No. 6227/78. Se trata por ende de un plazo prescriptivo que encuentra sustento en el mismo marco de la Ley de Contratación Administrativa, por lo que la mención que se hace sobre ese límite temporal en el artículo 4 del Decreto No. 33114-MEIC, no resulta violatorio al régimen fundamental del accionante. Por demás, aún de reprochar esa norma, lo cierto del caso es que ese mismo plazo viene establecido por el mandato 31 del Decreto No. 33411-H, Reglamento de la Contratación Administrativa, norma que no ha sido cuestionada, de modo que las alegaciones formuladas, deben ser

rechazadas. Si el actor considera que el tratamiento que hace la Ley No. 7494 sobre el tema en cuestión atenta contra sus derechos fundamentales, se trata de un debate que escapa a las competencias de esta jurisdicción, dado el objeto que le fija el numeral 49 de la Carta Magna y en razón del modelo concentrado de declaratoria de inconstitucionalidad de las normas legales que impone el precepto 10 ejusdem. De ese modo, en suma, debe disponerse el rechazo de la pretensión anulatoria y con ello, la improcedencia de la demanda en cuanto al Estado se refiere.

VII. Sobre la pretensión de pago de reajustes. En su pretensión inicial, el accionante solicita la cancelación de un monto de €1.559.209.15 (un millón quinientos cincuenta y nueve mil doscientos nueve colones con quince céntimos) por concepto de reajuste de precios en la contratación directa 01-2006 entablada con la Junta de Educación accionada, que alega, no ha sido contestada. En este proceso aporta copia de las solicitudes planteadas. Valorado por el fondo el alegato del accionante, se estima, no lleva razón. En efecto, del análisis previo se ha establecido que a tono con el inciso 5) del artículo 4 del Decreto No. 33114-MEIC y del numeral 61 de la Ley de Contratación Administrativa, una vez firmado el finiquito en los contratos de obra pública, sin que se haya establecido reserva alguna, fenece la posibilidad de requerir reajustes de precios. Se ha señalado que esas normas no incorporan invalidez alguna que deba ser declarada en esta causa. Ahora bien, del análisis fáctico realizado en este expediente, esta Cámara ha tenido por acreditado, en fecha 27 de abril del 2007, las partes contratantes suscribieron finiquito provisional del contrato. El finiquito final y definitivo de la obra fue firmado por las partes contratantes en fecha 11 de mayo del 2007, según se puede observar a folios 223-225, 226-228 del expediente administrativo de la contratación. Con ese acto, se insiste, las partes dan por fenecido el contrato y por extintas las obligaciones mutuas que dimanen de ese convenio. No obstante, luego de la suscripción del finiquito, la Junta de Educación de la Escuela Cristóbal Colón, informa a la empresa P.Z.S.A., de varias deficiencias en el funcionamiento de las obras construídas. (Folios 199-209 del administrativo de la contratación) En fecha 29 de octubre del 2007 el accionante solicitó a la Junta de Educación de la Escuela Cristóbal Colón formal reajuste de precios en el contrato ejecutado, gestión que fuese reiterada en escritos de fechas 15 de noviembre y 18 de diciembre de ese mismo año. En primera instancia, cabe llamar la atención a la Junta de Educación accionada en cuanto a su deber de dar pronta respuesta a las gestiones que le sean formuladas dentro de las relaciones de contratación administrativa que entable, como derivación del deber de tramitación que subyace en esta materia, así como del principio de eficiencia administrativa. Si bien se ha tenido por probado, la Junta de Educación accionada no ha dado formal respuesta a esas peticiones, lo cierto del caso es que a nada llevaría ordenar la resolución de esos reclamos, siendo que en la presente causa, las demandadas han expuesto su criterio en cuanto a la improcedencia de esos reclamos conforme al numeral 4 inciso 5 del Decreto No.

33114-MEIC. La improcedencia de un gestión no es óbice para el descuido del ejercicio de deberes que vienen impuestos por el mismo ordenamiento jurídico y cuya infracción supone incumplimiento de deberes y desatención a la máxima de sometimiento de las administraciones al derecho -principio de legalidad-. Sin embargo, esa inercia en este caso no lleva a la estimación de las pretensiones, siendo que el efecto buscado por el actor es el reconocimiento del pago de lo que considera, es una distorsión de costos que afecta el equilibrio del contrato que entabló con esa Junta Educativa. Lo cierto del caso es que las partes suscribieron un finiquito que daba por culminada la relación contractual y en el cual, la única reserva consignada fue la pervivencia de la responsabilidad del contratista por seis meses más en cuanto a defectos de construcción. Tal convenio, según se ha detallado, lleva al fenecimiento de las obligaciones contractuales, razón por la cual, por las causas dichas, la pretensión bajo examen debe ser rechazada. Si bien el accionante aporta copia de sus gestiones y dentro de éstas, una serie de cálculos sobre lo que considera, constituye el desajuste de razonabilidad y equilibrio financiero, lo cierto del caso es que al haber signado el finiquito, resulta innecesario el análisis de esos elementos documentales, al encontrarse ya liquidada la relación financiera del contrato. Así las cosas, lo debido es disponer el rechazo de la demanda en cuanto a este extremo.”

6. Derechos Fundamentales y el Principio de Reserva de Ley

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{viii}
Voto de mayoría

“IV. Sobre el análisis de la potestad reglamentaria expuesto en el voto no. 1000-F-S1-2010 de la Sala Primera. En vista de que tanto la actora como la parte accionada fundamentan en gran medida su teoría del caso (al contestar la demanda, en la audiencia sobre la réplica y en sus conclusiones) en el voto no. 1000-F-S1-2010 dictado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia a las 9 horas 35 minutos del 26 de agosto de 2010, -del que cada parte menciona su interpretación de dicho fallo-; conviene reseñar en lo fundamental lo que en realidad se analiza en ese voto respecto de la potestad reglamentaria. La Sala conoció un recurso de casación presentado contra la resolución no. 66-2009-VI dictada por la Sección Sexta de este Tribunal a las 16 horas 20 minutos del 20 de enero de 2009. En este voto se analiza con detalle la potestad reglamentaria del CONASSIF y a la vez la clasificación tradicional de los reglamentos, señalándose desde entonces que el reglamento impugnado dimanaba del contenido de una norma de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, o sea como derivación de las potestades de ordenación normativa dadas por ley, lo que denotaba que no se trataba de un reglamento ejecutivo ni autónomo. La Sala Primera como se dijo, al conocer el recurso extraordinario interpuesto, ingresa en el debate entonces planteado y amplía lo apuntado por este Tribunal como se indica de seguido. Como

punto de partida advierte la Sala la existencia de una división tradicional de los reglamentos, en donde se ha establecido que estos se clasifican en dos grandes grupos, a saber, los reglamentos ejecutivos mediante los cuales el Poder Ejecutivo desarrolla los contenidos de una norma legal, donde la potestad reglamentaria viene dada por la Constitución Política, en su numeral 140 incisos 3) y 18), de lo que concluye, se trata de una potestad autónoma, pero además genérica, en tanto puede abarcar la totalidad de la regulación contenida en la ley y no requiere de una habilitación específica en esta, pues ya viene dada de la Carta Magna. Por otra parte, señala la Sala Primera en el voto de cita, se encuentran los reglamentos autónomos, los que pueden emanar de la Administración Central o Descentralizada y cuyo objeto será regular la organización de las dependencias administrativas (si se trata de reglamentos autónomos de organización) o bien, el funcionamiento de los servicios que presta (tratándose de reglamentos de servicio), como derivación de la potestad de auto organización administrativa. En ese marco de división tradicional de los cuerpos reglamentarios, la Sala Primera apunta la necesidad de replantear dicha visión, toda vez que resulta claro y frecuente que el legislador asigne a un ente descentralizado la obligación de reglamentar una ley. Si en líneas precedentes se apuntó que los reglamentos ejecutivos facultan únicamente al Poder Ejecutivo para reglamentar una ley, entonces la pregunta que hace el Órgano Casacional es precisamente ¿cómo se clasifican esos reglamentos que dictan entes públicos descentralizados donde no existe una potestad autónoma y donde tampoco se trata de reglamentos autónomos, pues el propio legislador establece que se deben precisar conceptos de una ley precedente?. En tal sentido, sostiene el voto 1000-F-S1-2010 que el análisis de los reglamentos adquiere contornos propios, pues se está ante reglamentos cuya principal característica es que su ejercicio depende del precepto legal en que se disponga su habilitación, que a la vez constituye el límite competencial para dictar los reglamentos. Se trata entonces, según dijo la Sala de una potestad derivada y específica y como consecuencia del principio de legalidad, en esas normas reglamentarias solo puede desarrollarse lo que el legislador facultó en forma expresa mediante la asignación de una competencia específica. Finalmente, se apuntó en el voto que *"según se colige del marco general expuesto, resulta necesario determinar, en cada caso concreto, si el contenido material de la norma atañe o no al servicio que prestan las superintendencias, o si por el contrario, constituyen normas jurídicas destinadas a regular la actividad de un tercero fuera de la relación jurídica de servicio que los vincula, a efectos de determinar el tipo de reglamento que se trata y por ende, su régimen jurídico"*.

V. Sobre la normativa impugnada y la determinación de su naturaleza: acorde con lo expuesto en el Considerando IV de esta resolución y cuya tesis comparte este Tribunal, resulta necesario analizar la naturaleza del Reglamento del Mercado de Valores a efecto de determinar si lo actuado por el CONASSIF resulta conforme al Ordenamiento

Jurídico aplicable, específicamente en lo que corresponde a los artículos del Reglamento que se pretenden anular, que se reduce al contenido de los artículos 5 y 15 incisos c) y d), los cuales se transcriben para una mejor comprensión del objeto que se analiza. El numeral 5 indica: *"La sociedad de la Bolsa de Valores debe constituirse como sociedad anónima con un mínimo de 5 socios y debe estar inscrita en Costa Rica. Su capital social debe estar representado por acciones comunes y nominativas, suscritas y pagadas en su totalidad. Como socios pueden fungir únicamente los puestos de bolsa autorizados por la misma sociedad de bolsa de valores y todos los puestos de bolsa deben ser socios de la sociedad de la bolsa de valores. Ningún puesto de bolsa puede ser dueño de un porcentaje de acciones superior al 20% del capital social. El pacto social de la sociedad de la bolsa de valores debe establecer el capital que debe tener suscrito y pagado por un nuevo puesto de bolsa, el cual no puede ser superior al capital que tenga el socio puesto de bolsa con la menor participación del capital social. El correspondiente incremento del capital social debe darse en forma obligatoria una vez que el puesto de bolsa haya sido autorizado, a menos que se encuentren suficientes acciones en la tesorería de la sociedad de la bolsa de valores. La autorización de un nuevo puesto de bolsa no puede supeditarse a la existencia de acciones en tesorería de la sociedad de la bolsa de valores. El pacto social de la sociedad de bolsa de valores también debe de establecer la obligación para los puestos de bolsa de vender todas sus acciones en un plazo de tres meses una vez revocada su autorización para operar en la bolsa respectiva. Asimismo debe establecer la venta de acciones en exceso del 20% (veinte por ciento) cuando, por cualquier motivo, la participación de un puesto de bolsa en el capital social de la sociedad de la bolsa de valores supere ese porcentaje. Además debe de establecer que la sociedad de la bolsa de valores debe ofrecer la recompra de las acciones en estos casos a un precio no menor a su precio en libros de la sociedad de la bolsa de valores"*. Por su parte el numeral 15 del mismo Reglamento, de los cuales se pretende la nulidad de los incisos c) y d) únicamente, dice: *"La composición de la Junta Directiva de las sociedades que integran a la bolsa debe cumplir con los siguientes requisitos: a) como máximo puede haber un representante por puesto de bolsa que sea director, gerente, empleado o dueño de más del 2% (dos por ciento) de las acciones del puesto de bolsa que representa o de alguna de las empresas que forma parte del grupo financiero al que pertenece este puesto de bolsa; b) como mínimo debe incluir a dos directores que no formen parte de ninguno de los siguientes grupos: 1. los grupos vinculados al grupo financiero de los puestos de bolsa autorizados o, en el caso de los puestos de bolsa que no pertenezcan a un grupo financiero, a los grupos vinculados a los puestos de bolsa autorizados ni 2. del grupo vinculado a la bolsa. c) El grupo vinculado se debe formar según el "Reglamento sobre el Grupo Vinculado a la Entidad" de la SUGEF, artículos 5, 6 y 8 y el artículo 9, incisos a) al h). Adicionalmente queda vinculada por gestión la persona que brinde o haya brindado en los últimos cuatro años servicios profesionales o de consultoría, entre otros, a la bolsa o al grupo financiero de los puestos de bolsa autorizados o a los mismos puestos de bolsa cuando*

*éstos no pertenezcan a un grupo financiero y d) como mínimo los directores que cumplen con las condiciones del inciso anterior deben representar el 30% (treinta por ciento) de los directores de la Junta Directiva. En primer orden de ideas, se descarta con absoluta claridad que se trate un reglamento ejecutivo, en tanto el órgano que emite esta normativa no es el Poder Ejecutivo, sino el CONASSIF como órgano del Banco Central, basándose en la propuesta de Reglamento presentada por la SUGEVAL. Dicho lo anterior, debe revisarse si se trata de un reglamento autónomo entendiendo que con estos "se puede normar la forma en que la Administración presta el servicio y los parámetros bajo los cuales debe desenvolver su relación prestacional con el usuario, más no una actividad privada" tal y como lo indicó la Sala Primera en el voto referido en el Considerando anterior. En realidad se trata en este orden, de determinar si existe alguna regulación relativa a la organización o servicio de la Superintendencia General de Valores, que es finalmente el órgano que propuso al CONASSIF la aprobación reglamentaria. El primer supuesto también debe quedar descartado toda vez que en el Reglamento de Bolsas de Valores en modo alguno pretende regular la forma de autoorganizarse de la SUGEVAL, ni de los órganos que lo componen, sino que su emisión está orientada a regular una relación a lo externo de aquella. De allí que se insiste, resulta necesario determinar si el contenido material de las normas transcritas supra atañe o no al servicio que presta la SUGEVAL o si están orientadas a regular la actividad de un tercero fuera de la relación jurídica de servicio. Desde este plano, hay que advertir que en la normativa impugnada los destinatarios de la regulación son las bolsas de valores y los puestos de bolsa que la conforman, mismos que no mantienen vínculo con la administración -salvo la supervisión a que están sujetas- ni tampoco actúan por cuenta de esta, como sucede cuando se está ante la prestación de un servicio público, con lo que no se puede concluir que se trata de un reglamento autónomo del servicio. Estima el Tribunal que la normativa legal es clara al establecer la competencia reglamentaria del CONASSIF, donde de modo expreso se indica en el Artículo 171 que "*Son funciones del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero... b) Aprobar las normas atinentes a la autorización, regulación, supervisión, fiscalización y vigilancia que, conforme a la ley, debe ejecutar la Superintendencia...*"*

. Es decir, que existe una habilitación normativa para emitir reglamentos (que no son ejecutivos ni autónomos) pero que como se dijo en el Considerando anterior, tienen contornos especiales, ya que la propia habilitación es la que fija el límite competencial de esa potestad. Es decir, que lo actuado por el CONASSIF debe ser analizado dentro de este tipo singular de reglamentos, a efecto de determinar si en realidad existe un exceso sobre lo dispuesto en la ley.

VI. Sobre la impugnación del numeral 5 del Reglamento de Bolsas de Valores: La parte actora ha reprochado que el CONASSIF estableciera que el pacto social de la sociedad anónima correspondiente a la Bolsa de Valores, deba establecer el

ofrecimiento de recompra de acciones que surjan de los puestos de bolsa que tengan revocada su autorización en un plazo de tres meses y de las acciones que tenga en exceso del 20% del total del capital cualquier puesto de bolsa, ello en un precio no menor a su precio en libros de la Bolsa. De conformidad con lo expuesto en el Considerando anterior, resulta claro que el CONASSIF únicamente puede normar (mediante este tipo singular de reglamento) aquello para lo cual ha sido habilitado por ley, lo que obliga a determinar si la Ley Reguladora del Mercado de Valores le habilitó para ello. Nótese que no se trata de normas generales de la fiscalización y supervisión que ejerce el CONASSIF y la SUGEVAL sino de normas que regulan aspectos tan específicos como la composición accionaria de la Bolsa de Valores y la venta de estas entre sus puestos activos dentro de ciertos plazos y condiciones, por lo que este Tribunal no comparte la tesis de la parte accionada, en tanto sostiene que que la facultad legal para dictar aquella reglamentación deriva del artículo 8 inciso j) de la Ley Reguladora de cita, pues tal articulado está referido a las potestades de la SUGEVAL de adoptar todas las acciones necesarias para el cumplimiento efectivo de las funciones de autorización, regulación, supervisión y fiscalización que le competen. Más aún, sobre el tema de la participación accionaria en la Bolsa por parte de los puestos que la conforman, el porcentaje máximo que cada uno de ellos puede tener en el capital social de ella y la posibilidad de compra de acciones, la Ley de cita delimitó de modo expreso cómo debía ser la participación accionaria de los puestos de bolsa, donde no puede excederse un 20% del capital total de la sociedad en un único puesto. Sin embargo, la Ley no impuso plazos de recompra de acciones para el resto de los puestos de bolsa en caso de que se diera tal exceso, ni tampoco determinó plazos de recompra de acciones respecto de los puestos de bolsa a que les revoque su permiso, ni la imposición de un precio de venta de ellas, aspectos en los que esta Cámara advierte un exceso en el ejercicio de las potestades reglamentarias del CONASSIF, donde se norman supuestos para los que no fue habilitado. Para mayor claridad se transcribe el numeral de comentario del que se puede advertir que en modo alguno señala que la recompra de acciones, en cuanto a precio y plazo, se regularía de modo reglamentario. Así el numeral 27 indica: *"Las bolsas de valores tienen por único objeto facilitar las transacciones con valores, así como ejercer las funciones de autorización, fiscalización y regulación, conferidas por la Ley, sobre los puestos y agentes de bolsa. Se organizarán como sociedades anónimas y deberán ser propiedad de los puestos de bolsa que participen en ellas. Su capital social estará representado por acciones comunes y nominativas, suscritas y pagadas entre los puestos admitidos a la respectiva bolsa. En ningún caso, la participación individual de un puesto de bolsa en el capital podrá exceder del veinte por ciento (20%) del capital total de la sociedad. Cuando se decreten aumentos en el capital social, los puestos de bolsa tendrán derecho a suscribir una participación, en el capital de la sociedad, igual a la que ya poseen. La cantidad de acciones no suscritas de estos aumentos, prioritariamente y de conformidad con el respectivo pacto social, podrán ser suscritas por los restantes puestos en la misma*

proporción que ellos tengan en el capital total. Únicamente después de ejercido el citado derecho de prioridad por cada puesto, los demás podrán incrementar sus suscripciones individuales dentro del límite establecido en el párrafo anterior". Nótese además que en los casos que el legislador estimó necesario el posterior desarrollo reglamentario, esto fue expresamente señalado, verbigracia en los numerales 28 f) relacionado a los requisitos de funcionamiento de las Bolsas, 36 sobre las condiciones de las ofertas públicas de adquisición, entre otros. En todo caso, resulta necesario señalar que conforme lo establece la Ley General de la Administración Pública en su artículo 19, el régimen jurídico de los derechos fundamentales está reservado a la ley, y en el caso concreto, lleva razón la parte actora en tanto sostiene que lo normado por el CONASSIF atenta contra los derechos consagrados en la Carta Magna relativos a la libertad de empresa, propiedad privada, libre competencia y libertad de comercio, toda vez que se impone vía reglamentaria la obligación de vender y comprar dentro de cierto plazo las acciones referidas y en un monto específico. Además, la propia Ley Reguladora del Mercado de Valores estableció en su artículo 171 inciso b), al referirse a la potestad reglamentaria del CONASSIF que "...No podrán fijarse requisitos que restrinjan indebidamente el acceso de los agentes económicos al mercado financiero, limiten la libre competencia ni incluyan condiciones discriminatorias", por lo que en la habilitación conferida por ley también se expresaron prohibiciones en cuanto a la limitación de la operación bursátil, la que el legislador previó en términos de libertad de competencia, por lo que una restricción de precios de acciones o de plazos para venta de estas, resulta una limitante sobre estos, razones todas que conllevan a declarar que el numeral 5 del Reglamento de Bolsas de Valores es sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico aplicable y violenta la habilitación legal conferida en el numeral 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y lo establecido en los numerales 6, 19 y 59 de la Ley General de la Administración Pública, así como los derechos fundamentales de libertad de comercio y empresa. Tampoco podría aceptarse la tesis respecto de la existencia de una relación de sujeción especial (aspecto sobre el cual no se ahondará y del que este Tribunal se ha referido ya entre otros en el voto no. 38-2011 de las 9 horas del 16 de febrero de 2011 así como en el propio fallo 1000-F-S1-2000 de la Sala Primera antes citado) toda vez que no podría alegarse la prevalencia de un derecho en resguardo del supuesto interés público en clara contradicción de lo establecido en el bloque de legalidad, lo que se ha evidenciado en este Considerando. Lo anterior conllevará a anular totalmente el artículo 5 del Reglamento de Bolsas de Valores en cuanto impone a las Bolsas de Valores la obligación de establecer en su pacto social la venta entre sus puestos de bolsa de las acciones que surjan de los puestos a quienes se revoque su autorización o bien de las acciones que tenga en exceso sobre el 20% del capital un único puesto de bolsa en un plazo máximo de tres meses y por un precio no menor al que tengan en los libros de la Bolsa.

VII. Sobre la pretensión de nulidad de los incisos c) y d) ambos del numeral 15 del Reglamento de Bolsas de Valores: La parte actora ha sostenido que existen dos aspectos que vician de nulidad esta normativa. Primero alude la existencia de una contradicción entre el contenido del inciso b) del citado artículo 15 y los incisos c) y d). Además sostiene que vía reglamentaria se impusieron restricciones respecto de la integración de las Juntas Directivas de las Bolsas de Valores que no habían sido previstas por el legislador cuando este definió las limitantes respectivas. Igual que en el Considerando anterior, se transcribe el numeral impugnado para una mayor claridad de lo que se discute. Así se tiene que dicho artículo 15 indica: *"La composición de la Junta Directiva de las sociedades que integran a la bolsa debe cumplir con los siguientes requisitos: a) como máximo puede haber un representante por puesto de bolsa que sea director, gerente, empleado o dueño de más del 2% (dos por ciento) de las acciones del puesto de bolsa que representa o de alguna de las empresas que forma parte del grupo financiero al que pertenece este puesto de bolsa; b) como mínimo debe incluir a dos directores que no formen parte de ninguno de los siguientes grupos: 1. los grupos vinculados al grupo financiero de los puestos de bolsa autorizados o, en el caso de los puestos de bolsa que no pertenezcan a un grupo financiero, a los grupos vinculados a los puestos de bolsa autorizados ni 2. del grupo vinculado a la bolsa.c) El grupo vinculado se debe formar según el "Reglamento sobre el Grupo Vinculado a la Entidad" de la SUGEF, artículos 5, 6 y 8 y el artículo 9, incisos a) al h). Adicionalmente queda vinculada por gestión la persona que brinde o haya brindado en los últimos cuatro años servicios profesionales o de consultoría, entre otros, a la bolsa o al grupo financiero de los puestos de bolsa autorizados o a los mismos puestos de bolsa cuando éstos no pertenezcan a un grupo financiero y d) como mínimo los directores que cumplen con las condiciones del inciso anterior deben representar el 30% (treinta por ciento) de los directores de la Junta Directiva".* Por su parte, el canon 30 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores estableció: *"Cada bolsa de valores dará la administración que más convenga a su objeto social de acuerdo con la Ley. Sin embargo, su organización deberá cumplir con lo siguiente: a) En la junta directiva, no podrá nombrarse más de un miembro que sea a su vez director, gerente, empleado o dueño de más del dos por ciento (2%) de las acciones del mismo puesto de bolsa, ni de ninguna entidad que forme parte del grupo financiero al que dicho puesto pertenezca. b) Deberá nombrar, en su junta directiva, al menos dos directores sin vinculación alguna con puestos de bolsa ni con el grupo financiero de estos puestos. c) Deberá constituir un Comité Disciplinario, integrado por uno de los miembros de la junta directiva mencionados en el inciso anterior, el gerente de la bolsa o la persona que él designe y un abogado independiente de la administración activa de la bolsa. Este Comité será responsable de la aplicación del régimen disciplinario a los puestos y agentes de bolsa, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley".* En este caso aprecia el Tribunal que la Ley Reguladora del Mercado de Valores confiere un amplio margen de libertad a las bolsas de valores en lo que compete a su forma de administrar su objeto

social pero en lo relativo a la organización de estas -que finalmente son sociedades anónimas- le impone el cumplimiento de ciertos parámetros de acatamiento obligatorio. En lo que respecta al inciso b) se establece a nivel legal que dos de los directores de la Junta Directiva no deben tener vinculación alguna con los puestos de bolsa ni con el grupo financiero de esos puestos, sin que de modo alguno se delimite el porcentaje que representen dentro de la Junta Directiva. La parte accionada ha argumentado que el numeral 30 de la Ley de cita contiene como innovación la determinación de aspectos cualitativos en la conformación de la Junta Directiva de las Bolsas de Valores. En su criterio, a ese criterio cualitativo también hay una vertiente cuantitativa que merece reflexión y alega en su defensa que este 30 % no se trata de una simple regla matemática, sino de una regla prudencial, cuyo objetivo es asegurar que los consejeros independientes tengan un peso suficiente en la formación del criterio del Consejo de Administración. Además ha dicho que esta delimitación se ha dado porque es preciso que la Junta tenga capacidad de deliberación y riqueza de puntos de vista, y que en la práctica los consejos numerosos resultan poco propicios para el debate. En realidad como puede notarse, la propia representación de la parte accionada ha reconocido de forma expresa que la Ley Reguladora del Mercado de Valores integra elementos de carácter cualitativo en la conformación de las Juntas de las Bolsas de Valores, más no así en relación a los aspectos cuantitativos en relación con la cantidad total de integrantes de aquellas. A lo dicho debe agregarse que el artículo 15 del Reglamento dispuso en su inciso b) que como mínimo deben haber dos directores sin vinculación con: los grupos vinculados al grupo financiero de los puestos de bolsa autorizados y en el caso de los puestos de bolsa que no pertenezcan a un grupo financiero, a los grupos vinculados a los puestos de bolsa autorizados ni del grupo vinculado a la bolsa. De seguido en el numeral c) se detalla qué se entiende por grupo vinculado y en el inciso d) de ese numeral se indica que como mínimo los directores que cumplen con las condiciones del inciso anterior (es decir, que son del grupo vinculado) debe representar el 30 % de los directores. No cabe duda que la forma confusa con que fue redactado el inciso d) conlleva a pensar que existe una contradicción entre el contenido del inciso b) y el contenido de los incisos c) y d), pues no tendría mayor sentido lógico ni jurídico que se determine un porcentaje mínimo para los directores que no pueden integrar las Juntas Directivas, sea los que estén vinculados a grupos financieros del puesto de bolsa. En todo caso, resulta claro que el legislador señaló un único aspecto cuantitativo y fue el número de integrantes independientes que deben integrar la Junta Directiva, lo que redujo a 2 miembros, mas no determinó qué porcentaje respecto del total representarían esos dos miembros de las Juntas y en tal sentido, aún cuando se corrigiese la redacción de dicho inciso, la que se reitera, resulta contradictoria, se aprecia un exceso en lo actuado por el CONASSIF donde no cabe la justificación de que se norme de esta manera por razones de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, tal y como se ha sostenido en el proceso, toda vez que ciertamente que la imposición de un porcentaje a un grupo de al menos

dos personas, limita la posibilidad de integración de la Junta Directiva. Nótese que la Ley de mencionada cita fue clara en establecer en su artículo 30 que existe la posibilidad de administrar cada bolsa de la forma que más convenga a su objeto, de acuerdo con la ley y estableció limitaciones expresas que no incluyen la adicionada en los incisos c) y d) del artículo 15 reglamentario, motivo por el que estima este Tribunal, deberá declararse la nulidad de los incisos c) y d) del artículo mencionado, que contraviene lo dispuesto en la habilitación legal dada en la Ley Reguladora del Mercado de Valores, numeral 171 y en los artículos 6, 19 y 59 de la Ley General de la Administración Pública.

VIII. Sobre la pretensión relacionada con el contenido que deben tener las normas que se anulan: tal y como se apuntó en el Considerando IV de esta resolución, la potestad reglamentaria puede ser para emitir reglamentos ejecutivos, en cuyo caso es originaria y la ejerce el Poder Ejecutivo, o bien corresponder a la competencia para autoorganizarse que tiene tanto el Poder Ejecutivo como los demás entes descentralizados y que se fijan en la Ley General de la Administración Pública, inciso 2) del artículo 6. Finalmente, se indicó, conforme al planteamiento de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, existen reglamentos que no son emitidos por el Poder Ejecutivo pero que desarrollan una ley por habilitación legal, y en ese tanto se trata de una competencia derivada y específica que tiene un sujeto particular (dispuesto por ley) para reglamentar diversos aspectos. En el caso concreto, como se dijo, la Ley Reguladora del Mercado de Valores expone una habilitación (por su naturaleza, es claro que de carácter legal) para reglamentar ciertos aspectos relacionados con las Bolsas de Valores y los Puestos de Bolsa que la conforman. Dicha potestad le fue conferida precisamente al órgano que emitió la reglamentación que aquí se impugna, es decir el CONASSIF. Conforme al numeral 171 de esa Ley es a la SUGEVAL a quien le corresponde presentar los proyectos (o a la superintendencia que aplique en cada caso particular) ante el CONASSIF y este Órgano es quien los aprueba, claro está dentro del margen que la propia ley les permite accionar. Ello conlleva a concluir de modo inequívoco que es a la Administración dicha y no a la autoridad judicial a quien le compete dictar sus reglamentos conforme a la ley, por lo que la solicitud de que este Tribunal ordene cómo deben dictarse las normas que sustituyan a la normativa anulada resulta una pretensión improcedente a tono con lo dispuesto en el numeral 121 del Código Procesal Contencioso Administrativo.

IX. Sobre las excepciones de fondo: este Tribunal llega a la conclusión de que el actor cuenta con suficiente legitimación activa para participar en este proceso conforme al artículo 10 inciso a) del Código Procesal Contencioso Administrativo, pues se trata de una persona jurídica (Bolsa de Valores S.A.) a quien se le aplican y afecta directamente la normativa impugnada. De su parte la demanda está planteada de modo correcto toda vez que se plantea contra el Banco Central de Costa Rica que es el ente al que pertenecen los órganos CONASSIF y SUGEVAL, que dictaron la normativa impugnada y

que se no pueden ser demandados en tanto carecen de personalidad jurídica instrumental, conforme al numeral 12 incisos 1) y 2) del Código de cita. En lo que respecta al interés actual, estima esta Cámara que dicho interés se mantiene vigente en tanto la conducta impugnada sigue teniendo validez y se está aplicando a la fecha a la Bolsa de Valores S.A. y sus puestos de bolsa así como al resto de las sociedades conformadas con dicho propósito y autorizadas por la SUGEVAL. En relación a la excepción de falta de derecho argumentada por la parte accionada, esta deberá rechazarse toda vez que conforme al examen realizado en esta resolución, la normativa impugnada, sea el artículo 5 y los incisos c) y d) del numeral 15, ambos del Reglamento de Bolsas de Valores deben ser anulado pues contravienen lo establecido en los artículos 6, 11, 19, 56 de la Ley General de la Administración Pública y 27, 30 y 171 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores. De conformidad con lo establecido en el numeral 122 incisos a) y b) y 130.3 y 130.1, todos del Código Procesal Contencioso Administrativo la anulación que se dispone producirá efectos erga omnes y tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia de las disposiciones impugnadas, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas. A la vez debe disponerse la publicación de este fallo en el Diario Oficial La Gaceta con cargo a la Administración que emitió el reglamento impugnado.”

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.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 6227 del dos de mayo de 1978. **Ley General de la Administración Pública**. Versión de la norma 13 de 13 del 23/07/2012. Datos de la Publicación Colección de leyes y decretos Año: 1978. Semestre: 1. Tomo: 4. Página: 1403.

ⁱⁱ Revista Fiscal GVA Mundial. **El Principio de Reserva Legal en Materia Tributaria**. En la Web: http://www.revistafiscal.gvamundial.com.mx/html/data/2008/Marzo/11/ESPECIAL/reserva_ley_1.doc.

ⁱⁱⁱ TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 245 de las dieciséis horas del treinta y uno de octubre de dos mil doce. Expediente: 11-005775-1027-CA.

^{iv} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 92 de las ocho horas con treinta minutos del seis de septiembre de dos mil doce. Expediente: 10-002087-1027-CA.

^v TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 140 de las nueve horas del dieciséis de julio de dos mil doce. Expediente: 11-000623-1027-CA.

^{vi} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 51 de las once horas con treinta minutos del veintidós de mayo de dos mil doce. Expediente: 11-001750-1027-CA.

^{vii} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 39 de las nueve horas con treinta minutos del primero de marzo de dos mil doce. Expediente: 09-002666-1027-CA.

^{viii} TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 20 de las catorce horas con veinte minutos del primero de febrero de dos mil doce. Expediente: 11-002877-1027-CA.