

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo

(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: FEDERACIONES, CONFEDERACIONES, LIGAS Y EMPRESAS MUNICIPALES

RESUMEN: El presente trabajo aborda el tema de los Organismos municipales: ligas, federaciones, confederaciones, empresas municipales, desde el punto de vista normativo y jurisprudencial, incluyendo: relaciones intermunicipales, análisis sobre la autonomía de las municipalidades para ingresar y retirarse de la liga de municipalidades, FEDEMUR, Federaciones municipales, estatutos, atribuciones de la asamblea, servicios municipales, posibilidad de las municipalidades de formar sociedades, entre otros.

Índice de contenido

| | |
|--|----|
| 1. NORMATIVA..... | 2 |
| CÓDIGO MUNICIPAL..... | 2 |
| RELACIONES INTERMUNICIPALES..... | 2 |
| 2. JURISPRUDENCIA..... | 5 |
| ANÁLISIS SOBRE SU AUTONOMÍA TANTO PARA INGRESAR COMO PARA RETIRARSE DE LA LIGA DE MUNICIPALIDADES..... | 5 |
| FEDERACIÓN MUNICIPAL REGIONAL DEL ESTE (FEDEMUR)..... | 7 |
| 3. PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA..... | 10 |
| DICTÁMENES..... | 10 |
| FEDEMUR..... | 10 |
| FEDERACIONES MUNICIPALES- ESTATUTOS- ATRIBUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA- ATRIBUCIONES DE LOS CONCEJOS..... | 14 |
| LA EXENCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 8º DEL CÓDIGO MUNICIPAL, NO ES APLICABLE A LA FEDERACIÓN DE MUNICIPALIDADES DE CANTONES | |

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

| | |
|---|-----|
| PRODUCTORES DE BANANO DE COSTA RICA (CAPROBA) | 31 |
| BREVE ANÁLISIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE FEDEMUR Y LAS RELACIONES DE SERVICIO HABIDAS ENTRE SUS FUNCIONARIOS, EMPLEADOS O TRABAJADORES. | 40 |
| FIJACIÓN DE TARIFA TRATAMIENTO DE DESECHOS SERVICIO MUNICIPAL. | 54 |
| POSIBILIDAD DE LAS MUNICIPALIDADES DE CONSTITUIR SOCIEDADES. . . | 55 |
| SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL.-SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO.- POTESTAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.- EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS REGULADORAS EN SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO. | 87 |
| OPINIONES JURÍDICAS..... | 132 |
| MUNICIPALIDAD DE SAN JOSE. SERVICIO PUBLICO. SERVICIO PUBLICO MUNICIPAL. DIFERENCIA CON ACTIVIDAD COMERCIAL. LIBRE CONCURRENCIA. SERVICIO DE INSTALACION Y MONITOREO DE ALARMAS. | 190 |

1 NORMATIVA

CÓDIGO MUNICIPAL¹

RELACIONES INTERMUNICIPALES

Artículo 9. – Las municipalidades podrán pactar entre sí convenios cuyo objeto sea facilitar y posibilitar el cumplimiento de sus objetivos o su administración, a fin de lograr una mayor eficacia y eficiencia en sus acciones.

Artículo 10. – Las municipalidades podrán integrarse en federaciones y confederaciones; sus relaciones se establecerán en los estatutos que aprueben las partes, los cuales regularán los mecanismos de organización, administración y funcionamiento de estas entidades, así como las cuotas que deberán ser aportadas. Para tal efecto, deberán publicar en La Gaceta un extracto de los

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

términos del convenio y el nombramiento de los representantes.

COMENTARIO:

El artículo regula la constitución de federaciones y confederaciones de municipalidades (antes denominadas ligas de municipalidades en el artículo 16 del Código anterior)

El artículo 16 del Código anterior, otorgaba personería jurídica a las ligas de municipalidades según lo establecido en el Ley 5119 de 20 de setiembre de 1972, igualmente disponía la obligatoriedad de que la Contraloría General de la República aprobara sus estatutos.

El actual Código no establece en estricto sentido, que las federaciones o confederaciones que integren las municipalidades cuenten con personería jurídica para su funcionamiento. Al efecto la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Contraloría General de la República por medio del oficio DAJ-1866 del 02 de setiembre de 1998, estableció que la naturaleza jurídica de las federaciones y confederaciones nace del artículo 30 de la Ley de Asociaciones No. 218 y sus reformas, al establecer:

"Pueden constituirse asociaciones formadas por la reunión de dos o más asociaciones con personería jurídica. En los casos anteriores la nueva entidad adquirirá personería independiente de la personería de las entidades que la componen. Esta nueva forma de asociaciones se distinguirá con los términos de "federación..."

Lo expuesto permite concluir que la asociación o convenio de municipios a la luz del artículo que se comenta implicará el nacimiento de una nueva persona jurídica denominada "federación o confederación"; por tanto y para todos los efectos, a dichas federaciones y confederaciones les son aplicables las disposiciones de la Ley de Asociaciones No. 218 del 08 de agosto de 1939 y sus reformas, y el Reglamento a dicha Ley, Decreto No. 3670-J de 28 de noviembre de 1988 y los estatutos que aprueben las partes.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Una variación sustancial la constituye el hecho de que no es necesaria la aprobación de los estatutos por parte de la Contraloría General de la República para la eficacia de la creación de las federaciones o confederaciones; como consecuencia el control del registro estatutario, y la fiscalización registral corresponderá al Ministerio de Justicia y Gracia, y más concretamente al Registro Nacional, de acuerdo con la ley y el reglamento citados (artículo 5 de la Ley).

ARTICULO 11.- Previo estudio de factibilidad, los convenios intermunicipales requerirán la autorización de cada Concejo, la cual se obtendrá mediante votación calificada de dos terceras partes de la totalidad de sus miembros. Estos convenios tendrán fuerza de ley entre las partes.

ARTICULO 13.-

Son atribuciones del Concejo:

(...)

p) Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta.

Comentario:

Resulta novedoso en el sentido de que se autoriza a las Municipalidades la constitución de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autoriza la constitución de sociedades públicas de economía mixta.

El legislador no brindó la claridad suficiente al inciso, puesto que no estableció el reglas sustanciales y de procedimiento para la creación de dichos establecimientos y empresas, preocupando en

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

particular cuando se trate de constitución de sociedades; con el obstáculo de que la normativa que supletoriamente sería aplicable en este último caso deviene insuficiente e inconsistente.

Se acentúa el vacío al repasar los detalles que debe contemplar todo pacto constitutivo de sociedades, entre otros: Objeto, designación de los socios particulares, aportes de capital, conformación de junta directiva, distribución de poderes, acciones, refrendos e inscripción.

2 JURISPRUDENCIA

ANÁLISIS SOBRE SU AUTONOMÍA TANTO PARA INGRESAR COMO PARA RETIRARSE DE LA LIGA DE MUNICIPALIDADES

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA.²

"II).- Los alegatos del apelante son de suyo respetables, mas no compartidos por este órgano, pues se estima que el acuerdo impugnado no adolece de los vicios que se le achacan.- Las funciones municipales, conllevan con alguna regularidad el establecimiento de relaciones con otros entes públicos, normalmente vinculadas con la satisfacción de los intereses y servicios locales. Tales ligámenes, dirigidos sobre todo a la cooperación y coordinación de las acciones que se desarrollan en el Cantón, pueden dar lugar a la aparición de otros entes, entre los que se cuentan las Federaciones o Ligas de Municipalidades, que ahora nos ocupan.- Indudablemente, la creación de aquéllas se produce como manifestación directa e inmediata de la autonomía que la Constitución Política, en su artículo 170, y el Código Municipal, en sus numerales 4, 9 y 10, le confieren a los gobiernos locales, contando éstos al efecto, con un amplio margen de discrecionalidad.- En virtud de lo cual, resulta evidente que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

es potestad soberana de cada localidad, intervenir en su creación, ingresar a las pre-existentes, o renunciar a aquellas de las que ya forma parte, facultad que no puede limitarse por ley, y menos aún mediante un reglamento o estatuto interno, pues ello implicaría una violación flagrante de esa libertad de autodeterminación, constitucionalmente garantizada.- III).- De suerte que ni el Código Municipal, ni la Ley 5119 invocada por el recurrente, establecen prohibición alguna para que una municipalidad se retire, cuando así lo disponga el Concejo, de cualquier Federación que haya integrado en el pasado, y ello, con total independencia de cuántos años lleve formando parte de ella o del hecho de que haya participado o no en su fundación.- El primero de esos textos legales, en su artículo 10, establece que: "Las municipalidades podrán integrarse en federaciones y confederaciones; sus relaciones se establecerán en los estatutos que aprueben las partes, los cuales regularán los mecanismos de organización, administración y funcionamiento de estas entidades, así como las cuotas que deberán ser aportadas. Para tal efecto, deberán publicar en La Gaceta un extracto de los términos del Convenio y el nombramiento de los representantes" . Y la Ley 5119, del veinte de noviembre de mil novecientos setenta y dos, lo que hizo fue reconocerle personalidad jurídica y capacidad legal a la Unión o Liga de Municipalidades de la provincia de Cartago y de sus órganos (artículo 1º), estableciendo criterios para el pago de dietas (numeral 2), y a la vez, regulando en su artículo 3º, que "Las disposiciones del artículo 1º se aplicarán en lo conducente, a las uniones nacionales, provincias (sic) o regionales de municipalidades que se establezcan en el futuro. En cada caso los respectivos estatutos que se dictan deberán ser aprobados por la Contraloría General de la República" .- Como se ve, nada disponen esas normas acerca de la supuesta imposibilidad de retiro que alega el inconforme, a lo que debe sumarse una razón adicional: que justamente por la libertad de decisión que tiene la Municipalidad, los motivos en que ella se funde para la renuncia, resultan ajenos al control de legalidad que realiza este Tribunal,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

en su condición de jerarca impropio del municipio.- En este caso, la Municipalidad de Sarapiquí invocó la poca disponibilidad de recursos para obras comunales y la situación sufrida después de emergencias sufridas por inundaciones, que han incrementado los gastos del municipio, cuestiones que fueron valoradas por ese gobierno, justamente en ejercicio de la discrecionalidad que en esa materia tiene el órgano deliberativo; en este sentido, no se advierte que haya habido ejercicio abusivo de las posibilidades de elección del municipio en esta ocasión, por lo que no existe tampoco ilegalidad alguna que declarar.- A mayor abundamiento, se estima importante transcribir lo decidido por la Sección Tercera de este órgano, en su resolución N°952-2001 de las nueve horas veinte minutos del dieciséis de noviembre del dos mil uno, en la que se señaló: "I.- Las municipalidades gozan, por disposición expresa del artículo 170 de la Constitución Política, del segundo grado de autonomía, esto es, la política o de gobierno. Lo anterior significa, que tienen potestad para fijarse sus propios fines, objetivos y metas sin sujeción a ningún otro ente público. Ese grado de autonomía, las faculta para asociarse voluntariamente a cualquier ente público o privado de segundo grado y de base asociativa, así como para desafiliarse cuando lo estimen oportuno. Bajo esa tesitura, la decisión del órgano de gobierno de la corporación municipal de San José, de no formar parte de la Unión Nacional de Gobiernos Locales es sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, puesto que, no existe ninguna norma en éste que obligue a una entidad territorial a formar parte de la misma".

"

FEDERACIÓN MUNICIPAL REGIONAL DEL ESTE (FEDEMUR)

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]³

Sobre las actuaciones de la Federación Municipal Regional del Este (FEDEMUR).- La principal disconformidad de los recurrentes radica

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

en el hecho de que las autoridades encargadas de administrar el relleno sanitario de Río Azul realizan excavaciones y movimientos de tierras en el Cerro Asilo, en el que se ubica el relleno sanitario de Río Azul. Del expediente administrativo aportado por el Ministerio de Salud para el estudio del presente caso, se desprende que son ciertos los argumentos que plantean en su memorial de interposición. Debe señalarse que no está en discusión el punto sobre el cierre técnico del Relleno Sanitario de Río Azul, razón por la cual el análisis del presente recurso se circunscribe a determinar si efectivamente los administradores del Relleno están o han efectuado acciones en el ejercicio de sus competencias, que representan un peligro para la vida de los habitantes de la zona al causar un menoscabo en la estabilidad del cerro. Del elenco de hechos probados se desprende que desde febrero del año en curso se les giró una orden sanitaria emitida por una técnica del Ministerio de Salud, en la que se les ordenó detener la extracción de material y movimiento de tierra en la parte superior del Cerro Asilo, ello en virtud de que las autoridades sanitarias estimaron que se estaba violentando el Convenio suscrito entre el Ministerio de Salud y las Municipalidades de La Unión y de Curridabat, y era esencial presentar los análisis correspondiente que demostraran el grado de compactación del cerro, así como la medición de pendiente. Dicha orden era ejecutoria desde el mismo momento en que se notificó, razón por la cual, independientemente de la interposición de los recursos de revocatoria y apelación, debían detenerse en ese momento las actuaciones impugnadas debido a que existían razones técnicas que llevaban a pensar que había un alto riesgo por deslizamientos que estaba poniendo en peligro la vida de los vecinos de dicho relleno. No es sino hasta el treinta de abril pasado, fecha en que se ordenó la clausura, que se detuvieron las extracciones de material del referido cerro, razones por las cuales este Tribunal estima que las actuaciones de la Federación Municipal Regional del Este han amenazado los derechos constitucionales de los amparados y en consecuencia, lo procedente

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

es ordenarles que cumplan fielmente con las órdenes emitidas por el Ministerio de Salud para el resguardo de la salud y el interés público que debe privar en cuanto el derecho a la vida, la salud y la seguridad de los habitantes de la zona, absteniéndose a futuro de apartarse de las directrices que emita ese Ministerio en el ejercicio de sus competencias.

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁴

Sobre el fondo. El representante de la "Asociación de Recuperadores de Tirrases" demanda amparo porque la "Federación Municipal Regional del Este (FEDEMUR)", la Dirección de Protección al Ambiente Humano, la Ministra de Salud y las Municipalidades de Curridabat y de La Unión, no han resuelto sus peticiones de 14 y 19 de noviembre del 2002, hechos a los cuales se delimita la resolución de este recurso por una posible lesión a los derechos de petición y pronta resolución. La Ministra de Salud y el Directora de Protección al Ambiente Humano, informaron que mediante oficio DPAH-CAH-223-03 de 7 de abril del 2002, dieron respuesta a la petición. La Alcaldesa de Curridabat, indicó que mediante oficio N.º AM-C518-11-2002 de 20 de noviembre del 2002, trasladó la solicitud al Administrador de la FEDEMUR con el objeto de que se evacuaran las consultas del recurrente. Este oficio se trató de notificar a través del fax que se señaló, pero no fue posible a pesar de varios intentos que se hicieron. El presidente de la Federación Municipal Regional del Este, expresó que no ha brindado respuesta por la cantidad de solicitudes que se le formulan. El Alcalde de La Unión, señaló que no ha brindado respuesta porque no fue ubicada la petición. Sobre esta base, en relación con la Ministra y Directora de Protección del Ambiente

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Humano, ambos del Ministerio de Salud, deben desestimarse el recurso, pues, conforme resulta de lo informado la petición fue resuelta y comunicada con anterioridad a la notificación de este recurso (acta visible a folio 46). En lo referente a las Municipalidades y la Federación recurridas, deben tenerse por ciertos los hechos. Así, porque no obstante alegar los informantes circunstancias que han hecho insuficiente el plazo de diez días que dispone la Ley (art. 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), entre otras razones, estas no han sido debidamente comunicadas al recurrente. Respecto de la Municipalidad de La Unión, aunque atendió la petición remitiéndola a la FEDEMUR, no solo no existe un reporte negativo de la transmisión del facsimil como se sugiere, sino, que tampoco se preocupó porque la FEDEMUR la resolviera y comunicara lo correspondiente. La doctrina constitucional elaborada en relación el derecho de petición, ha fijado que si la respuesta no puede darse por razones justificadas, como se ha alegado, la Administración está obligada a explicar, dentro del plazo exigido por ley, por qué no puede dar cumplimiento a lo pedido, explicación que deberá ser clara, profusa y detallada con el objeto de que el petente, debidamente informado, pueda ejercer las acciones legales que le correspondan. Procede, entonces, en cuanto a la FEDEMUR y las Municipalidades de La Unión y de Curridabat, acoger el amparo solicitado por una vulneración de aquellos derechos (arts. 27 y 41 de la Constitución Política).

3 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DICTÁMENES

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

FEDEMUR

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]⁵

”

ANTECEDENTES:

La Federación Regional Municipal del Este (FEDEMUR), fue constituida a partir del 12 de julio del año 2000, mediante el convenio suscrito entre las municipalidades de la Unión y de Curridabat, al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 del Código Municipal vigente. Como resultado de la constitución de dicha Federación, los trabajadores de la Municipalidad de Curridabat que habían iniciado labores a partir del 26 de mayo al 30 de noviembre del año 2000, continuaron prestando servicios para la Federación, de manera que, por esos seis meses de labores surgió la interrogante de si debía o no cancelárseles lo correspondiente a las prestaciones legales (preaviso y auxilio de cesantía), así como vacaciones y aguinaldo.

II.-

NATURALEZA JURÍDICA DE FEDEMUR:

Para dar debida respuesta a la anterior interrogante, debe establecerse la naturaleza jurídica de la Federación, así como de los efectos originados con motivo del traslado de dicho personal.

Del estudio del correspondiente estatuto constitutivo de FEDEMUR, así como de lo dispuesto en el citado numeral 10 del Código Municipal, concluimos que se trata de un ente público regido por el Código Municipal, la Ley General de la Administración Pública y sus propios Estatutos, con patrimonio propio y personalidad, y capacidad jurídica plenas, y autonomía política, administrativa y financiera, en los términos de los artículos 2 y 4 del Código Municipal y 4, 11, 15 y 20 de los

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Estatutos de la Federación.

Interesa destacar para los efectos de esta consulta que el patrimonio de la Federación, está constituido por "los recursos provenientes de la fusión y traspaso a ella de los dos presupuestos extraordinarios debidamente autorizados por la Contraloría General de la República a ambas municipalidades asociadas...", al tenor de lo expresado en el artículo vigésimo de los estatutos.

III.-

EL TRASLADO DEL PERSONAL DE LA MUNICIPALIDAD DE CURRIDABAT A FEDEMUR:

Quedando establecida la naturaleza jurídica de la Federación, y con vista de los antecedentes aportados con la consulta, resulta claro concluir que el personal de la Municipalidad de Curridabat, que fue trasladado a prestar sus servicios a la Federación, fue sin interrupción de la continuidad en su tiempo de servicio con aquélla corporación municipal, de manera que corresponde a la Federación asumir la responsabilidad de los derechos de ese personal originados con motivo de la prestación de servicios original, sin que exista justificación jurídica para el pago de derechos laborales indemnizatorios.

Sobre el particular, debe entenderse como continuidad laboral "La estabilidad que el servidor tiene derecho en su empleo, de manera que como consecuencia de ello se le garantiza la seguridad en su trabajo, alejando toda incertidumbre de desempleo." (Considerando II del Decreto Ejecutivo 22343-MP-J-MTSS, de 8 de julio de 1993 que reformó el artículo 29 párrafo segundo del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil).

En el presente caso, entonces, estamos en presencia de la figura jurídica de la sustitución patronal regida por el artículo

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

37 del Código de Trabajo, de manera que, sin que haya ocurrido solución de la continuidad, ni ruptura de las relaciones de empleo, la entidad patronal FEDEMUR asumió toda la responsabilidad de los derechos del personal trasladado, una vez transcurridos los seis meses de plazo dispuestos en dicho numeral.

Tanto la antigua Sala de Casación, entre otras, en la sentencia No. 32 de las 14:30 hrs. del 25 de abril de 1980, como la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la No. 53 de 15:00 hrs. del 3 de diciembre de ese año, se pronunciaron reiteradamente en el sentido de que "En caso de sustitución patronal no se afectan los contratos existentes, máxime que ninguno de los trabajadores ha sido despedido y, al contrario, todos ellos continúan laborando para el nuevo patrono."

Por otra parte, tanto esta Procuraduría como los Tribunales de Trabajo han expresado que, "es procedente el reconocimiento del tiempo servido por un funcionario en otras entidades del sector público, para el reconocimiento de la antigüedad, salvo los supuestos que indica, por ejemplo, que no haya solución de continuidad". (Dictamen C-322-85).

Igualmente se expresó en el Dictamen C-124-85-bis, que "De acuerdo con la jurisprudencia y la Ley General de la Administración Pública, los beneficios derivados de la antigüedad de su relación de servicios, para efecto de vacaciones y prestaciones legales correspondientes, no se pierden por el hecho de haber laborado en otras dependencias de la Administración Pública, siempre y cuando no haya habido solución de continuidad y no haya mediado el pago de prestaciones al terminar su servicio en alguno de los cargos desempeñados".

IV.-

CONCLUSIÓN:

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho concluye:

1. - El personal trasladado de la Municipalidad de Curridabat a la Federación Municipal Regional del Este, a partir del 1 de diciembre de 2000, con motivo de la constitución de ésta, fue bajo la figura de la sustitución patronal prevista en el artículo 37 del Código de Trabajo.
2. - Una vez transcurridos los seis meses dispuestos en ese numeral, FEDEMUR debió asumir la totalidad de la responsabilidad de los derechos del personal trasladado, incluyendo obviamente el tiempo servido en la Municipalidad de Curridabat.
3. - Como consecuencia de lo anterior, no hubo disolución de la continuidad en la prestación de los servicios de dicho personal, ni ruptura en la relación laboral.
4. - En relación con los extremos de vacaciones y aguinaldo, corresponde a FEDEMUR observar su debido y oportuno pago, para lo cual contemplará el tiempo servido para la Municipalidad de Curridabat.

FEDERACIONES MUNICIPALES- ESTATUTOS- ATRIBUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL EXTRAORDINARIA- ATRIBUCIONES DE LOS CONCEJOS.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]⁶

" Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, me es grato referirme a su oficio n.º RA-FED-54-2002 del 21 de mayo del año en curso, a través del cual solicita el criterio de la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Procuraduría General de la República sobre los siguientes aspectos:

"Primera: Tiene potestades la Asamblea de Fedemur y variar o corregir sus propios Estatutos, con el fin de mejorar su administración y llegar a un verdadero cierre técnico a como lo ha ordenado la Sala Constitucional en el Voto No. 1154-96 del 6 de marzo del año de 1996.

Segunda: Pueden los Nuevos Consejos (sic) Municipales, que inician el primero de Mayo del año en curso, anular cualquier acuerdo de la Asamblea General de Fedemur, que se haya tomado anteriormente, con el objeto de cumplir con los objetivos principales para los cuales se creo (sic) la Federación Municipal Regional de Este.

Tercera: Habiéndose ampliado el plazo para el vencimiento de los nombramientos de junta directiva y los delegados a Fedemur, por acuerdo de Asamblea General el día 23 Marzo del 2002, y publicados en la Gaceta No. 70 del día Viernes 12 de abril del año 2002, tienen los Asambleístas y Directivos de la Federación Municipal Regional del Este, algún impedimento legal para continuar hasta el 2004 en sus cargos, con el fin de continuar el proceso del cierre técnico y cumplir con el proceso de la Licitación Pública No. RS 02-2001, cuyo refrendo de contrato se encuentra en proceso ante el Órgano Contralor.

Cuarto: Existiendo un convenio entre dos Municipalidades como la Unión y Curridabat, con el Ministerio de Salud para administración del Relleno Sanitario, puede alguna de las dos tomar acuerdos por separado en sus respectivos Consejos (sic) Municipales, pudiendo afectar con ello a la administración del Relleno Sanitario y la operación diaria del sitio así como el ambiente, y muy especialmente el cierre técnico, ordenado por la Sala Constitucional en el Voto No. 1154-96 del 6 de Marzo del año de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

1996."

I.-

ANTECEDENTES.

A.-

Criterio de la Asesoría Jurídica del ente consultante.

En el estudio que hace la Licda. Julieta Murillo Bolaños, abogada externa del ente consultante, fechado el 15 de mayo del año en curso, se llega a las siguientes conclusiones:

"1. Como respuesta a la primera pregunta, consideramos que ya la Procuraduría ha efectuado una exégesis sobre la creación, personería y reforma de estatutos, mediante dictamen C-331-2001, pero también podría recordar que conforme al numeral 4 de la Ley Orgánica 6815, es a la Asamblea General la que le corresponde una reforma de estatutos, por ser un asunto propio de su competencia, como ya antes lo indicó en el dictamen C-108-2001.

2. El supuesto de anular actos en general es un concepto tan genérico, que llevaría a teoría supuestos indefinidamente, y que por tratarse de un asunto propio de FEDEMUR no respondería la Procuraduría -reformular acuerdos anteriores, o ejercerse recursos en tiempo, conforme a los intereses de los delegados. En punto a la Nulidad son los supuestos del 173 y 183 de la Ley General, eventualmente distintos y bajo unos supuestos calificados y de tramitación compleja, antes de llegar a los órganos contralores, que no necesariamente se refieren a reforma de acuerdos, estatutos o ejercicio de recursos contra acuerdos de la Asamblea General.

3.-

Si la reforma a los Estatutos ya se aprobó con un transitorio de extensión del nombramiento de los Delegados actuales a julio del 2004, como efecto consta en la Gaceta 70 del viernes 12 de abril

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

del 2002, se trata de un asunto propio del órgano máximo de FEDEMUR, para reformar los estatutos, según se desarrolló en el extremo III.1 anterior, y el Dictamen C-331-2001 de Procuraduría, por lo que consideramos que si está firme, goza de la presunción de validez y eficacia de los actos administrativos, salvo que se hubieren ejercitado los recursos que la ley concede al efecto.

Entonces, no tiene porqué pronunciarse la Procuraduría, sobre una reforma de estatutos, que es un asunto propio de la FEDEMUR y sobre la cual no consta que hayan ejercido acciones o recursos.

A mayor abundamiento, consideramos que el Transitorio, que extiende el período de los delegados actuales al mes de julio del 2004, es potestad del órgano máximo de la Federación y como no se trata de miembros de elección popular, para este tipo específico de cargo, la Asamblea es soberana para tomar dicho acuerdo.

4. Finalmente respecto de la toma de Acuerdos separados de las Municipalidades, creemos no es un aspecto que corresponde determinarlo a la Procuraduría, porque es un asunto propio de la competencia de ambas Municipalidades mancomunadas en la Fedemur.

Como un aspecto de lógica y experiencia, cada Municipalidad es autónoma, para tomar acuerdos complementarios de los de FEDEMUR a fin de mejorar y ejecutar el cierre del relleno sanitario de Río Azul, empero por el contrario, es un aspecto de sentido común que si escogieran el camino de tomar acuerdos separados distintos de FEDEMUR, podrían dar al traste con sus objetivos, que podría llevarla hasta su extinción."

B.-

Criterio de la Municipalidad de Curridabat.

Mediante oficio n.º ADPb-655-2002 del 27 de mayo del año en curso, este despacho dio audiencia de esta consulta a la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Municipalidad de Curridabat. En el oficio n.º AMC-263-06-2002 del 7 de los corrientes, suscrito por el Ing. Ricardo Tinoco Duarte, alcalde, se indica lo siguiente:

"PRIMERA: Si puede la FEDEMUR varias o corregir sus propios estatutos, EN EL TANTO QUE ESAS VARIACIONES LO SEAN PARA LAS MATERIAS DE PROCEDIMIENTOS POCO RELEVANTES.

'...las mancomunidades son entes locales (no territoriales), con personalidad, creados por acuerdo de los ayuntamientos implicados (pp. 133/135) (...) para la ejecución de obras y servicios de competencia municipal (...) (pp. 135/136) la legislación aplicable es 1º la del Estado, 2º la del Municipio; la de los Estatutos solo para las materias de procedimientos poco relevantes..." Francisco Sosa Wagner, " Manual de Derecho Local", 4º edición, Pamplona, Aranzadi, 1999: (La negritas no es del original).

SEGUNDA: Si pueden los nuevos Concejos Municipales que inician el primero de mayo del año en curso, anular o solicitar la nulidad de cualquier acuerdo tomado por la Asamblea General, que sea anterior a su designación, que contraríen los principios legales que sobre delegación existen, pues al ser esta en la especie UN MANDATO, el mismo no es susceptible de ejercerse ilimitadamente, pues el fundamento de su legitimidad lo es la existencia y voluntad propia de cada Concejo, según su vigencia.

TERCERA: Consideramos que sí existe un impedimento legal para los miembros delegados se perpetúen, o mejor dicho se prolonguen unilateralmente su mandato, porque como se ha venido afirmando supra, ello es competencia del ente que les dio su legitimación, y no se les ha tomado parecen [debe ser parecer] en forma alguna, en ese sentido, pudiéndose incurrir en algún tipo de responsabilidad por dicho ejercicio que considero abusivo.

CUARTO: Sí pueden las Municipalidades Federadas tomar acuerdos

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

dentro de sus respectivos Concejos, tendientes a orientar o reordenar la administración de la FEDEMUR, más (sic) no así los fines para los cuales fue creada, según principios constitucionales y legales, relativos a su competencia, ya que la misma es de índole legal."

C.-

Criterio de la Municipalidad de la Unión.

Mediante oficio n.º ADPb-656-2002 del 27 de mayo del año en curso, este despacho dio audiencia de esta consulta a la Municipalidad de la Unión. La citada corporación no respondió dentro del plazo fijado.

D.-

Criterios de la Procuraduría General de la República.

El órgano asesor ha tenido la oportunidad de abordar algunos aspectos de los que se nos consultan. En efecto, en el dictamen C-331-2001 de 30 de noviembre del 2001, expresamos lo siguiente:

"1. - Que con respecto a la naturaleza jurídica de la Federación Municipal Regional del FEDEMUR, es claro que esta forma jurídica se constituyó con el fin de crear una entidad de carácter público y municipal, regida por el Código Municipal, la Ley General de la Administración Pública y sus propios Estatutos; conformada con la participación o asociación de dos corporaciones municipales, a la que se le da dotado, además, de patrimonio (con recursos y presupuestos de dichas municipalidades), organización, personalidad y capacidad jurídica propias para el ejercicio de sus fines, que en la especie es para el específico y exclusivo cumplimiento de un servicio de carácter igualmente municipal, sea, 'integrar el manejo adecuado de los desechos sólidos de las municipalidades asociadas y administrar el Relleno Sanitario de Río Azul, con el propósito de facilitar el cumplimiento de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

objetivos de interés común, y lograr así una mayor eficiencia en todos sus alcances en pro de mejorar el Medio Ambiente'; para lo cual, dicha entidad deberá "impulsar programas de reciclaje y otros que contribuyan a reducir la carga de basura del relleno, todo con el fin de lograr el 'cierre técnico del relleno' de Río Azul"

II.-

SOBRE EL FONDO.

En vista de que la consulta tiene varios aspectos, por razones de orden y para su mejor comprensión, los vamos a tratar cada uno de ellos en forma separada.

1. Tiene potestades la Asamblea de Fedemur para variar o corregir sus propios estatutos, con el fin de mejorar su administración y llegar a un verdadero cierre técnico del relleno sanitario de Río Azul, tal y como lo ordenó la Sala Constitucional en el Voto No. 1154-96 del 6 de marzo de 1996?

La respuesta a esta interrogante es afirmativa. En efecto, de conformidad con el numeral 10 del Código Municipal, Ley n.º 7494 de 30 de abril de 1998, las federaciones de municipalidades se rigen por sus estatutos. En el caso que nos ocupa, conforme a los estatutos que se han aportado a esta consulta, queda claro de las cláusulas octava y décima que la Asamblea General de Fedemur, en una Asamblea General Extraordinaria, puede reformar sus estatutos con el fin de mejorar su administración y llegar a un verdadero cierre técnico del relleno sanitario de Río Azul, tal y como lo ordenó la Sala Constitucional en el voto No. 1154-96 del 6 de marzo de 1996; amén, de que dentro de los fines y los objetivos de la Fedemur está el lograr el cierre técnico de ese relleno (véase la cláusula tercera del acta de la asamblea constitutiva

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

de Fedemur).

B. Pueden los nuevos Concejos, que inician el primero de mayo del año en curso, anular cualquier acuerdo de la Asamblea General de Fedemur, que se haya tomado anteriormente, con el fin de cumplir con los objetivos principales para los cuales se creó esa entidad?

Sobre el particular, no podemos dar una solución definitiva, aunque sí dejar sentados ciertos criterios heurísticos que le permitan al operador jurídico determinar si los Concejos tienen o no competencia para anular los acuerdos de la Asamblea General de Fedemur y, en caso afirmativo, precisar cuál es el camino que traza el ordenamiento jurídico para que el acto que se dicte en esa dirección sea válido y eficaz.

Nuestra Ley General de la Administración Pública, en el numeral 129, es precisa al señalar que el acto administrativo debe ser dictado por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia.

Revisando las normas del Código Municipal, así como los estatutos de Fedemur, no encontramos ninguna norma legal o estatutaria que le otorgue a los Concejos (de Curridabat y de la Unión) la potestad de anular un acuerdo de la Asamblea General de Fedemur. Lo anterior tiene una explicación lógica, y es que al ser Fedemur una entidad de carácter público municipal, independiente de los entes que la constituyeron (las municipalidades), éstos últimos no ejercen ninguna atribución sobre aquélla, a excepción

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de los que por vía indirecta permiten los estatutos de Fedemur a cada municipalidad a través de sus representantes en su máximo órgano. Más aún, en el pacto constitutivo de la Fedemur las municipalidades asociadas se comprometieron a cumplir con los estatutos, los reglamentos y políticas de Fedemur (véase la cláusula sexta), por lo que no pueden violar lo pactado.

Por otra parte, al ser las municipalidades asociadas entes públicos de base corporativa, están sometidos al principio de legalidad y, por ende, si el ordenamiento jurídico no les atribuye la potestad anulatoria sobre los acuerdos de la Asamblea General de Fedemur, ninguna de ellas puede ejercer esa potestad, so pena de quebrantar gravemente el ordenamiento jurídico.

La Administración Pública, en la sociedad democrática, está sometida al principio de legalidad. Con base en él, aquélla sólo puede realizar los actos que están previamente autorizados por el ordenamiento jurídico. En efecto, señala el artículo 11 LGAP, que la Administración Pública debe actuar sometida al ordenamiento jurídico y sólo puede realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

Por su parte, la Sala Constitucional de Costa Rica, en el voto Nº 440-98, ha sostenido la tesis de que, en el Estado de Derecho, el principio de legalidad postula una forma especial de vinculación de las autoridades e institución públicas al ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, "...toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que este constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no esté autorizado les está vedado -; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general; el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto."

(Véase el voto N° 440-98 de la Sala Constitucional).

En otra importante resolución, la N° 897-98, el Tribunal Constitucional de Costa Rica estableció lo siguiente:

"Este principio significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar regulados por norma escrita, lo que significa desde luego, el sometimiento a la Constitución y a la ley, preferentemente, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídicos - reglamentos ejecutivos y autónomos especialmente; o sea, en última instancia, a lo que se conoce como el ' principio de juridicidad de la Administración'. En este sentido es claro que, frente a un acto ilícito o inválido, la Administración tiene, no solo el deber sino la obligación, de hacer lo que esté a su alcance para enderezar la situación."

Así las cosas, si a los Concejos no se les otorgó la potestad anulatoria sobre los acuerdos de la Asamblea General de Fedemur por parte del ordenamiento jurídico, ninguno ellos está jurídicamente habilitado para anularlos.

2. Habiéndose ampliado el plazo para el vencimiento de los nombramientos de la junta directiva y los delegados a Fedemur, por acuerdo de la Asamblea General, adoptado el 23 marzo del 2002 y publicado a La Gaceta No. 70 del 12 de abril del 2002, tienen los asambleístas y directivos de la Federación Municipal Regional del Este, algún impedimento legal para continuar hasta el 2004 en sus cargos, con el fin de continuar el proceso del cierre técnico de relleno sanitario de Río Azul y cumplir con el proceso de la Licitación Pública No. RS 02-2001, cuyo refrendo del contrato se encuentra en proceso ante el Órgano Contralor?

La Procuraduría General de la República tiene serias dudas

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

sobre la constitucionalidad y la legalidad del "supuesto" transitorio que se le introdujo a los estatutos de Fedemur.

En primer lugar, porque el ejercicio de la potestad reformadora por parte de la Asamblea General Extraordinaria no se ajusta a la técnica jurídica, ya que no estamos en presencia de una verdadera norma de naturaleza temporal, sino frente al uso abusivo de la potestad reformadora, por parte de los miembros de la Asamblea General, para despojar de las atribuciones que la Constitución Política y las leyes le asignan a los Concejos. En el dictamen C-060-99 del 24 de marzo de 1999, expresamos sobre el tema lo siguiente:

"Las disposiciones transitorias forman parte del Derecho Intertemporal en cuanto tienen a solucionar conflictos de leyes. Ante los problemas de transitoriedad que la ley nueva produce, el legislador establece un régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas pendientes. En ese sentido, la función de las llamadas disposiciones transitorias es la de regular en forma temporal determinadas situaciones, con el fin de ajustar o acomodar la normativa nueva o la de dar un tratamiento distinto y temporal, de carácter excepcional, a ciertas situaciones. Hechos que no se pretende comprender dentro de esas nuevas regulaciones generales. Interesa resaltar que en la base de la norma transitoria se encuentra esa necesidad de responder a problemas planteados por la entrada en vigencia de la nueva ley; esa es su esencia. Se ha dicho que el contenido de las disposiciones transitorias consiste en:

'a) Las reglas que regulan el régimen jurídico aplicable a las situaciones jurídicas previas a la ley, bien declarando la aplicación de la nueva, bien declarando la pervivencia de la ley antigua, bien estableciendo un régimen transitorio distinto del establecido en ambas leyes.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

2. Los preceptos que regulan en forma provisional situaciones jurídicas nuevas cuando su finalidad sea la de facilitar la aplicación definitiva de la ley nueva..." F. SAUBS M.-J.C, DA SILVA, citado por C.M, VALVERDE ACOSTA, Manual de Técnica Legislativa, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, San José, Asamblea Legislativa, 1991, p. 211'.

Regulación del régimen jurídico aplicable a situación jurídicas previas o bien, regulación con carácter provisional de situaciones jurídicas nuevas. En el mismo sentido, Luis Díez-Picazo expresa:

'En efecto, una disposición transitoria puede solucionar el conflicto de leyes estableciendo cuál de las dos -la antigua o la nueva ley- es la llamada a regular cada tipo de situación jurídica. Así, por ejemplo, puede ordenarse que las situaciones nacidas al amparo de la ley antigua continuarán rigiéndose en todo caso por ella. Esta clase de disposiciones transitorias contiene normas de conflictos en sentido estricto; es decir, no regulan directamente situación alguna, sino que a través de un punto de conexión determinan cuál de las leyes en conflicto es la aplicable. Junto a esta posibilidad, cabe asimismo que el legislador dicte otra clase de disposiciones transitorias, en virtud de las cuales se da una regulación específica - diferente, por tanto, de las recogidas en la ley antigua y en la ley nueva -, a las situaciones pendientes al momento del cambio legislativo, o a las situaciones que se produzcan en tanto entra plenamente en vigor la nueva ley en los casos de eficacia diferida. Este segundo tipo de disposiciones transitorias no contiene ya normas de conflicto en sentido técnico, sino por emplear de nuevo la terminología del Derecho Internacional Privado, normas materiales, que imputan directamente a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica. Lo que hace a estas disposiciones poseer naturaleza intertemporal no es ya su estructura, sino que su supuesto de hecho contempla precisamente un problema de conflicto de leyes. De ahí, que se trate de normas con vigencia temporal limitada o leyes

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

ad tempus, pues por definición se refieren a un número de posibles situaciones no indefinido; y de ahí también, que al contener normas materiales, puedan suscitar a su vez nuevos conflictos temporales con otras leyes' L, DIEZ-PICAZO: La derogación de las leyes, Civitas, Madrid, 1990, pp. 193-194'"

En el caso que nos ocupa, sin mucho esfuerzo, se puede concluir que la finalidad del transitorio que se introdujo en los estatutos de Fedemur no era solucionar un conflicto de normas en el tiempo, ni mucho menos el resolver un problema que se presentaba a causa de la derogatoria de una normativa y de la entrada en vigencia de otra, sino que el propósito era otro, tal y como se expresó supra.

Por otra parte, no basta para la validez del acto que éste sea emitido por órgano competente y de acuerdo con el principio de legalidad. La Sala Constitucional ha exigido, además del respecto al principio de legalidad, que la conducta de los poderes públicos se ajuste al principio de razonabilidad. En efecto, en el voto n.º 787-94, expresó lo siguiente:

"IV. La alegada irracionalidad de la norma en cuestión, obliga a reiterar lo que, al respecto, esta Sala ya ha señalado en su jurisprudencia; esto es, el reconocimiento del principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional,

'en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

'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 a la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, la 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' (Sentencia #1739-92, de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992).

V. Lo anterior, con relación a la norma en examen, conduce a considerar, en primer lugar, que los fines de las regulaciones para la contratación administrativa consisten, por una parte, en que el Estado consiga las mejores opciones de contratación en cuanto a precio y calidad - es decir, la eficiencia- y, por la otra, en que los particulares participen en igualdad de condiciones; y, en segundo, que la exigencia de estar al día en pago de las cuotas a la Caja no tiene relación alguna con lo primero; por lo cual, no cumple las reglas del principio de razonabilidad ni responde a los fines de la contratación pública,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

pues tal obligación no es más que un mecanismo para compulsar ilegítimamente el pago de las cuotas, que constituye una desviación de poder por perseguir fines ajenos a los propios de la contratación administrativa; por lo cual la mayoría de la Sala anula, del artículo 74, la frase que dice:

'para participar en licitaciones públicas o privadas'".

En este asunto, no existe razonabilidad, por la sencilla razón de que para cumplir con los fines y los objetivos de Fedemur no era necesario prorrogar los nombramientos de los miembros de la junta directiva y los delegados. En otras palabras, la realización de los fines y la obtención de los objetivos de la federación no estaba supeditada a la ampliación de los plazos de nombramientos de los miembros de la junta directiva y los delegados, por lo que el acto es desproporcionado, ya que no existe una relación lógica entre los fines perseguidos con él y los medios empleados. Por otra parte, no hay una justificación objetiva para tal acto. Desde esta perspectiva, el continuar con el cierre técnico del relleno sanitario y el proceso de licitación no constituían una razón objetiva para tal acto, debido a que cualquier persona que cumpliera los requisitos para ser miembro de la junta directiva o delegado de una de las municipalidades puede realizar esa labor; en pocas palabras, no estamos frente a un caso de idoneidad comprobada, ni mucho menos ante una especialidad que poseen los actuales miembros de la junta directiva o los delegados, que obligara a prorrogar sus nombramientos para evitar graves perjuicios al interés públicos.

En tercer término, la Asamblea General Extraordinaria de la Fedemur es incompetente para prorrogar los nombramientos de los delegados de las municipalidades, toda vez que, de conformidad con la cláusula octava de sus estatutos, los delegados de la Asamblea General son nombrados por los respectivos Concejos de Curridabat y la Unión, por períodos de cuatro años, en el mes de julio del año

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que corresponda, los cuales pueden ser reelectos. Así las cosas, estamos, ni más ni menos, frente al ejercicio indebido de una potestad exclusiva de los Concejos por parte de la Asamblea General extraordinaria, lo que provoca la nulidad absoluta del acto adoptado.

En cuarto lugar, la Asamblea General extraordinaria de la Fedemur violentó la autonomía que el Derecho de la Constitución reconoce a las municipalidades, al atribuirse una potestad exclusiva de los Concejos. Sobre el particular, y con el ánimo de no hacer más extenso este estudio, puede consultarse el voto n.º 5445-99 del Tribunal Constitucional.

Por último, la introducción del transitorio que estamos comentado constituye un peligroso antecedente, ya que de aceptarse ese acto, los actuales miembros de la junta directiva y los delegados de los Concejos podrían sustraer completamente a Fedemur de los entes fundadores, lo que provocaría un absurdo jurídico, debido a que la federación municipal perdería el vínculo con las municipalidades. Dicho de otra forma, estaríamos en presencia de una federación municipal sin municipalidades.

Dada la gravedad de este asunto, y en vista de que es una atribución de la Asamblea General extraordinaria de Fedemur conocer en alzada las impugnaciones de los acuerdos (cláusula décima de los estatutos), en el eventual caso de que no anule el acuerdo que introdujo la "supuesta" norma transitoria, cualquiera de los Concejos podría intentar su nulidad a través de la técnica de los conflictos constitucionales, prevista en el inciso b) del segundo párrafo del artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

En vista de lo anterior, la Procuraduría General de la República no puede ni debe avalar la prórroga de unos nombramientos cuando existen vicios como los que hemos señalado.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Ahora bien, si quienes tienen la competencia para impugnar el acto que estamos comentando no la ejercitan, serán ellos los únicos responsables de que se ejerzan esos cargos en esas condiciones. En esta dirección, conviene recordar que el artículo 170 de la Ley General de la Administración Pública señala que el ordenar la ejecución del acto absolutamente nulo, producirá responsabilidad civil de la Administración, y civil, administrativa y, eventualmente, penal del servidor, si la ejecución llegare a tener lugar.

1. Existiendo un convenio entre dos Municipalidades (la Unión y Curridabat), con el Ministerio de Salud para la administración del relleno sanitario, puede alguna de las dos tomar acuerdos por separado en sus respectivos Concejos, pudiendo afectar con ello su administración y la operación diaria del sitio, así como el ambiente, y muy especialmente el cierre técnico ordenado por la Sala Constitucional en el voto No. 1154-96 del 6 de Marzo de 1996?

Aquí se deben aplicar tres reglas elementales. La primera, si existe un convenio entre las municipalidades y el Estado, representado por uno de sus órganos (Ministerio de Salud), el cual fue debidamente refrendado por el órgano contralor el 16 de abril de 1999, conforme a los principios de legalidad, pacta sum servanda y bona fides, los Concejos están en el deber jurídico de cumplir con lo pactado y, por ende, no pueden ejercer ninguna acción que socave los términos del convenio. Máxime que en el presente asunto, la cláusula séptima autoriza al Estado (Ministerio de Salud) a resolver unilateralmente el convenio si las municipalidades incumplen con las obligaciones asumidas. En consecuencia, los Concejos no pueden adoptar acuerdos en forma separada, cuando ello conlleva un incumplimiento de lo pacto en el convenio.

La segunda, en el eventual caso de que se presenten conflictos con motivo de la ejecución del convenio, las partes deberán acudir

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

a los remedios administrativos y judiciales que prevé el ordenamiento jurídico para su efectiva solución.

Por último, en todas aquellos casos en los cuales los Concejo no hayan asumido ningún compromiso u obligación en relación con la operación diaria, administración y cierre técnico del relleno sanitario, pueden ejercer libremente las atribuciones que la Constitución Política y las leyes les otorgan.

III.-

Conclusiones.

1. - La Asamblea General de Fedemur, en una Asamblea General Extraordinaria, puede reformar sus estatutos con el fin de mejorar la administración y llegar a un verdadero cierre técnico del relleno sanitario de Río Azul.

2. - Los Concejos (de Curridabat y de la Unión) no tienen la potestad para anular un acuerdo de la Asamblea General de Fedemur.

3. - La Procuraduría General de la República no puede ni debe avalar la prórroga de unos nombramientos cuando existen vicios graves en el acto que permite dicha prórroga. Ahora bien, si quienes tiene la competencia para impugnar ese acto no la ejercitan, serán ellos los únicos responsables (administrativa, civil y, eventualmente, penal) de que se ejerzan esos cargos en esas condiciones.

4. - Los Concejos no pueden adoptar acuerdos en forma separada, cuando ello conlleva un incumplimiento de lo pacto en el convenio entre ellos y el Estado, representado por el Ministerio de Salud."

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

LA EXENCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 8° DEL CÓDIGO MUNICIPAL, NO ES APLICABLE A LA FEDERACIÓN DE MUNICIPALIDADES DE CANTONES PRODUCTORES DE BANANO DE COSTA RICA (CAPROBA)

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]⁷

"NATURALEZA JURÍDICA DE CAPROBA.

La conformación de federaciones o confederaciones municipales tiene su fundamento legal en los artículos 4, 9, 10 y 11 del Código Municipal (Ley N° 7794). Respectivamente disponen esas normas:

"ARTÍCULO 4. - La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política. Dentro de sus atribuciones se incluyen: (...)

f) Concertar, con personas o entidades nacionales o extranjeras, pactos, convenios o contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

ARTÍCULO 9. - Las municipalidades podrán pactar entre sí convenios cuyo objeto sea facilitar y posibilitar el cumplimiento de sus objetivos o su administración, a fin de lograr una mayor eficacia y eficiencia en sus acciones.

ARTÍCULO 10. - Las municipalidades podrán integrarse en federaciones y confederaciones; sus relaciones se establecerán en los estatutos que aprueben las partes, los cuales regularán los mecanismos de organización, administración y funcionamiento de estas entidades, así como las cuotas que deberán ser aportadas. Para tal efecto, deberán publicar en La Gaceta un extracto de los términos del convenio y el nombramiento de los representantes.

ARTÍCULO 11.-

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Previo estudio de factibilidad, los convenios intermunicipales requerirán la autorización de cada Concejo, la cual se obtendrá mediante votación calificada de dos terceras partes de la totalidad de sus miembros. Estos convenios tendrán fuerza de ley entre las partes.

De las normas citadas, se desprende la autorización legal para que los municipios, voluntariamente puedan asociarse entre sí, constituyendo Federaciones - o Mancomunidades como también se les conoce en otros ordenamientos -, de acuerdo a un principio de solidaridad territorial. El objetivo de este tipo de organizaciones, es el de atender necesidades concretas de las localidades, cuyos gobiernos locales hayan acordado mancomunarse, realizando para ello funciones previamente determinadas, que pueden ser relativas tanto a la administración y gestión de servicios públicos, como al diseño de planes de desarrollo conjunto que les permitan enfrentar desafíos comunes, y en donde se puedan establecer condiciones para un mejor aprovechamiento de los recursos.

Podemos decir entonces, que de acuerdo con lo dispuesto en el Código Municipal, las federaciones municipales son producto de la voluntad descentralizadora del Estado. Esta figura asociativa responde al poder de organización que ostentan los gobiernos locales, el cual los faculta para la creación de un ente mancomunado, con una autonomía claramente delimitada en los estatutos de la respectiva asociación intermunicipal, que le permitan su adecuado funcionamiento y el cumplimiento de los fines previamente acordados.

En términos generales, las federaciones municipales, se caracterizan por ser " *Entidades de Derecho Público, de régimen local, no territoriales y de base estructural asociativa, lo que las constituye en corporaciones locales, interadministrativas de naturaleza institucional (no territorial),...*" (Martínez López-Muñiz, José Luis. Los consorcios en el derecho español. Instituto

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

de Estudios de Administración Local. Madrid, 1974. Pag 498. Lo resaltado no es del original).

Sobre el tema de las relaciones intermunicipales, Don Eduardo Ortiz Ortiz ha señalado que:

"...todas las formas de coordinación municipal pueden reducirse en Costa Rica a las relaciones de la municipalidad como igual frente a los otros entes públicos y a las demás municipalidades, incluyendo al Estado (...) Por lo pronto, los artículos 14 y 15 C. Municipal, autorizan a las municipalidades para celebrar 'convenios de coparticipación' para la prestación de servicios y obras en común. Estos convenios requerirán aprobación de la Contraloría General en todo caso (...) y de la Asamblea Legislativa si crean organismos 'distintos' de las municipalidades parte en el convenio. Si tales organismos fueran meros órganos, no serían distintos, dada la identidad jurídica entre persona y órgano. Para que lo sean, es preciso que nazca una persona jurídica que, como tal, es otro sujeto de Derechos, independiente en su existencia, aunque pueda depender, financiera o funcionalmente, de las municipalidades que le dieron origen (...) Las municipalidades pueden crear ligas para la defensa de intereses municipales comunes y aun del sistema municipal como tal, tanto como confederaciones de ellas, las que según el artículo 16 C. Municipal, y la Ley número 5.119 de 20 de noviembre de 1972, tienen personalidad jurídica propia (...) Evidentemente, la potestad de organización incluye la de crear entes tanto como órganos. Al crear un ente, se organiza automáticamente lo que está fuera del ente creador, precisamente por la personalidad jurídica conferida a la criatura. Crear entes (...) es claramente el ejercicio de una potestad de imperio (...) un acto unilateral, con un efecto intersubjetivo inmediato (...) es potestad

administrativa (...) que sólo puede darse cuando expresamente la atribuya el ordenamiento y, en Costa Rica, concretamente, la ley, en virtud de la reserva creada a su favor, en lo que toca a las relaciones entre autoridad y libertad, por los artículos 11 y 28, C. Política (que enuncian los principios de legalidad y de libertad) y por el artículo 19 L.G.A.P. (...)

Entes asociativos. Las municipalidades pueden crear, por pacto con otras u otros entes públicos, nuevos organismos dotados de personalidad propia y encargados de dar prestaciones o ejercer funciones comunes frente al público. Pueden los mismos tener personalidad de derecho público o de derecho privado. 1) Los consorcios. Las municipalidades pueden crear, por asociación con otras u otros entes públicos, una especie de ellos llamados consorcios (...) 2) Sociedades y Cooperativas..."

(Ortíz Ortiz. (Eduardo). Derecho Municipal Iberoamericano: "La Municipalidad en Costa Rica."

Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985. Pag 213 a 221).(Lo resaltado y subrayado no es del original. Actualmente, lo referente a los convenios de coparticipación se encuentra regulado en el Título II sobre "Relaciones Intermunicipales" del vigente Código Municipal, Ley N°7794).

En lo que respecta a la Federación Municipal CAPROBA, en primer lugar, es necesario apuntar que según lo dispuesto en el artículo 1° de sus Estatutos (Reformados en Asamblea General del 21 de setiembre de 2001 y aprobados por la Contraloría General de la República, de conformidad con la Ley N° 5119 del 20 de noviembre de 1972), está conformada por las municipalidades de: Corredores, Golfito, Guácimo, Limón, Matina, Osa, Pococí, Sarapiquí, Siquirres, Talamanca y Turrialba, con domicilio en el Palacio Municipal de Matina.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Por su parte, de acuerdo al artículo 3° de sus Estatutos, CAPROBA **"... es una persona jurídica pública, independiente de las municipalidades que la integran, con un patrimonio propio, personalidad y capacidad jurídica plenas para ejecutar todo tipo de actos y contratos necesarios para cumplir sus objetivos."**

(Lo resaltado y subrayado no es del original). Tales objetivos se encuentran establecidos en el artículo 5° de los estatutos de CAPROBA y entre otros podemos destacar: procurar el fortalecimiento institucional y político de las Municipalidades, promover el bienestar de los ciudadanos, así como el desarrollo integral y sostenido del territorio, mejorar la recaudación municipal mediante la implantación de los mecanismos de Gestión Catastral y Tributaria que fuesen necesarios, mejorar el desarrollo urbanístico del territorio, promover modificaciones totales o parciales del Régimen Municipal.

Para poder cumplir con los fines establecidos en sus Estatutos, la Federación está dotada de un Régimen Orgánico propio, estructurado en: órganos de gobierno, de gestión y consultivos; cada uno de ellos con competencias propias, claramente delimitadas, e independientes de la estructura organizativa de las respectivas municipalidades asociadas. Podemos afirmar que si bien la Federación de Municipalidades de los Cantones Productores de Banano es el producto de la voluntad de las distintas municipalidades que la conforman, no forman parte de la estructura municipal.

Además de lo apuntado, es importante tomar en cuenta lo establecido en el Capítulo Tercero de los Estatutos de CAPROBA, referente al régimen económico de esta entidad. Sobre este aspecto, debe resaltarse el hecho de que, de acuerdo al artículo 21, el patrimonio de CAPROBA está constituido no sólo por los bienes muebles o inmuebles que los asociados adscriban a la Federación, sino también por aquellos que sean cedidos por otras entidades públicas o privadas, o adquiridos por la misma Federación. Por su parte, el artículo 22 del mismo cuerpo

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

normativo establece una serie de recursos económicos con que cuenta la Federación, cuyo origen no se limita únicamente a los aportes ordinarios y extraordinarios de los municipios asociados, sino que contempla además, - entre otros - las aportaciones de otros organismo públicos, contribuciones voluntarias, donativos, legados, auxilios y subvenciones de toda índole que realice a su favor cualquier clase de persona física o jurídica.

De lo expuesto se colige que la Federación Municipal CAPROBA es un ente asociativo independiente, de carácter público, constituido como una entidad supra municipal, a la que se le ha dotado de un patrimonio, una organización, personalidad y capacidad jurídica propias, para el cumplimiento de las funciones o servicios específicos que se le han asignado mediante sus Estatutos, por ser considerados de interés para las comunidades representadas por las municipalidades asociadas. Sobre este aspecto, es importante recalcar que "Ni las Mancomunidades integran directamente en su organización a la población de los Municipios asociados ni ésta, en consecuencia, dispone de cauces representativos directos para gobernarlas y administrarlas."

(Martínez López-Muñiz, José Luis. "Los consorcios en el derecho español."

Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1974. Pag 499).

II.-

Procedencia de la Aplicación de la exención contenida en el artículo 8 del Código Municipal a CAPROBA.

Determinada la naturaleza jurídica de CAPROBA, resta analizar si de acuerdo a lo establecido en el artículo del 8 del Código Municipal, este tipo de organizaciones asociativas se encuentran cubiertas por la exención prevista en esa norma a favor de las corporaciones municipales.

La no sujeción del Estado a la tributación, en nuestro ordenamiento jurídico tributario se fundamenta en el llamado

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

principio de inmunidad fiscal, según el cual el Estado no puede reunir en sí mismo la condición de sujeto acreedor y deudor del tributo, aunque muchas veces el legislador prevé en algunas leyes tributarias exenciones y no sujeciones a favor de éste. Sin embargo, tal principio de inmunidad fiscal no alcanza a las entidades municipales, lo que obviamente las coloca en posición de contribuyente de los tributos que establece el Estado en el ejercicio de su potestad tributaria, que deriva del artículo 121 inciso 13) de la Constitución Política.

Como dicha potestad tributaria permite no sólo crear impuestos, sino también exenciones como un medio para atenuar los efectos de la tributación, el legislador, entratándose de las entidades municipales, y considerando elementos de naturaleza política, económica o social inherentes a ellas, las exime del pago de toda clase de impuestos, contribuciones, tasas y derechos, tal y como se desprende del artículo 8 del Código Municipal, que en lo que interesa dispone:

"ARTÍCULO 8.-

Concédese a las municipalidades exención de toda clase de impuestos, contribuciones, tasas y derechos."

(El resaltado no es del original).

Como corolario se tiene que el legislador, mediante una exención genérica subjetiva, sustrae a las entidades municipales de los efectos de la tributación nacional.

Tradicionalmente la doctrina ha sostenido que en casos en donde la ley crea cargas tributarias o establece exenciones sobre éstas, la interpretación de ese tipo de normas debe realizarse en forma restrictiva (artículo 6 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios) por cuanto la exención no es ni más ni menos, que una excepción al deber general de contribuir con los gastos públicos; y es por ello que sólo mediante ley se pueden crear tributos y exenciones, según el principio de reserva de ley que priva en materia tributaria, contemplado en el artículo 121 inciso 13) de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

nuestra Constitución Política y desarrollado por el artículo 5 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico no admite que se establezcan exenciones tributarias mediante interpretación "ex novo".

Sobre el tema, la Sala Primera de la Corte ha manifestado:

"Esta Sala en reiteradas ocasiones ha indicado que "las reglas sobre exoneración de impuestos constituyen una excepción al principio general sobre el deber de contribuir a los gastos públicos; y como tales, esas reglas han de ser de aplicación literal o restrictiva" (Sala Primera de la Corte número 1 de las 14:45 del 9 de enero de 1981), por lo que las excepciones impositivas se reconocen sólo en los casos contemplados expresamente por la norma, sin que sea dable acudir a criterios de analogía, inferencia o implicancia (Sala Primera de la Corte número 48 de las 15:40 del 31 de mayo de 1989)" (Resolución N° 162, 29 de setiembre de 1991).

Ahora bien, retomando las consideraciones realizadas con respecto a la naturaleza jurídica de la Federación de Municipalidades CAPROBA, resulta claro, que este tipo de entes públicos, al no formar parte de la estructura orgánica de las corporaciones municipales - pese a que el objetivo y fines que persiguen tienden a fortalecer el régimen municipal de los cantones que conforman la federación - y no estar sujetas a la dirección y control de las entidades municipales asociadas, no pueden beneficiarse del régimen exonerativo otorgado a las propias municipalidades por el legislador, mediante el artículo 8 del Código Municipal. Si la voluntad del legislador hubiese sido que tales federaciones estuviesen exentas del pago de tributos, así lo habría manifestado en forma expresa en el texto de la norma.

Con fundamento en lo expuesto, se reconsidera de oficio el Dictamen C-331-2001 de 30 de noviembre del 2001, en cuanto en dicho pronunciamiento se concluyó que la Federación de Municipalidades (FEDEMUR) goza de la exención contemplada en el

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

artículo 8 del Código Municipal, por ser un ente público naturaleza municipal.

IV.-

Conclusiones.

De acuerdo con los razonamientos jurídicos expuestos, podemos concluir:

1. Que la Federación CAPROBA, es un ente independiente, de naturaleza pública, asociativo, con una estructura orgánica propia, y por ello no forma parte de las corporaciones municipales que la integran.
2. Que, al no formar parte la Federación de Municipalidades de Cantones Productores de Banano de Costa Rica de la estructura orgánica municipal, y en virtud del principio de que las exenciones deben ser interpretadas en forma restrictiva por ser una excepción al deber general de contribuir con los gastos públicos, el régimen exonerativo creado a favor de las entidades municipales por el artículo 8 del Código Municipal, no le es aplicable a tal federación.
3. Que en consecuencia, se reconsidera de oficio el Dictamen C-331-2001 de 30 de noviembre de 2001."

BREVE ANÁLISIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE FEDEMUR Y LAS RELACIONES DE SERVICIO HABIDAS ENTRE SUS FUNCIONARIOS, EMPLEADOS O TRABAJADORES.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]⁸

"De conformidad con el artículo 10 del Código Municipal__, la Federación Municipal Regional del Este - FEDEMUR- es,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

naturalmente, un ente público regulado por el cuerpo normativo de referencia, Ley General de la Administración Pública y todas las demás disposiciones legales de carácter público que regulan a las instituciones del Estado. Se encuentra integrado por la Municipalidad de la Unión y Curridabat, con el fin de cumplir un objetivo común y primordial, según lo ha explicado esta Procuraduría_, en varias ocasiones. De esa manera ha señalado:

"1. - Que con respecto a la naturaleza jurídica de la Federación Municipal Regional del FEDEMUR, es claro que esta forma jurídica se constituyó con el fin de crear una entidad de carácter público y municipal, regida por el Código Municipal, la Ley General de la Administración Pública y sus propios Estatutos; conformada con la participación o asociación de dos corporaciones municipales, a la que se le ha dotado, además, de patrimonio (con recursos y presupuestos de dichas municipalidades), organización, personalidad y capacidad jurídica propias para el ejercicio de sus fines, que en la especie es para el específico y exclusivo cumplimiento de un servicio de carácter igualmente municipal, sea, 'integrar el manejo adecuado de los desechos sólidos de las municipalidades asociadas y administrar el Relleno Sanitario de Río Azul, con el propósito de facilitar el cumplimiento de objetivos de interés común, y lograr así una mayor eficiencia en todos sus alcances en pro de mejorar el Medio Ambiente'; para lo cual, dicha entidad deberá "impulsar programas de reciclaje y otros que contribuyan a reducir la carga de basura del relleno, todo con el fin de lograr el 'cierre técnico del relleno' de Río Azul."

(Dictamen No.331-2001 de 30 de noviembre de 2001)

Como puede verse, pese que esa Federación ha sido conformada por las citadas Municipalidades, se crea un cuerpo corporativo con su propio patrimonio, personalidad y capacidad jurídica; caracteres suficientes para actuar por sí mismo, a fin de cumplir con el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

indicado objetivo municipal, cual es el manejo de los desechos sólidos en las zonas de mención, y la administración del Relleno del Río Azul, para finalmente lograr el cierre técnico de ese basurero.

Dentro de ese orden, el mismo numeral de cita establece que para el funcionamiento, organización y administración de esa clase de entes, las municipalidades que los conforman, crearán sus propios estatutos, a través de los cuales se determinarán y convendrán, todo lo necesario para llevar a cabo sus fines. En ese sentido, la indicada norma dice:

“Artículo 10. - Las municipalidades podrán integrarse en federaciones y confederaciones; sus relaciones se establecerán en los estatutos que aprueban las partes, los cuales regularán los mecanismos de organización, administración y funcionamiento de estas entidades, así como las cuotas que deberán ser aportadas. Para tal efecto, deberán publicar en La Gaceta un extracto de los términos del convenio y el nombramiento de los representantes.”

De ahí que, para ser posible el funcionamiento de la Federación de estudio, ha sido necesario, obviamente, la contratación de su personal para la consecución del fin por el cual fue creado. Advirtiéndose a la vez, que por la índole de sus funciones, las relaciones de servicio entre ella y sus funcionarios o empleados, se encuentran regidos -salvo las excepciones que más adelante enunciaremos- por el régimen estatutario, a la luz de los numerales 191 y 192 de la Carta Política; y por otro lado, los trabajadores que no participan de la gestión pública, se rigen por el derecho privado del trabajo, según se establece en el artículo 112 de la Ley General de Administración Pública, que expresa:

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

" Artículo 112. -

1. *El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos.*
2. *Las relaciones de servicios con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3º, del artículo III, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos.*
3. *Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativa, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo.*
4. *Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos. "*

En similar sentido, este Órgano Asesor, ha señalado, en lo conducente:

" ...En primer lugar, lo lógico y lo normal, es que a los empleados de las Federaciones (entes que forman parte del régimen municipal) también se les apliquen las normas del Código Municipal que regulan las relaciones entre las municipalidades y sus empleados, no sólo por la naturaleza de las Federaciones – entes públicos municipales-, sino porque si el ente instituidor (municipalidad) se regenta por esa normativa, también los entes instituidos (las Federaciones) lo deben estar, máxime a causa de su vinculación con las primeras, toda vez que las segundas son menos instrumentos para satisfacer, de la mejor manera, los intereses y servicios locales. La anterior regla sólo tiene una excepción, y es cuando los trabajadores de las Federaciones no participan de la gestión pública."

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

(Vid, Dictamen C-285 de 23 de octubre del 2002)

En el primer grupo funcional, -repetimos- se encuentran los que adquieren el cargo a base de "idoneidad comprobada", a tenor de lo que dispone el artículo 119 del Código Municipal, y toda la doctrina que al respecto existe. Arribándose, por ende, al concepto de "carrera administrativa", que es el mecanismo o proceso por virtud del cual, el funcionario acumula una serie de caracteres y cualidades que lo posibilitan a escalar otros puestos y a percibir diversos beneficios laborales, que a la postre lo favorecen o incentivan, no sólo en lo personal, sino en pro de la función pública. Sobre esa definición, vale mencionar lo que la autorizada doctrina ha señalado:

"...La carrera se concibe más bien (al menos en teoría) desde una perspectiva funcional como un conjunto de oportunidades de ascenso y movilidad que la ley ofrece a los funcionarios (y otros empleados) en el seno mismo del empleo público. Al establecer las normas que regulan la carrera, lo que se pretende es, por un lado, facilitar la autorrealización profesional (aspectos retributivos incluidos) y por otro estimular el perfeccionamiento del funcionario. El objetivo último es asegurar que la Administración pueda contar con el personal capacitado que necesita. Pero también se trata de garantizar al funcionario unas reglas de juego que le permitan prever sus posibilidades de mejora profesional y económica y una cierta seguridad en los niveles de responsabilidad y retributivos que sucesivamente vaya alcanzando. De esta manera puede hacerse atractivo tanto el ingreso como la permanencia en la función pública, mientras que se recompensa al funcionario por su esfuerzo de promoción. Éstos son, desde una perspectiva moderna, los objetivos de la carrera. Pero que se alcancen o no depende, entre otras cosas, del esquema de carrera que la legislación disponga, de la claridad y objetividad de las reglas y de las posibilidades reales de ascender en virtud de la capacidad

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

y el esfuerzo individual.

Más que otros aspectos son las modalidades de carrera administrativa las que han contribuido a diferenciar los sistemas prototipos del empleo público, como tuvimos ocasión de indicar en el Capítulo I. Por un lado, el sistema denominado justamente de carrera, que se funda en la existencia de categorías personales jerarquizadas, a las que se accede por antigüedad o por méritos o por ambos factores, de manera que el funcionario va ascendiendo gradualmente hasta alcanzar, en su caso, la cúspide de su profesión dentro de la Administración...”

(Sánchez Morón (MIGUEL), "Derecho de la Función Pública", Editorial Tecnos, S.A. 1996, p.139)

En la misma línea de pensamiento, el artículo 115 del Código Municipal, define a la "Carrera Administrativa" como un medio de desarrollo y promoción humanos, entendido como un sistema integral, regulador del empleo y las relaciones laborales entre los servidores y la administración municipal, propiciando la correspondencia entre la responsabilidad y las remuneraciones, de acuerdo con mecanismos para establecer escalafones y definir niveles de autoridad.

Paralela a esa clase de funcionarios, encontramos los que ocupan puestos de manera interina o de confianza, caracterizados por ser de índole excepcional y temporal [3]; y como tales, excluidos, generalmente, de los derechos y beneficios que derivan de una carrera administrativa municipal, según lo dispone el artículo 118, que a la letra dice:

" ARTÍCULO 118. - Los servidores municipales interinos y el personal de confianza no quedarán amparados por los derechos y beneficios de la Carrera administrativa municipal, aunque desempeñen puestos comprendidos en ella.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para los efectos de este artículo, son funcionarios interinos los nombrados para cubrir las ausencias temporales de los funcionarios permanentes, contratados por la partida de suplencias o por contratos para cubrir necesidades temporales de plazo fijo u obra determinada y amparada a las partidas de sueldos por servicios especiales o jornales ocasionales.

Por su parte, son funcionarios de confianza los contratados a plazo fijo por las partidas antes señaladas para brindar servicio directo al alcalde, el Presidente y Vicepresidente Municipales y a las fracciones políticas que conforman el Concejo Municipal."

En suma, podemos observar tres clases de relaciones de trabajo dentro del Órgano Consultante, a saber: los funcionarios que están regidos por el Régimen Estatutario Municipal, y los que se encuentran exceptuados de ese sistema, en virtud del carácter temporal y especial de las funciones.

En tercer lugar, tenemos los trabajadores, empleados u obreros que se encuentran regidos por el Derecho Privado del Trabajo,- según el numeral 112 de la Ley General de la Administración Pública precitada- quienes a diferencia de los funcionarios públicos, se rigen por principios distintos, flexibles y propios, no sujetos a las formalidades del empleo público.

III.-

FONDO DEL ASUNTO:

De conformidad con los presupuestos jurídicos y fácticos

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

anteriores, se procederá a dilucidar la interrogante planteada: "... si algún funcionario de FEDEMUR pueda participar en un concurso interno para optar por una plaza en la Municipalidad de Curridabat o la Unión."

(SIC)

Sobre el particular, es menester escudriñar, en primer orden, la normativa especial que rigen las relaciones de servicio de los funcionarios municipales, a fin de localizar las disposiciones que sustentan la respuesta en cuestión, no sin antes recordar que, siendo que la Federación consultante se encuentra integrada por las Municipalidades de Curridabat y la Unión, naturalmente el Régimen de empleo es el mismo que opera en cualquier Municipalidad del país, según señalamos en el acápite anterior.

En efecto, los artículos 116, 117, 119 y 128 del Código Municipal, prescriben:

" **ARTÍCULO 116.** - Cada municipalidad deberá regirse conforme a los parámetros generales establecidos para la Carrera Administrativa y definidos en este capítulo. Los alcances y las finalidades se fundamentarán en la dignificación del servicio público y el mejor aprovechamiento del recurso humano, para cumplir con las atribuciones y competencias de las municipalidades."

"**Artículo 117.** - Quedan protegidos por esta ley y son responsables de sus disposiciones todos los trabajadores municipales nombrados con base en el sistema de selección por mérito dispuesto en esta ley y remunerados por el presupuesto de cada municipalidad."

"**Artículo 119.** - Para ingresar al servicio dentro del régimen municipal se requiere:

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

- a. - Satisfacer los requisitos mínimos que fije el Manual descriptivo de puestos para la clase de puesto de que se trata.*
- b. - Demostrar idoneidad sometiéndose a las pruebas, exámenes o concursos contemplados en esta ley y sus reglamentos.*
- c. -Ser escogido de la nómina enviada por la oficina encargada de seleccionar el personal.*
- D. - Prestar juramento ante el alcalde municipal, como lo estatuye el artículo 194 de la Constitución Política de la República.*
- e. - Firmar una declaración jurada garante de que sobre su persona no pesa impedimento legal para vincularse laboralmente con la administración pública municipal.*
- f. - Llenar cualesquiera otros requisitos que disponga los reglamentos y otras disposiciones legales aplicadas."*

"ARTÍCULO 128. - Al quedar una plaza vacante, la municipalidad deberá llenarla de acuerdo con las siguientes opciones:

a) Mediante ascenso directo del funcionario calificado para el efecto y si es del grado inmediato.

b) Ante inopia en el procedimiento anterior, convocará a concurso interno entre todos los empleados de la Institución.

c) De mantenerse inopia en la instancia anterior, convocará a concurso externo, publicado por lo menos en un diario de circulación nacional y con las mismas condiciones del concurso interno." (lo subrayado en negrita no corresponde al original)

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Como regla general, podemos observar del contenido de las normas transcritas, que para obtener la estabilidad en alguno de los cargos que puedan existir en cualquier Municipalidad, el funcionario o persona, debe demostrar su idoneidad a través de los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico de estudio, -salvo las excepciones estipuladas en el artículo 191 constitucional- [\[4\]](#) a fin de cumplir con eficiencia los servicios prestados, según los presupuestos fundamentales que ordena el Régimen de Empleo Público. En tal sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado en reiterado criterio, que:

"Para que estos servidores puedan pertenecer a este Régimen es requisito indispensable la idoneidad comprobada, lo cual significa que los servidores deben reunir las condiciones y características que los faculten para desempeñarse en forma eficiente en el trabajo, sea reunir los méritos necesarios que el cargo demande. De este modo, una vez que los candidatos para ocupar determinadas plazas se han sometido a una serie de pruebas y han cumplido con ciertas condiciones establecidas por ley, pasan a integrar una lista de elegible, que posteriormente será tomada en cuenta en el momento de hacer los nombramientos en propiedad, los cuales serán nombrados a base de tal idoneidad."

(Vid, entre otros, Voto No. 60-94 de las 16:54 horas del 05 de enero de 1994, Recurso de Amparo)

Pero en lo que atañe a la presente consulta, se prescribe en el artículo 128 de cita, un procedimiento, por virtud del cual la Administración tiene la facultad de escoger a la persona que mejor responda a los requerimientos exigidos para ocupar un determinado puesto que se encuentra vacante; tutelándose, de esa manera, no sólo la carrera administrativa sino la eficiencia y efectividad de los servicios públicos. En relación con esa norma legal, este Órgano Consultor ha dicho:

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"...el iter que se ha de seguir para nombrar a un postulante de un puesto, en propiedad, está claramente regulado; por tal motivo la Administración no puede, en forma arbitraria o antojadiza, obviarla. Dicho de otra manera, ésta está compelida a promover los concursos, sean internos o externos, que correspondan, en estricto orden y con las condiciones que prescribe la norma."

(Vid, Dictamen C-078- 2004 de 5 de marzo del 2004)

Por consiguiente y de conformidad con la disposición de análisis, se debe tener en cuenta, en primer lugar, al funcionario que ha venido haciendo carrera administrativa de manera calificada en la Institución para la cual presta sus servicios; en cuyo caso se recurre al trámite del ascenso directo si el puesto es del grado inmediato superior. Obviamente que para ello se considerarían antecedentes importantes de la persona, como por ejemplo, los que estipula el artículo 33 del Estatuto de Servicio Civil, en tanto señala que:

" Las promociones de un grado al inmediato superior las podrán hacer los Jefes tomando en cuenta en primer término las calificaciones periódicas de sus empleados; en segundo, la antigüedad y cualesquiera otros factores, siempre que a juicio de la Dirección General de Servicio Civil, los candidatos a la promoción llenen los requisitos de la clase a que van a ser promovidos."

De lo contrario, si no existe el servidor que cumpla con los presupuestos de la plaza en cuestión para el ascenso directo, se puede optar por la segunda alternativa, a saber: " b) Ante inopia en el procedimiento anterior, convocará a concurso interno entre todos los empleados de la Institución."

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

En dicha hipótesis, válido es señalar, que pese que ese inciso establece en principio la posibilidad de que solamente pueden participar en un concurso interno los empleados pertenecientes a la Municipalidad que lo promociona, lo cierto es que ante una escasez de personal, nada obstaría para que ese concurso se extendiera hacia funcionarios de otro ente público diferente, como FEDEMUR; habida cuenta de que este cuerpo corporativo se encuentra conformado por las Municipalidades citadas, para la consecución de un objetivo común, a tenor de lo que dispone el precitado artículo 10 del Código en mención. En ese aspecto, se tiene como parámetro lo dispuesto en el inciso d) del artículo 20 del Reglamento de Concursos Internos (Ver Decreto No. 25025-MP de 13 de enero de 1995) que a la letra dice:

“Artículo 20. - Los concursos internos se realizarán en las siguientes condiciones:

(a, b, c)

*d) **Se admitirán primero los funcionarios de la institución en que ocurra la vacante. Si no existieran suficientes candidatos, las Oficinas de Recursos Humanos podrán reclutarlos de otras instituciones cubiertas por el Régimen.** Sin embargo, salvo norma expresa en contrario, cuando priva el interés institucional, queda a juicio de las Oficinas de Recursos Humanos, o de los jefes respectivos, hacer la divulgación desde el inicio de los concursos, en aquellas otras instituciones.”*

(Lo subrayado no es del texto original)

No está demás indicar, que ese procedimiento resulta práctico y útil, en tanto pueden existir personas que aunque se encuentren interinas con Fedemur, potencialmente, son aptas para ocupar la

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

plaza vacante en alguna de las dos Municipalidades que la integran; siempre y cuando reúnan los requerimientos correspondientes. De todas formas, es de enfatizar lo que el Tribunal Constitucional ha reiteradamente indicado, en lo que interesa:

I.-

(...) independientemente de la condición en la que ostenten el puesto, todos son servidores de la misma institución y, por ende, deben tener las mismas posibilidades que los funcionarios nombrados en propiedad, y así poder participar en los concursos que se realicen para nombramientos en diferentes puestos que se encuentren vacantes. Ya anteriormente esta Sala en el voto 2790-92, consideró discriminatorio el hecho de que a una trabajadora interina se le negara el derecho de participar en un concurso, por lo que se obligó a la Institución a dejarla participar en el mismo, considerando asimismo que todos los servidores de una institución se encuentran en la misma condición para poder ostentar un puesto que es sacado a concurso. Ello lógicamente, no implica que el interino deba ser nombrado en el puesto en el cual concursa, aunque hubiese venido por interinazgos ocupándolo, pues allí el organismo encargado del nombramiento, tomará en cuenta para la designación, las calificaciones, tiempo de servicio y cualesquiera otras condiciones necesarias para el puesto el cual está concursando, de acuerdo con criterios de idoneidad.

(Vid, Voto No. 21-95 de 16:00 horas del 3 de enero de 1995) (En igual sentido, ver Votos Números 5621-95, 3259-96, 4845-99 y 4846-99)

En similar sentido, ese Tribunal ha subrayado:

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"La Sala entiende que en el sector Público los concursos para llenar plazas es el medio natural mediante el cual se abre la posibilidad a todos aquellos sujetos que cumpliendo los requisitos académicos, y de experiencia laboral sean aptos para ocupar el puesto que se sacó a concurso, para con ello cumplir con el mandato constitucional establecido en el artículo 192, de la "idoneidad comprobada" garantizándose la eficiencia de la función de la administración. Ahora bien, partiendo de ese supuesto, y desde el punto de vista meramente constitucional, se denota una violación al principio a la igualdad y al derecho al trabajo, en el sentido de que los concursos internos por traslado contenidos en la normativa especial que regula a la institución aquí demandada, limitan la participación abierta de toda aquella persona que cumpla los requisitos académicos y de experiencia, siendo que en este tipo de concursos internos se da una movilización de plaza entre funcionarios en propiedad, discriminándose a otros sujetos interesados que son excluidos y limitados a presentar sus ofertas para participar, sin que se tome en cuenta otros elementos necesarios para el cumplimiento de la eficiencia, como lo es si algún sujeto ha ocupado una plaza en forma interina satisfactoriamente. Ese limitante, pese a estar contenido en una normativa especial, roza con lo preceptuado por la constitución Política, por lo que al ser odiosa e inconstitucional tal práctica debe ser desechada, y en su lugar **debe abrirse los concursos internos, no solo a los funcionarios con una plaza en propiedad, sino a todos aquellos que cumplan los requisitos.**"

. (lo subrayado en negrita no corresponde al original) (Sala Constitucional, Voto 1764-94 de las nueve horas del quince de abril de mil novecientos noventa y cuatro)

Ahora bien, si definitivamente en ninguna de las dos hipótesis anteriores se puede encontrar a la persona idónea para ocupar

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

dicho puesto, la Administración puede recurrir a la tercera opción, consistente en sacar a concurso externo la respectiva plaza vacante, publicándose por lo menos en un diario de circulación nacional y en las mismas condiciones del concurso interno, según lo establece puntualmente el inciso c) del precitado numeral 128 del Código Municipal, a fin de que participen todas aquellas personas, **sin excepción**, que cumplan con los requisitos que al efecto se exigen.

IV.-

CONCLUSIÓN:

De conformidad con el inciso b) del artículo 128 del Código Municipal y parámetros establecidos en el inciso d) del artículo 20 del "Reglamento de Concursos Internos" (Ver Decreto No. 25025-MP de 13 de enero de 1995) los funcionarios de la Federación Municipal Regional del Este, podrían participar en un concurso interno si a juicio de la Municipalidad de la Unión o de Curridabat que lo promueve (según sea el caso) así lo considerare pertinente, en virtud de no existir en alguno de esos sectores municipales, suficientes funcionarios que quieran concursar en una plaza que se encuentra vacante.

FIJACIÓN DE TARIFA TRATAMIENTO DE DESECHOS SERVICIO MUNICIPAL.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]⁹

Mediante dictamen C-169-99 de 20 de agosto de 1999, el Procurador General comunica que la Asamblea de Procuradores, en sesión de 19 de agosto anterior aprobó el proyecto presentado por la Dra. Magda Inés Rojas Chaves, en relación con la solicitud de reconsideración del dictamen N. 100-99 de 26 de mayo anterior, que concierne la competencia para regular los servicios de tratamiento de desechos sólidos.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

En dicho dictamen se analiza la especificidad del concepto de servicio público y en particular, el llamado servicio municipal, dándole la relevancia correspondiente al concepto de titularidad pública o publicatio. Se indica que la prestación indirecta del servicio requiere de un acto de delegación de la gestión del titular del servicio, por lo que un particular está impedido para prestar el servicio si no cuenta con ese acto emitido por la Administración Pública. Se indica al efecto que la Ley de ARESEP es clara en cuanto a que la titularidad del servicio de mérito corresponde a las Municipalidades, aspecto que ya antes había establecido la Ley General de Salud, así como al hecho de que esa Ley de ARESEP especifica que la concesión para explotar el servicio de tratamiento de la basura debe emanar de la Municipalidad respectiva. De lo que se desprende que la ARESEP no podría ejercer una función de regulación activa sobre ese servicio si este es prestado por un particular que carece de habilitación por la municipalidad correspondiente. SE agrega que del conjunto de disposiciones del Código Municipal se deriva que corresponde a las Municipalidades ejercer regulación a través de la fijación de tarifas de esos servicios, así como de la reglamentación de los servicios. Por lo que se ha producido una derogación tácita del artículo 5, aparte i) de la Ley de la ARESEP. Se añade que en ejercicio de su función reguladora la Municipalidad debe establecer reglas claras en orden a la prestación del servicio y debe tender a la debida satisfacción de los derechos de los usuarios. Por lo que se reconsidera el dictamen de mérito, en sus conclusiones números b), e) y f), manteniéndose en los puntos a), c) y d).

POSIBILIDAD DE LAS MUNICIPALIDADES DE CONSTITUIR SOCIEDADES

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]¹⁰

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

" Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me es grato referirme a su 113-COCIM-99 del 19 de octubre de 1999, recibido en mi despacho el 27 de ese mismo mes, mediante el cual solicita el criterio de este órgano superior consultivo técnico jurídico con respecto a la viabilidad legal de que las municipalidades del Gran Area Metropolitana que forman parte del Convenio Cooperativo Intermunicipal (COCIM) puedan constituir una sociedad de capital público y a través de ella, integrarse en una sociedad anónima de capital mixto.

I.-

NORMATIVA APLICABLE.

A.-

CONSTITUCIÓN POLITICA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1949.

"Artículo 169.-

La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón , estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley".

"Artículo 170.-

Las corporaciones municipales son autónomas".

B.-

CODIGO MUNICIPAL, LEY NUMERO 7794 DE 30 DE ABRIL DE 1998.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

" Artículo 4.-

La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política. Dentro de sus atribuciones se incluyen:

(...)

f) Concertar, con personas o entidades nacionales o extranjeras, pactos, convenios o contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones".

"Artículo 9.-

Las municipalidades podrán pactar entre sí convenios cuyo objeto sea facilitar y posibilitar el cumplimiento de sus objetivos o su administración, a fin de lograr una mayor eficacia y eficiencia en sus acciones".

"Artículo 13.-

Son atribuciones del Concejo:

(...)

e) Celebrar convenios, comprometer los fondos o bienes....

(...)

p) Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta".

"Artículo 62.-

La municipalidad podrá usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos o contratos permitidos por este código y la Ley de Contratación Administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines.

Las donaciones de cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles, así como la extensión de garantías a favor de otras personas, solo serán posibles cuando una las autorice expresamente una ley especial. Podrán darse préstamos o arrendamientos de los recursos mencionados, siempre que exista el convenio o el contrato que respalde los intereses municipales...".

II.-

ANTECEDENTES.

A.-

CRITERIO DE LA ASESORÍA LEGAL.

El Lic. José Luis Ocampo Rojas, asesor legal de COCIM, en la nota del 15 de octubre del año curso, dirigida a Carlos Villalobos Szuster, Secretario Ejecutivo de COCIM, considera que no existe impedimento legal alguno "...para que las municipalidades se organicen bajo la figura societaria que mejor convenga a sus intereses y elijan a sus potenciales socios, en concordancia con sus objetivos, sin dejar de lado que el pensamiento de la empresa privada está dirigido al afán de lucro y, el cometido de los entes estatales lo es, satisfacer el interés público, contraposiciones

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

que en algún sentido deberán guardar equilibrio."

B.-

CRITERIO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

El órgano asesor, en la opinión jurídica OJ-113-99 del 31 de agosto del año en curso, se refirió al tema en estudio. Es más, consideramos que la respuesta al criterio que se solicita, en su gran mayoría, se encuentra en ese documento.

III.-

SOBRE EL FONDO.

La consulta en sí involucra dos aspectos. El primero, la posibilidad o no que tienen los entes corporativos de constituir una sociedad de capital público. La segunda, si a través de esta entidad, pueden integrarse en una sociedad anónima de capital mixto.

En vista de que la mayor parte de los aspectos ya fueron considerados en la opinión jurídica O.J.-

113-99, para efectos de exposición transcribiremos ese documento, refiriéndonos, en primer lugar, a la iniciativa municipal en la economía.

Posteriormente, nos abocaremos a la sociedad de capital público y a la sociedad anónima de capital mixto, para luego hacer mención al mecanismo de selección del socio del sector privado.

A.-

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

LA INICIATIVA MUNICIPAL EN LA ECONOMÍA.

La iniciativa municipal en la actividad económica la podemos subsumir dentro del concepto de la iniciativa pública en la economía.

El tema de la participación del sector público en la actividad económica (producción y prestación de bienes y servicios en régimen de monopolio o de mercado, por los medios genéricos de la actividad administrativa, indirectos o directos), ha sido un tema referido, por lo general, al Estado. Desde esta perspectiva, se habla de la iniciativa pública para mencionar la autorización del ordenamiento jurídico a favor de aquel para que intervenga en la actividad económica.

Nuestra Constitución Política, a diferencia de otras, verbigracia la Española de 1978 (artículo 128, inciso 2)1, no reconoció, en forma expresa, la iniciativa pública en la economía.

Empero, lo anterior no es óbice para expresar que el artículo 50 de la Carta Fundamental, constituye un fundamento jurídico suficiente que ampara la intervención del Estado en la economía.

Esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, quien en los votos números 550-95, 3120-95 y 311-97, respectivamente, indicó lo siguiente:

"La Constitución vigente, en su artículo 50, consagra un criterio importante en esta materia, dando fundamento constitucional a un cierto grado de intervención del Estado en la economía, en el

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

tanto no resulte incompatible con el espíritu y condiciones del modelo de "economía social de mercado" establecido constitucionalmente, es decir, se postula en esa norma, y en su contexto constitucional, la libertad económica pero con un cierto grado, razonable, proporcionado y no discriminatorio de intervención estatal, permitiéndose al Estado, dentro de tales límites, organizar y estimular la producción, así como asegurar un "adecuado" reparto de la riqueza. Esta Sala en su sentencia #1441-92, de las 15:45 horas del 2 de junio de 1992, dispuso: 'El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que "el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza" lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho' .

--- NOTA (1): "Artículo 128 [Función Pública de la Riqueza] (...)

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica.

Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

Sobre el tema de la intervención del Estado en la economía, concretamente, el Tribunal Constitucional, en los votos números

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

6776-94 y 655-97, respectivamente, expresó:

"En el campo económico el Estado no participaba en forma directa, lo cual dejaba al libre juego de los intereses de los participantes.

Era el tiempo de la política económico-liberal del "laissez faire".

Cualquier intervención de los organismos públicos que fuera más allá de la labor de gendarme o de policía, era tildada de ilegal o inconstitucional. Sin embargo, tal concepción del Estado ajena totalmente a los principios básicos del cristianismo, de la solidaridad y de la justicia social, fue ya superada. En definitiva se llegó a pensar que el Estado tiene que intervenir en el orden económico, tratando de distribuir con mayor justicia la riqueza, sin lesionar con ello la iniciativa de los particulares (empresarios). Y tal intervención no obedece al hecho de que el Estado sea más poderoso, sino por su propia naturaleza. Así, la intervención estatal puede realizarse en forma directa, dándose origen a las empresas públicas. También, puede hacerlo de manera indirecta, concediendo subvenciones o mediante la adopción de medidas proteccionistas a los empresarios privados. Pero igualmente, y en aras del bien común, el Estado puede intervenir y participar en el quehacer económico por medio de su autoridad, para lo cual el ordenamiento jurídico le otorga potestades para dirigir, controlar y regular la economía.

Dichas facultades pretenden que el empresario particular en sus actividades, se desenvuelva dentro de ciertos marcos que el Estado (que representa y cuida a toda la comunidad), establece en cada oportunidad".

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Ahora bien, el hecho de que el tema de la iniciativa pública haya estado residenciado en el Estado no significa, de ninguna manera, que exista una imposibilidad de las municipalidades de participar en la actividad económica, a pesar de que hasta el día de hoy esta situación no ha sido frecuente, por no decir inexistente², en nuestro medio.

--- NOTA (2): En otros países la intervención económica de la Administración Pública se ha visto impulsada por los municipios y las Comunidades Autónomas. TRONCOSO REIGADA (Antonio) Privatización, Empresa Pública y Constitución. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Primera Edición, 1997, páginas 32 y 33.

Al igual que la intervención del Estado en la economía está sometida a una serie de requisitos, con el fin de ajustar ese accionar al Derecho de la Constitución, la intervención de la municipalidad en la actividad económica debe de cumplir con una serie de condiciones.

En España, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases Municipales del Régimen Municipal, reconoce la intervención directa de la Corporación en la actividad económica a través de la sociedad mercantil.

En efecto, el artículo 85 de ese cuerpo normativo, en lo que interesa señala:

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

" Artículo 85.

1. Son servicios públicos locales cuando tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales.

2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse en forma directa o indirecta. En ningún caso podrá prestarse gestión indirecta de los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

3. La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:

A) Gestión por la propia Entidad local.

B) Organismo autónomo local.

C) Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local " (Lo que se resalta no corresponde al original).

Por su parte, la Ley 39/ 1988 de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, deja entrever la posibilidad que tienen las entidades locales de conformar empresas mixtas, cuando en el artículo 149 se señala:

"149.-

El presupuesto de la Entidad local será formado por su Presidente y al mismo habrá de unirse la siguiente documentación:

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

(...)

3) Las Sociedades Mercantiles, incluso de aquellas en cuyo capital sea mayoritaria la participación de Entidad local...".

Don Eduardo Ortiz Ortiz, tomando como parámetro el anterior Código Municipal, Ley número 4574 de 4 de mayo de 1970, en lo referente a la intervención directa en la economía³ -objeto de esta consulta-, señaló que "... las municipalidades no pueden crear unilateralmente entes locales -ni públicos o privados- y sólo pueden hacerlo por virtud de convenio y mediante intervención aprobatoria o constitutiva de la Asamblea Legislativa"⁴

--- NOTA (3): El Estado puede intervenir en la economía utilizando los medios genéricos de la actividad administrativa (facultades de control, regulación y ordenación de los distintos procesos de producción y distribución de bienes y servicios), los medios indirectos (actividad de fomento) y los medios directos (las nacionalizaciones y la creación de empresas nuevas).

NOTA (4): ORTIZ ORTIZ (Eduardo) La Municipalidad en Costa Rica.

Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, primera edición, 1987, página 145.

Como puede observarse, hasta la emisión del actual Código Municipal, Ley número 7794 de 30 de abril de 1998, las

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

corporaciones municipales no estaban autorizadas para crear, unilateralmente, una empresa pública, sino que para tal fin requerían de una ley⁵.

--- NOTA (5): Por Ejemplo, la Ley N° 3300 de 16 de julio de 1964 que estableció la Junta Administradora del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago.

Según Don Eduardo Ortiz, las municipalidades sí podían crear, por pacto con otras u otros entes públicos, nuevos organismos dotados de personalidad propia y encargados de dar prestaciones o ejercer funciones comunes frente al público. Estos podían tener personalidad de Derecho Público o de Derecho Privado⁶.

--- NOTA (6): ORTIZ ORTIZ (Eduardo) Op. Cit, página 152. Además señala Don Eduardo que por la vía de convenios o pactos pueden constituir los consorcios " Las municipalidades pueden crear, por asociación con otras u otros entes públicos, una especie de ellos llamados consorcios.

Desempeñan éstos atribuciones coincidentes y no lucrativas de las municipalidades, pero sin abandono de ella por parte de sus miembros, que conceden únicamente su ejercicio, revocable en cualquier momento; es también posible y frecuente que las municipalidades se reserven una potestad de ejercicio simultáneo y concurrente en el cantón. El consorcio no exige aporte de bienes sino en la medida necesaria para prestación del servicio consorcial, que suplen las municipalidades parte. Su ámbito territorial es siempre intermunicipal. Pueden también ser de base comunitaria, en cuanto agrupen no tanto a las municipalidades como

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

a los munícipes de ambos cantones, de los cuales los órganos directores y ejecutivos del consorcio son representantes, y a los cuales están sujetos como pueblo municipal".

También estaban autorizadas a formar, por pacto o convenio, con otros entes públicos sociedades y cooperativas.

"Si la municipalidad quiere asociarse para constituir una nueva entidad de forma y acción privada, por su régimen dominante, sea sociedad, asociación o cooperativa, tienen que sujetarse al Derecho Privado para su creación, tanto en punto a procedimiento funcional como en cuanto a cláusulas y efectos del pacto. Cualquier derogación del Derecho Privado y/o de sus leyes especiales en la materia requeriría intervención legislativa. Puede la municipalidad emprender en actividades mercantiles, pero si ello perjudica la competencia privada, tanto como si lo hace en condiciones de privilegio, tiene que indemnizar los daños que cause la suya propia, que así podrá reputarse desleal o normal, pero lesiva. Hay quienes sostienen que las municipalidades no pueden perseguir fines de lucro ni desarrollar actividades mercantiles, por ser éstas especulativas, extrañas a su cometidos de bien comunal y peligrosas para su patrimonio. No lo consideramos fundado, siempre que la intervención y actividad municipales puedan reputarse una fuente de ingresos que no ponga en peligro, sino que fortalezca la hacienda municipal, salvada naturalmente la responsabilidad por los daños que su funcionamiento cause a la empresa privada competidora. Y si hay monopolio es obvia esa responsabilidad a cargo del Estado, por la ley que lo crea, según todo lo dicho".⁷

--- NOTA (7): ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Op. Cit. páginas 153 y 154.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Tanto en el primer caso como en el segundo, somos de la tesis de que tales convenios requerían de la aprobación legislativa, ya que el artículo 15, párrafo segundo, del derogado Código Municipal, así lo exigía.

Con la promulgación del Código actual la situación se torna diferente. En primer lugar, se mantiene la norma que autoriza a las municipalidades a pactar entre sí convenios (artículo 9); empero no se indica si a través de éstos se pueden crear nuevos entes -públicos o privados, lo que obliga a determinar si ellos es posible a la luz de la normativa que emergió con la Ley número 7794 de 30 de abril de 1998.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 13, inciso p)

autoriza al Concejo, a instancia del Alcalde, a constituir establecimiento públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta, la terminología que emplea la norma no es lo suficientemente clara, lo que compele al operador jurídico a hacer un esfuerzo interpretativo de la misma⁸. Sin embargo, en vista de que la consulta se refiere a la creación por parte de la corporación municipal de empresas de economía mixta, en lo que el Código sí es explícito, nos limitaremos en esta opinión jurídica, exclusivamente, al análisis de esta opción.

--- NOTA (8): Revisando el expediente legislativo número 12.426, encontramos que en el proyecto de ley de Código Municipal, presentado por el Diputado Jiménez Succar, no estaba esta norma.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

La misma aparece en el texto sustitutivo que presentó el citado legislador, moción que fue aprobada por la Comisión Especial de Descentralización del Estado y Fortalecimiento de los Gobiernos Locales, en la sesión del 11 de noviembre de 1997 (ver folio 321). En los dos dictámenes Afirmativos Unánimes que rindió la citada comisión, del 1 y 22 de abril de 1998, respectivamente (ver folios 667 y 819), lo único que se indica al respecto es lo siguiente: " Se concede mayor fuerza a los convenios intermunicipales y al establecimiento de empresas municipales, procurando introducir conceptos de operación más comúnmente usados en la Administración privada que en la pública".

A esta altura de la exposición, queremos resaltar que a diferencia del anterior Código Municipal, el actual autoriza al municipio a constituir sociedades públicas de economía mixta.

B.-

LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL PÚBLICO.

Estima el órgano asesor que al amparo de los artículo 9 y 13 del Código Municipal, que le permite a las corporaciones pactar entre sí convenios cuyo objeto sería facilitar y posibilitar el cumplimiento de sus objetivos, y crear empresas industriales y comerciales, además, con base en la iniciativa municipal en la economía, que el ordenamiento jurídico reconoce a favor de estos entes, es posible que las municipalidades que conforman el COCIM constituyan una sociedad anónima de capital público (el 100% del capital social pertenece a entes de Derecho Público).

C- SOBRE LA SOCIEDAD MIXTA.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

En la sociedad mixta se unen el sector público y el privado, para alcanzar , conjuntamente, un objetivo económico. Lo característico de estas empresas es la participación de ambos sectores, tanto en la propiedad del capital social como en la gestión de la empresa.

En la actualidad, se ha acuñado un concepto más amplio de sociedad mixta, en el cual se incluyen no sólo las alianzas entre el sector público y privado, sino también entre sujetos de éste último, por lo que las sociedades de economía mixta, también conocidas como join-venture, son definidas como: "...el desarrollo de una actividad empresarial de forma conjunta y a priori de manera temporal entre socios que comparten el capital. Los motivos fundamentales por los que compañías deciden crear una sociedad mixta son: * La transferencia de tecnología o el desarrollo en común de un nuevo proceso o producto. * Soslayar los contingentes y otras restricciones a las importaciones. * Aunar esfuerzos y competencias para alcanzar unos logros que no se podrían obtener de forma separada. * Compartir costes y riesgos- * Adquirir recursos que no están disponibles en el mercado"9

--- NOTA (9): BUENO CAMPOS (Eduardo) Fundamento de Economía y Organización Industrial. Editorial Mc GraW Hill, primera edición, 1993, páginas 323 y 324.

Algunos autores hacen una distinción entre empresas mixtas públicas y mixtas privadas. Señala la Licda. Valverde Kooper, al respecto:

" En Italia se le considera privadas, en Alemania e Inglaterra se

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

le reconoce status público y en Francia se resuelve caso por caso, que parece ser el criterio más adecuado, dada la diversidad de modalidades. Un criterio importante es el régimen de privilegio que ostenta el Estado frente a los demás socios, independientemente de su participación social. Ahora bien, normalmente si tal participación es mayoritaria, el Estado asume ciertos privilegios (en cuanto a la integración de los órganos en cuanto al poder de decisión) que inclina la balanza hacia la publicación de la entidad. El mejor ejemplo lo constituye CODESA a la que la jurisprudencia nacional considera parte de la Administración Pública"10

--- NOTA (10): VALVERDE KOOPER (Mercedes) "Las Administraciones Públicas" en Antología de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, primer semestre, 1984, página 97.

Sobre este mismo aspecto, el Dr: Mauro Murillo expresa:

" Una desnaturalización de la sociedad se produce ciertamente cuando la administración es propietaria de la totalidad del paquete accionario. La presencia de socios privados se considera indispensable con el objeto que no se desvirtúe el fin de la sociedad"11 ---

NOTA (11): MURILLO ARIAS (Mauro) "La Empresa Pública" Ensayo de Derecho Constitucional Costarricense. Editorial Juricentro, San José, primera edición, 1983, página 310.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

De acuerdo con la legislación vigente las corporaciones municipales están autorizadas para constituir sociedades públicas de economía mixta, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1.-

Independientemente del esquema organizativo que adopte la sociedad mixta, el cual, por lo general, es el de la sociedad anónima, este tipo de ente serán siempre de naturaleza pública, toda vez que el legislador se inclinó por esta opción atendiendo al criterio del control del ente público sobre el capital de la empresa. Sobre el particular, las palabras de Dr: Mauro Murillo resultan pertinentes:

"Un tratamiento aparte merecen las empresas públicas, especialmente las configuradas como sociedad anónima, que son las que usualmente se entienden como tales. Estas sociedades son empresas públicas cuando el capital accionario es propiedad de entes públicos, en su totalidad o en su mayoría.

Lo que interesa es entonces el control de la empresa por parte del sector público, mediante el mecanismo de la propiedad accionaria.

Se supone que una sociedad anónima, constituida como tal conforme al Código de Comercio, es por principio un ente privado. En nuestro medio se encuentran empresas públicas que no son reguladas por ley (como las subsidiarias de CODESA), otras autorizadas a crearse como sociedades bajo reglas especiales (como ASBANA); otras afectadas, posteriormente a su creación, por ley especial (RECOPE, ZONA FRANCA) y otras creadas directamente por ley (CODESA)...". "...La practica ha sido muy variada, pero predomina

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

la tendencia a entenderlos como entes públicos, normalmente no estatales. Se ubican como no estatales solo para, por supuesto, no someterlo a una legislación más rigurosa... De toda suerte su ubicación como públicos es muy dudosa. Más lógico resulta ubicarlos como entes privados, aunque sometidos a regulaciones especiales"¹²

--- NOTA (12): MURILLO ARIAS (Mauro) Ensayos de Derecho Público, Volumen II, Edición Juritexto, San José, primera edición, 1996, páginas 27 y 28.

También la Procuraduría General de la República ha seguido el criterio del control de los entes públicos sobre el capital de la empresa, para calificar a una entidad organizada bajo las figuras privadas como empresa pública. En efecto, en el Dictamen C-080-86 indicamos:

"Como puede observarse, si bien en principio el derecho privado regula la actividad de las empresas públicas o estatales, es lo cierto que el legislador ha considerado oportuno y conveniente establecer disposiciones tendientes a dirigir y fiscalizar su funcionamiento. Ello hace, por ejemplo, que queden sujetas a las directrices de la Autoridad Presupuestaria, incluso en los aspectos relativos a inversión, endeudamiento y salarios. De este modo, en el caso que nos ocupa, a tenor de lo preceptuado por el artículo 2º inciso c), en concordancia con el 15 de la Ley N° 6821 de 19 de octubre de 1982, Fertilizantes de Centro América S.A., como empresa estatal, forma parte del sector público no financiero...".

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Por su parte, en el Dictamen C-063-96 del 3 de mayo de 1996 expresamos:

"En razón de su actividad, BICSA está regida por el Derecho Comercial y más aún por el Derecho del país en donde se constituyó y ejerce primordialmente sus operaciones. Desde esa perspectiva, es una sociedad anónima de nacionalidad extranjera y sujeta, por ende, al ordenamiento extranjero. El régimen de su actividad es, pues, de Derecho Privado, igual que lo es el régimen de su organización, sea el de sociedad anónima.

Esta sujeción a un régimen de actividad y de organización de Derecho Privado, ha determinado que algunos de los Bancos consideren que BICSA BAHAMAS es una empresa privada. Empero, esa conclusión deja por fuera un aspecto importante cuál es el de la propiedad de la sociedad y los criterios en orden a la determinación del carácter público o privado de una empresa, que no son extraños a nuestro ordenamiento. Al respecto, tenemos que la Corporación es propiedad exclusiva de los Bancos del Estado y de la Junta Liquidadora del Banco Anglo, sea el capital social pertenece en su totalidad a entidades públicas, quienes ejercen, en razón de esa titularidad del accionariado, el control absoluto sobre las decisiones de la empresa. Tenemos, así, una persona jurídica cuyo capital social no solo en su mayoría sino en su integridad es dominado por entes públicos; de lo que se sigue un dominio en la Junta Directiva que dota a los socios públicos de un poder preponderante, mejor dicho absoluto, de decisión o de gestión sobre la entidad. Son estos elementos (cfr. M, DURUPTY: Les entreprises publiques, I, PUF, 1986, pp. 210-211, D, LINOTTE-A, MESTRE: Services publics et Droit Public Economique, I, Litec, Paris, 1982, p. 230) los que doctrinariamente determinan que una empresa pueda ser calificada de pública, aún cuando se esté en presencia de una persona de Derecho Privado. Sencillamente, no existe una identidad necesaria entre la naturaleza jurídica,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

pública o privada, de un ente y su personalidad jurídica. Esta puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado, según la organización y régimen que se le dé a la empresa. Lo importante es el hecho de que aún cuando se trate de una persona de Derecho Privado, por ejemplo, una sociedad anónima, la empresa puede ser pública si se dan los elementos definidores antes señalados (Cfr. A. De LAUBADERE: *Droit Public Economique*, Dalloz, 1983, p. 668; E, GARCIA DE ENTERRIA-T, FERNANDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1989, p. 415 y E, GARCIA DE ENTERRIA- M, SANCHEZ MORON: 'Régimen jurídico de la Empresa Pública en España', *La empresa pública y su Régimen*, Universidad Nacional Autónoma, Méjico, 1981, pp. 228-229).

Permítasenos, sobre estos aspectos, las siguientes transcripciones:

'...la publicidad de una empresa sólo puede predicarse si ésta se encuentra de una manera u otra controlada por un ente público.

Precisamente es sólo esta idea del control la única que nos puede poner sobre la pista de la existencia de una empresa pública, en tanto hablaremos de empresa pública en cuanto ésta se halle en su gestión mediatizada por el Estado u otro ente público'.

SOSA WAGNER: *La organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, 1971, pp. 77-78, citado por E, RIVERO YSERN: 'Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas'. *Revista de Administración Pública*, N. 86-1978, p. 36.

'El tratamiento tradicional y predominante en la doctrina es la consideración de la empresa pública como un ente de Derecho

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

privado, como hemos puesto de manifiesto. Ello venía provocado por la confusión entre naturaleza del ente y régimen de su actividad, que también denotaba nuestro Derecho positivo. Pero existe otro factor que ha influido, a nuestro juicio, en la configuración de la empresa pública como ente de Derecho privado, y este factor ha sido la crisis profunda que el intervencionismo económico ha originado en la organización administrativa tradicional.

(....)

La capacidad de personificación del Estado, que se va a plasmar fundamentalmente en las empresas públicas, da al traste con este esquema organizativo, adecuado para satisfacer los fines públicos tradicionales.

(....).

Este planteamiento, a mi juicio, está absolutamente desfasado, y como en otras ocasiones, autores, si bien los menos, han denunciado la situación, pronunciándose por el carácter de entes públicos respecto de las empresas públicas', E, RIVERO YSERN: 'Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas'. Revista de Administración Pública, N. 86-1978, p. 40.

Conforme los criterios antes señalados, existirá una empresa pública aún cuando el capital social no esté en su totalidad dominado por el ente público, a condición de que éste domine la mayoría de ese capital. BICSA es una empresa propiedad absoluta de los entes públicos"

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Por su parte, en la O.J.-

050-96 del 30 de julio de 1996 aclaramos que:

"la naturaleza de empresa pública no incluye la aplicación del régimen jurídico de la organización y de la actividad de BICSA propios del resto de los entes públicos y, por ende, no implica que deban serle aplicables las disposiciones relativas a los bancos públicos del Estado. Se opone a dicha asimilación la personalidad jurídica de BICSA CORPORATION y particularmente, la circunstancia de que se trata de una empresa -ciertamente propiedad de los bancos estatales- constituida en otro país y conforme las normas que rigen la constitución de los bancos en ese ordenamiento".

Si bien es cierto que no ha existido intersubjetividad sobre el concepto de empresa pública¹³ entre los estudiosos que se han ocupado del tema, entratándose de empresas mixtas, en las que existe una participación de un ente corporativo municipal, el legislador las clasifica como sociedades públicas. Aunque el término de sociedades públicas no es el mejor, lo cierto del caso es que, no cabe duda, de que el legislador, independientemente de la forma organizativa que adopte la entidad, optó por calificarlas de pública.

--- NOTA (13): En el Dictamen C-109-99 1 de junio de 1999 expresamos que: " Por lo general, la empresa privada del Estado adquiere el esquema organizativo comercial, fundamentalmente, el de la sociedad anónima.

Técnicamente no se debería considerar como una empresa pública, toda vez de que, en estricto sentido, empresa pública es la que está organizada bajo una forma organizativa derecho público que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

tiene como actividad principal la comercial o la industrial, regida por el Derecho Privado, como ocurre con los Bancos del Estado o el Instituto Nacional de Seguros". A nuestro modo de ver, la discrepancia en torno al concepto de empresa pública se debe, en gran parte, a que, quienes incluyen dentro de ésta a la empresa privada del Estado y mixta, siguen un criterio de naturaleza económica -es público aquel ente en el que existe participación estatal-; mientras, quienes seguimos un criterio jurídico, sólo serían empresas públicas aquellas que adoptan una figura organizativa de Derecho Público aunque su actividad está regulada por el Derecho Privado.

Sobre este tema, hemos tenido una jurisprudencia contradictoria.

La Sala Constitucional, en el voto 1696-92 expresó: "Claro que hay un mínimo, como el artículo 116 (112 vigente) lo revela, que queremos que sea común en un sentido, es obvio que un trabajador del Estado por muy igual que sea su régimen al del trabajador común de una empresa privada siempre tiene oportunidades que no tiene el trabajador común, entonces queremos garantizar la moralidad y la legalidad de la Administración en lo que se relacione estrictamente con ellos, pero siempre conservándoles el estatuto de trabajadores del derecho común.-

Esto es lo mismo por ejemplo también en cuanto a los empleados de entes autónomos que son empresas públicas, claro que en realidad nos tomaría mucho tiempo explicar lo que se llaman empresas públicas, pero en síntesis, para no explicarlo simplemente para definirlo, se trata de aquellas empresas del Estado que funcionan como si fueran entidades privadas porque venden y hacen lo mismo que los particulares, por ejemplo, el mismo INS cuando vende pólizas, hace lo mismo que una compañía aseguradora cualquiera, la banca cuando hace préstamos, hace lo mismo que una entidad

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

financiera común, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, que vende energía eléctrica la vende en iguales condiciones en que podría venderla una compañía privada, nosotros sostenemos que esos empleados de esas entidades deben ser considerados trabajadores comunes y no funcionarios públicos, ¿por qué? porque si no hay una serie de estatutos y reglamentaciones que se les aplica directa o supletoriamente que vienen a entorpecer la marcha de esos servicios en perjuicio del ente público, por ejemplo, no se les podría remover sino en condiciones muy especiales, con formación de un expediente, ahora, todo esto está regulado generalmente por los reglamentos internos de trabajo, pero eso también ocurre en la empresa común y no se puede evitar. Si a la inversa nosotros tratáramos de extender a estos funcionarios el régimen de la estabilidad propio de los funcionarios comunes del Poder Ejecutivo, encontraríamos que se crea una serie de entrabamientos tremendos para empresas que tienen que funcionar en condiciones de competencia iguales a las de la empresa privada. Por ejemplo, un agente del INS que sea un mal vendedor de pólizas, deberían poderlo despedir, con igual facilidad con que se puede despedir un empleado privado, ¿por qué? porque está haciendo lo mismo que el agente de pólizas de seguro de una compañía privada en cualquier otro país del mundo en donde no haya monopolio de seguros. Entonces queríamos preservar ese régimen privado, laboral o mercantil de una empresa pública que tiene un giro mercantil igual al de los particulares._.-

La primera apreciación importante, derivada de la cita anterior, se refiere a que la norma cuestionada se dictó con la finalidad de garantizar la moralidad y la legalidad de la Administración, y para evitar que el servidor que labora para una empresa del Estado, se aproveche de su especial condición y pueda hacer uso indebido del patrimonio público de la empresa.-

El fundamento de la norma no resulta entonces desproporcionado y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

mucho menos arbitrario, sino que resulta plenamente ajustado al parámetro constitucional, en atención a los intereses que tutela, cuales son: la moralidad y legalidad administrativa y la protección del patrimonio público. Sobre este último punto, es decir, sobre el carácter público de los fondos de dichas empresas, ha dicho la Sala que "...a RECOPE como empresa pública que es, le corresponde darse su propia organización, con el objeto de asegurarse la distribución eficiente y económica de los derivados del petróleo y ello incluye por supuesto, definir, establecer, administrar y contratar los centros de almacenamiento de esos productos y de los recursos que en última instancia pertenecen al Estado.-

En consecuencia, avalar el mantenimiento de una situación deficitaria como la que venía produciendo la planta de Golfito, sería violentar los principios de la Administración Financiera de la República, en perjuicio del interés general._ (sentencia número 1743-91, de las catorce horas treinta y ocho minutos del cinco de setiembre de mil novecientos noventa y uno).

Este fallo, si bien referido a una sola de las empresas públicas que funcionan en el país, deja de manifiesto el carácter público de los fondos que éstas manejan, y por ello, en la medida en que se pretende tutelar el patrimonio estatal, no se considera inconstitucional otorgar a sus servidores el carácter de funcionarios públicos para efectos penales."- Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el fallo 6680-93, manifestó: "En cuanto a la necesaria vinculación de una empresa pública como RECOPE, con las políticas emanadas de la Autoridad Presupuestaria en materia de gasto público, la ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, en el inciso b) del artículo 2, señala a RECOPE como integrante del Sector Público Financiero no Bancario, sujeto a las órdenes, directrices, reglamentos y decretos emanados de esta Comisión que se refieran a política presupuestaria

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

(inversión, endeudamiento y salarios) y al gasto público en general. En este sentido, RECOPE es parte del Sector Público, para el que las directrices emanadas de la Autoridad Presupuestaria en materia de su competencia, son de obligado acatamiento y no fue excluida de los alcances de la ley N°6821, que en su artículo 15 sí exceptuó a las Universidades, Instituto Tecnológico de Costa Rica y gobiernos locales, de su aplicación".

El Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, en la resolución 6231, de las 14:14 horas del 14 de junio de 1983, consideró que la Compañía Nacional de fuerza y Luz no está "encuadrada" dentro de lo que debe entenderse por "Administración Pública". El criterio del Tribunal es acertado, por cuanto las sociedades anónimas propiedad del Estado no forman parte de la Administración Pública.

Como puede observarse de las resoluciones transcritas y comentadas, y de la legislación en la cual se apoyan, el concepto de empresa pública varía dependiendo del objetivo que persigue el legislador y la jurisprudencia. Si el objeto es el control de los fondos públicos, el régimen de contratación y la disciplina fiscal (materia presupuestaria, inversiones, crédito y empleo público, este último enfocado desde la óptica del gasto público), en el concepto de empresa pública se incluyen a las sociedades anónimas en las cuales el Estado tiene alguna participación en el patrimonio de la empresa. Si el objeto es el régimen de empleo, entonces, el legislador y la jurisprudencia, siguen un concepto restrictivo de empresa pública, excluyendo de él a la sociedad privada propiedad del Estado o a la empresa mixta.

Con base en lo anterior, las municipalidades están autorizadas a

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

constituir sociedades mixtas, siempre y cuando su participación en la sociedad sea la de socio mayoritario, es decir, que posean al menos el 51% del capital social¹⁴, con lo que se da la condición de empresa o sociedad pública¹⁵, o tengan el control de la gestión, aunque su participación sea la de un socio minoritario, cumpliéndose, de esta forma, con el primero, de varias requisitos, que exige el legislador para conformar este tipo de sociedad.

--- NOTA (14): La Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 de 2 de mayo de 1995 admite la posibilidad de empresas públicas en las cuales el capital social no pertenece, en su mayoría, al sector público.

NOTA (15): TRONCOSO REIGADA (Antonio) Op. Cit. página 39 denomina a las sociedades mercantiles con participación pública minoritaria de control, como empresas públicas en sentido impropio. " Así, el Tribunal de Cuentas [español] ha manifestado su voluntad de fiscalizar aquellas empresas en las que el sector público 'ejerce un control efectivo' sobre la gestión, aunque no ostente la mayoría absoluta del capital social, como ocurre con Telefónica, Repsol y Argentaria, donde el Estado tiene una minoría de control. Por ello, este órgano constitucional ha planteado una moción al Parlamento para que éste defina mejor el concepto legal de Sociedad Estatal y de empresa pública, teniendo en cuenta no sólo el criterio de participación mayoritaria en el capital social -entendiendo éste como la posesión del más del 50 por 100 de las acciones-, sino también el control en la gestión por parte de una minoría mayoritaria". En nuestro país la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el artículo 8° , (Ley N° 7428 de 7 de setiembre de 1994), dispone: "Artículo 8. HACIENDA PUBLICA. (...)

Las sociedades mercantiles constituidas con arreglo a la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

legislación costarricense son empresas públicas únicamente cuando estén bajo el dominio mayoritario o el predominio legal del Estado o de otro ente u órgano públicos." Más "radical" es la Ley de Contratación Administrativa, Ley N ° 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, que excluye de los procedimientos de contratación administrativas a las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público.

2.-

La segunda condición que se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico para constituir este tipo de entidad, es que el objeto de la sociedad debe estar referido a la obtención de los fines que debe cumplir el ayuntamiento. Dada la naturaleza de las municipalidades, entes territoriales de base corporativa, su competencia se circunscribe a la prestación de los servicios públicos locales con el fin de satisfacer, de forma oportuna y adecuada, los intereses de los munícipes. No en vano, el artículo 169 de la Constitución Política, le atribuye a la corporación municipal la administración de los servicios locales del cantón.

Asimismo, el artículo 3 del Código Municipal reproduce la norma constitucional, mientras que el artículo 1, concibe al gobierno municipal como el instrumento del municipio para promover y administrar los intereses de los vecinos residentes del respectivo cantón. El Tribunal Constitucional, en los votos números 2237-96 y 2238-97, al respecto indicó lo siguiente:

"...según lo establece la propia Constitución Política, corresponde a cada municipalidad en su jurisdicción velar por los intereses y servicios locales con exclusión de toda otra

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

interferencia que sea incompatible con el concepto de 'lo local'".

Desde esta perspectiva, el objeto de la sociedad mixta no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena.

3.-

Otro aspecto, no menos importante, es que el radio de acción de la sociedad, es decir, su domicilio y su ámbito de actividad, necesariamente, estaría circunscrito al territorio del cantón de la municipalidad respectiva. Desde esta perspectiva, la actividad principal de la entidad tendría que realizarse dentro de los límites del cantón, por lo que no podría crear sucursales, agencias o establecimientos en el territorio de otras municipalidades, con el fin de prestar los servicios o producir los bienes para los munícipes de esas circunscripciones territoriales, salvo que existiera un acuerdo intermunicipal.

No se puede perder de vista que, el artículo 3 del Código Municipal, señala que la jurisdicción territorial de la municipalidad es el cantón respectivo, por lo que la sociedad mixta que se formara debería estar sujeta a la misma limitación. Además, como indicamos en el punto dos, el objeto de la sociedad a de ser coincidente con los fines del municipio, sea la administración de los intereses y servicios locales.

4.-

Un último asunto que regula el Código Municipal para conformar una sociedad mixta, lo constituye la exigencia de que la iniciativa es exclusiva del Alcalde municipal. Al Concejo le corresponde adoptar la decisión o acuerdo, pero para que el mismo sea válido y eficaz,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

es una conditio sine qua non, que la propuesta surja del Alcalde municipal

D.-

EL MECANISMO PARA SELECCIONAR EL SOCIO DEL SECTOR PRIVADO.

El órgano asesor considera ajustado al ordenamiento jurídico la opción de que las municipalidades que forman parte del COCIM constituyan una sociedad de capital público para que a través de ésta formen una sociedad anónima de capital mixto. Si no fuera de esta manera, cada municipalidad tendría que crear una sociedad mixta, lo que desnaturalizaría el espíritu del artículo 9 del Código Municipal, en el sentido de que es posible que las corporaciones aúnen esfuerzos para resolver problemas comunes, cumplir objetivos y prestar servicios a los munícipes, cuando el apoyo mutuo, la coordinación y la cooperación constituyen un requisito esencial para lograr una gestión administrativa eficaz y eficiente.

Ahora bien, siendo la sociedad anónima de capital público un instrumento para luego constituir sociedad de capital mixto, es indispensable que la iniciativa para la conformación de la sociedad anónima de capital público tenga origen en los Alcaldes, correspondiendo a los Concejos adoptar los acuerdos respectivos.

El órgano asesor coincide con la asesoría legal del órgano consultante en el sentido de que debe utilizarse un procedimiento de concurso público para seleccionar el (los) socio (s) del sector privado, preferiblemente la licitación pública o la licitación pública con precalificación, o aquel que, en el ejercicio de su competencia exclusiva y prevalente, determine la Contraloría General de la República. En este sentido, no podemos

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

obviar lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa (Ley N° 7494 de 2 de mayo de 1995), que dispone que esa ley regula la actividad de contratación desplegada por las empresas públicas, dentro de la cual estaría la sociedad anónima de capital público.

IV.-

CONCLUSIONES.

A.-

Las municipalidades que conforman el COCIM pueden constituir una sociedad anónima de capital público (el 100% del capital social pertenece a entes de Derecho Público).

B.-

Las municipalidades están autorizadas a constituir sociedades mixtas, siempre y cuando su condición en ellas sea la de socio mayoritario, es decir, que posean al menos el 51% del capital social, o tengan el control de la gestión, aunque sea un socio minoritario, con lo que se configura una empresa pública de economía mixta.

C.-

El objeto de la sociedad no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena.

D.-

La entidad tendría que realizar su actividad dentro de los límites de los cantones de las municipalidades que forman parte del COCIM,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

por lo que no podría crear sucursales, agencias o establecimientos en el territorio de otras municipalidades, con el fin de prestar los servicios o producir los bienes para los munícipes de esas circunscripciones territoriales, salvo que existiera un acuerdo intermunicipal.

E- La iniciativa para constituir una empresa mixta es exclusiva del Alcalde municipal. Al Concejo le corresponde adoptar la decisión o acuerdo, pero para que el mismo sea válido y eficaz, es una conditio sine qua non, que la propuesta surja del Alcalde municipal.

F.-

Siendo la sociedad anónima de capital público un instrumento para luego constituir la sociedad anónima de capital mixto, es indispensable que la iniciativa para la conformación de la sociedad anónima de capital público tenga origen en los Alcaldes, correspondiendo a los Concejos adoptar los acuerdos respectivos.

G.-

En relación con la selección del (los) socio (s) del sector privado para constituir la empresa de capital mixto, se debe utilizar un procedimiento de concurso público, preferiblemente la licitación pública o la licitación pública con precalificación, o aquel que, en el ejercicio de su competencia exclusiva y prevalente, determine la Contraloría General de la República.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

**SERVICIO PÚBLICO MUNICIPAL.-SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO.-
POTESTAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.- EL EJERCICIO DE
LAS COMPETENCIAS REGULADORAS EN SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO.**

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]¹¹

"Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me es grato referirme a su oficio AM- 730-99 del 18 de noviembre del año anterior, mediante la cual solicita el criterio del órgano superior consultivo técnico jurídico sobre la competencia que tiene esa municipalidad para fijar las tarifas del acueducto municipal de Ciudad Quesada.

I.-

NORMATIVA APLICABLE.

Para un correcto enfoque del asunto que se plantea, es necesario tener presente el régimen jurídico que regulan las competencias tarifarias, tanto de las municipalidades como de la ARESEP.

a) Constitución Política vigente.

"Artículo 169.-

La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberativo, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley".

"Artículo 170.-

Las corporaciones municipales son autónomas".

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

b) Código Municipal, Ley número 7794 de 30 de abril de 1998.

"Artículo 4.-

La Municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política.

Dentro de sus atribuciones se incluyen:

(.)

c) Aprobar las tasas, precios y las contribuciones municipales, y proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales".

"Artículo 9.-

Las municipalidades podrán pactar entre sí convenios cuyo objeto sea facilitar y posibilitar el cumplimiento de sus objetivos o su administración, a fin de lograr una mayor eficacia y eficiencia en sus acciones".

"Artículo 13.-

Son atribuciones del Concejo:

(.)

b) Acordar los presupuestos y aprobar las contribuciones, tasas y precios que cobre por los servicios municipales, así como proponer los proyectos de tributos municipales a la Asamblea Legislativa."

.

"Artículo 68.-

La municipalidad acordará sus respectivos presupuestos, propondrá sus tributos a la Asamblea Legislativa y fijará las tasas y precios de los servicios municipales. Solo la municipalidad previa

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

ley que la autorice, podrá dictar las exoneraciones de los tributos señalados".

"Artículo 74.-

Por los servicios que preste, la municipalidad cobrará tasas y precios que se fijarán tomando en consideración el costo efectivo más un diez por ciento (10%) de utilidad para desarrollarlos. Una vez fijados, entrarán en vigencia treinta días después de su publicación en La Gaceta.

Los usuarios deberán pagar por los servicios de alumbrado público, limpieza de vías públicas, recolección de basura, mantenimiento de parques y zonas verdes, servicio de policía municipal y cualquier otro servicio municipal urbano o no urbano que es establezcan por ley, en el tanto se presten, aunque ellos no demuestren interés en tales servicios."

c) Ley número 7593 de 9 de agosto de 1996.(1)

NOTA (1):El artículo 5 de la ley 7593 está siendo cuestionado por razones de inconstitucionalidad, según consta en los expedientes números 6129-96 y 7492-98 de la Sala Constitucional. En ambos casos, las acciones fueron admitidas.

"Artículo 3.-

Definiciones.

Para efectos de esta ley, se definen lo siguientes conceptos:

a) Servicio Público. el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley".

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

"Artículo 5.-

Funciones.

En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas; además, velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, según el artículo 25 de esta ley. Los servicios públicos antes mencionados son:

(.)

c) Suministro del servicio de acueducto y alcantarillado, incluyendo agua potable, recolección, tratamiento y evacuación de aguas negras, aguas residuales y pluviales".

"ARTICULO 9.-

Concesión o permiso

Para ser prestatario de los servicios públicos, a que se refiere esta ley, deberá obtenerse la respectiva concesión o el permiso del ente público competente en la materia, según lo dispuesto en el artículo 5 de esta ley. Se exceptúan de esta obligación las instituciones y empresas públicas que, por mandato legal, prestan cualquiera de estos servicios.

Sin embargo, todos los prestatarios estarán sometidos a esta ley y sus reglamentos.

La Autoridad Reguladora continuará ejerciendo la competencia que la Ley No. 7200 y sus reformas, del 28 de setiembre de 1990, le otorgan al Servicio Nacional de Electricidad."

"ARTICULO 59.-

Cálculos del canon

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Por cada actividad regulada, la Autoridad Reguladora cobrará un canon consistente en un cargo anual que se determinará así:

a) La Autoridad Reguladora calculará el canon de cada actividad de acuerdo con el principio de servicio al costo y deberá establecer un sistema de costeo apropiado para cada actividad regulada.

b) Cuando la regulación por actividad involucre a varias empresas, la distribución del canon seguirá criterios de proporcionalidad y equidad.

c) Cada mayo, la Autoridad Reguladora presentará el proyecto de cánones para el año siguiente, con su respectiva justificación técnica, ante la Contraloría General de la República para que lo apruebe. Recibido el proyecto, la Contraloría dará audiencia, por un plazo de diez días hábiles, a las empresas reguladas para que expongan sus observaciones al proyecto de cánones. Transcurrido el plazo, se aplicará el silencio positivo.

d) El proyecto de cánones deberá aprobarse a más tardar el último día hábil del mes de julio del mismo año. Vencido ese término sin pronunciamiento de la Contraloría General de la República, el proyecto se tendrá por aprobado en la forma presentada por la Autoridad Reguladora.

Según los procedimientos aquí indicados, esa Autoridad someterá, a la Contraloría General de la República para su aprobación, los cánones por nuevos servicios públicos establecidos por la Asamblea Legislativa. La Autoridad Reguladora determinará los medios y procedimientos adecuados para recaudar los cánones a que se refiere esta ley."

d.-

Ley número 2726 de 4 de abril de 1961, Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados(2).

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

NOTA (2): Para efectos de exposición utilizaremos la siglas AyA

"Artículo 1.-

Con el objeto de dirigir, fijar políticas, establecer y aplicar normas, realizar y promover el planeamiento, financiamiento y desarrollo y resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, lo mismo que el aspecto normativo de los sistemas de alcantarillado pluvial en áreas urbanas, para todo el territorio nacional, se crea el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, como institución autónoma del Estado."

"Artículo 2.-

Corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados:

a) Dirigir y vigilar todo lo concerniente para proveer a los habitantes de la República de un servicio de agua potable, recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos y de aguas pluviales en las áreas urbanas;"

(.)

d) Asesor a los demás organismos del Estado y coordinar las actividades públicas y privadas en todos los asuntos relativos al establecimiento de acueductos y alcantarillados y control de la contaminación de los recursos del agua, siendo obligatoria, en todo caso, su consulta, e inexcusable el cumplimiento de sus recomendaciones;"

(.)

g) Administrar y operar directamente los sistemas de acueductos y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

alcantarillados en todo el país, los cuales se irán asumiendo tomando en cuenta la conveniencia y disponibilidad de recursos. Los sistemas que actualmente están administrados y operados por las corporaciones municipales podrán ser seguir a cargo de éstas, mientras suministren un servicio eficiente."

II.-

ANTECEDENTES.

A.-

CRITERIO DE LA ASESORÍA LEGAL DEL ENTE CONSULTANTE.

En la carta suscrita por el Lic. Rafael Armando Mora Solís, abogado de la Municipalidad de San Carlos, se expresa que la competencia reguladora del servicio de acueducto que presta la corporación a los habitantes de Ciudad Quesada corresponde a la municipalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 de la Constitución Política, los artículos 4, 9, 13, 68 y 74 del Código Municipal y el artículo 6 de la Ley General de Agua Potable, Ley N° 1634.

Asimismo, concluye el asesor legal que el Código Municipal, Ley 7794, derogó implícitamente la Ley 7593, por lo que la ARESEP no tiene competencias reguladoras en relación con ese servicio.

B.-

CRITERIO DE LA ARESEP.

Mediante oficio PC-026-99 del 22 de noviembre del año anterior, este despacho dio audiencia a la ARESEP.

El Regulador General, Leonel Fonseca Cubillo, en el oficio N° 047-RG-2000 del 11 de enero del año que corre, expresa que la competencia en materia de prestación del servicio de acueducto y

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

alcantarillados es de naturaleza nacional y no local. En virtud de lo anterior, la competencia en materia de regulación (fijación de tarifas y control de calidad) del servicio de acueducto municipal corresponde a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en los términos del artículo 5 de la Ley N° 7593.

En vista de que este despacho se pronunció sobre este mismo tema en el dictamen N° C-244-99 del 15 de diciembre de 1999, y que no existen nuevos elementos de juicio para variar la posición ahí expresada, lo que corresponde es transcribir las razones que esgrimió el órgano asesor en esa oportunidad. Al respecto señalamos:

"C.-

CRITERIOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

El órgano asesor, ante los requerimientos de la Administración activa, se ha referido al tema de la consulta. Sobre el particular, algunos pronunciamientos son dignos de resalta, los cuales, si bien es cierto se adoptaron teniendo como marco de referencia otra normativa jurídica, los principios sentados en estos aún conservan su vigencia.

En el dictamen C-062-93 del 4 de mayo de 1993, indicamos que el AyA está autorizado por el ordenamiento jurídico para asumir la administración, operación y mantenimiento de los acueductos que están bajo el control de la municipalidad, cuando esta voluntariamente así lo acuerde con el Instituto o cuando la prestación del servicio fuere deficiente. Por su parte, en el dictamen C-084-93 del 16 de junio de 1993, concluimos de que el SNE carecía de competencia para modificar las tasas y tarifas del servicio de agua, cuando el acueducto era propiedad municipal o estaba administrado por la corporación, debiendo limitarse a aprobarlas o improbarlas. Igual tesis se sostuvo, cuando el servicio de alcantarillado se encontraba a cargo de la municipalidad. Las posiciones anteriores fueron avaladas en los

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

dictámenes C-140-93 del 23 de octubre de 1993 y C-038-95 del 27 de febrero de 1995.

También, en el dictamen C-240-95 del 21 de noviembre de 1995, expresamos que correspondía a la Municipalidad de Puntarenas la operación y el mantenimiento del sistema de alcantarillado pluvial, por lo que el ente corporativo era competente para fijar las tarifas y de esa forma sufragar el costo del servicio, en el tanto y cuanto el AyA no asuma el servicio.

Del dictamen C- 064-96 del 3 de mayo de 1996 nos interesa resaltar tres conclusiones. La primera, que las competencias municipales son ejercidas de manera concurrente con las del Gobierno Nacional (Administración Pública central) y con otras Administraciones Públicas (Administración Pública Descentralizada). " La competencia del Gobierno Nacional en materia de planificación nacional, sujeta a los entes corporativos territoriales a una planificación estatal descendente, sin que ello implique la posibilidad de anular o restringir irrazonable y desproporcionadamente el régimen de autonomía política y administrativa de aquéllas." La segunda, que las municipalidades tienen la potestad de fijar la tarifa de las tasas correspondientes a los servicios públicos mandatorios que presta, como lo es la tasa del servicio de agua potable, sin otra intervención que la de la Contraloría General de la República, siendo esta de naturaleza tutelar, aprobado o improbando la tasa, pero no modificándola. La tercera, que la intervención forzosa del Gobierno Nacional o del AyA, en materia de competencia esencialmente municipal, como lo es el suministro de agua potable, sólo podría ocurrir en casos de prestación deficiente del servicio, sea por mala calidad del agua o por la omisión de brindarlo a todos los habitantes.

En el dictamen C-019-98 del 6 de febrero de 1998 expresamos que el AyA conserva una competencia rectora en la materia relacionada con el suministro del agua potable y evacuación de aguas negras y residuos líquidos, así como de las pluviales en zonas urbanas.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Por último, está el dictamen C-100-99 del 26 de mayo de 1999, reconsiderado por el dictamen C-169-99 del 20 de agosto de ese mismo año, el cual, si bien se refiere al servicio del tratamiento de los desechos sólidos, algunas de sus conclusiones deben ser tomadas en consideración. En primer término, la conclusión de que la autonomía municipal está en función del interés local que impregna la actividad o el servicio. Por otra parte, la función reguladora de un servicio público se cumple a través de actividades como la reglamentación del servicio, su control y supervisión, cuyo objeto es la satisfacción de los derechos de los usuarios y cuando fuere procedente, del principio de libre concurrencia.

III.-

LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES EN RELACIÓN CON EL SERVICIO DE ACUEDUCTO.

Para efectos de exposición, primeramente, nos referiremos a la autonomía municipal, luego haremos un análisis históricos sobre a qué órgano o entes, en los distintos momentos, el ordenamiento jurídico le ha atribuido la potestad reguladora este servicio. También, y porque es un tema el cual no puede se soslayado en este análisis, haremos una referencia a la derogatoria tácita o no del artículo 5 de la Ley 7593 y, por últimos, abordaremos el tópico del alcance de la autonomía municipal en relación con el servicio de acueducto.

A.-

LA AUTONOMIA MUNICIPAL

La Sala Constitucional, en una reciente resolución, el voto N° 5445-99, hizo una síntesis de los diversos fallos sobre la autonomía municipal. Al respecto indicó:(3)

"Gramaticalmente, es usual que se diga que el término "autonomía",

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

puede ser definido como "la potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios". Desde un punto de vista jurídico-doctrinario, esta autonomía debe ser entendida como la capacidad que tienen las Municipalidades de decidir libremente y bajo su propia responsabilidad, todo lo referente a la organización de determinada localidad (el cantón, en nuestro caso). Así, algún sector de la doctrina ha dicho que esa autonomía implica la libre elección de sus propias autoridades; la libre gestión en las materias de su competencia; la creación, recaudación e inversión de sus propios ingresos; y específicamente, se refiere a que abarca una autonomía política, normativa, tributaria y administrativa, definiéndolas, en términos muy generales, de la siguiente manera: autonomía política: como la que da origen al autogobierno, que conlleva la elección de sus autoridades a través de mecanismos de carácter democrático y representativo, tal y como lo señala nuestra Constitución Política en su artículo 169; autonomía normativa: en virtud de la cual las municipalidades tienen la potestad de dictar su propio ordenamiento en las materias de su competencia, potestad que en nuestro país se refiere únicamente a la potestad reglamentaria que regula internamente la organización de la corporación y los servicios que presta (reglamentos autónomos de organización y de servicio); autonomía tributaria: conocida también como potestad impositiva, y se refiere a que la iniciativa para la creación, modificación, extinción o exención de los tributos municipales corresponde a estos entes, potestad sujeta a la aprobación señalada en el artículo 121, inciso 13 de la Constitución Política cuando así corresponda; y autonomía administrativa: como la potestad que implica no sólo la autonormación, sino también la autoadministración y, por lo tanto, la libertad frente al Estado para la adopción de las decisiones fundamentales del ente. Nuestra doctrina, por su parte, ha dicho que la Constitución Política (artículo 170) y el Código Municipal (artículo 7 del Código

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Municipal anterior, y 4 del vigente) no se han limitado a atribuir a las municipalidades de capacidad para gestionar y promover intereses y servicios locales, sino que han dispuesto expresamente que esa gestión municipal es y debe ser autónoma, que se define como libertad frente a los demás entes del Estado para la adopción de sus decisiones fundamentales. Esta autonomía viene dada en directa relación con el carácter electoral y representativo de su Gobierno (Concejo y Alcalde) que se eligen cada cuatro años, y significa la capacidad de la municipalidad de fijarse sus políticas de acción y de inversión en forma independiente, y más específicamente, frente al Poder Ejecutivo y del partido gobernante. Es la capacidad de fijación de planes y programas del gobierno local, por lo que va unida a la potestad de la municipalidad para dictar su propio presupuesto, expresión de las políticas previamente definidas por el Concejo, capacidad, que a su vez, es política. Esta posición coincide con la mayoritaria de la doctrina, en la que se ha dicho que el rango típico de la autonomía local reside en el hecho de que el órgano fundamental del ente territorial es el pueblo como cuerpo electoral y de que, consiguientemente, de aquél deriva su orientación política-administrativa, no del Estado, sino de la propia comunidad, o sea, de la mayoría electoral de esa misma comunidad, con la consecuencia de que tal orientación política puede diverger de la del Gobierno de la República y aún contrariarla, ahí donde no haya correspondencia de mayorías entre la comunidad estatal y la local; o bien, que la autonomía política es una posición jurídica, que se expresa en la potestad de conducir una línea política propia entendida como posibilidad, en orden a una determinada esfera de intereses y competencias, de establecer una línea propia de acción o un programa propio, con poderes propios y propia responsabilidad acerca de la oportunidad y la utilidad de sus actos."

NOTA (3): JURISPRUDENCIA DE LA SALA EN RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

MUNICIPAL. Esta Sala ya ha abordado el tema de la autonomía municipal en varias de sus sentencias, aunque de diversos puntos de vista y de alcances también distintos de los que en esta acción se persiguen. Por ello resulta de importancia para el desarrollo del análisis, citar esos antecedentes propios:

1).-

En la sentencia número 1631-91, de las quince horas con quince minutos del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y uno (confirmada luego por las sentencias número 3494-94, 4496-94, 4497-94, 4510-94, 4511-94, 4512-94, 6362-94, 7469-94, 1269-95, 2311-95, 2631-95, 3930-95, 4072-95, 4268-95), se dijo, que al disponer el artículo 170 de la Constitución Política que las corporaciones municipales son autónomas, de ese concepto se deriva, por principio, la potestad impositiva de que gozan los gobiernos municipales, al indicar: "Dispone el artículo 170 de la Constitución Política que las corporaciones municipales son autónomas. De esa autonomía se deriva, por principio la potestad impositiva de que gozan los gobiernos municipales, en cuanto son verdaderos gobiernos locales, por lo que la iniciativa para la creación, modificación o extinción de los impuestos municipales corresponden a esos entes, ello sujeto a la autorización legislativa establecida en el artículo 121 inciso 13) de la Constitución Política, la cual es, por su naturaleza, más bien un acto de aprobación."

Asimismo, sentó el principio de que las municipalidades son entidades de naturaleza territorial y corporativa, es decir, de base asociativa, capaz de generar un interés autónomo distinto del Estado. En este mismo orden de ideas, con posterioridad, y en sentencia número 2311-95, de las dieciséis horas doce minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco, reafirmó el principio de que la Asamblea Legislativa no puede válidamente, por medio de una ley, autorizar de manera unilateral (es decir, sin la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

adecuada participación municipal) una exención de los tributos municipales.

2).-

En sentencia número 2153-93, de las nueve horas veintiuno minutos del veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y tres, se determinó que es competencia exclusiva de las municipalidades el controlar el desarrollo urbano dentro de los límites de su territorio, para lo cual pueden y deben dictar los correspondientes planes reguladores; lo cual ha sido confirmado en sentencias número 5305-93, de las diez horas seis minutos del veintidós de octubre, número 6706-93, de las quince horas veintiún minutos del veintiuno de diciembre, todas de ese año, 3494-94, del doce de julio de mil novecientos noventa y cuatro, y 4205-96, de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

3.) En la sentencia número 2934-93, de las quince horas veintisiete minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres (confirmada por la sentencia número 5829-93, de las nueve horas cincuenta y un minutos del doce de noviembre de mil novecientos noventa y tres), se dijo que resultaban abiertamente inconstitucionales, por ser contrarias a la autonomía municipal contenida en el artículo 170 de la Constitución Política, las regulaciones impugnadas en las se establecía la intromisión de la Contraloría General de la República en el orden disciplinario interno de las municipalidades. En el texto se elaboran las ideas ya expuestas de que el alcance de esa autonomía que proviene de la propia norma superior y, esencialmente, se origina en el carácter representativo de ser un gobierno local (única descentralización territorial del país, se repite), encargado de administrar los intereses locales y por ello, las municipalidades pueden definir sus políticas de desarrollo (planificar y acordar programas de acción), en forma independiente y con exclusión de cualquier otra institución del Estado, facultad que conlleva, también, la de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

poder dictar su propio presupuesto. Esta autonomía política implica, desde luego, la de dictar los reglamentos internos de organización de la corporación, así como los de la prestación de los servicios públicos municipales. Por ello se ha dicho en la doctrina local, que "se trata de una verdadera descentralización de la función política en materia local". Y en cuanto a los alcances, se señala que la autonomía municipal no excluye el control de legalidad, del que la doctrina es unánime en admitir, en las manifestaciones de las autorizaciones y aprobaciones (control a priori y a posteriori, como requisitos de validez y eficacia de los actos, respectivamente), compatibles con ella. La doctrina costarricense más calificada ha expresado sobre el punto: "No reputamos incompatibles con la autonomía municipal, sino más bien aconsejables, los controles de legalidad con potestades de suspensión, anulación y sustitución, por la Contraloría General de la República, de actos administrativos municipales totalmente reglados, pues ello vendría abonado por la lógica de ese tipo de control y por la conveniencia de frenar los desmanes administrativos antes de la vía judicial, como tal lenta e incumplida". Es decir, que el control que emana de la Contraloría General de la República, que es de origen también constitucional según los textos de sus artículos 183 y 184, no contraría la autonomía municipal, porque su función principal es el control de legalidad de la administración financiera del sector público estatal y municipal, de donde se infiere que en lo que toca a los gobiernos locales, su procedencia tiene sustento en un texto constitucional expreso (artículo 184 inciso 2).

4).-

En la sentencia número 3278-93, de las diez horas tres minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y tres, el recurrente afirmó que se invadía la autonomía municipal con la posible instalación de un relleno sanitario por parte del Poder Ejecutivo, sobre lo cual la Sala expresó que había tenido por demostrado que

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

el Poder Ejecutivo no le impone a las Municipalidades del país el sistema de disposición final de los desechos sólidos, sino que se trataba de promover un sistema alternativo que puede, o no, ser utilizado por los Gobiernos Locales, de donde se deduce que con lo actuado no se violentaban los posibles derechos derivados de la autonomía municipal. Con ello, se reconoce que es necesaria la adhesión libre y voluntaria de las municipalidades a los planes y programas del Estado, ya que puede generar un interés autónomo distinto de los otros órganos públicos.

5).-

En el considerando primero de la sentencia número 0140-94, de las quince horas cincuenta y un minutos del once de enero de mil novecientos noventa y tres (en la misma dirección las números 0946-91 y 0023-95), se indica que el artículo 170 de la Constitución Política establece que las corporaciones municipales son autónomas y que el párrafo primero del artículo 7 del Código Municipal desarrolla ese concepto, diciendo que en el ejercicio de sus atribuciones las municipalidades gozan de la autonomía que les confiere la Constitución Política, con las potestades de Gobierno y de Administración inherentes a la misma y como consecuencia de lo dispuesto en esas normas resulta que cada Municipalidad está autorizada para procurarse los ingresos necesarios siempre que cumplan con los procedimientos legales necesarios. Y se señala que sería contrario a la autonomía constitucionalmente otorgada a esas entidades, pretender que todas las Municipalidades regularan en forma igual lo referente al cobro de sus impuestos.

6).-

En sentencia número 1691-94, de las diez horas cuarenta y ocho minutos del ocho de abril de mil novecientos noventa y cuatro, se indicó que el Ejecutivo Municipal (hoy día, Alcalde Municipal) es el encargado del régimen disciplinario de los gobiernos locales,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

con el fin de preservar el ámbito de su autonomía declarada en el artículo 170 constitucional.

7).-

La sentencia número 4091-94, de las quince horas doce minutos del nueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, definió que el ámbito municipal es la única descentralización territorial posible en nuestro sistema, que se desarrolla la función política en materia local y en este sentido, sus competencias están determinadas por la jurisdicción territorial, según se anotó en el Considerando VII anterior.

8).-

En la sentencia número 6000-94, de las nueve horas treinta y nueve minutos del catorce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, que se refiere a la acción de inconstitucionalidad que cuestiona a los llamados concejos municipales de distrito, la Sala, sobre el decreto ejecutivo que los creaba (número 5.595-G), indicó:

"[...] que resultan violados también los artículos 168 y 169 de la Constitución Política, al sobreponer, sobre un ente municipal creado por la misma Constitución Política, un organismo corporativo cuyo acto fundacional es un simple decreto que contradice los textos superiores.

Solo el análisis de este artículo, concede razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de los Concejos Municipales de Distrito. Sin embargo, es de importancia señalar lo que al respecto indica el artículo 2°:

"Artículo 2°.-

Cometidos.- los Concejos Municipales de Distrito, tienen por objeto promover el desarrollo integral de los respectivos

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

distritos, en armonía con el desarrollo nacional. Les corresponde la administración de los servicios e intereses locales y de las rentas e ingresos originados en el correspondiente distrito."

Este texto lesiona, sin ninguna duda, los artículos 169 y 170 de la Constitución Política, creando una administración local distinta de la que ésta ha concebido y excluyendo el Gobierno Local originario, para ser sustituido por una dependencia del Poder Ejecutivo. La autonomía que la propia Constitución Política le ha otorgado a las Corporaciones Municipales, es sustituida por un acto de rango inferior en detrimento de aquélla. Y por último, el artículo 16:

"Artículo 16.-

Traslado de Fondos.- Instalado el Concejo Municipal de Distrito, su Presidente lo comunicará así a la Municipalidad respectiva para que ésta, dentro de los treinta días hábiles siguientes, a más tardar, haga entrega a la nueva Corporación de los fondos pertenecientes al Distrito autónomo, conforme al resultado de la liquidación que practique la Contraloría, según se dispone en el artículo 18 de este Reglamento."

También aquí, la autonomía concebida para ser ejercitada por el Gobierno Municipal Local, con exclusión de toda interferencia extraña, es violada para subordinar el actuar del órgano constitucional, al que se hace nacer de un acto ejecutivo, inferior en rango y de constitucionalidad imposible y si a ello agregamos que el artículo 24 indica que en cuanto a lo no previsto en el reglamento, se aplicará "supletoriamente" el Código Municipal, entonces se concluye que los vicios de inconstitucionalidad atribuidos al reglamento, son insalvables y por ello, debe declararse con lugar la acción [...]"

9).-

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

En sentencia número 2311-95, de las dieciséis horas doce minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco, se indicó claramente que la política estatal debe desarrollarse e implementarse con respeto al ordenamiento jurídico constitucional, lo que implica que la política estatal que se analizó, al requerir la exención de los tributos municipales, "exige de paso sumar o reclutar la aquiescencia de las municipalidades para esa política, porque sin esta conformidad el empleo instrumental del poder eximitorio municipal sería jurídicamente imposible"; se expresó allí:

"La confluencia política del Estado central y de las corporaciones municipales bien puede expresarse mediante una disposición legal general, que, en consecuencia autorice (incluso imperativamente, como lo hace la Ley de Fomento Avícola) la exoneración tributaria municipal, a condición de que se respete en su integridad el poder de eximir de todas y cada una de aquellas entidades. El modo práctico de lograr ésto es, evidentemente, la consulta a los concejos durante el proceso legislativo; consulta obligada no por obra -como de ordinario- de expresa disposición de la Constitución -que la prevé para otras hipótesis-, sino de los requisitos constitucionales para el ejercicio de la potestad eximitoria tal como aquí se ha enunciado; consulta, en fin, cuyo resultado es vinculante para la Asamblea, puesto que la negativa municipal impide, caso por caso, que la ley autorice por sí lo que cada concejo municipal no permite."

Posteriormente, sentencias número 2231-96 y 2237-96, ambas del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis, se complementa lo anterior, siendo importante por los efectos que se persiguen con este examen de los precedentes de la Sala, resaltar lo que se indicó en esas ocasiones:

"V.-

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Es importante, entonces, vista la repercusión que esta resolución puede ocasionar, dejar establecido que, si bien es cierto el Estado a través de sus órganos constitucionales competentes -particularmente la Asamblea Legislativa y, en menor escala el Poder Ejecutivo- puede establecer una política general en cuanto a prioridades por las necesidades que afronta el país en determinado momento, de acuerdo con nuestro sistema democrático y según lo establece la propia Constitución Política, corresponde a cada municipalidad en su jurisdicción velar por los intereses y servicios locales con exclusión de toda otra interferencia que sea incompatible con el concepto de "lo local", en los términos que fija la Constitución Política; todo lo relativo a la recolección, tratamiento y disposición de las basuras y desechos sólidos pertenece a la esfera de los "intereses y servicios locales", por lo menos mientras no se disponga su "nacionalización" mediante ley formal.

VI.-

Es de todos sabido el problema que envuelve la ubicación de los centros de depósito y de disposición final de los desechos que afronta el país, y el consiguiente problema sanitario que de ello se deriva, según las experiencias vividas por las comunidades de este país, pero no puede esta Sala dejar pasar por alto que todo proyecto a ejecutarse en esta materia, como en el caso que nos atiende, puedan obviarse los trámite y los requisitos derivados de las normas de control de esas actividades, contenidas en la Ley General de Salud, precisamente para proteger la vida y la salud de los habitantes y el medio ambiente. En este sentido proveen las normas legales que regulan el establecimiento y funcionamiento de los rellenos sanitarios de la Ley General de Salud y también, las normas reglamentarias que el Poder Ejecutivo ha emitido en desarrollo de los principios legales generales antes señalados. Es por ello que para autorizar el funcionamiento de un relleno

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sanitario es imprescindible que se cumplan los requisitos correspondientes, siendo como se dijo en considerandos anteriores, en razón de la especialidad de la materia y de la autoridad de gobierno local, que será entonces al Ministerio de Salud y a la Municipalidad del lugar, a quienes corresponde, una vez revisados los estudios técnicos que deban presentarse al efecto, como por ejemplo el estudio de impacto ambiental, contaminación de aguas y otros, que deban, razonablemente, y tomando en consideración los intereses nacionales y locales, autorizar o no el funcionamiento del proyecto que interesa. En última instancia, es a la Municipalidad de la Jurisdicción a la que corresponde conceder o no la licencia para el ejercicio de actividades comerciales, a la vez que verificar si la actividad es compatible con los usos y limitaciones propias de los planes de desarrollo urbano que pudieran estar vigentes y todo ello, tratándose del funcionamiento de una empresa privada en la venta de servicios. Cuando se trata de la iniciativa de otras administraciones estatales o de entidades públicas no estatales, es más que evidente, en razón de la autonomía municipal consagrada en texto constitucional, que no se pueden establecer sin la debida coordinación del gobierno local, como lo exigen los artículos 5 y 10 del Código Municipal. Como en el caso concreto, es una empresa privada la que ha ofrecido sus servicios a otras municipalidades del Área Metropolitana, aparentemente sin la intervención de entes públicos, la decisión final, como lo ordena el artículo 169 constitucional, será de la Municipalidad del Cantón de Santa Ana, la que deberá actuar velando y protegiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos de esa localidad, pero en todo caso con apego absoluto al principio de legalidad constitucional".

10).-

En sentencia número 1974-96, de las quince horas nueve minutos del treinta de abril de mil novecientos noventa y seis, se hace mención a la potestad reglamentaria de los gobiernos municipales,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

específicamente para dictar reglamentos de organización y de servicio, en los siguientes términos:

"Debe hacerse notar también que el accionante incurre en un error al señalar que para que una disposición de carácter normativo de las municipalidades tenga asidero legal, debe ser aprobada por la Contraloría General de la República; olvida con ello el principio de la autonomía municipal establecido en la propia Constitución Política, en el artículo 170 y la función encomendada a estas corporaciones, cual es la "administración de los intereses y servicios locales en cada cantón", de conformidad con lo señalado en el artículo 169 de la Carta Fundamental.

Además, en el Código Municipal, tampoco se establece como requisito para dictar reglamentos de servicios de una Municipalidad la aprobación de la Contraloría General de la República, y en el artículo 7 del Código Municipal se reitera el principio de la autonomía de que gozan las municipalidades; principio del que se deriva su potestad de dictar reglamentos autónomos de organización y de servicios, entre los que lógicamente se encuentra la administración del Mercado Central de San José".

11).-

En sentencia número 6469-97, de las dieciséis horas veinte minutos del ocho de octubre de mil novecientos noventa y siete, se definió el proceso para la determinación del ámbito de competencia de las municipalidades en razón de la materia a lo local, según se anotó en el Considerando VI de esta sentencia.

Ha sido criterio del órgano asesor de que la autonomía municipal está en función de los intereses y servicios locales .(4) No otra cosa puede desprenderse de los artículos 169 y 170 constitucionales y de las resoluciones del Tribunal Constitucional. En efecto, en la ya citada resolución 5445-95

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

expresó:

NOTA (4): Ver dictamen C-100-99 ya citado

""). Por disposición constitucional expresa -artículo 169-, hay una asignación de funciones o atribuciones en favor de los gobiernos locales en razón de la materia a "lo local", sea, "la administración de los servicios e intereses" de la localidad a la que está circunscrita, para lo cual se la dota de autonomía (de la que hemos hecho referencia en los Considerandos anteriores), aunque sujeta al control fiscal, financiero, contable y de legalidad de la Contraloría General de la República. De manera que sus potestades son genéricas, en tanto no hay una enumeración detallada de sus cometidos propios, sino una simple enunciación del ámbito de su competencia; pero no por ello no determinable."

Sobre el otro elemento que define lo local, expresa el Tribunal Constitucional en la resolución indicada, lo siguiente:

".El otro parámetro constitucional para determinar la competencia de las municipalidades es el territorio, y puesto que el artículo 169 de la Carta Fundamental circunscribe la "administración de los intereses y servicios locales" al cantón correspondiente, con ello se define que se trata de una descentralización territorial - posible en nuestro sistema, como se ha dicho antes-, tal y como se consideró en sentencia 4091-94, de las quince horas doce minutos del nueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro:

'XXIX.-

Desde el punto de vista constitucional, es necesario comenzar por recalcar que Costa Rica, desde su nacimiento, ha sido un Estado unitario concentrado, lo cual quiere decir que no ha tenido nunca ningún tipo de descentralización política propiamente dicha. La

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

única que ha conocido, es la administrativa, sea esta territorial -municipios- o institucional. De manera que es inútil todo ejercicio tendente a distinguir, como pretenden los recurrentes, entre descentralización meramente administrativa y otras formas posibles de descentralización, la política. Esto obliga a considerar fundamentales para la decisión de este caso, las disposiciones de carácter legal, reglamentario o meramente administrativos que, a lo largo de los años han organizado los territorios en cuestión, desde la perspectiva de la división territorial administrativa, única que se conoce en Costa Rica [...]'

Dados estos antecedentes, es dable afirmar, junto con la doctrina costarricense más calificada, que lo territorial del ente (municipio) es, en realidad, lo territorial de sus potestades para dictar actos de imperio y de sus facultades para prestar servicios públicos y consiste en que tanto el sujeto que lo hace, como la atribución de competencia para hacerlo y la legalidad de esa conducta, vienen determinados por el propio territorio. Pero el poder público del ente territorial no es ilimitado ni exclusivo; su definición la recibe del Estado, generalmente por vía constitucional y lo tiene junto a otros entes de igual naturaleza y de mayor o menor radio espacial, respecto de los cuales se armoniza mediante la distribución de competencias. Por ello se dice que la municipal es una verdadera descentralización de la función política en materia local, que incluye la capacidad de dictar normas con valor reglamentario, que resultan superiores en el campo reservado, o sea, en la administración de los intereses y servicios locales. En otras palabras, en lo atinente a lo local no caben regulaciones de ningún otro ente público, salvo que la ley disponga lo contrario, lo que implica un fundado motivo para dictar la regulación; o lo que es lo mismo, el municipio no está coordinado con la política del Estado y solo por la vía de la ley se puede regular materia que pueda estar vinculada con lo local, pero a reserva que esa norma jurídica resulte razonable, según los fines que se persiguen. Es por ello que las normas y la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

conjugación de cada una de ellas, sean los artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del anterior Código Municipal, no resultan contrarias a la autonomía municipal, porque en todo caso, lo que debe privar por jerarquía de las disposiciones, es, en primer lugar, la supremacía de la norma constitucional y de seguro que lo local prima sobre los objetos de los entes descentralizados, que son creación de la ley cuando se trata de definir lo que es local."

Como puede observarse de lo anterior, y tal y como lo expresamos en el dictamen C-100-99 de repetida cita, la autonomía municipal está en función de la administración de los servicios e intereses locales, abarcando los ámbitos administrativos, financieros y políticos.

"Con base en su autonomía , las municipalidades están autorizadas para realizar todas aquellas actividades que beneficien a los habitantes de su cantón en las que existe un interés local, Dado el instrumento que utiliza el ordenamiento jurídico para garantizar esa autonomía -norma de rango constitucional- y su alcance -en función de los intereses locales-, a éstas no se les puede inhibir de que presten esos servicios. Además, cuando realizan su actividad lo hacen, en forma exclusiva, salvo que el máximo órgano de la corporación esté de acuerdo que participen otros órganos o entes del Estado."

Para concluir este apartado, queremos reafirmar lo expresado en el dictamen C-100-99, en el sentido de que a veces se presentan situaciones en las cuales el interés local y nacional o local y regional se confunden, ya que pese a existir un marco intereses nacional o regional resulta que también atañe al interés local, con lo que se produce el fenómeno de competencias concurrentes. Ahora bien, puede ocurrir que ante la falta de capacidad del ente corporativo se transfiera la competencia a un ente nacional para que sea este el que preste el servicio. La Sala Constitucional nos explica este fenómeno, en el voto 5445-99, de la siguiente forma:

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

"En este orden de ideas, no debe dejarse de lado la problemática institucional, en tanto debe determinarse para que la transferencia del caso proceda, si la municipalidad está o no en capacidad real y técnica para cumplir con los servicios públicos que le competen, prefiriéndose el traslado del servicio a instituciones de carácter regional o nacional; y asimismo, cuando el problema desborda la circunscripción territorial a la que están supeditados los gobiernos locales, es que puede trasladarse esa competencia a las instituciones del Estado nacionales o regionales correspondientes; en ambos supuestos, se insiste, se requiere de una ley de nacionalización o de regionalización, según sea el caso."

Sobre este punto volveremos más adelante.

B.-

LA FUNCIÓN REGULADORA EN EL SERVICIO DE ACUEDUCTO (RESEÑA HISTÓRICA).

Nos el propósito de esta sección rastrear a lo largo de nuestra historia la asignación de competencias reguladoras a órgano o entes del servicio de acueducto. La pretensión es más modesta y, si se quiere de naturaleza instrumental, como se verá a continuación.

La Ley General de Agua Potable, N° 1634 de 18 de setiembre de 1953, además de encargarle a las municipalidades la prestación del servicio de agua potable (artículo 5) le otorgaba la función reguladora, ya que en el artículo 11 de ese mismo cuerpo normativo, se disponía lo siguiente:

"Artículo 11.-

Cada Municipalidad de acuerdo con los Ministerios de Salubridad Pública, y de Obras Públicas, fijarán las tarifas tomando en

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

cuenta los recursos locales que aseguren el valor, depreciación, operación y mantenimiento del sistema de abastecimiento de aguas potables bajo su competencia."

En el dictamen C-038-95 del 27 de febrero de 1995 encontramos parte de este desarrollo histórico. En él se indicó:

"El original artículo 2 inciso h) de la ley 2726 de 14 de abril de 1961, dispuso como una atribución del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados:

'Elaborar las tasas y tarifas para los servicios públicos objeto de la presente ley, que se presten en el país por empresas públicas y privadas, con base en los principios de servicio al costo y de un porcentaje de utilidad para capitalización y desarrollo.(...) Las tasas y tarifas que el Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados elabore, serán "autorizadas" por el organismo que la ley indique."

Luego, el artículo 1 de la Ley No. 3975 de 23 de octubre de 1967, expresó que:

"Artículo 1º.-

De acuerdo con el artículo 2º, inciso h) de la ley N° 2726 de 14 de abril de 1961, se designa al Servicio al Servicio Nacional de Electricidad como el organismo encargado de autorizar (aprobar) las tasas y tarifas que el elabore el Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados, que se prestan en el país por municipalidades y por entidades públicas y privadas."

En el año de 1976, mediante Ley N° 5915 de 12 de julio de 1976, se modifica el artículo 3 de la Ley N° 2726 y se establece un procedimiento para la elaboración de las tasas y tarifas para los servicios públicos de acueductos y alcantarillados.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Posteriormente, mediante Ley N° 6806 de 26 de agosto de 1982, se realiza otra reforma al numeral 3 de la Ley 2726, y se establece un nuevo procedimiento en cuanto a la elaboración de las tasas y tarifas del servicio público ya indicado.

A partir de la Ley N° 6890 de 14 de setiembre de 1983, se adiciona un último párrafo al numeral 3 de la Ley N° 2726, a través del cual se le traslada la competencia a las municipalidades para que sean los Concejos quienes determinen las tasas y tarifas a cobrar en el servicio de agua potable. Al respecto se indicó:

" Tratándose de acueductos municipales, las tasas y tarifas por concepto de servicio de agua, serán acordadas por el Concejo, previo estudio jurídico y económico que efectuará el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, en consulta con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, y las mandará a publicar como proyecto, remitiéndolas para su aprobación al Servicio Nacional de Electricidad, el cual dispondrá de un plazo de treinta días hábiles para aprobarlas o justificar su rechazo. En caso contrario vencido este plazo, la municipalidad las pondrá en vigencia a partir del mes siguiente a la publicación en el Diario Oficial del aviso correspondiente."

Más recientemente, en la Ley N° 7593, se le otorga la competencia a la ARESEP para fijar precios y tarifas; además de velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, del suministro del servicio de acueductos y alcantarillados, incluyendo agua potable, recolección, tratamiento y evacuación de aguas negras residuales o pluviales.

Por último, se encuentra el artículo 68 del Código Municipal, que señala que las corporaciones les compete fijar las tasas y precios de los servicios municipales.

Así las cosas, el punto medular de esta consulta se encuentra en determinar si, con base en el ordenamiento jurídico vigente,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

corresponde la competencia reguladora del servicio de acueducto a las municipalidades o a la ARESEP. Para desentrañar este asunto, se hace necesario referirnos a los temas de la derogatoria tácita y alcance de la autonomía municipal en relación con este servicio, partiendo del concepto del servicio público municipal.

C.-

SOBRE DEROGATORIA TACITA.

Según afirma la asesora del ente consultante, la promulgación del Código Municipal produjo una derogatoria tácita del inciso c) del artículo 5 de la Ley 7593, ya que sustrajo de la ARESEP la competencia de la fijación de tarifas, tasas y precios de los servicios municipales y se la asignó a las corporaciones.

Por su parte, la ARESEP sostiene un punto de vista diferente, debido a que afirma que el Código Municipal no incluyó como servicio municipal (artículo 74) la prestación del servicio de acueductos.

En el dictamen C 122- 97 del 8 de julio de 1997, sobre el tema de la derogatoria, expresamos lo siguiente:

" Nuestro ordenamiento jurídico regula lo relacionado con la derogación de normas, específicamente en el párrafo final del artículo 129 de la Constitución Política, en relación con el artículo 8° del Código Civil.

'Artículo 129.-

. La Ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario'.

'Artículo 8.-

Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

observancia no puede alegarse desuso o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la ley anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia la que ésta hubiere derogado'.

La Procuraduría General de la República, por su parte, se ha pronunciado en esta materia, partiendo para ello de lo expresado por nuestro Tratadista don Alberto Brenes Córdoba en su Obra 'Tratado de las Personas' (Editorial Juricentro S.A., San José, 1986, p. 95), al afirmar que 'desde el punto de vista doctrinario, el acto mediante el cual el legislador deja sin efecto una ley, se conoce con el nombre de abrogación o derogación. Términos que se utilizan para expresar la acción y el resultado de abolir una ley en su totalidad o en parte nada más. La derogación puede ser expresa o tácita, según se haga en términos explícitos, o que resulte de la incompatibilidad de la ley nueva con la ley anterior, ya que es principio general, que las leyes nuevas destruyen las leyes viejas en todo aquello que se le oponga'".

Por su parte, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución número 130 de las 14:30 horas del 26 de agosto de 1992, indicó:

" La derogación de una norma jurídica se origina en la promulgación de otra posterior, a la cual hace perder vigencia. Tal principio lo consagra nuestro Derecho Positivo en el artículo 8 del Código Civil y en el 129 de la Constitución Política. Asimismo, según se deriva de dichas disposiciones , la derogatoria puede ser expresa o tácita. La tácita sobreviene cuando surge incompatibilidad de la nueva ley con la anterior, sobre la misma materia, produciéndose así contradicción. .."

Para determinar si se dio o no una derogatoria tácita, se hace necesario precisar si el servicio de acueducto es o no servicio público municipal.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

D.-

LA NATURALEZA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO.

En el dictamen C-169-99 del 20 de agosto de 1999 indicamos que el servicio municipal no constituye una categoría autónoma de actividad pública. Por el contrario, es un servicio público cuya única particularidad es su titular. En efecto, en orden a los servicios municipales expresamos:

"Compete a las municipalidades administrar y prestar los servicios públicos municipales. El término legal permitiría concluir que existe una categoría específica de servicios públicos: los municipales. Empero, debe resultar claro que esta categoría se identifica y especifica en razón del titular del servicio: las municipalidades, sin que en modo alguno intervenga un criterio material o funcional, particularmente referido a una concreta actividad. En consecuencia, no existen servicios públicos por naturaleza. No obstante, de lo resuelto por la Sala Constitucional, en su voto N. 6469-97 de las 16:20 hrs. del 8 de octubre de 1997, reafirmado en la resolución N. 2806-98 de 14:30 hrs. del 28 de abril de 1998, podría deducirse que dicho Tribunal considera que sí hay servicios municipales por naturaleza, de manera que siempre deben corresponder a la municipalidad. Establece la Sala:

'...lo local tiene tal connotación que definir sus alcances por el legislador o el juez, debe conducir al mantenimiento de la integridad de los intereses y servicios locales, de manera que ni siquiera podría el legislador dictar normativa que tienda a desmembrar el municipio (elemento territorial), si no lo hace observando los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política; ni tampoco promulgar aquella que coloque a sus habitantes (población) en claras condiciones de inferioridad con relación al resto del país; ni la que afecte la esencia misma de lo local (gobierno), de manera que se convierta a la Corporación en un simple contenedor vacío del que subsista sólo la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

nomiación, pero desactivando todo el régimen tal y como fue concebido por la Asamblea Nacional Constituyente. En otro giro, habrá cometidos que por su naturaleza son municipales -locales- y no pueden ser substraídos de ese ámbito de competencia para convertirlos en servicios o intereses nacionales, porque hacerlo implicaría desarticular a la Municipalidad, o mejor aún, vaciarla de contenido constitucional, y por ello, no es posible de antemano dictar los límites infranqueables de lo local, sino que para desentrañar lo que corresponde o no al gobierno comunal, deberá extraerse del examen que se haga en cada caso concreto'. Fuera de esta consideración, podría decirse que los servicios públicos municipales se caracterizan únicamente por su titular: son aquéllos que corresponden a las Municipalidades.

De la naturaleza pública del servicio, se sigue la aplicación uniforme de la teoría del servicio público, que es 'una' independientemente del carácter nacional, regional o local del servicio, y que, por ende, es comprensiva de los principios a que se ha hecho mención. En efecto, la circunstancia de que el servicio de que se trate presente un incuestionable interés local no determina un régimen jurídico diferente del servicio, al punto de que pueda contraponerse entre servicios públicos y servicios municipales. Por el contrario, a estos últimos se les aplican los principios generales en orden al servicio público, pues no son sino una categoría de ellos. No obstante, existen diferencias jurídicas importantes relativas, sobre todo, a la creación del servicio público.

Normalmente, la titularidad de un servicio debe ser atribuida por la ley. Si se aplicara dicho principio (creación del servicio por ley), la calificación de "municipal" de una determinada actividad tendría que ser otorgada por el legislador y, por ende, correspondería a la ley definir cuáles son los servicios municipales. En el Código Municipal anterior, artículo 4º, se definía una serie de servicios que competían a las municipalidades. Circunstancia que no se encuentra en el Código vigente que parte de que la competencia municipal está informada

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

por el carácter 'local' de la actividad o servicio. De esa forma, servicio público municipal es identificable con servicio público local. Se aplica, así, la cláusula general de competencia determinada por el "interés local" de la actividad. Cláusula general que es normalmente reconocida en los diversos ordenamientos en favor de las administraciones locales y por la cual el interés comunal se identifica con la satisfacción de las necesidades de la población local. En ese sentido, se considera que existe una vocación general de la colectividad local para satisfacer el interés público, definido en razón de su fin y no del objeto. Permítasenos, al efecto, la siguiente cita:

'...desde la perspectiva teórica expuesta (se refiere particularmente a la sentencia RASTADE del Tribunal Constitucional alemán, de 23 de noviembre de 1988 y a los diversos desarrollos que sobre el punto se han producido en el ordenamiento francés), la competencia general de los municipios aparece -a mi modo de ver correctamente- como la esencia misma de su autonomía....' José Luis CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR: "El debate sobre la autonomía municipal", Revista de Administración Pública, 147-1998,p. 90.

Ciertamente esa identificación no produce la seguridad que el operador jurídico requiere, particularmente porque no siempre es fácil diferenciar entre lo "local" y lo nacional o regional; máxime si se considera que una determinada actividad puede ser simultáneamente de interés local y nacional. En criterio de la Sala (resolución N. 6469-97 de 16:20 hrs. del 8 de octubre de 1997), correspondería al legislador o al juez "distinguir" o "definir" lo local de lo nacional. El juez aplicaría para tal efectos las reglas en orden a la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados."

Ahora bien, la Sala Constitucional, en el voto 5445-99, estableció que es factible que un interés local se transforme en uno nacional o regional, siempre y cuando medie una decisión de legislador. En efecto, expresó:

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

"De lo anterior, resalta el hecho de que, por voluntad expresa de nuestra Carta Fundamental, se asigna una competencia específica a los gobiernos locales, atribución que además es exclusiva de éstos; es decir, se trata de una competencia originaria de la municipalidad y sólo mediante una ley de nacionalización o de regionalización es que puede ser desplazada, total o parcialmente."

En el caso del agua potable sucede que, mediante la Ley N° 2726, se le asignó la prestación de ese servicio a un ente especializado, de carácter nacional y estatal, al indicarse en el artículo 2 de esa ley como competencia del AyA, el administrar y operar directamente los sistemas de acueductos y alcantarillados en todo el país, reservando a favor de los entes corporativos una competencia residual, en el sentido de que se les permitió que siguieran operando sus acueductos siempre y cuando suministran (y suministren) un servicio eficiente.

Como puede observarse, estamos en presencia de una asunto de interés nacional; empero la prestación del servicio público la puede hacer la municipalidad mientras lo haga en forma eficiente.

En líneas atrás hemos afirmado que la categoría de servicio público municipal, por regla general, se define con base en criterio subjetivo. Ahora bien, la duda que nos asalta es si se da misma situación cuando el interés ha sido transformado en nacional por el legislador(5) y, pese a ello, se le permite al municipio seguir prestando el servicio. Estaríamos o no frente a un servicio público municipal en los términos que ha sido definido en este informe.

NOTA (5): Revisando el expediente legislativo de la Ley N° 2726 encontramos que sobre el tema se presentaron varios proyectos y anteproyectos de ley. No interesa resaltar tres: el que planteó el diputado Oduber Quirós, creaba la Dirección de Obras Sanitarias

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

del Area Metropolitana como un organismo semiautónomo adscrito al Ministerio de Obras Públicas, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Este proyecto fue presentado el 29 de setiembre de 1959 (Ver folio 5). Por otra parte, la Comisión Especial que se integró en la Asamblea Legislativa para estudiar el problema del agua en San José presentó un anteproyecto el 8 de octubre de 1959 en el que proponía, entre otras cosas, crear la Dirección General de Acueductos y Alcantarillados como una institución adscrita al Ministerio de Salubridad Pública (Ver folio 31). Por último, el Poder Ejecutivo el 1 de mayo de 1960 presentó un proyecto de ley a la Asamblea Legislativa para crear la Dirección de Aguas, Tarifas y Alcantarillados (Ver folio 108). La creación del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados tuvo una fuerte oposición de las municipalidades del país (Ver manifiesto en contra del proyecto, folio 297) e, incluso, el parlamento se dividió entre aquellos que apoyan el proyecto y quienes lo adversaban, prueba de ello fue la votación nominal en el tercer debate donde 29 diputados votaron a favor y 14 en contra (es importante recordar que en el período constitucional 1958-1962, la Asamblea Legislativa estaba conformada por 45 diputados propietarios y 12 suplentes).

Este despacho no tiene ninguna duda de que el servicio público de acueducto es un asunto de interés nacional. Así lo definió el legislador en la Ley N° 2726. En este sentido, son ilustrativas las afirmaciones del Poder Ejecutivo, las cuales se encuentran en el proyecto de ley que presentó a la Asamblea Legislativa el 1 de mayo de 1960.

"I.-

Que los problemas relacionados con el abastecimiento de agua potable, aguas negras o servidas y pluviales en las distintas localidades del país, no pueden resolverse adecuadamente únicamente tomando en cuenta los intereses de una comunidad

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

determinada, circunscrita a una jurisdicción territorial o administrativa concreta, por cuanto esos servicios afectan habitantes de muchas comunidades distintas y grandes extensiones del territorio, de tal suerte que unos servicios dependen invariablemente de los otros, haciéndose necesaria, en muchos casos, la interconexión de esos servicios.

II.-

Que las nacientes de aguas potables y las corrientes de los ríos que se usan para el abastecimiento de los sistemas de cañerías o para la evacuación de aguas negras o servidas, recorren grandes extensiones del territorio, por lo que no pueden utilizar parte de esas aguas, en determinado punto, sin afectar, a veces sustancialmente, todo el cauce y los intereses de las comunidades que el cauce de que se trate atraviere; por otra parte, la conducción de las aguas ya tratadas, por medio de acueductos, cloacas, alcantarillados, o corrientes de aguas al descubierto, se hace a través de varias jurisdicciones administrativas y territoriales, de donde se desprende la íntima relación que existe ente el interés de todas y cada una de las colectividades en la solución de estos problemas lo que, indudablemente, confiere alcance de interés nacional a cualquier proyecto que se elabore para dar solución adecuada a los problemas que se derivan de la captación, tratamiento y distribución de aguas potables, de aguas negras o servidas y de aguas pluviales.

III.-

Que la solución con criterio nacional de estos problemas no sólo es conveniente desde el punto de vista sanitario, sino también desde el económico y administrativo, estando, al propio tiempo, en un todo de acuerdo con el ordenamiento constitucional y jurídico vigente. Las dudas que eventualmente pudieran surgir en relación con los textos de los artículos 169 y 170 de la Constitución

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Política, se desvanecen frente a las disposiciones vigentes de las leyes N° 258 de 14 de agosto de 1941; N° 276 de 26 de agosto de 1942, conocidas por Ley de Aguas, así como del Código Sanitario y de la llamada Ley General de Aguas Potables. "(6)

NOTA (6): Ver folio108 y siguientes del expediente legislativo de la Ley N° 2727.

En abono de sus tesis, el Poder Ejecutivo citó un estudio elaborado por la Procuraduría General de la República, que en lo conducente decía:

".Por urgente evidencia, de la que todos tenemos experiencia propia, y en todo caso por ser premisa de la misma consulta [suponemos que se refiere a la planteada por el Poder Ejecutivo antes del 1 de mayo de 1960], parto sin dudarle de la necesidad de dar a ese programa proyecciones nacionales, empeñándole todo el esfuerzo y apoyo del Gobierno Central, y encargándolo a una institución específica dotada de los medios legales y económicos necesarios para llevarlo a cabo -con rapidez y con victoria.

Se trata, pues, de establecer a) Si los servicios de abastecimiento de agua corresponde por encima al concepto de 'intereses y servicios locales', que el artículo 169 atribuye a las Municipalidades; b) Si de esa forma, o de cualquier otra, el plan propuesto roza con 'la autonomía' municipal que establece el artículo 170; c) Cómo debe, en consecuencia, estructurarse el plan, en cuanto a su organismo y su régimen legal."

".3) De todo lo expuesto, parece fácil deducir que no existe ninguna razón de orden lógico ni jurídica para considerar que los servicios de agua, aunque hayan venido hasta hoy en poder de las Municipalidades, constituyan por esencia 'servicios locales' en el sentido del artículo 169 citado [se refiere al constitucional], y, en consecuencia, que no existe tampoco ningún obstáculo de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

orden constitucional para que una ley los integre en un programa y en una institución nacionales, como los proyectados, sin violar para nada la autonomía municipal que define el artículo 170. Al hacerlo, la Asamblea Legislativa estaría simplemente ejerciendo su potestad constitucional específica, superior y exclusiva de emitir leyes (artículo 121, inc. 1), exceptuando al abastecimiento de agua, válida y justificadamente, del concepto de servicios locales y, por ende, de la jurisdicción municipal. Así se ha hecho antes con otros servicios de parecida o menor importancia, como los eléctricos, telefónicos, ferroviarios, portuarios y aéreos, sanitarios, etc.(7) "

NOTA (7): Ver folio 108 y siguientes del expediente legislativo de la Ley N° 2726.

La tesis del Poder Ejecutivo, avalada por el órgano asesor y compartida por la Asamblea Legislativa al votar la Ley N° 2726, fue confirmada por la Corte Plena, ejerciendo las funciones de juez constitucional, en la resolución que adoptó en la sesión extraordinaria del 17 de marzo de 1963. La sentencia se dio con motivo de un recurso de inconstitucionalidad que presentó la Municipalidad de Goicoechea contra la Ley 2726 que creó el Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado (hoy AyA) que, por cierto, fue la corporación que inició la oposición contra el proyecto de ley que estableció esa institución. El voto de mayoría expresó al respecto lo siguiente:

".desde que la Carta no enumera cuáles son sean los intereses y servicios locales (referidos en el art. 169 constitucional), precisa entender que serán los que la ley indique, ley que la Asamblea Legislativa puede modificar y aún derogar, o los que de hecho se realicen, que desde luego mantendrán su condición de locales en tanto la realidad no los transforme en generales o nacionales."

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

La posición de Corte Plena es plenamente conciliable con los argumentos que ha esgrimido la Sala Constitucional en el citado voto 5445-95, en el sentido de que cuando el problema desborda la circunscripción territorial a la que están supeditados los gobiernos locales, se puede trasladar esa competencia a las instituciones del Estado nacionales o regionales correspondientes, mediante una ley de nacionalización o de regionalización, según sea el caso.

Otro aspecto que no podemos perder de vista en este análisis, lo constituye el hecho de que el Tribunal Constitucional, en el voto 1108-96, ha expresado que el servicio de agua potable es indispensable y, por lo tanto, las autoridades del AyA, así como las del Ministerio de Salud y las municipalidades, deben velar porque ese servicio esencial no sea suprimido. Más aún, solo puede suspenderse por falta de pago, cuando exista una fuente pública en la cual el abonado pueda abastecerse, en los términos del artículo 8 de la Ley de Agua Potable.

En el voto 5445-99, el Tribunal Constitucional, en el considerando XXXV, se refirió al tema del servicio de agua potable. Al respecto indicó:

" DE LA APROBACIÓN DE LAS TASAS MUNICIPALES. Debe hacerse la distinción de lo que son las licencias o patentes municipales, definidas por la jurisprudencia constitucional como el impuesto municipal en concepto de autorización para ejercer una actividad lucrativa, que se paga por la '[...] imperiosa necesidad de sufragar el costo de los servicios públicos que el particular recibe de la Municipalidad; es decir, que los negocios comerciales o las actividades lucrativas, según la nomenclatura que utiliza nuestro Código Municipal, se ven altamente beneficiados con la seguridad, el orden, el aseo y la actividad municipal en general, por lo que deben contribuir con el Gobierno local" (sentencia número 2197-92, supra citada); tributos que pueden tener distinto hecho generador, dependiendo de la corporación local de que se

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

trate, cuya aprobación corresponde a la Asamblea Legislativa, según se anotó en el Considerando XXIX de esta sentencia, de las tasas municipales, que son la contribuciones que se pagan a los gobiernos locales por los servicios urbanos que éstos prestan a la comunidad (agua, recolección de basura, limpieza de cunetas, mantenimiento de parques), cuya tarifa está en relación directa con el costo efectivo invertido por estas autoridades y cuyo pago no puede ser excepcionado aunque el usuario no esté interesado en la prestación efectiva y particular de estos servicios, en los términos establecidos en el artículo 74 del vigente Código Municipal: 'Para los servicios que preste, la municipalidad cobrará tasas y precios, que se fijarán tomando en consideración el costo efectivo más un diez por ciento (10%) de utilidad para desarrollarlos. Una vez fijados, entrarán en vigencia treinta días después de su publicación en La Gaceta.

Los usuarios deberán pagar por los servicios de alumbrado público, limpieza de vías públicas, recolección de basuras, mantenimiento de parques y zonas verdes, servicio de policía municipal y cualquier otro servicio municipal urbano o no urbano que se establezcan por ley, en el tanto se presten, aunque ellos no demuestren interés en tales servicios. Se cobrarán tasas por los servicios de policía municipal y mantenimiento de parques, zonas verdes y sus respectivos servicios. Los montos se fijarán tomando en consideración el costo efectivo de lo invertido por la municipalidad para mantener cada uno de los servicios urbanos. Dicho monto se incrementará en un diez por ciento (10%) de utilidad para su desarrollo; tal suma se cobrará proporcionalmente entre los contribuyentes del distrito, según la medida lineal de frente de propiedad. La municipalidad queda autorizada para emanar el reglamento correspondiente, que norme en qué forma se procederá para organizar y cobrar cada tasa.'

"Estima este Tribunal, que dejar sólo a la discrecionalidad de las autoridades municipales la determinación de los montos que deben pagar los vecinos en concepto de tasas, sin ningún control previo, resulta no sólo riesgoso por los abusos que se pueden cometer,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

sino contrario a los principios constitucionales de protección a las grandes mayorías. Por ello, es necesario establecer un control, ya sea a priori o a posteriori, a cargo de la Contraloría General de la República, control que se repite, es estrictamente de legalidad, a efecto de que verifique que el costo propuesto del servicio es el correcto, a fin de evitar que las municipalidades cobren más de lo que corresponde en justicia. En este sentido, cabe advertir que la única participación constitucionalmente posible por parte de la Contraloría en la fijación de las tasas municipales, es ese control de legalidad, en el que podría objetar la tasa que sea desproporcionada al costo del servicio que se pretende cobrar, y obviamente, estaría legitimada para señalar el límite para modificar la tasa a efecto de que guarde relación con el costo efectivo del servicio, al resolver sobre su aprobación; motivos por los cuales, el artículo 85 del Código Municipal no es inconstitucional y tampoco lo es el Transitorio VIII del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

El artículo 74 del Código Municipal vigente, eliminó la intervención de la Contraloría para la fijación de las tasas municipales, pero subsiste, a juicio de la Sala, la aplicación del Transitorio VIII del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, hasta tanto no sean traspasados en su integridad, la fijación de las tasas y precios a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos."

"Debe hacerse la advertencia de que en virtud de lo dispuesto en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, número 7593, de veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y seis, es a esa institución a quien le corresponde fijar los precios y tarifas del suministro de los servicios de agua potable, y en el caso de que el servicio lo preste el gobierno local, será a esa entidad a quien corresponda su fijación."

(Lo que se resalta no corresponde al original).

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Si bien cierto la redacción del voto de la Sala, en lo que interesa, ha presentado algún grado de confusión entre algunos operadores jurídicos según nos hemos enterado a propósito de este estudio, para el órgano asesor es claro que el Tribunal Constitucional considera que el ente competente para fijar las tarifas del servicio de agua potable cuando lo presta el gobierno local, es ARESEP.

En primer lugar, porque si no fuera así, y se dejara a la discrecionalidad de entes corporativos la fijación de tarifas, sin ningún control previo, se vulnerarían los principios constitucionales de protección a las grandes mayorías.

Por otra parte, no existe duda que, cuando la Sala habla de que será a esa entidad, se refiere a ARESEP y no al gobierno local. La razón es sencilla, ya que si su intención hubiera sido otra, la redacción de la oración que estamos comentando, sería diferente. En lugar de utilizar el pronombre demostrativo en función adjetiva "esa" habría utilizado el pronombre demostrativo "este" y, en lugar de hablar de "entidad" habría utilizado el término "corporación" u otro concepto similar. Resulta casi improbable, dado el buen manejo que hace la Sala del tema, que el Tribunal Constitucional cometiera el error de calificar a las municipalidades como entidades, máxime que, en el considerando III de la misma resolución, las define como entidades territoriales de naturaleza corporativa y pública no estatal, dotadas de independencia en materia de gobierno y funcionamiento.

La posición de la Sala es plenamente compatible con el hecho de que estamos ante un asunto de interés nacional, no local. Con la particularidad, de que el ordenamiento jurídico le permite prestar el servicio de acueducto a la corporación siempre y cuando lo haga en forma eficiente, por lo que, en este caso, no estamos en presencia de un servicio público municipal estricto sensu, sino frente a un servicio público general cuya prestación la realiza la corporación. Más aún, no salta la duda de si al estar definida la competencia de las corporaciones en función de los servicios e

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

intereses locales y el territorio, si, desde la óptica constitucional es válido, que las municipalidades puedan prestar un servicio que ha sido nacionalizado o regionalizado.

Así las cosas, considera el órgano asesor que el hecho de que la función reguladora del servicio de acueducto que presta una municipalidad corresponda a un ente nacional, en nada puede afectar la autonomía municipal, ya que al estar referida esta a los servicios e intereses locales los entes corporativos, cuando se trata de la prestación de un servicio que tiene una connotación nacional la autonomía no opera. En otras palabras, al estar a la autonomía municipal en función de los servicios e intereses locales la misma no surte los efectos que el Constituyente previo cuando el ente corporativo, de manera residual y sujeto a una condición, presta un servicio público el cual ha sido nacionalizado. En este sentido, resulta pertinentes las palabras de la Doctora Ana Gabriela Ross, Expresidente Ejecutiva del AyA, las cuales se encuentran recogidas en el voto 5445-99 del Tribunal Constitucional. Al respecto dijo:

"Consideran que este procedimiento para fijar las tasas locales por servicio de agua no viola la autonomía municipal, toda vez, que las Municipalidades tienen participación en la fijación de dicha tarifa y de que existe prevalencia del interés nacional sobre el local, por lo que debe existir un mecanismo para ejercer un efectivo control de las tasas por los servicios públicos que se brindan, que permitan una protección adecuada a los usuarios evitando distorsiones, desigualdades en las cargas y violaciones a los principios presupuestarios."

Por otra parte, tampoco podemos desconocer que el Tribunal Constitucional, en el voto N° 6469-97, definió el proceso para la determinación del ámbito de competencia de las municipalidades en razón de la materia a lo local (Ver considerando VI de esa sentencia). Postura que fue ratificada en el voto 5445-99.

Por consiguiente, estamos frente a una excepción a la regla de que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

el servicio público municipal es definido siguiendo un criterio subjetivo, tal y como lo expresamos en dictamen C-169-99 del 20 de agosto de 1999. En este supuesto, ocurre de que el servicio público no es municipal por su naturaleza, o como bien lo afirma la Sala Constitucional "en razón de la materia a lo local", sino que se trata de un asunto de interés nacional, resultando el criterio subjetivo insuficiente para convertirlo en un servicio de interés local dado que existe una decisión política, expresada en una ley de la República que cumple con los parámetros de constitucionalidad, que le ha dado otra connotación o característica, la cual no puede desconocer los operadores jurídicos.

Por último, hay otro asunto que no puede obviar el órgano asesor, y es el hecho de que, de conformidad con el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes. Además, con base en la resolución N° 7062-95 el efecto vinculante de las sentencias de la Sala se refiere tanto a sus considerando como a su parte resolutive.

Al no estar de por medio un servicio local, en el caso del servicio de acueducto prestado por una municipalidad, la vigencia del Código Municipal, Ley N° 7794, no derogó tácitamente el inciso c) del artículo 5 de la Ley N° 7593. La filosofía que inspira al nuevo Código Municipal es garantizar la autonomía municipal en aquellos servicios de naturaleza local.

Por consiguiente, la intención de legislador nunca fue convertir un asunto o servicio de interés nacional en uno local. La idea era devolver la función reguladora a las municipalidades, en los casos de los servicios públicos municipales, con el fin de garantizarles la autonomía municipal."

I V.-

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

CONCLUSIÓN.

Corresponde a la ARESEP fijar las tarifas del acueducto municipal de Ciudad Quesada.

OPINIONES JURÍDICAS

MUNICIPALIDAD. EMPRESA PUBLICA MUNICIPAL. SERVICIO PUBLICO. SERVICIO PUBLICO MUNICIPAL. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. ACTIVIDAD INDUSTRIAL Y COMERCIAL EJERCIDA POR EMPRESA MUNICIPAL. ¹²

“

La Municipalidad está autorizada para crear una sociedad municipal y encargarle la prestación de servicios municipales. Se pretende que esa sociedad se constituya como sociedad de responsabilidad limitada.

A.-

UNA PARTICIPACION EN LA ACTIVIDAD ECONOMICA

La municipalidad es un ente corporativo, manifestación de una descentralización territorial. En efecto, la municipalidad es una corporación pública que como tal representa la comunidad de residentes estables que la forman. Ente territorial ("única descentralización territorial del país", Sala Constitucional N° 2934-93 de 15:27 hrs. de 22 de junio de 1993), detenta la potestad de dictar actos de imperio y facultades para prestar servicios públicos dentro de un territorio determinado: el cantón. Es ese territorio el que explica la atribución de competencias para actuar y la legalidad de esa conducta: la validez de la actuación

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

depende de que tenga lugar dentro de determinado territorio. La atribución de competencias es a fin general y no específico, lo que permite a la corporación municipal perseguir cualquier fin que se relacione con el bien común de los habitantes de su territorio, a diferencia del resto de entes descentralizados. Además, posee una libertad para autofijarse los cometidos y definir la propia esfera de acción, dentro del respeto al ordenamiento estatal y al espacio propio de otros entes territoriales.

En la actualidad, se presenta un marcado interés de hacer de las comunidades territoriales actores del desarrollo económico, social y cultural. Se permite el intervencionismo económico en esos componentes como mecanismo de lograr el desarrollo y el bienestar de la población. La municipalidad asume, así, nuevos servicios públicos de naturaleza industrial y comercial. El Código Municipal permite que esos servicios sean prestados incluso mediante sociedades municipales.

a) La prestación de servicios públicos municipales

El servicio municipal es un servicio público caracterizado porque su titular es una Municipalidad.

El servicio público es una actividad de prestación, dirigida a la satisfacción de una necesidad de interés general, asumida por la Administración Pública bajo un régimen jurídico especial. Dos elementos son fundamentales: el carácter de interés general de la actividad y que ésta sea asumida o prestada por una Administración Pública. Como indicamos en el dictamen N° C-169-99 de 20 de agosto de 1999:

"Al origen del servicio público encontramos una actuación pública

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

dirigida al público y que tiende a satisfacer una necesidad que – se parte- es sentida colectivamente por la sociedad. Es esa circunstancia lo que justifica la asunción pública de dicha actividad.

El servicio público releva de la autoridad administrativa, que asume la responsabilidad de su prestación y, por ende, de la satisfacción de las necesidades de los usuarios. Ello aún cuando la gestión sea delegada posteriormente. La asunción de la actividad sea por un mandato legal, sea por una actuación de la competencia general que corresponde a las municipalidades, determina la obligatoriedad de la prestación del servicio. La apreciación por la autoridad pública del carácter público de una actividad, publicatio, otorga la titularidad de la actividad a la Administración, determinando el deber de su prestación y correlativamente, haciendo surgir el derecho subjetivo de cualquier ciudadano, potencialmente usuario de la actividad, de obtener dicho servicio. Procede recordar, al efecto, que el servicio público no funcionan en interés propio de la Administración titular, así como tampoco en el interés particular de los usuarios, sino en relación con la satisfacción del interés público.

La "publicatio" de la actividad produce ciertas consecuencias. Una de las más importantes es que un tercero, público o privado, no podría pretender explotar ese servicio si no cuenta con un acto habilitante de la Administración titular del servicio: (...).

Una vez declarado que un determinado sector o actividad es servicio público, los particulares no son libres para ejercerlo. Deben contar con un acto que los habilite a hacerlo, porque la titularidad del servicio corresponde a la Administración. Nota característica del servicio público es la unidad y diversidad de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

su régimen. Unidad dada por los grandes principios del servicio público (igualdad, continuidad y adaptación constante). Diversidad en virtud de los nuevos principios que lo rigen (transparencia, neutralidad, especialidad, derecho de participación del usuario en su gestión; calidad, rapidez, tarificación por costos, responsabilidad, etc.), de las distintas categorías en que pueden ser enmarcados los servicios y los distintos medios de gestión que hoy se reconocen"

El Código Municipal atribuye a la municipalidad la administración y prestación de los servicios públicos municipales (artículo 4, inciso c). El servicio público municipal no se diferencia del servicio público, salvo por su titular. Empero, esa titularidad determina el ámbito de los servicios municipales: la municipalidad está autorizada a perseguir cualquier fin general en tanto sea local. Lo cual tiene consecuencias respecto de los servicios que puede prestar: estos deben presentar un evidente interés "local". La Sala Constitucional, en resolución N° 1822-98 de 10:15 hrs. de 13 de marzo de 1998 expresó sobre este concepto:

"La Sala tiene claro, y así lo ha sostenido en su abundante jurisprudencia sobre el tema, que el artículo 170 de la Constitución Política y el numeral 7 del Código Municipal, que lo desarrolla, han conferido a las municipalidades la gestión y promoción de los intereses y servicios locales, bajo una clara situación de autonomía, que es, sin duda, libertad frente a la Administración centralizada para la adopción de las decisiones fundamentales del ente... En síntesis, es el legislador -que tiene como límite el respeto al marco esencial de las competencias municipales - y eventualmente el Juez, el que debe establecer, en cada caso, si estamos ante un interés local o nacional".

Si bien al servicio municipal se le aplican los principios

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

generales en orden a los servicios públicos, por el hecho mismo de que la municipalidad es un ente territorial a fin general, se presentan determinadas derogaciones. Una de ellas radica en la creación del servicio. En efecto, no todo servicio municipal es creado por ley. La calificación de un determinado servicio como "municipal" puede derivar de una norma inferior a la ley e incluso de un acto administrativo. No puede olvidarse que el Código Municipal parte de que la competencia municipal está informada por el carácter "local" de la actividad o servicio. De esa forma, servicio público municipal es identificable con servicio público local. Se aplica, así, la cláusula general de competencia determinada por el "interés local" de la actividad. Cláusula general que es normalmente reconocida en los diversos ordenamientos en favor de las administraciones locales y por la cual el interés comunal se identifica con la satisfacción de las necesidades de la población local. En ese sentido, se considera que existe una vocación general de la colectividad local para satisfacer el interés público, definido en razón de su fin y no del objeto (dictamen N° C-169-99). El problema es cómo diferenciar lo "nacional" y lo local". De acuerdo con la Sala Constitucional se trata de un aspecto que corresponde al legislador o bien, al juez aplicando las reglas de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados (resolución N° 6469-97 de 16:20 hrs. del 8 de octubre de 1997, reafirmada en la N° 2806-98 de 14:30 hrs. de 28 de abril de 1998 y en la 1822-98 antes transcrita).

Si la Municipalidad es competente para organizar y prestar servicios locales (sentencia de la Sala Constitucional N° 620-2001 de 15:21 hrs. de 24 de enero de 2001) se sigue necesariamente que no puede crear directa o indirectamente servicios que no califiquen como "locales" y, por ende, servicios cuyo ámbito de prestación exceda lo local. Consecuentemente, al estarle impedida esa creación, se sigue como lógica consecuencia, que la municipalidad no puede realizar ningún acto de delegación de un servicio que exceda lo local. Debe entenderse, entonces, que le

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

está vedado asumir, fuera del ámbito de su territorio, una actividad industrial o comercial. Las actividades que desempeñen deben tener como ámbito su jurisdicción y éste es el cantón (artículo 3 del Código Municipal).

Como servicio público, el servicio municipal puede ser prestado en forma directa o bien, acudiendo a los diversos procedimientos que el ordenamiento prevé como constitutivos de una gestión indirecta: la concesión de servicio, la gestión interesada, el permiso, la constitución de sociedades mercantiles o cooperativas, el concierto, el arrendamiento, según lo previsto por la ley.

Así, la municipalidad está autorizada para asumir la prestación de la actividad por medio de sus propios órganos o creando un ente (si está autorizada para ello), o bien delegar la gestión del servicio, manteniendo el poder organizador y director y consecuentemente, la responsabilidad derivada de la vigilancia sobre la correcta prestación del servicio. Lo cual implica fijar las condiciones bajo las cuales el operador deberá prestar el servicio.

La participación de una entidad pública o privada en la prestación de los servicios locales requiere de un acto de habilitación del titular del servicio, que en los servicios municipales es la municipalidad.

b) La gestión mediante sociedades municipales

A pesar de la proclamación del principio de subsidiaridad de la participación pública en la economía, lo cierto es que en diversos ordenamientos se presenta un recrudecimiento de la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

gestión económica por parte de los municipios, que a través de sus empresas asumen nuevos servicios de índole económica. Lo cual implica la autorización y posibilidad de creación de empresas por parte de las municipalidades.

En efecto, la municipalidad puede recurrir a la creación de empresas públicas. A través de la empresa, la municipalidad puede administrar tanto los servicios municipales tradicionales como asumir nuevos servicios, incluidos los de carácter económico. Asimismo, la empresa es un instrumento para hacer participar a los particulares en la gestión de los intereses locales.

La asunción y prestación de servicios locales a través de la empresa municipal pretende especializar la organización y permitir una gestión más flexible. El concepto de especialidad implica que el acto constitutivo debe señalar los servicios a que se dedicará la sociedad y que una vez creada, ésta deberá dedicarse exclusivamente al objeto social correspondiente, no pudiendo intervenir en campos de actividad que exceden ese objeto.

El interés por flexibilizar la actuación puede conducir a la adopción de formas privadas de organización de la empresa, así como a la aplicación de normas de Derecho Común en orden al funcionamiento de la empresa. Es decir, en el ámbito municipal el mecanismo puede constituirse en una manifestación de lo que se ha dado en llamar "la huída del Derecho Administrativo".

La constitución de sociedades plantea diversos problemas no sólo en orden a dicha huída, sino en particular por la posible concurrencia con sujetos privados y respecto de las potestades que la nueva entidad desarrollará. Además, se puede poner en peligro la situación patrimonial de la corporación.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Factores que inciden en la necesidad de que se respete el principio de legalidad y su corolario, el de reserva de ley. Este principio no obliga sin embargo a que toda empresa sea creada por ley. Al contrario, una entidad municipal podrá ser constituida por ley, pero también ésta puede autorizar la constitución de empresas municipales. Con ello remarcamos que la constitución de una empresa municipal no necesariamente es obra de la ley, pero si ésta no la crea, sí es necesaria para autorizar la constitución por parte de la propia Municipalidad. De lo contrario, la creación será ilegal.

En el ordenamiento costarricense, esa autorización encuentra su origen en el Código Municipal, al disponer el artículo 13 en lo que aquí interesa:

"ARTÍCULO 13.-

Son atribuciones del Concejo:

(...)

p) Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta".

La Corporación municipal puede constituir otras entidades jurídicas. La fórmula utilizada por el legislador plantea el problema de la naturaleza jurídica de la entidad que llegue a crearse. La norma implica una autorización para constituir empresas bajo formas societarias, pero queda la duda de qué se

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

debe entender por establecimientos públicos y si al referirse a las empresas industriales y comerciales (que, en principio, serían las empresas públicas municipales), el legislador pretendió no solo poner en evidencia el objeto de la entidad sino también referirse a su naturaleza y al régimen aplicable. En todo caso, pareciera claro que la norma autoriza no sólo la sociedad de capital público en su totalidad sino también sociedades mixtas. Lo cual puede considerarse una forma de participación del particular en la gestión de los intereses municipales, a través de la sociedad de economía mixta. No escapa al intérprete que podría pretenderse examinar la norma también como una autorización para que la Municipalidad decida incursionar en diversos ámbitos económicos. Posibilidad que, en todo caso, debería ser analizada en relación con la competencia de la Municipalidad y en particular el concepto de lo local. En el dictamen N° C 238-99 de 8 de diciembre de 1999 indicó la Procuraduría:

"2.-

La segunda condición que se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico para constituir este tipo de entidad, es que el objeto de la sociedad debe estar referido a la obtención de los fines que debe cumplir el ayuntamiento. Dada la naturaleza de las municipalidades, entes territoriales de base corporativa, su competencia se circunscribe a la prestación de los servicios públicos locales con el fin de satisfacer, de forma oportuna y adecuada, los intereses de los munícipes. No en vano, el artículo 169 de la Constitución Política, le atribuye a la corporación municipal la administración de los servicios locales del cantón.

(...).

Desde esta perspectiva, el objeto de la sociedad mixta no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena.

3.-

Otro aspecto, no menos importante, es que el radio de acción de la sociedad, es decir, su domicilio y su ámbito de actividad, necesariamente, estaría circunscrito al territorio del cantón de la municipalidad respectiva. Desde esta perspectiva, la actividad principal de la entidad tendría que realizarse dentro de los límites del cantón, por lo que no podría crear sucursales, agencias o establecimientos en el territorio de otras municipalidades, con el fin de prestar los servicios o producir los bienes para los munícipes de esas circunscripciones territoriales, salvo que existiera un acuerdo intermunicipal".

El Código Municipal no contiene otras prescripciones en orden a la constitución de las citadas empresas. De ese hecho, resulta claro que dicha creación debe sujetarse a las leyes existentes y en particular, puesto que se trata de una entidad creada para un objeto comercial, a las disposiciones del Código de Comercio referidas precisamente a la constitución de sociedades mercantiles. No obstante, cabe recordar que la autorización para constituir una empresa cuyo capital social pertenezca exclusivamente a la Municipalidad puede implicar en sí misma una derogación del principio societario. Ello en el tanto bien podría suceder que la empresa se constituya con un único socio. Hablamos de una posibilidad porque el Código Municipal autoriza también una sociedad constituida por varias municipalidades (así, dictamen N° C-238-99 antes citado).

B.-

LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Entiende la Procuraduría que una de las razones por las cuales se consulta sobre el proyecto de creación de una empresa de servicio público en Alajuela radica en la forma jurídica con que se pretende dotar a la empresa.

Se recurriría a esta forma societaria a efecto de limitar la responsabilidad de la Municipalidad, lo que se considera un "escudo legal". Se estima, en efecto, que eso beneficiaría tanto a la Municipalidad como la empresa si el proyecto no fructificara. Se hizo referencia también al hecho de que el Gerente General sería nombrado por la Asamblea de Socios, el Concejo Municipal, y de que éste sería el responsable directo de la administración, con lo que se garantizaría independencia respecto de la Municipalidad.

a) La organización de la sociedad municipal

Conforme se señala en el proyecto de escritura que ha sido remitido a la Procuraduría, la sociedad municipal sería organizada como sociedad de responsabilidad limitada. Sus órganos fundamentales serían la Asamblea de socios, el Consejo Directivo y el Gerente.

La información con que contamos no permite establecer con claridad las razones por las cuales se decide recurrir a la forma de sociedad de responsabilidad limitada. Elección que debe quedar clara, sobre todo si se toma en cuenta el amplio objeto social de la empresa, tal como resulta de la extensa cláusula tercera del proyecto de escritura.

La sociedad de responsabilidad limitada es una forma de sociedad mercantil, según resulta del artículo 17, inciso c) del

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Código de Comercio. La particularidad que, eventualmente explica la elección que hace la Municipalidad, deriva de la responsabilidad limitada de los socios:

"ARTÍCULO 75.-

En la sociedad de responsabilidad limitada los socios responderán únicamente con sus aportes, salvo los casos en que la ley amplíe esa responsabilidad".

En la sociedad anónima, por el contrario, los socios "solo se obligan al pago de sus aportaciones", artículo 102 del Código de Comercio, lo que implica que no responden por las obligaciones en que incurra la sociedad anónima.

Podría pretenderse que la Municipalidad solo responde con el capital social que aporta a la empresa. Empero, es claro que en la medida en que la Municipalidad delega la gestión de los servicios municipales en esta sociedad, está llamada a asumir responsabilidad por su actuación. En consecuencia, la pretensión de eximir a la Municipalidad no es válida porque la responsabilidad de ésta se deriva del acto de creación de la sociedad y de los actos por medio de los cuales le delegue la prestación de los servicios locales o bien, autorice a participar en otros ámbitos de la actividad económica.

En todo caso, la decisión a favor de una forma de organización social debe tomar en consideración el amplio objeto social de la empresa que se proyecta, que requiere un fuerte capital, que se proyecta pertenezca siempre en manos de la Municipalidad y con la necesidad de flexibilidad que se argumenta.

b) El objeto y régimen de la sociedad

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

La cláusula Tercera del proyecto de escritura dispone:

"TERCERA, Del Objeto:"La Empresa tendrá como objeto brindar los servicios públicos que mediante compromiso de gestión, concesión de gestión de servicios públicos o cualesquiera otro instrumento negocial decida asignarle la Municipalidad de Alajuela por medio de acuerdo del Concejo Municipal, en plena conformidad con la normativa aplicable a la materia. Todo instrumento de asignación de competencias deberá disponer expresamente la titularidad municipal sobre los bienes destinados a la prestación del servicio y la facultad de recuperación del mismo cuando esto resulte necesario para garantizar su continuidad o dcalidad. Dispondrá además la sociedad de plena facultad para desarrollar, como complemento y apoyo de su objeto, cualquier actividad comercial o industrial, sin más limitaciones que las que impongan las leyes y este pacto constitutivo. Queda además autorizada la sociedad para comprar, vender, hipotecar, pignorar, y en cualquier forma poseer y disponer de toda clase de bienes muebles e inmuebles, derechos reales y personales. Podrá abrir cuentas corrientes y de cualquier clase en los bancos nacionales o del extranjero y formar parte de otras sociedades. Podrá participar en licitaciones individualmente o en socio con otras personas físicas o jurídicas, obtener concesiones, franquicias y patentes, asumir la representación de firmas nacionales y extranjeras así como realizar toda clase de contratos y gestiones administrativas, judiciales y extrajudiciales. Podrá igualmente contratar empréstitos con agencias de crédito nacionales o extranjeras; así como emitir toda clase de títulos y valores, siempre que cumpla los requisitos fijados para los emisores financieros..

La sociedad podrá desempeñar esas funciones en forma directa o por medio de las subsidiarias que constituya para tal efecto mediante la celebración de contrataciones o alianzas con entidades de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

reconocido prestigio tecnológico y financiero. ...Podrá, además, previo acuerdo autorizador del Consejo Municipal de Alajuela, constituir o formar parte de otras sociedades de propiedad municipal o de economía mixta. La Sociedad queda inhibida para ceder la gestión o concesión de los servicios públicos que se le asignen, salvo que se trate de subsidiarias, en cuyo caso conservará el dominio de éstas, pero para ello deberá contar con la aprobación del Consejo Municipal de Alajuela. ...Para el cumplimiento de su objeto la Empresa y sus subsidiarias estarán sometidas al derecho privado en el giro normal de sus actividades, sin embargo, en cuanto activo público municipal estará sujeta a fiscalización a posteriori de la Contraloría General de la República; a las disposiciones aplicables a las empresas públicas contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría general de la República, número siete mil cuatrocientos veintiocho de siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos número ocho mil ciento treinta y uno de dieciocho de setiembre de dos mil uno, la Ley General de Control Interno, número ocho mil doscientos noventa y dos de treinta y uno de julio de dos mil dos y en lo pertinente a lo dispuesto en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. ..El régimen de empleo será de Derecho Privado y se regirá por el Código de Trabajo y la reglamentación interna que dicte el Consejo Directivo".

El objeto principal de la empresa es la gestión de servicios públicos que le delegue la Municipalidad de Alajuela. De acuerdo con lo cual cualquier servicio público local podría ser prestado por la empresa, tanto los existentes como los que en el futuro llegare a asumir la Municipalidad por ser de interés local. Dichos servicios podrían ser prestados directamente por la sociedad o bien a través de subsidiarias. Está previsto, en efecto, que pueda ceder la concesión de servicio público a la subsidiaria en que conserve la totalidad del capital social, previa autorización de la Municipalidad. Es de recordar que en la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

medida en que la Municipalidad es la titular del servicio y porque el acto de delegación del servicio público es un acto intuitu personae, la cesión de la gestión sólo puede proceder con la autorización de la Municipalidad, titular del servicio. Por demás, el ámbito de acción de la subsidiaria no puede exceder el cantón.

Pero la sociedad no se crea sólo para prestar servicios públicos locales. Más allá de estos servicios, está la posibilidad de que la sociedad y a través de ésta la Municipalidad, pueda intervenir en la actividad comercial e industrial (en cualquier ámbito) para lo cual puede obtener licencia municipal, lo que permitiría extender ampliamente la esfera de intervención económica municipal. Este es uno de los aspectos más críticos, por cuanto plantea el problema de la intervención municipal en la economía y, particularmente, en actividades que no necesariamente califican como servicios públicos locales. Estima la Procuraduría que en la medida en que dicha intervención puede afectar la esfera jurídica de los particulares, la autorización para desempeñar actividades diferentes de los servicios locales debe ser establecida expresamente por la ley.

La empresa estaría habilitada a participar en concursos públicos como oferente, pero no queda claro si se trata no sólo de la propia concesión de servicios públicos promovida por la Municipalidad de Alajuela, sino también de una autorización para que participe en otros concursos y en relación con otros entes públicos.

A través de esta figura de la sociedad municipal la Municipalidad podría constituirse un holding. En efecto, se prevé que la empresa constituya subsidiarias o bien participe en sociedades mixtas. No está excluida la posibilidad de alianzas estratégicas. Instrumentos que posibilitarían el desarrollo de la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

gestión comercial e industrial que se pretende abrir a la empresa y, por ende, a la Municipalidad.

En orden al régimen jurídico, se dispone que la "empresa y sus subsidiarias estarán sometidas al derecho privado en el giro normal de sus actividades", lo cual es válido y aceptable en lo que se refiere a las actividades comerciales e industriales de empresa. El artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública expresamente señala que el Derecho Privado regulará la actividad empresarial de los entes privados. Pero esa sujeción al Derecho Privado es cuestionable en tratándose de los servicios municipales cuyo objeto no sea industrial o comercial. En todo caso, la gestión tendrá que comprender necesariamente las disposiciones aplicables a los servicios públicos, así como el régimen de responsabilidad administrativa.

En orden a la representación de sociedades nacionales y extranjeras, cabe recordar que lo municipal se define como lo local. No pareciera, a priori, que dicha representación corresponda a un interés local. Por ende, que pueda enmarcarse en el objeto de la sociedad municipal.

Queda claro que en tanto empresa pública, la empresa es parte de la Hacienda Pública y, por ende, sujeto fiscalizado por la Contraloría General de la República. El alcance de ese control lo define la Constitución y la ley. Corresponderá a la Contraloría definir dentro de ese marco legal cómo ejerce el control. Debe resultar claro que una escritura pública no tiene el efecto de restringir dicho control. Por consiguiente, resulta absolutamente improcedente que se pretenda limitar por medio de escritura pública el control de la Contraloría General a un control a posteriori. Además, le resultan aplicables a la empresa las disposiciones que integran la Hacienda Pública en tanto régimen,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

entre ellas, la Ley de Contratación Administrativa, la Ley General de Control Interno. En la medida en que se presten servicios públicos comprendidos dentro del artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, le resultará aplicable dicha Ley.

En todo caso, debe tomarse en cuenta que el ámbito de aplicación de ese ordenamiento es de rango legal. Por consiguiente, sólo la ley puede excepcionar la aplicación de las normas correspondientes.

c) La organización interna de la sociedad

En orden a la organización interna de la sociedad se proyectan tres órganos fundamentales: la Asamblea General, el Consejo Directivo y el gerente general a cuyo cargo estará la administración de la empresa. En el Código de Comercio no se regulan los dos primeros órganos, al punto de que no puede afirmarse que la legislación exija que la sociedad cuente con junta Directiva. En cuanto a la asamblea de socios, dado que se dispone someramente sobre las reuniones de los socios (así, artículos 94 y 97 del Código de Comercio) podría afirmarse su necesidad.

Entre los aspectos que se cuestiona estaría el hecho de que miembros del Gobierno Municipal asumirían funciones dentro de la sociedad. En concreto, la posición de Asamblea de socios correspondería al Concejo Municipal. Fungiendo como tal, el Concejo haría determinados nombramientos, autorizaría la constitución de subsidiarias y la creación o fusión con otras sociedades.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Esas cláusulas pueden ser analizadas a partir de los principios y reglas en materia de incompatibilidad. En efecto, se debe establecer si existe incompatibilidad entre el cargo de miembro del Concejo Municipal y la participación en la asamblea de socios de la sociedad por una parte y entre el cargo de Alcalde municipal y el de Presidente del Consejo Directivo, por otra parte.

Las incompatibilidades encuentran su fundamento en la oposición de intereses, así como en la necesidad de mantener la independencia y, por ende, imparcialidad en el ejercicio de la función. Todo con el objeto de garantizar el correcto y eficaz ejercicio de la función pública. La regulación de las incompatibilidades es manifestación de la transparencia de la Administración Pública que hoy por hoy se constituye en uno de los principios fundamentales que rigen el accionar administrativo. Por ello no es de extrañar que distintas incompatibilidades pretendan evitar el nepotismo, en cuanto forma de corrupción en el ejercicio de la función pública. Sobre el fundamento de la incompatibilidad, la Sala Constitucional ha manifestado:

"... La incompatibilidad surge del conflicto de intereses que evidentemente existe, entre el interés privado de las empresas de aviación, y el interés público de la Dirección General de Aviación Civil. Según establece el artículo 312 de la Ley N° 5150, esta ley es de orden público. En caso de colisión entre el interés privado y el público, ha de prevalecer este último..." Resolución N° 5549-95 de 15:15 hrs. del 11 de octubre de 1995.

"... La incompatibilidad es la imposibilidad de desempeñar al mismo tiempo dos puestos o funciones. El fundamento de las prohibiciones legales que determinan las incompatibilidades,, es la necesidad de dotar de independencia a los servidores públicos, a fin de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

situarlos en una posición de imparcialidad, para evitar el conflicto de intereses y la concurrencia desleal. Las incompatibilidades se basan en razones de moralidad y tienden a evitar la acumulación de facultades en una sola persona, así como que los funcionarios aparezcan en oposición con el organismo público del cual dependen, en contiendas judiciales o reclamos administrativos, a causa de la designación profesional por parte de particulares; es decir, tiende a evitar la colisión de intereses -interés público o interés privado-...", Resolución N° 3932-95 de 15:33 hrs. del 18 de julio de 1995.

Como se dijo, las incompatibilidades deben ser razonables y proporcionadas. De allí se sigue que en el momento de establecerlas el legislador debe contemplar la especial naturaleza del cargo que regula. Por ello, lo normal es que se establezcan en relación con los altos funcionarios de la Administración Pública, en cuanto titulares de un poder de decisión, susceptible de producir consecuencias jurídicas, económicas y sociales no sólo a nivel interno de la organización, sino externas.

La sociedad municipal es creada directamente por la Municipalidad. Su objetivo es encargarse de la prestación de servicios municipales, ya sea mediante compromiso de gestión o por concesión de gestión de los servicios. A partir de ese objeto, podría considerarse que el Concejo Municipal tiene un particular interés en la gestión de la empresa, debiendo preocuparse por la gestión de ésta, ya que en último término la responsabilidad es de la Municipalidad. Factores que concurrirían a considerar que existe coincidencia entre el interés del Concejo Municipal y el interés de la empresa. Por consiguiente, que tanto los regidores como el Alcalde pueden participar en los órganos superiores de la sociedad que se constituye. En todo caso, en la medida en que la Municipalidad acuda a la constitución de una sociedad, será socio fundador de ésta. Esa condición de socio tiene necesariamente que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ser asumida por un órgano de la Municipalidad y, en concreto, por su órgano superior, el Concejo Municipal.

No escapa a la Procuraduría la situación particular que puede presentarse en la contratación entre Municipalidad y sociedad. Si bien la sociedad se constituye para gestionar servicios municipales, lo cierto es que al no ser esa gestión producto de una definición de la ley o de su acto constitutivo, requiere de un acto administrativo que especifique qué servicios se asumen, sea ese acto un compromiso de gestión o la concesión de servicio público. La decisión de acordar la gestión compete al Concejo Municipal: conforme el inciso e) del artículo 13 del Código Municipal, corresponde al Concejo Municipal celebrar los convenios, comprometer los fondos municipales y por ende, tomar la decisión respecto de un compromiso de gestión o una concesión de servicio. Existe identidad absoluta entre Concejo Municipal y asamblea de socios de la sociedad. En caso de concurso público en que sea oferente la sociedad municipal esa identidad podría afectar la transparencia y objetividad de la decisión.

Por otra parte, órgano deliberativo de la Corporación municipal, el Concejo debe dedicar todos sus esfuerzos a la atención de los problemas locales. Esa dedicación podría afectarse desde el momento en que el amplio objeto social de la sociedad le permitiría desarrollar actividades que no configuran servicios municipales. Dispone la cláusula Tercera del proyecto de escritura, en lo que aquí interesa:

"... Dispondrá además la sociedad de plena facultad para desarrollar, como complemento y apoyo de su objeto, cualquier actividad comercial o industrial, sin más limitaciones que las que impongan las leyes y este pacto constitutivo..."

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

El énfasis dado a la sociedad como sujeto de Derecho Privado está relacionado con esa posibilidad de desarrollar actividades comerciales o industriales que no configuran servicio público local y que escaparían a la competencia de la Municipalidad en tanto titular de los servicios públicos municipales.

En lo que se refiere al Alcalde, tenemos que el Código Municipal contiene disposiciones expresas que determinan la incompatibilidad entre el puesto de alcalde y el presidente de un consejo directivo de una sociedad municipal. Dispone el artículo 20 del citado Código:

"ARTÍCULO 20.-

El alcalde municipal es un funcionario de tiempo completo y su salario se ajustará, de acuerdo con el presupuesto ordinario municipal, a la siguiente tabla:

(...).

Además, los alcaldes municipales devengarán, por concepto de dedicación exclusiva, calculado de acuerdo con su salario base, un treinta y cinco por ciento (35%) cuando sean bachilleres universitarios y un cincuenta y cinco por ciento (55%) cuando sean licenciados o posean cualquier grado académico superior al señalado. En los casos en que el alcalde electo disfrute de pensión o jubilación, si no suspendiere tal beneficio, podrá solicitar el pago de un importe del cincuenta por ciento (50%) mensual de la totalidad de la pensión o jubilación, por concepto de gastos de representación".

Una norma como la dispuesta en el artículo antes

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

transcrito tiende a garantizar la exclusividad de la función popular que se desempeña, pero también la imparcialidad y objetividad en el desempeño del alto cargo, para lo cual se evita colocar al funcionario en una situación de conflicto de intereses. El de Alcalde es un cargo de gran responsabilidad y complejidad, que requiere dedicación absoluta, ser ejercido con total transparencia y por encima de cualquier interés extraño a la Municipalidad.

El artículo 31 del Código Municipal prohíbe a los regidores y alcaldes no sólo intervenir en asuntos en que tengan interés directo, sino también intervenir en asuntos y funciones de su competencia. El artículo en su inciso c) excepciona la participación en comisiones especiales.

"- Prohíbese al alcalde municipal y a los regidores:

(...).

c) Intervenir en asuntos y funciones de su competencia, que competan al alcalde municipal, los regidores o el Concejo mismo. De esta prohibición se exceptúan las comisiones especiales que desempeñen".

Al no contemplar los supuestos de participación en sociedades municipales, tendríamos que concluir que le está prohibido a dichos funcionarios intervenir en el funcionamiento de la sociedad municipal.

Por otra parte, el proyecto de escritura atribuye la representación judicial y extrajudicial de la sociedad al

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

presidente del consejo directivo, puesto que estará reservado al alcalde municipal. El Código no regula, como se indicó, el consejo directivo de la sociedad de responsabilidad limitada, pero sí es muy claro en cuanto que la administración de la sociedad corresponde al gerente:

"ARTÍCULO 89.-

Las sociedades de responsabilidad limitada serán administradas por uno o varios gerentes o subgerentes, que pueden ser socios o extraños. ...".

Si la administración corresponde al gerente y por otra parte, no existe disposición alguna que regule la presidencia del consejo directivo, se sigue que la representación de la sociedad debe estar en manos de su administrador, que es el gerente. Es por ello que el artículo 91 del Código de Comercio regula la delegación de los poderes del gerente y la posibilidad de éste de conferir poderes judiciales. Y el artículo 92 dispone que en la escritura debe establecerse si el gerente y subgerente es apoderado general o generalísimo. Lo cual reafirma la posición de estos como representantes de la sociedad. En consecuencia, pareciera improcedente que se pretenda que esa representación sea ejercida por el Alcalde.

CONCLUSION:

Por lo antes expuesto, es criterio no vinculante de la Procuraduría General de la República, que:

1. Corresponde a las municipalidades la satisfacción del interés local, entendido como la satisfacción de las necesidades de los habitantes en su consideración de vecinos del cantón.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

2. Puesto que la municipalidad es competente para organizar y prestar servicios locales, escapa a su competencia la prestación de servicios que no califiquen como locales.

3. El artículo 13, inciso p) del Código Municipal autoriza al Concejo Municipal a crear empresas con un objeto industrial y comercial. En la medida en que el capital social de dichas empresas sea total o mayoritariamente de origen municipal, se estará ante una empresa pública municipal.

4. El objeto de esas empresas municipales debe enmarcarse dentro de los fines propios de la municipalidad. Por consiguiente, debe corresponder a los intereses locales. El radio de acción de la sociedad debe ser el cantón correspondiente.

5. Una municipalidad puede, entonces, constituir una sociedad de responsabilidad limitada que tenga como su objeto social, la prestación de servicios municipales.

6. Puesto que la municipalidad es la titular de los servicios municipales, se sigue que asume la responsabilidad última en orden a la gestión de esos servicios. Una responsabilidad que se rige por el Derecho Administrativo y no por el Derecho Comercial. Por consiguiente, la forma de "sociedad de responsabilidad limitada" no es un mecanismo para evadir dicha responsabilidad.

7. La "actividad industrial y comercial" que desarrolle la sociedad municipal debe enmarcarse en el concepto de servicio municipal. Estima la Procuraduría que una intervención municipal en ámbitos comerciales, no enmarcables dentro del servicio público, debe ser expresamente dispuesta por el legislador.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

8. La gestión de los servicios públicos municipales debe responder a los principios y normas que regulan los servicios públicos, aún cuando se trata de un servicio de naturaleza industrial o comercial. Su gestión financiera debe sujetarse al ordenamiento de la Hacienda Pública.

9. El puesto de alcalde municipal es de dedicación exclusiva, por lo que resulta incompatible con el de presidente del consejo directivo de una sociedad municipal.

10. La representación judicial y extrajudicial de la sociedad de responsabilidad limitada debe corresponder al gerente.

11. En todo caso, es necesario que la decisión de constituir la sociedad mercantil sea producto del estudio de la factibilidad del funcionamiento de la empresa y, por ende, su viabilidad financiera. Además, si se recurre a esta forma de gestión, debe ser porque permite una mejor gestión de los intereses locales.”

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]¹³

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me es grato referirme a su oficio WRD-209-99 del 29 de julio de 1999, recibido el 11 de agosto de ese mismo año, a través del cual solicita el criterio de este órgano superior técnico-jurídico sobre:

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

"1.-

La posibilidad de que las municipalidades puedan participar en sociedades anónimas u otras conjuntamente con la empresa privada.

2.-

Cuáles órganos son los que tendrían la capacidad de iniciativa y la atribución para aprobarlo.

3.-

Si los municipios pueden disponer de sus bienes, por ejemplo, hipotecando su patrimonio para participar en sociedades mercantiles y en qué condiciones.

4.-

Si es posible o no, vender, arrendar, o concesionar a través de sociedades constituidas con participación del sector privado, edificaciones o inmuebles surgidas de proyectos de desarrollo conjunto".

Es necesario aclarar que el criterio que a continuación se expone, es una mera opinión jurídica de la Procuraduría General de la República y, por ende, no tiene ningún efecto vinculante para la Asamblea Legislativa, por no ser Administración Pública y se hace como una colaboración en la importante labor que desempeña el Diputado.

I.-

NORMATIVA APLICABLE.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

A.-

CONSTITUCIÓN POLITICA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1949.

"Artículo 169.-

La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón , estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley".

"Artículo 170.-

Las corporaciones municipales son autónomas".

B.-

CODIGO MUNICIPAL, LEY NUMERO 7794 DE 30 DE ABRIL DE 1998.

" Artículo 4.-

La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política. Dentro de sus atribuciones se incluyen:

(...)

f) Concertar, con personas o entidades nacionales o extranjeras, pactos, convenios o contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones".

"Artículo 9.-

Las municipalidades podrán pactar entre sí convenios cuyo objeto

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

sea facilitar y posibilitar el cumplimiento de sus objetivos o su administración, a fin de lograr una mayor eficacia y eficiencia en sus acciones".

"Artículo 13.-

Son atribuciones del Concejo:

(...)

e) Celebrar convenios, comprometer los fondos o bienes....

(...)

p) Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta".

"Artículo 62.-

La municipalidad podrá usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos o contratos permitidos por este código y la Ley de Contratación Administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines.

Las donaciones de cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles, así como la extensión de garantías a favor de otras personas, solo serán posibles cuando una las autorice expresamente una ley especial. Podrán darse préstamos o arrendamientos de los recursos mencionados, siempre que exista el convenio o el contrato que respalde los intereses municipales...".

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

II.-

LA INICIATIVA MUNICIPAL EN LA ECONOMÍA.

La iniciativa municipal en la actividad económica la podemos subsumir dentro del concepto de la iniciativa pública en la economía.

El tema de la participación del sector público en la actividad económica (producción y prestación de bienes y servicios en régimen de monopolio o de mercado, por los medios genéricos de la actividad administrativa, indirectos o directos), ha sido un tema referido, por lo general, al Estado. Desde esta perspectiva, se habla de la iniciativa pública para mencionar la autorización del ordenamiento jurídico a favor de aquel para que intervenga en la actividad económica.

Nuestra Constitución Política, a diferencia de otras, verbigracia la Española de 1978 (artículo 128, inciso 2)(1), no reconoció, en forma expresa, la iniciativa pública en la economía.

Empero, lo anterior no es óbice para expresar que el artículo 50 de la Carta Fundamental, constituye un fundamento jurídico suficiente que ampara la intervención del Estado en la economía.

Esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, quien en los votos números 550-95, 3120-95 y 311-97, respectivamente, indicó lo siguiente: ---

NOTA (1): "Artículo 128 [Función Pública de la Riqueza] (...)

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica.

Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

"La Constitución vigente, en su artículo 50, consagra un criterio importante en esta materia, dando fundamento constitucional a un cierto grado de intervención del Estado en la economía, en el tanto no resulte incompatible con el espíritu y condiciones del modelo de "economía social de mercado" establecido constitucionalmente, es decir, se postula en esa norma, y en su contexto constitucional, la libertad económica pero con un cierto grado, razonable, proporcionado y no discriminatorio de intervención estatal, permitiéndose al Estado, dentro de tales límites, organizar y estimular la producción, así como asegurar un "adecuado" reparto de la riqueza. Esta Sala en su sentencia #1441-92, de las 15:45 horas del 2 de junio de 1992, dispuso: 'El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que "el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza" lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho' " .

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Sobre el tema de la intervención del Estado en la economía, concretamente, el Tribunal Constitucional, en los votos números 6776-94 y 655-97, respectivamente, expresó:

"En el campo económico el Estado no participaba en forma directa, lo cual dejaba al libre juego de los intereses de los participantes. Era el tiempo de la política económico-liberal del "laissez faire". Cualquier intervención de los organismos públicos que fuera más allá de la labor de gendarme o de policía, era tildada de ilegal o inconstitucional. Sin embargo, tal concepción del Estado ajena totalmente a los principios básicos del cristianismo, de la solidaridad y de la justicia social, fue ya superada. En definitiva se llegó a pensar que el Estado tiene que intervenir en el orden económico, tratando de distribuir con mayor justicia la riqueza, sin lesionar con ello la iniciativa de los particulares (empresarios). Y tal intervención no obedece al hecho de que el Estado sea más poderoso, sino por su propia naturaleza.

Así, la intervención estatal puede realizarse en forma directa, dándose origen a las empresas públicas. También, puede hacerlo de manera indirecta, concediendo subvenciones o mediante la adopción de medidas proteccionistas a los empresarios privados. Pero igualmente, y en aras del bien común, el Estado puede intervenir y participar en el quehacer económico por medio de su autoridad, para lo cual el ordenamiento jurídico le otorga potestades para dirigir, controlar y regular la economía.

Dichas facultades pretenden que el empresario particular en sus actividades, se desenvuelva dentro de ciertos marcos que el Estado (que representa y cuida a toda la comunidad), establece en cada oportunidad".

Ahora bien, el hecho de que el tema de la iniciativa pública haya

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

estado residenciado en el Estado no significa, de ninguna manera, que exista una imposibilidad de las municipalidades de participar en la actividad económica, a pesar de que hasta el día de hoy esta situación no ha sido frecuente, por no decir inexistente(2), en nuestro medio.

--- NOTA (2): En otros países la intervención económica de la Administración Pública se ha visto impulsada por los municipios y las Comunidades Autónomas. TRONCOSO REIGADA (Antonio) Privatización, Empresa Pública y Constitución. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Primera Edición, 1997, páginas 32 y 33.

Al igual que la intervención del Estado en la economía está sometida a una serie de requisitos, con el fin de ajustar ese accionar al Derecho de la Constitución, la intervención de la municipalidad en la actividad económica debe de cumplir con una serie de condiciones.

En España, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases Municipales del Régimen Municipal, reconoce la intervención directa de la Corporación en la actividad económica a través de la sociedad mercantil. En efecto, el artículo 85 de ese cuerpo normativo, en lo que interesa señala:

" Artículo 85.

1. Son servicios públicos locales cuando tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

locales.

2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse en forma directa o indirecta. En ningún caso podrá prestarse gestión indirecta de los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

3. La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:

A) Gestión por la propia Entidad local.

B) Organismo autónomo local.

C) Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local " (Lo que se resalta no corresponde al original).

Por su parte, la Ley 39/ 1988 de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, deja entrever la posibilidad que tienen las entidades locales de conformar empresas mixtas, cuando en el artículo 149 se señala:

"149.-

El presupuesto de la Entidad local será formado por su Presidente y al mismo habrá de unirse la siguiente documentación:

(...)

3) Las Sociedades Mercantiles, incluso de aquellas en cuyo capital

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

sea mayoritaria la participación de Entidad local...".

Don Eduardo Ortiz Ortiz, tomando como parámetro el anterior Código Municipal, Ley número 4574 de 4 de mayo de 1970, en lo referente a la intervención directa en la economía(3) -objeto de esta consulta-, señaló que "... las municipalidades no pueden crear unilateralmente entes locales -ni públicos o privados- y sólo pueden hacerlo por virtud de convenio y mediante intervención aprobatoria o constitutiva de la Asamblea Legislativa"(4)

--- NOTA (3): El Estado puede intervenir en la economía utilizando los medios genéricos de la actividad administrativa (facultades de control, regulación y ordenación de los distintos procesos de producción y distribución de bienes y servicios), los medios indirectos (actividad de fomento) y los medios directos (las nacionalizaciones y la creación de empresas nuevas).

NOTA (4): ORTIZ ORTIZ (Eduardo) La Municipalidad en Costa Rica.

Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, primera edición, 1987, página 145.

Como puede observarse, hasta la emisión del actual Código Municipal, Ley número 7794 de 30 de abril de 1998, las corporaciones municipales no estaban autorizar para crear, unilateralmente, una empresa pública, sino que para tal fin requerían de una ley(5).

--- NOTA (5): Por Ejemplo, la Ley N° 3300 de 16 de julio de 1964

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

que estableció la Junta Administradora del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago.

Según Don Eduardo Ortiz, las municipalidades sí podían crear, por pacto con otras u otros entes públicos, nuevos organismos dotados de personalidad propia y encargados de dar prestaciones o ejercer funciones comunes frente al público. Estos podían tener personalidad de Derecho Público o de Derecho Privado(6).

--- NOTA (6): ORTIZ ORTIZ (Eduardo) Op. Cit, página 152. Además señala Don Eduardo que por la vía de convenios o pactos pueden constituir los consorcios " Las municipalidad pueden crear, por asociación con otras u otros entes públicos, una especie de ellos llamados consorcios.

Desempeñan éstos atribuciones coincidentes y no lucrativas de las municipalidades, pero sin abandono de ella por parte de sus miembros, que conceden únicamente su ejercicio, revocable en cualquier momento;

es también posible y frecuente que las municipalidades se reserven una potestad de ejercicio simultáneo y concurrente en el cantón. El consorcio no exige aporte de bienes sino en la medida necesaria para prestación del servicio consorcial, que suplen las municipalidades parte. Su ámbito territorial es siempre intermunicipal. Pueden también ser de base comunitaria, en cuanto agrupen no tanto a las municipalidades como a los munícipes de ambos cantones, de los cuales los órganos directores y ejecutivos del consorcio son representantes, y a los cuales están sujetos como pueblo municipal".

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

También estaban autorizadas a formar, por pacto o convenio, con otros entes públicos sociedades y cooperativas.

"Si la municipalidad quiere asociarse para constituir una nueva entidad de forma y acción privada, por su régimen dominante, sea sociedad, asociación o cooperativa, tienen que sujetarse al Derecho Privado para su creación, tanto en punto a procedimiento funcional como en cuanto a cláusulas y efectos del pacto. Cualquier derogación del Derecho Privado y/o de sus leyes especiales en la materia requeriría intervención legislativa. Puede la municipalidad emprender en actividades mercantiles, pero si ello perjudica la competencia privada, tanto como si lo hace en condiciones de privilegio, tiene que indemnizar los daños que cause la suya propia, que así podrá reputarse desleal o normal, pero lesiva. Hay quienes sostienen que las municipalidades no pueden perseguir fines de lucro ni desarrollar actividades mercantiles, por ser éstas especulativas, extrañas a su cometidos de bien comunal y peligrosas para su patrimonio. No lo consideramos fundado, siempre que la intervención y actividad municipales puedan reputarse una fuente de ingresos que no ponga en peligro, sino que fortalezca la hacienda municipal, salvada naturalmente la responsabilidad por los daños que su funcionamiento cause a la empresa privada competidora. Y si hay monopolio es obvia esa responsabilidad a cargo del Estado, por la ley que lo crea, según todo lo dicho".(7)

--- NOTA (7): ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Op. Cit. páginas 153 y 154.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Tanto en el primer caso como en el segundo, somos de la tesis de que tales convenios requerían de la aprobación legislativa, ya que el artículo 15, párrafo segundo, del derogado Código Municipal, así lo exigía.

Con la promulgación del Código actual la situación se torna diferente. En primer lugar, se mantiene la norma que autoriza a las municipalidades a pactar entre sí convenios (artículo 9); empero no se indica si a través de éstos se pueden crear nuevos entes -públicos o privados, lo que obliga a determinar si ellos es posible a la luz de la normativa que emergió con la Ley número 7794 de 30 de abril de 1998.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 13, inciso p)

autoriza al Concejo, a instancia del Alcalde, a constituir establecimiento públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta, la terminología que emplea la norma no es lo suficientemente clara, lo que compele al operador jurídico a hacer un esfuerzo interpretativo de la misma(8). Sin embargo, en vista de que la consulta se refiere a la creación por parte de la corporación municipal de empresas de economía mixta, en lo que el Código sí es explícito, nos limitaremos en esta opinión jurídica, exclusivamente, al análisis de esta opción.

--- NOTA (8): Revisando el expediente legislativo número 12.426, encontramos que en el proyecto de ley de Código Municipal, presentado por el Diputado Jiménez Succar, no estaba esta norma. La misma aparece en el texto sustitutivo que presentó el citado legislador, moción que fue aprobada por la Comisión Especial de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Descentralización del Estado y Fortalecimiento de los Gobiernos Locales, en la sesión del 11 de noviembre de 1997 (ver folio 321). En los dos dictámenes Afirmativos Unánimes que rindió la citada comisión, del 1 y 22 de abril de 1998, respectivamente (ver folios 667 y 819), lo único que se indica al respecto es lo siguiente: " Se concede mayor fuerza a los convenios intermunicipales y al establecimiento de empresas municipales, procurando introducir conceptos de operación más comúnmente usados en la Administración privada que en la pública".

A esta altura de la exposición, queremos resaltar que a diferencia del anterior Código Municipal, el actual autoriza al municipio a constituir sociedades públicas de economía mixta.

III.-

SOBRE LA CUESTIÓN PLANTEADA.

En la sociedad mixta se unen el sector público y el privado, para alcanzar , conjuntamente, un objetivo económico. Lo característico de estas empresas es la participación de ambos sectores, tanto en la propiedad del capital social como en la gestión de la empresa.

En la actualidad, se ha acuñado un concepto más amplio de sociedad mixta, en el cual se incluyen no sólo las alianzas entre el sector público y privado, sino también entre sujetos de éste último, por lo que las sociedades de economía mixta, también conocidas como join- venture, son definidas como: "...el desarrollo de una actividad empresarial de forma conjunta y a priori de manera

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

temporal entre socios que comparten el capital. Los motivos fundamentales por los que compañías deciden crear una sociedad mixta son:

* La transferencia de tecnología o el desarrollo en común de un nuevo proceso o producto.

* Soslayar los contingentes y otras restricciones a las importaciones.

* Aunar esfuerzos y competencias para alcanzar unos logros que no se podrían obtener de forma separada.

* Compartir costes y riesgos- * Adquirir recursos que no están disponibles en el mercado"(9)

--- NOTA (9): BUENO CAMPOS (Eduardo) Fundamento de Economía y Organización Industrial. Editorial Mc GraW Hill, primera edición, 1993, páginas 323 y 324.

Algunos autores hacen una distinción entre empresas mixtas públicas y mixtas privadas. Señala la Licda. Valverde Kooper, al respecto:

" En Italia se le considera privadas, en Alemania e Inglaterra se le reconoce status público y en Francia se resuelve caso por caso, que parece ser el criterio más adecuado, dada la diversidad de modalidades. Un criterio importante es el régimen de privilegio

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

que ostenta el Estado frente a los demás socios, independientemente de su participación social. Ahora bien, normalmente si tal participación es mayoritaria, el Estado asume ciertos privilegios (en cuanto a la integración de los órganos en cuanto al poder de decisión) que inclina la balanza hacia la publicación de la entidad. El mejor ejemplo lo constituye CODESA a la que la jurisprudencia nacional considera parte de la Administración Pública"(10)

--- NOTA (10): VALVERDE KOOPER (Mercedes) "Las Administraciones Públicas" en Antología de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, primer semestre, 1984, página 97.

Sobre este mismo aspecto, el Dr: Mauro Murillo expresa:

" Una desnaturalización de la sociedad se produce ciertamente cuando la administración es propietaria de la totalidad del paquete accionario. La presencia de socios privados se considera indispensable con el objeto que no se desvirtúe el fin de la sociedad"(11)

--- NOTA (11): MURILLO ARIAS (Mauro) "La Empresa Pública" Ensayo de Derecho Constitucional Costarricense. Editorial Juricentro, San José, primera edición, 1983, página 310.

De acuerdo con la legislación vigente las corporaciones municipales están autorizadas para constituir sociedades públicas

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

de economía mixta, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1.-

Independientemente del esquema organizativo que adopte la sociedad mixta, el cual, por lo general, es el de la sociedad anónima, este tipo de ente serán siempre de naturaleza pública, toda vez que el legislador se inclinó por esta opción atendiendo al criterio del control del ente público sobre el capital de la empresa. Sobre el particular, las palabras de Dr: Mauro Murillo resultan pertinentes:

"Un tratamiento aparte merecen las empresas públicas, especialmente las configuradas como sociedad anónima, que son las que usualmente se entienden como tales. Estas sociedades son empresas públicas cuando el capital accionario es propiedad de entes públicos, en su totalidad o en su mayoría.

Lo que interesa es entonces el control de la empresa por parte del sector público, mediante el mecanismo de la propiedad accionaria. Se supone que una sociedad anónima, constituida como tal conforme al Código de Comercio, es por principio un ente privado. En nuestro medio se encuentran empresas públicas que no son reguladas por ley (como las subsidiarias de CODESA), otras autorizadas a crearse como sociedades bajo reglas especiales (como ASBANA); otras afectadas, posteriormente a su creación, por ley especial (RECOPE, ZONA FRANCA) y otras creadas directamente por ley (CODESA)...". "...La práctica ha sido muy variada, pero predomina la tendencia a entenderlos como entes públicos, normalmente no estatales. Se ubican como no estatales solo para, por supuesto, no someterlo a una legislación más rigurosa... De toda suerte su ubicación como públicos es muy dudosa. Más lógico resulta ubicarlos como entes privados, aunque sometidos a regulaciones

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

especiales"(12)

--- NOTA (12): MURILLO ARIAS (Mauro) Ensayos de Derecho Público, Volumen II, Edición Juritexto, San José, primera edición, 1996, páginas 27 y 28.

También la Procuraduría General de la República ha seguido el criterio del control de los entes públicos sobre el capital de la empresa, para calificar a una entidad organizada bajo las figuras privadas como empresa pública. En efecto, en el Dictamen C-080-86 indicamos:

"Como puede observarse, si bien en principio el derecho privado regula la actividad de las empresas públicas o estatales, es lo cierto que el legislador ha considerado oportuno y conveniente establecer disposiciones tendientes a dirigir y fiscalizar su funcionamiento. Ello hace, por ejemplo, que queden sujetas a las directrices de la Autoridad Presupuestaria, incluso en los aspectos relativos a inversión, endeudamiento y salarios. De este modo, en el caso que nos ocupa, a tenor de lo preceptuado por el artículo 2º inciso c), en concordancia con el 15 de la Ley N° 6821 de 19 de octubre de 1982, Fertilizantes de Centro América S.A., como empresa estatal, forma parte del sector público no financiero...".

Por su parte, en el Dictamen C-063-96 del 3 de mayo de 1996 expresamos:

"En razón de su actividad, BICSA está regida por el Derecho

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Comercial y más aún por el Derecho del país en donde se constituyó y ejerce primordialmente sus operaciones. Desde esa perspectiva, es una sociedad anónima de nacionalidad extranjera y sujeta, por ende, al ordenamiento extranjero. El régimen de su actividad es, pues, de Derecho Privado, igual que lo es el régimen de su organización, sea el de sociedad anónima.

Esta sujeción a un régimen de actividad y de organización de Derecho Privado, ha determinado que algunos de los Bancos consideren que BICSA BAHAMAS es una empresa privada. Empero, esa conclusión deja por fuera un aspecto importante cuál es el de la propiedad de la sociedad y los criterios en orden a la determinación del carácter público o privado de una empresa, que no son extraños a nuestro ordenamiento. Al respecto, tenemos que la Corporación es propiedad exclusiva de los Bancos del Estado y de la Junta Liquidadora del Banco Anglo, sea el capital social pertenece en su totalidad a entidades públicas, quienes ejercen, en razón de esa titularidad del accionariado, el control absoluto sobre las decisiones de la empresa. Tenemos, así, una persona jurídica cuyo capital social no solo en su mayoría sino en su integridad es dominado por entes públicos; de lo que se sigue un dominio en la Junta Directiva que dota a los socios públicos de un poder preponderante, mejor dicho absoluto, de decisión o de gestión sobre la entidad. Son estos elementos (cfr. M, DURUPTY: *Les entreprises publiques*, I, PUF, 1986, pp. 210-211, D, LINOTTE-A, MESTRE: *Services publics et Droit Public Economique*, I, Litec, Paris, 1982, p. 230) los que doctrinariamente determinan que una empresa pueda ser calificada de pública, aún cuando se esté en presencia de una persona de Derecho Privado. Sencillamente, no existe una identidad necesaria entre la naturaleza jurídica, pública o privada, de un ente y su personalidad jurídica. Esta puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado, según la organización y régimen que se le dé a la empresa. Lo importante es el hecho de que aún cuando se trate de una persona de Derecho Privado, por ejemplo, una sociedad anónima, la empresa puede ser

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

pública si se dan los elementos definidores antes señalados (Cfr.

A. De LAUBADERE: Droit Public Economique, Dalloz, 1983, p. 668; E, GARCIA DE ENTERRIA-T, FERNANDEZ: Curso de Derecho Administrativo, I, Civitas, Madrid, 1989, p. 415 y E, GARCIA DE ENTERRIA- M, SANCHEZ MORON: 'Régimen jurídico de la Empresa Pública en España', La empresa pública y su Régimen, Universidad Nacional Autónoma, México, 1981, pp. 228-229). Permítasenos, sobre estos aspectos, las siguientes transcripciones: '...la publicidad de una empresa sólo puede predicarse si ésta se encuentra de una manera u otra controlada por un ente público. Precisamente es sólo esta idea del control la única que nos puede poner sobre la pista de la existencia de una empresa pública, en tanto hablaremos de empresa pública en cuanto ésta se halle en su gestión mediatizada por el Estado u otro ente público'. SOSA WAGNER: La organización y control del sector empresarial público en España, Madrid, 1971, pp. 77-78, citado por E, RIVERO YSERN: 'Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas'. Revista de Administración Pública, N.

86-1978, p. 36.

'El tratamiento tradicional y predominante en la doctrina es la consideración de la empresa pública como un ente de Derecho privado, como hemos puesto de manifiesto. Ello venía provocado por la confusión entre naturaleza del ente y régimen de su actividad, que también denotaba nuestro Derecho positivo. Pero existe otro factor que ha influido, a nuestro juicio, en la configuración de la empresa pública como ente de Derecho privado, y este factor ha sido la crisis profunda que el intervencionismo económico ha originado en la organización administrativa tradicional. (....)

La capacidad de personificación del Estado, que se va a plasmar

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

fundamentalmente en las empresas públicas, da al traste con este esquema organizativo, adecuado para satisfacer los fines públicos tradicionales. (....).

Este planteamiento, a mi juicio, está absolutamente desfasado, y como en otras ocasiones, autores, si bien los menos, han denunciado la situación, pronunciándose por el carácter de entes públicos respecto de las empresas públicas', E, RIVERO YSERN: 'Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas'. Revista de Administración Pública, N. 86-1978, p. 40.

Conforme los criterios antes señalados, existirá una empresa pública aún cuando el capital social no esté en su totalidad dominado por el ente público, a condición de que éste domine la mayoría de ese capital. BICSA es una empresa propiedad absoluta de los entes públicos"

Por su parte, en la O.J.-

050-96 del 30 de julio de 1996 aclaramos que: "la naturaleza de empresa pública no incluye la aplicación del régimen jurídico de la organización y de la actividad de BICSA propios del resto de los entes públicos y, por ende, no implica que deban serle aplicables las disposiciones relativas a los bancos públicos del Estado. Se opone a dicha asimilación la personalidad jurídica de BICSA CORPORATION y particularmente, la circunstancia de que se trata de una empresa -ciertamente propiedad de los bancos estatales- constituida en otro país y conforme las normas que rigen la constitución de los bancos en ese ordenamiento".

Si bien es cierto que no ha existido intersubjetividad sobre el concepto de empresa pública(13) entre los estudiosos que se han

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

ocupado del tema, entratándose de empresas mixtas, en las que existe una participación de un ente corporativo municipal, el legislador las clasifica como sociedades públicas. Aunque el término de sociedades públicas no es el mejor, lo cierto del caso es que, no cabe duda, de que el legislador, independientemente de la forma organizativa que adopte la entidad, optó por calificarlas de pública.

--- NOTA (13): En el Dictamen C-109-99 1 de junio de 1999 expresamos que: " Por lo general, la empresa privada del Estado adquiere el esquema organizativo comercial, fundamentalmente, el de la sociedad anónima.

Técnicamente no se debería considerar como una empresa pública, toda vez de que, en estricto sentido, empresa pública es la que está organizada bajo una forma organizativa derecho público que tiene como actividad principal la comercial o la industrial, regida por el Derecho Privado, como ocurre con los Bancos del Estado o el Instituto Nacional de Seguros". A nuestro modo de ver, la discrepancia en torno al concepto de empresa pública se debe, en gran parte, a que, quienes incluyen dentro de ésta a la empresa privada del Estado y mixta, siguen un criterio de naturaleza económica -es público aquel ente en el que existe participación estatal-; mientras, quienes seguimos un criterio jurídico, sólo serían empresas públicas aquellas que adoptan una figura organizativa de Derecho Público aunque su actividad está regulada por el Derecho Privado. Sobre este tema, hemos tenido una jurisprudencia contradictoria. La Sala Constitucional, en el voto 1696-92 expresó: "Claro que hay un mínimo, como el artículo 116 (112 vigente) lo revela, que queremos que sea común en un sentido, es obvio que un trabajador del Estado por muy igual que sea su régimen al del trabajador común de una empresa privada siempre tiene oportunidades que no tiene el trabajador común, entonces queremos garantizar la moralidad y la legalidad de la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Administración en lo que se relacione estrictamente con ellos, pero siempre conservándoles el estatuto de trabajadores del derecho común.-

Esto es lo mismo por ejemplo también en cuanto a los empleados de entes autónomos que son empresas públicas, claro que en realidad nos tomaría mucho tiempo explicar lo que se llaman empresas públicas, pero en síntesis, para no explicarlo simplemente para definirlo, se trata de aquellas empresas del Estado que funcionan como si fueran entidades privadas porque venden y hacen lo mismo que los particulares, por ejemplo, el mismo INS cuando vende pólizas, hace lo mismo que una compañía aseguradora cualquiera, la banca cuando hace préstamos, hace lo mismo que una entidad financiera común, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, que vende energía eléctrica la vende en iguales condiciones en que podría venderla una compañía privada, nosotros sostenemos que esos empleados de esas entidades deben ser considerados trabajadores comunes y no funcionarios públicos, ¿por qué? porque si no hay una serie de estatutos y reglamentaciones que se les aplica directa o supletoriamente que vienen a entorpecer la marcha de esos servicios en perjuicio del ente público, por ejemplo, no se les podría remover sino en condiciones muy especiales, con formación de un expediente, ahora, todo esto está regulado generalmente por los reglamentos internos de trabajo, pero eso también ocurre en la empresa común y no se puede evitar. Si a la inversa nosotros tratáramos de extender a estos funcionarios el régimen de la estabilidad propio de los funcionarios comunes del Poder Ejecutivo, encontraríamos que se crea una serie de entrabamientos tremendos para empresas que tienen que funcionar en condiciones de competencia iguales a las de la empresa privada. Por ejemplo, un agente del INS que sea un mal vendedor de pólizas, deberían poderlo despedir, con igual facilidad con que se puede despedir un empleado privado, ¿por qué? porque está haciendo lo mismo que el agente de pólizas de seguro de una compañía privada en cualquier otro país del mundo en donde no haya monopolio de seguros.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Entonces queríamos preservar ese régimen privado, laboral o mercantil de una empresa pública que tiene un giro mercantil igual al de los particulares._.-

La primera apreciación importante, derivada de la cita anterior, se refiere a que la norma cuestionada se dictó con la finalidad de garantizar la moralidad y la legalidad de la Administración, y para evitar que el servidor que labora para una empresa del Estado, se aproveche de su especial condición y pueda hacer uso indebido del patrimonio público de la empresa.-

El fundamento de la norma no resulta entonces desproporcionado y mucho menos arbitrario, sino que resulta plenamente ajustado al parámetro constitucional, en atención a los intereses que tutela, cuales son: la moralidad y legalidad administrativa y la protección del patrimonio público. Sobre este último punto, es decir, sobre el carácter público de los fondos de dichas empresas, ha dicho la Sala que _...a RECOPE como empresa pública que es, le corresponde darse su propia organización, con el objeto de asegurarse la distribución eficiente y económica de los derivados del petróleo y ello incluye por supuesto, definir, establecer, administrar y contratar los centros de almacenamiento de esos productos y de los recursos que en última instancia pertenecen al Estado.-

En consecuencia, avalar el mantenimiento de una situación deficitaria como la que venía produciendo la planta de Golfito, sería violentar los principios de la Administración Financiera de la República, en perjuicio del interés general._ (sentencia número 1743-91, de las catorce horas treinta y ocho minutos del cinco de setiembre de mil novecientos noventa y uno).

Este fallo, si bien referido a una sola de las empresas públicas

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

que funcionan en el país, deja de manifiesto el carácter público de los fondos que éstas manejan, y por ello, en la medida en que se pretende tutelar el patrimonio estatal, no se considera inconstitucional otorgar a sus servidores el carácter de funcionarios públicos para efectos penales."- Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el fallo 6680-93, manifestó: "En cuanto a la necesaria vinculación de una empresa pública como RECOPE, con las políticas emanadas de la Autoridad Presupuestaria en materia de gasto público, la ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, en el inciso b) del artículo 2, señala a RECOPE como integrante del Sector Público Financiero no Bancario, sujeto a las órdenes, directrices, reglamentos y decretos emanados de esta Comisión que se refieran a política presupuestaria (inversión, endeudamiento y salarios) y al gasto público en general. En este sentido, RECOPE es parte del Sector Público, para el que las directrices emanadas de la Autoridad Presupuestaria en materia de su competencia, son de obligado acatamiento y no fue excluida de los alcances de la ley N°6821, que en su artículo 15 sí exceptuó a las Universidades, Instituto Tecnológico de Costa Rica y gobiernos locales, de su aplicación".

El Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, en la resolución 6231, de las 14:14 horas del 14 de junio de 1983, consideró que la Compañía Nacional de fuerza y Luz no está "encuadrada" dentro de lo que debe entenderse por "Administración Pública". El criterio del Tribunal es acertado, por cuanto las sociedades anónimas propiedad del Estado no forman parte de la Administración Pública.

Como puede observarse de las resoluciones transcritas y comentadas, y de la legislación en la cual se apoyan, el concepto de empresa pública varía dependiendo del objetivo que persigue el legislador y la jurisprudencia. Si el objeto es el control de los fondos públicos, el régimen de contratación y la disciplina fiscal

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

(materia presupuestaria, inversiones, crédito y empleo público, este último enfocado desde la óptica del gasto público), en el concepto de empresa pública se incluyen a las sociedades anónimas en las cuales el Estado tiene alguna participación en el patrimonio de la empresa. Si el objeto es el régimen de empleo, entonces, el legislador y la jurisprudencia, siguen un concepto restrictivo de empresa pública, excluyendo de él a la sociedad privada propiedad del Estado o a la empresa mixta.

Con base en lo anterior, las municipalidades están autorizadas a constituir sociedades mixtas, siempre y cuando su participación en la sociedad sea la de socio mayoritario, es decir, que posean al menos el 51% del capital social(14), con lo que se da la condición de empresa o sociedad pública(15), o tengan el control de la gestión, aunque su participación sea la de un socio minoritario, cumpliéndose, de esta forma, con el primero, de varias requisitos, que exige el legislador para conformar este tipo de sociedad.

NOTA (14): La Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 de 2 de mayo de 1995 admite la posibilidad de empresas públicas en las cuales el capital social no pertenece, en su mayoría, al sector público.

NOTA (15): TRONCOSO REIGADA (Antonio) Op. Cit. página 39 denomina a las sociedades mercantiles con participación pública minoritaria de control, como empresas públicas en sentido impropio. " Así, el Tribunal de Cuentas [español] ha manifestado su voluntad de fiscalizar aquellas empresas en las que el sector público 'ejerce

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

un control efectivo' sobre la gestión, aunque no ostente la mayoría absoluta del capital social, como ocurre con Telefónica, Repsol y Argentaria, donde el Estado tiene una minoría de control. Por ello, este órgano constitucional ha planteado una moción al Parlamento para que éste defina mejor el concepto legal de Sociedad Estatal y de empresa pública, teniendo en cuenta no sólo el criterio de participación mayoritaria en el capital social -entendiendo éste como la posesión del más del 50 por 100 de las acciones-, sino también el control en la gestión por parte de una minoría mayoritaria". En nuestro país la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el artículo 8º , (Ley N° 7428 de 7 de setiembre de 1994), dispone: "Artículo 8. HACIENDA PUBLICA. (...)

Las sociedades mercantiles constituidas con arreglo a la legislación costarricense son empresas públicas únicamente cuando estén bajo el dominio mayoritario o el predominio legal del Estado o de otro ente u órganos públicos." Más "radical" es la Ley de Contratación Administrativa, Ley N ° 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, que excluye de los procedimientos de contratación administrativas a las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público.

2.-

La segunda condición que se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico para constituir este tipo de entidad, es que el objeto de la sociedad debe estar referido a la obtención de los fines que debe cumplir el ayuntamiento. Dada la naturaleza de las municipalidades, entes territoriales de base corporativa, su competencia se circunscribe a la prestación de los servicios públicos locales con el fin de satisfacer, de forma oportuna y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

adecuada, los intereses de los munícipes. No en vano, el artículo 169 de la Constitución Política, le atribuye a la corporación municipal la administración de los servicios locales del cantón. Asimismo, el artículo 3 del Código Municipal reproduce la norma constitucional, mientras que el artículo 1, concibe al gobierno municipal como el instrumento del municipio para promover y administrar los intereses de los vecinos residentes del respectivo cantón. El Tribunal Constitucional, en los votos números 2237-96 y 2238-97, al respecto indicó lo siguiente:

"...según lo establece la propia Constitución Política, corresponde a cada municipalidad en su jurisdicción velar por los intereses y servicios locales con exclusión de toda otra interferencia que sea incompatible con el concepto de 'lo local'".

Desde esta perspectiva, el objeto de la sociedad mixta no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena.

3.-

Otro aspecto, no menos importante, es que el radio de acción de la sociedad, es decir, su domicilio y su ámbito de actividad, necesariamente, estaría circunscrito al territorio del cantón de la municipalidad respectiva. Desde esta perspectiva, la actividad principal de la entidad tendría que realizarse dentro de los límites del cantón, por lo que no podría crear sucursales, agencias o establecimientos en el territorio de otras municipalidades, con el fin de prestar los servicios o producir los bienes para los munícipes de esas circunscripciones territoriales, salvo que existiera un acuerdo intermunicipal.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

No se puede perder de vista que, el artículo 3 del Código Municipal, señala que la jurisdicción territorial de la municipalidad es el cantón respectivo, por lo que la sociedad mixta que se formara debería estar sujeta a la misma limitación. Además, como indicamos en el punto dos, el objeto de la sociedad a de ser coincidente con los fines del municipio, sea la administración de los intereses y servicios locales.

4.-

Un último asunto que regula el Código Municipal para conformar una sociedad mixta, lo constituye la exigencia de que la iniciativa es exclusiva del Alcalde municipal. Al concejo le corresponde adoptar la decisión o acuerdo, pero para que el mismo sea válido y eficaz, es una conditio sine qua non, que la propuesta surja del Alcalde municipal.

Evacuada dos de las cuatro interrogantes que usted plantea, nos corresponde referirnos al tema del patrimonio municipal y de las sociedades mixtas.

El artículo 62 del Código Municipal, en lo que interesa, señala que la municipalidad está facultada para usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos o contratos permitidos por este código y la Ley de Contratación Administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines. Las donaciones de cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles, así como la extensión de garantías a favor de otras personas, solo son posibles cuando las autorice expresamente una ley especial. También estar autorizadas las corporaciones municipales a dar en préstamos o arrendamientos los recursos mencionados, siempre que exista el convenio o el contrato que respalde los intereses municipales.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Por su parte, la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494 de 2 de mayo de 1995, en sus artículos 68 y 69, dispone que para enajenar los bienes inmuebles, la Administración debe acudir al procedimiento de licitación pública o al remate, según convenga al interés público. Empero, la Administración no está autorizada a enajenar los bienes inmuebles afectos a un fin público. Para tal fin, debe desafectarse el bien por el procedimiento utilizado para ese propósito. Y en todo caso, se requeriría de la autorización expresa de la Asamblea Legislativa, cuando no conste el procedimiento utilizado para la afectación.

En relación con la posibilidad de que las municipalidades tengan facultadas para dar en garantía los bienes inmuebles que no estén afectos a un fin público, consideramos que, al hablar el Código de préstamos o arrendamientos, conceptos que jurídicamente tienen un sentido preciso y unívoco, no estarían autorizadas. Para ello, y de conformidad con el principio de legalidad, que rige la organización y el funcionamiento de los entes corporativos territoriales, sería necesario que una norma del ordenamiento jurídico los habilitarían, norma que ha de tener el rango de una ley.

Además, en caso de incumplimiento del municipio, existiría una imposibilidad legal para ejecutar la garantía, debido a que el artículo 63 del Código Municipal señala que, salvo los casos contemplados en éste -situación en la que no se encuentran las garantías de bienes inmuebles para participar en sociedades públicas de economía mixta-, los bienes municipales no pueden ser objeto de embargo ni remate judicial.

Ahora bien, las municipalidades para financiar su aporte de capital dentro de la sociedad pública de economía mixta cuenta con un mecanismo que prevé el Código Municipal. Están autorizadas a

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

emitir bonos para financiarse (artículo 87). Los títulos que emitan están sujetos a las reglas de la Comisión Nacional de Valores y están exentos de toda clase de impuestos. Además, el Estado, las entidades autónomas y semiautónomas, las empresas estatales y estructuras como sociedades anónimas y las municipalidades, están facultados para invertir en los bonos municipales.

Con base en lo anterior, una institución como el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal podría comprar los bonos municipales y, de esa forma, financiar el aporte de capital que tendría que hacer la municipalidad para constituir la sociedad mixta.

También podrían las municipalidades, mediante convenios institucionales, apoyo estatal u otras formas de colaboración, crear un fondo de aval o garantía de las emisiones municipales, lo que le imprimiría agilidad, seguridad y circulación a la colocación de los títulos en los mercados bursátiles.

Es importante advertir, que los fondos obtenidos con los bonos sólo podrían destinarse a los fines indicados en la emisión.

Por último, nos consulta si es posible que las sociedades mixtas vendan, arrienden o concesionen las edificaciones o inmuebles surgidas de su actividad.

Como aclaración previa, habría que descartar la hipótesis de la concesión, toda vez que esta figura jurídica administrativa sólo podría ser utilizada por una entidad pública, nacional o local, que sea titular de un servicio o actividad económica, situación en la que no podría encontrarse una sociedad mixta municipal.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

En la O.J. 007-98 del 4 de febrero de 1998 indicamos los siguiente:

"De ese modo, de conformidad con el Proyecto en estudio, Correos de Costa Rica S.A., sería una persona de derecho privado, no pudiendo ser considerada como pública, aún cuando el 100% de sus acciones pertenezcan al Estado. En sentido similar se ha manifestado la Sala Constitucional al analizar una sociedad similar como lo es la Compañía Nacional de Fuerza y Luz al indicar:

'...es obvio que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz aunque perteneciendo mayoritariamente a una institución pública es ella misma una persona jurídica de derecho privado exactamente igual a todas las demás, de manera que no podría ser considerada como pública ni en razón de su propietaria, ni en razón del interés público que en su actividad involucra' (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto No.73-94)...(16).

--- NOTA (16): Como puede observarse, para la Sala Constitucional la empresa privada propiedad del Estado no es una empresa pública, ya que sigue un criterio jurídico en su definición. Sin embargo, si aplicamos el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ambas entidades sí serían empresas públicas, ya que la citada ley adopta un criterio económico, fundamentalmente. Sobre este tema ver cita 12.

Al estar en la misma condición las empresas mixtas municipales que Correos de Costa Rica S.A. y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (personas de derecho privado), no existiría ningún impedimento

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

legal para que pudieran vender o arrendar sus bienes inmuebles.

Ahora bien, al no existir una ley que las excluya expresamente de los procedimientos de contratación administrativa, ni estar en los supuestos del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa, para efectuar las ventas o arrendamientos de sus bienes inmuebles tendrían que ajustarse a los procedimientos que prevé esta ley y su reglamento, salvo que admitiéramos la posibilidad de una empresa mixta municipal con participación minoritaria del ente público - tesis que no compartimos, salvo cuando existe un control de parte del ente público sobre la gestión de la empresa-, en cuyo caso sí estarían excluidas de la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

IV.-

CONCLUSIONES.

A.-

Las municipalidades están autorizadas a constituir sociedades mixtas, siempre y cuando su condición en ellas sea la de socio mayoritario, es decir, que posean al menos el 51% del capital social, o tengan el control de la gestión, aunque sea un socio minoritario, con lo que se configura una empresa pública de economía mixta.

B.-

El objeto de la sociedad no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena.

C.-

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

La entidad tendría que realizar su actividad dentro de los límites del cantón, por lo que no podría crear sucursales, agencias o establecimientos en el territorio de otras municipalidades, con el fin de prestar los servicios o producir los bienes para los munícipes de esas circunscripciones territoriales, salvo que existiera un acuerdo intermunicipal.

D- La iniciativa para constituir una empresa mixta es exclusiva del Alcalde municipal. Al Concejo le corresponde adoptar la decisión o acuerdo, pero para que el mismo sea válido y eficaz, es una conditio sine qua non, que la propuesta surja del Alcalde municipal.

E.-

Las municipalidades no podrían dar en garantía los bienes inmuebles que no estén afectos a un fin público para participar en una empresa mixta, porque al hablar el Código de préstamos o arrendamientos, conceptos que jurídicamente tienen un sentido preciso y unívoco, el término garantía no podría incluirse o subsumirse en ninguno de ellos.

F.-

No existe ningún impedimento legal para que la empresas mixtas municipales vendan y arrienden sus bienes inmuebles.

G.-

La venta y arrendamiento de los bienes inmuebles de las sociedades públicas de economía mixta, tendrían que ajustarse a los procedimientos de contratación que se encuentran en la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

MUNICIPALIDAD DE SAN JOSE. SERVICIO PUBLICO. SERVICIO PUBLICO MUNICIPAL. DIFERENCIA CON ACTIVIDAD COMERCIAL. LIBRE CONCURRENCIA. SERVICIO DE INSTALACION Y MONITOREO DE ALARMAS

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]¹⁴

" Con la aprobación de la Procuradora General, me refiero a su atento oficio de 13 de septiembre último, mediante el cual plantea una serie de interrogantes en relación con el "Reglamento para la prestación del servicio de monitoreo remoto de alarmas y sistema electrónico de seguridad, emitido por la Municipalidad de San José.

Es interés del consultante que la Procuraduría se pronuncie sobre el tipo de derecho aplicable (público o privado), así como respecto de los siguientes puntos:

"PRIMERO: ¿Es necesaria y/o existe norma legal habilitante que permita a la Municipalidad de San José la prestación del servicio de instalación y monitoreo remoto de alarmas y sistemas electrónicos de seguridad?

SEGUNDO: ¿Puede la Municipalidad de San José, por la vía del Reglamento autónomo, crear este tipo de competencias?

TERCERO: ¿Tiene competencia la Policía Municipal para prestar este servicio sin incurrir en una fractura del esquema constitucional y

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

legal precitado?

CUARTO: ¿El servicio de instalación y monitoreo remoto de alarmas y sistemas electrónicos de seguridad es un servicio público?

QUINTO: ¿Puede disponer la Municipalidad de San José de recursos públicos como los invertidos en la adquisición de equipos y en el mantenimiento de la policía municipal, para prestar este servicio únicamente a los particulares contratantes?

SEXTO: En vista de las ventajas y prerrogativas que dispondrá la Municipalidad contra las empresas privadas dedicadas a la prestación de estos servicios: ¿Existe violación del principio de libertad de empresa y libre participación? ¿Se fomenta pro esta vía un monopolio encubierto de la actividad?

SETIMO: ¿Es legal que la Municipalidad de San José brinde estos servicios en forma gratuita a sus empleados o a otros particulares?"

Mediante oficio N° ADPb-2356-2004 de 19 de octubre siguiente, esta Procuraduría concedió audiencia a la Municipalidad de San José, para que se refiriera a los puntos consultados.

En oficio N° 9118 de 26 de octubre siguiente, el señor Alcalde de San José señala que la Municipalidad de San José ha actuado apegada al ordenamiento jurídico, concretamente del Código Municipal. El Programa de Gobierno de la Alcaldía incorpora el Eje "Mejoramiento de la Calidad de Vida de los Habitantes del Cantón" dentro del cual se incorpora el "proyecto de Monitoreo de Alarmas", como un mecanismo de apoyo a la seguridad ciudadana del

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Cantón. El servicio se define como un sistema de seguridad ciudadana que la Municipalidad acordará con un particular, siendo el servicio voluntario. La relación con el usuario del servicio es de carácter contractual. Se está ante un servicio público que si bien es ofrecido de forma generalizada a todos los ciudadanos como una posibilidad, será disfrutado de forma facultativa por quienes se suscriban. Para el cobro del servicio no puede recurrirse a un tributo. El artículo 74 del Código Municipal prevé el cobro de tasas o precios por la prestación de servicios, lo que obedece a la facultad de la Corporación Municipal de entablar relaciones contractuales de derecho privado con los ciudadanos, según lo dispuesto de la relación de los artículos 4, párrafo primero, incisos c, d) y f) y 62 del Código Municipal. Conforme este artículo, la Municipalidad puede contratar como si fuera persona de derecho privado la prestación del servicio de monitoreo, cobrando el monto que se estipule en el contrato, como precio público. Agrega que si bien la Sala concluye que la seguridad es de interés general para todos los ciudadanos, en el servicio que nos ocupa se trata de un servicio adicional para el mejoramiento de la seguridad de los ciudadanos. Por lo que quienes dependiendo de sus necesidades y posibilidades accedan al mismo, deberán pagarlo. El precio público es el único mecanismo permitido por ley para el cobro de servicios que preste la Municipalidad como monitoreo. En orden a la creación del servicio por reglamento autónomo, se sostiene que la Municipalidad no está creando competencias por vía de reglamento, sino que el servicio tiene su base en el artículo 74 en relación con los numerales 2, 4, párrafo primero, incisos c),d) y f) y 62 del Código Municipal. Respecto de la competencia de la policía municipal para prestar el servicio, se estima que no resulta contrario al orden constitucional o legal porque se están cumpliendo las labores de seguridad ciudadana de la policía municipal. A la policía municipal como policía pública le corresponde dar seguridad y vigilancia a todos los ciudadanos del cantón, su competencia se desarrolla en el marco de la seguridad ciudadana, por lo que debe velar por ella. Vincular a la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

policía municipal a las labores de monitoreo, al grado de que solo se dedique a atender las llamadas electrónicas de auxilio que emiten las alarmas y que son detectadas por la central de monitoreo violentaría el derecho de los administrados que no contratan con la Municipalidad de contar con el servicio público que da la policía en el campo de la seguridad ciudadana, además se violentaría lo dispuesto por la Sala Constitucional en el voto N° 10134-99, en orden al financiamiento de la policía municipal. La policía municipal es un cuerpo de policía administrativa, al servicio de los intereses institucionales y de los ciudadanos del Cantón, por lo que debe atender todas las llamadas de auxilio que emanen de los ciudadanos. En ese sentido, debe atender las llamadas de auxilio que surjan por el servicio de monitoreo y comunicar el servicio al Sistema de 911 y demás cuerpos de policía estatal. La actividad de monitoreo es complementaria a la que realiza la policía municipal. La policía municipal puede atender cualquier llamada que ingrese al sistema 911 proveniente de las personas que tienen instalado el servicio a través de compañías privadas como ATD. En orden a la condición de servicio público, estima que el servicio de monitoreo no "puede concebirse como un servicio público local... dado que si bien es un servicio que dará la Municipalidad, el mismo será de carácter particular, no obligatorio, es decir será un servicio facultativo al que accederán las personas que deseen el servicio, firmen el respectivo contrato y paguen el precio público que por su costo ha establecido esta Institución...". Agrega que el monitoreo "es una actividad paralela y accesoria en materia de seguridad ciudadana que ofrezca la Municipalidad junto con la de la Policía Municipal". En orden a la disposición de fondos públicos para la prestación del servicio, se indica que se trata de una actividad complementaria de la seguridad ciudadana de la Municipalidad. Agrega que la Contraloría no objetó la utilización de recursos en el programa de monitoreo y, además la Municipalidad cobrará un precio público. Respecto del principio de libertad de empresa y libre participación, se considera que la Municipalidad no está

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

emitiendo normas o directrices que atenten contra la libertad de empresa y libre participación. Añade que la iniciativa privada en materia de seguridad no ha dado la respuesta adecuada, ya que los índices de delincuencia han ido en aumento. El ordenamiento jurídico no impide que una empresa privada bajo el libre mercado se incorpore a la realización de actividades de monitoreo y alarmas. Agrega que la Municipalidad como el Estado con el entrabamiento jurídico que tienen en el ejercicio de sus actividades no se encuentra en la misma condición de ejercer la actividad de seguridad como lo puede hacer la empresa privada. La Municipalidad tiene que apearse a las disposiciones en materia de contratación administrativa, por lo que no se le permite la movilización tan ágil como a la empresa privada. Pero la participación de las municipalidades resulta en un mejoramiento de los servicios y en el fomento de la libre participación. Respecto de la prestación del servicio a los empleados en forma gratuita, considera que no sería conforme a Derecho brindar el servicio en forma gratuita. La prestación de ese servicio tiene como contraprestación el precio público.

De previo al análisis de la situación planteada, procede recordar que nuestra Ley Orgánica configura a la Procuraduría General de la República como un órgano consultivo de la Administración Pública. Función consultiva que se ejerce a petición de una autoridad administrativa. De ese hecho, el artículo 4º de la Ley autoriza a las autoridades administrativas a consultar el criterio jurídico de este Organo, otorgándole la competencia correspondiente. La emisión de los dictámenes, caracterizados por su efecto vinculante, depende de que la consulta sea formulada por una autoridad administrativa competente. En el presente caso, la consulta no proviene de una autoridad administrativa, sino de un señor Diputado. No obstante, que el Diputado carece de facultad legal para consultar, la Procuraduría ha adoptado la práctica de evacuar las consultas que le planteen, como una forma de colaborar con el desempeño de las

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

altas funciones que el ordenamiento les asigna. El pronunciamiento que así se emite, sin embargo, no puede producir efectos vinculantes. Es por lo anterior que el presente pronunciamiento debe considerarse como una opinión consultiva.

La municipalidad es competente par prestar servicios públicos locales, en los cuales el elemento fundamental son el interés local y la "publicatio". Pero también la Municipalidad puede explotar actividades comerciales e industriales, supuesto que plantea el problema de la concurrencia con sujetos privados. El punto es si un servicio como el que se indica constituye un servicio público municipal y si puede ser prestado con el concurso de la policía municipal.

A.-

EL SERVICIO PUBLICO MUNICIPAL

La municipalidad es un ente corporativo, manifestación de una descentralización territorial. En efecto, la municipalidad es una corporación pública que como tal representa la comunidad de residentes estables que la forman. Ente territorial ("única descentralización territorial del país", Sala Constitucional N. 2934-93 de 15:27 hrs. de 22 de junio de 1993), detenta la potestad de dictar actos de imperio y facultades para prestar servicios públicos dentro de un territorio determinado: el cantón. Es ese territorio el que explica la atribución de competencias para actuar y la legalidad de esa conducta: la validez de la actuación depende de que tenga lugar dentro de determinado territorio. La atribución de competencias es a fin general y no específico, lo que permite a la corporación municipal perseguir cualquier fin que se relacione con el bien común de los habitantes de su territorio, a diferencia del resto de entes descentralizados. Además, la Municipalidad posee una libertad para autofijarse los cometidos y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

definir la propia esfera de acción, dentro del respeto al ordenamiento estatal y al espacio propio de otros entes territoriales. Esas potestades se aplican también en relación con los servicios públicos municipales, los cuales se caracterizan por la satisfacción del interés local.

1-. El concepto de servicio público

El servicio público es una actividad de prestación dirigida a la satisfacción de una necesidad de interés general, asumida por la Administración Pública bajo un régimen jurídico especial. Dos elementos son fundamentales: el carácter de interés general de la actividad y que ésta sea asumida o prestada por una Administración Pública. Como indicamos en el dictamen N° C-169-99 de 20 de agosto de 1999:

"Al origen del servicio público encontramos una actuación pública dirigida al público y que tiende a satisfacer una necesidad que - se parte- es sentida colectivamente por la sociedad. Es esa circunstancia lo que justifica la asunción pública de dicha actividad.

El servicio público releva de la autoridad administrativa, que asume la responsabilidad de su prestación y, por ende, de la satisfacción de las necesidades de los usuarios. Ello aún cuando la gestión sea delegada posteriormente. La asunción de la actividad sea por un mandato legal, sea por una actuación de la competencia general que corresponde a las municipalidades, determina la obligatoriedad de la prestación del servicio. La apreciación por la autoridad pública del carácter público de una actividad, publicatio, otorga la titularidad de la actividad a la Administración, determinando el deber de su prestación y correlativamente, haciendo surgir el derecho subjetivo de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

cualquier ciudadano, potencialmente usuario de la actividad, de obtener dicho servicio. Procede recordar, al efecto, que el servicio público no funcionan en interés propio de la Administración titular, así como tampoco en el interés particular de los usuarios, sino en relación con la satisfacción del interés público.

La "publicatio" de la actividad produce ciertas consecuencias. Una de las más importantes es que un tercero, público o privado, no podría pretender explotar ese servicio si no cuenta con un acto habilitante de la Administración titular del servicio: (...).

Una vez declarado que un determinado sector o actividad es servicio público, los particulares no son libres para ejercerlo. Deben contar con un acto que los habilite a hacerlo, porque la titularidad del servicio corresponde a la Administración. Nota característica del servicio público es la unidad y diversidad de su régimen. Unidad dada por los grandes principios del servicio público (igualdad, continuidad y adaptación constante). Diversidad en virtud de los nuevos principios que lo rigen (transparencia, neutralidad, especialidad, derecho de participación del usuario en su gestión; calidad, rapidez, tarificación por costos, responsabilidad, etc,), de las distintas categorías en que pueden ser enmarcados los servicios y los distintos medios de gestión que hoy se reconocen"

De lo anterior se desprende que el servicio público se caracteriza porque:

*

La actividad es de interés general.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

*

Ese interés se manifiesta en el carácter esencial de la actividad para el desenvolvimiento del Estado o porque satisface un interés o necesidad colectiva.

*

La declaración de una actividad como servicio público determina que ésta es de naturaleza pública.

*

La titularidad del servicio público corresponde a una Administración Pública, lo que se justifica por el interés público presente en la actividad y porque es la Administración Pública la encargada de tutelar ese interés público.

*

Los particulares requieren de una habilitación especial de la Administración titular para poder gestionar la prestación del servicio público. Por ende, puede haber un 'desdoblamiento' entre titularidad y gestión, en especial cuando se trata de servicios industriales y comerciales.

*

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

La Administración titular conserva siempre determinados poderes respecto de la prestación del servicio, aun cuando éste sea explotado por particulares.

*

Puesto que la Administración es la titular del servicio, responde en último término por la prestación del servicio.

*

Corresponde a la Administración fijar las condiciones bajo las cuales el gestionante deberá prestar el servicio.

*

La prestación en que consiste el servicio debe estar destinada a satisfacer necesidades de los usuarios. No puede considerarse que es servicio público aquella actividad que tiene como objeto único satisfacer las necesidades de la Administración Pública, orgánicamente considerada, salvo disposición legal en contrario.

El punto es cómo se define que una determinada actividad es servicio público. Una actividad que en determinado ordenamiento constituye servicio público puede no serlo en otro ordenamiento. La Sala Constitucional ha tomado cuenta de esta realidad (resolución N° 517-98 de 14:32 hrs. de 26 de agosto de 1998), por lo que ha señalado que el considerar una determinada actividad como servicio público es un aspecto de oportunidad y conveniencia, ya que no existen actividades que "por naturaleza o imperativos

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

del Derecho Constitucional sean propias del servicio público, sino que eso dependerá de cada sociedad, sus necesidades y en el ámbito -público o privado- en que estas se satisfagan de mejor manera".

2-. Un servicio que se define por lo "local"

El Código Municipal atribuye a la municipalidad la administración y prestación de los servicios públicos municipales (artículo 4, inciso c). El servicio público municipal no se diferencia del servicio público, salvo por su titular. Empero, esa titularidad determina el ámbito de los servicios municipales: la municipalidad está autorizada para perseguir cualquier fin general en tanto sea local. Lo cual tiene consecuencias respecto de los servicios que puede prestar: estos deben presentar un evidente interés "local". La Sala Constitucional, en resolución N° 1822-98 de 10:15 hrs. de 13 de marzo de 1998, expresó sobre este concepto:

"La Sala tiene claro, y así lo ha sostenido en su abundante jurisprudencia sobre el tema, que el artículo 170 de la Constitución Política y el numeral 7 del Código Municipal, que lo desarrolla, han conferido a las municipalidades la gestión y promoción de los intereses y servicios locales, bajo una clara situación de autonomía, que es, sin duda, libertad frente a la Administración centralizada para la adopción de las decisiones fundamentales del ente... En síntesis, es el legislador -que tiene como límite el respeto al marco esencial de las competencias municipales - y eventualmente el Juez, el que debe establecer, en cada caso, si estamos ante un interés local o nacional".

Si bien al servicio municipal se le aplican los principios generales en orden a los servicios públicos, por el hecho mismo de que la municipalidad es un ente territorial a fin general, se presentan determinadas derogaciones. Una de ellas radica en la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

creación del servicio. En efecto, no todo servicio municipal es creado por ley. La calificación de un determinado servicio como "municipal" puede derivar de una norma inferior a la ley e incluso de un acto administrativo. No puede olvidarse que el Código Municipal parte de que la competencia municipal está informada por el carácter "local" de la actividad o servicio. De esa forma, servicio público municipal es identificable con servicio público local. Se aplica, así, la cláusula general de competencia determinada por el "interés local" de la actividad. Cláusula general que es normalmente reconocida en los diversos ordenamientos en favor de las administraciones locales y por la cual el interés comunal se identifica con la satisfacción de las necesidades de la población local. En ese sentido, se considera que existe una vocación general de la colectividad local para satisfacer el interés público, definido en razón de su fin y no del objeto (dictamen N° C-169-99 antes citado). El problema es cómo diferenciar lo "nacional" y lo local". De acuerdo con la Sala Constitucional se trata de un aspecto que corresponde al legislador o bien, al juez aplicando las reglas de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados (resolución N° 6469-97 de 16:20 hrs. del 8 de octubre de 1997, reafirmada en la N° 2806-98 de 14:30 hrs. de 28 de abril de 1998 y en la 1822-98 antes transcrita).

Si la municipalidad es competente para organizar y prestar servicios locales (sentencia de la Sala Constitucional N° 620-2001 de 15:21 hrs. de 24 de enero de 2001) se sigue necesariamente que no puede crear directa o indirectamente servicios que no califiquen como "locales" y, por ende, servicios cuyo ámbito de prestación exceda lo local. Consecuentemente, al estarle impedida esa creación, se sigue como lógica consecuencia, que la municipalidad no puede realizar ningún acto de delegación de un servicio público que exceda lo local. Debe entenderse, entonces, que le está vedado asumir, fuera del ámbito de su territorio, una actividad industrial o comercial. Las actividades que desempeñe

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

deben tener como ámbito su jurisdicción y éste es el cantón (artículo 3 del Código Municipal). Sobre la delimitación territorial de la competencia municipal ha expresado la Sala Constitucional:

"VII.-

Sin embargo, no resulta adecuado estimar que en aplicación del principio de igualdad tributaria se pretenda extender el cobro de una patente municipal a todo el territorio nacional, por cuanto, como bien lo señala el Alcalde de la municipalidad recurrida, el territorio es uno de los elementos constitutivos de las municipalidades, en tanto por disposición constitucional -artículo 169- su competencia y gestión está limitada a una circunscripción territorial, sea, el cantón, en los términos desarrollados en el artículo 3 del Código Municipal, que en lo que interesa dispone:

"La jurisdicción territorial de la municipalidad es el cantón respectivo, cuya cabecera es la sede del gobierno local." Sala Constitucional, resolución N°15391- 2003 de 15:57hrs. del 19 de diciembre de 2003.

Definido que corresponde a la Municipalidad crear, por reglamento autónomo o por acto administrativo, servicios públicos dentro de su territorio, corresponde determinar si el servicio de monitoreo de alarmas constituye un servicio público y si dicho servicio es compatible con el derecho de la competencia.

B.-

UNA ACTIVIDAD QUE SE DESARROLLA EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA

Se cuestiona la creación de un servicio de instalación y

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

monitoreo remoto de alarmas y sistemas electrónicos de seguridad por cuanto las ventajas y prerrogativas de que dispone la Municipalidad de San José podrían afectar las actividades de las empresas privadas en ese campo. De allí que se pregunte si la Municipalidad violentaría la libertad de empresa y libre participación y si se fomenta un monopolio encubierto.

1-. La asunción de actividades de carácter comercial o industrial

La intervención del Estado en la economía ha estado marcada en los últimos años por el principio de subsidiaridad. Las tesis a favor de un Estado menos interventor y más pequeño promueven que deje en manos de la empresa privada las actividades rentables, o al menos que las actividades financieramente equilibradas por ingresos de naturaleza no pública sean confiadas a los particulares. Por lo que la empresa privada es llamada a asumir diversas tareas que ha desarrollado tradicionalmente la Administración Pública; al mismo tiempo, se le permite que contribuya con ésta asumiendo la prestación de diversas actividades instrumentales o materiales, de soporte de la Administración., de forma que el organismo público pueda centrarse en las actividades públicas consideradas substanciales o esenciales (Opinión Jurídica N° OJ-027-97 de 25 de junio de 1997).

Este no es el caso, sin embargo, de las Administraciones locales. En efecto, respecto de éstas la tendencia es el fomento de su gestión económica. Las Administraciones locales asumen nuevos servicios de índole económica y participan activamente en la actividad económica como un medio de lograr el desarrollo económico y social de su territorio y el bienestar de su población.

La Administración local deviene autorizada por el

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

ordenamiento para asumir la prestación de actividades de naturaleza económica por medio de sus propios órganos o bien creando una empresa municipal.

Dispone el Código Municipal en lo que aquí interesa:

"ARTÍCULO 4.-

La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política.

Dentro de sus atribuciones se incluyen:

(...).

c) Administrar y prestar los servicios públicos municipales".

"ARTÍCULO 13.-

Son atribuciones del Concejo:

(...).

d) Organizar, mediante reglamento, la prestación de los servicios municipales".

La Municipalidad de San José decidió prestar un servicio de monitoreo e instalación de alarmas en su Cantón. Se discute si dicha actividad constituye un servicio público municipal. Al contestar la audiencia que sobre el punto le concedió esta Procuraduría, la Municipalidad de San José expresó que se trata de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

un servicio municipal que se brinda a los vecinos del Cantón, pero que "no puede concebirse con un servicio público local, como el que brinda esta entidad, respecto a los servicios generalizados de recolección de basura, aseo de vías....., dado que si bien es un servicio que dará la Municipalidad, el mismo será de carácter particular, no obligatorio, es decir será un servicio facultativo al que accederán las personas que deseen el servicio, firmen el respectivo contrato y paguen el precio público que por su costo ha establecido esta institución".

Como se ha indicado supra, el servicio público es una actividad de prestación que satisface una necesidad colectiva. Una actividad que se presta para satisfacer un interés general. No obstante, la conexión entre interés general y servicio público no puede llevar a considerar que para que haya servicio público la actividad que se asume debe estar dirigida a la colectividad en su conjunto, de manera que el servicio se dirija a toda la población. Por el contrario, el servicio público puede ser organizado para que satisfaga la necesidad de una parte de la población, una colectividad claramente determinada. Tal es, por ejemplo, el caso de los servicios de carácter social. Garrido Falla nos dice al respecto:

"Finalmente, las prestaciones administrativas pueden realizarse contemplando a la colectividad en general o a determinados administrados en concreto que se benefician más directamente de ellas. Es la distinción entre servicios público *uti universi* y *uti singuli*. A los efectos del problema jurídico que luego se planteará, esta distinción es fundamental, pues solo los servicios y prestaciones *uti singuli* dan lugar a relaciones directas de utilización entre Administración y administrados. Ahora bien, la oposición entre estos dos tipos de servicios no es tan tajante como pudiera parecer a primera vista, pues si bien es cierto que en relación con determinados servicios sólo puede hablarse de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

beneficiarios indirectos, en cambio los servicios *uti singuli* no solo benefician a los que sienten la necesidad de utilizarlos (por ejemplo, los ferrocarriles a quienes utilizan este medio de transporte, o las escuelas gratuitas a quienes no pueden sufragar los gastos de la enseñanza privada), sino, en definitiva, a toda la colectividad. Si no fuese así, no habría forma de justificar que el mantenimiento de estos servicios corra a cargo de los fondos públicos recaudados a través de los distintos impuestos y contribuciones del sistema fiscal vigente, siendo generalmente las tasas y tarifas insuficientes". F, GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, Tecnos, 1992, p. 378. La cursiva es del original.

Partiendo de esa constatación, el operador podría considerar que la circunstancia de que el servicio de instalación y monitoreo remoto de alarmas no se preste a todos los vecinos del Cantón de San José, sino sólo a quienes suscriban un contrato, no constituye un factor determinante para excluir el carácter público del referido servicio.

Empero, para llegar a considerar que existe servicio público habría que considerar lo que sí constituyen elementos fundamentales del servicio público: el interés general y la *publicatio*.

El "Reglamento para la prestación del servicio de monitoreo remoto de alarmas y sistema electrónico de seguridad" emitido por la Municipalidad de San José se funda en normas constitucionales y legales que regulan la salud, la seguridad y el ambiente. Valores que si bien no pueden considerarse de interés local sino nacional deben ser tutelados por el accionar de la Municipalidad y, consecuentemente, tenidos en cuenta al ejercer sus competencias.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

El artículo 1 del Reglamento define el servicio que se asume de la siguiente forma:

"-Servicio de monitoreo remoto de alarmas y sistema electrónico de seguridad: Es el servicio de seguridad ofrecido por la Municipalidad de San José y prestado a quienes suscriban el respectivo contrato de servicio. Consistirá en la colocación de un dispositivo electrónico de alarma en el inmueble propiedad o posesión del usuario y en el control remoto de la actividad de dicha alarma. En caso de activación de la alarma, se procederá a comunicar la emergencia a los cuerpos e instituciones respectivas, así como al usuario. El dispositivo electrónico consistirá en un panel de alarma y sus respectivos componentes o sensores, con un mínimo de dos de puertas y uno de movimiento".

Un servicio que ofrece la Municipalidad a quienes suscriban un contrato cuyo objeto será la prestación del servicio de monitoreo remoto. La prestación consiste en la instalación del sistema, en el control remoto de la actividad y en la comunicación de la emergencia en caso de activación de la alarma.

La definición de la actividad y del sistema (central de monitoreo, zona cubierta y zona descubierta, respuesta) las labores que comprende el monitoreo (control y registro remoto del estado de los dispositivos de alarma, traslado de la señal de emergencia y respuesta a la emisión de señales de emergencia, artículo 3), no se diferencian sustancialmente del servicio que prestan entidades privadas en la actualidad. Es decir, no se diferencian sustancialmente de la actividad comercial que desarrollan empresas privadas en un marco de Derecho Comercial.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Por otra parte, si bien la Municipalidad organiza el servicio y emite el Reglamento con un interés de aumentar la seguridad ciudadana (competencia que excede lo local), no podría considerarse que al asumir el servicio la Municipalidad haya pretendido la titularidad de éste y, por ende, que se haya producido la "publicatio". No puede decirse que la actividad de monitoreo constituya una actividad pública, cuya titularidad pertenezca a la Municipalidad en razón del interés público local. Consecuentemente, al no producirse la "publicatio", los particulares no requieren una habilitación especial de la Municipalidad para explotar la prestación de ese servicio. Asimismo, tampoco corresponde a la Municipalidad determinar cómo las empresas privadas prestarán el servicio. Al no existir publicatio, no existe el elemento fundamental para considerar que existe servicio público.

Ciertamente, la actividad de instalación y monitoreo de alarmas constituye un servicio pero este servicio no puede ser entendido como un servicio público. Se trata, por el contrario, de una actividad comercial asumida por la Municipalidad.

Estima la Procuraduría que del conjunto de disposiciones del Código Municipal se desprende que el legislador facultó a la Municipalidad para decidir realizar actividades comerciales e industriales, aún cuando no se trate de un servicio público industrial y comercial. La circunstancia misma de que se le habilite para constituir empresas industriales y comerciales, participar en sociedades públicas de economía mixta es reveladora de un interés porque la Administración Local pueda participar en tales actividades, que tendrán como límite el territorio del Cantón, en tanto este es su jurisdicción (artículo 3 Código Municipal).

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

El servicio de instalación y monitoreo respeta ese límite, conforme se desprende del artículo 2 del Reglamento: la actividad se prestará en el Cantón Central de San José. Incluso se ha previsto que se irá prestando paulatinamente en los distintos distritos del Cantón.

El carácter comercial del servicio justifica que éste se preste en diversas modalidades y que la responsabilidad del usuario y de la propia Municipalidad varíe según la modalidad (artículo 4 en relación con el 6, 7 y 9 del Reglamento).

Puesto que la prestación del servicio es de carácter comercial, su remuneración no puede tener carácter tributario, tal como se deriva de los artículos 10 a 15 del Reglamento. Se entiende, entonces, que el monto correspondiente debe ser consecuencia de la prestación efectiva del servicio y, por consiguiente, que sólo sea pagado por quienes hayan suscrito el respectivo contrato (artículo 12) y que el precio responda a la modalidad contratada (artículo 11).

La naturaleza comercial del servicio determina que no sea gratuito. No obstante, el Reglamento, artículo 4, permite que el precio sea subvencionado cuando se trate de entidades de salud, educación, culturales y deportivos del Estado. Aspecto que reafirma el artículo 11, al disponer sobre los factores que inciden en el monto del precio; en efecto, se contempla que se trate de un servicio prestado a alguna de las instituciones públicas vía convenio. No se ha previsto reglamentariamente que el servicio sea prestado en forma gratuita a los empleados municipales o a otros particulares. En todo caso, estima la Procuraduría que aún tratándose de una actividad de naturaleza comercial, la Municipalidad no es libre para disponer que el servicio se preste en forma gratuita a cualquier particular,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

incluidos sus empleados. Simplemente, debe considerarse que esta actividad comercial emplea fondos públicos, no existe norma que autorice la donación del servicio. Asimismo, resulta claro que en tratándose de una actividad comercial el acceso gratuito al servicio podría afectar la competitividad de la Municipalidad dentro del mercado. Aspecto que podría incidir en la rentabilidad de la actividad pero también en el correcto uso y administración de los recursos públicos. Este aspecto nos conduce a la relación entre actividad comercial ejercida por el Ente Público y libertad de concurrencia.

2-. La libertad de concurrencia

La libertad de concurrencia es una libertad económica, que pretende garantizar la economía de mercado. Dicha libertad garantiza que los distintos individuos o empresas puedan perseguir un mismo objetivo económico. Por lo que pueden ofrecer a los consumidores o usuarios bienes o servicios análogos susceptibles de satisfacer similares o idénticas necesidades. Búsqueda que no debe verse perturbada por conductas que alteren la competencia, particularmente por conductas monopolísticas. Además, se postula que el ejercicio de la libertad no puede ser obstaculizado ni por prescripciones ni por prestaciones provenientes de los poderes públicos, así como tampoco por actuaciones realizadas por otros agentes económicos privados.

¿Significa lo anterior que la Administración Pública no debe desarrollar actividades concurrentes con las entidades privadas, como pareciera desprenderse de la consulta?

Ciertamente, la aplicación mecánica del principio de libertad de empresa puede llevar a prohibir o limitar la participación económica pública. No obstante, es de advertir que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

el desarrollo que ha tenido el derecho de la competencia en los últimos años, particularmente en Europa como consecuencia del Tratado de Roma (artículos 85 y 86), provoca que el énfasis sea puesto no en una abstención de la Administración de realizar actividades económicas (libertad de explotación), sino en la sujeción de esa actividad pública en la economía a las reglas de la competencia (Anne MARCEAU : Police administrative et droit public de la concurrence, AJDA, mars, 2002, p. 195). El principio es que si la Administración realiza actividades de producción, distribución, comercialización o de servicio debe estar sujeta a las reglas que rigen la competencia. La entidad pública está sujeta a la legalidad. Y esa legalidad se compone también de reglas sobre la competencia.

El punto es establecer cuáles actividades se relacionan con la producción, distribución, comercialización o constituyen servicios en términos económicos, a efecto de determinar si la Administración está sujeta o no a las reglas de la competencia. Una discusión que se presenta acrememente sobre todo en tratándose de los servicios públicos de carácter industrial y comercial y, particularmente, para la gestión indirecta de esos servicios. La evolución de la jurisprudencia de la Corte de Justicia europea señala que dicha gestión no puede conducir a colocar al delegatario del servicio público en una situación que le permita abusar de su posición dominante en el mercado. No obstante, las reglas de la competencia se aplican pero valorando la existencia o no de un interés general. Si este interés lo exige, puede haber una derogación o modificación de las reglas sobre competencia en beneficio de la Administración. Tal como sucede con los servicios públicos de carácter industrial o comercial, cuya delegación (concesión, gestión interesada, habilitación, concierto) puede dar lugar a la exclusividad en la prestación del servicio excluyendo toda competencia. Empero, la especificidad del derecho público de la competencia (J, CAILLOSSE: Le droit administratif français saisi par la concurrente, AJDA, 2000, p. 102) no justifica que el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

operador público pueda utilizar sus prerrogativas administrativas para una actividad comercial que no configure servicio público.

Como se indicó, la Municipalidad de San José decidió prestar un servicio de naturaleza comercial. No se está en presencia de un servicio público. La decisión administrativa de intervenir en dicha actividad comercial no puede conducir a una violación de las reglas que rigen la concurrencia en el mercado. La actividad de la Municipalidad en el mercado de instalación y monitoreo de alarmas debe desenvolverse sumida a las reglas que rigen la actuación de los particulares. Lo que significa que la Municipalidad no sólo no presta el servicio en monopolio, sino que le está prohibido adoptar decisiones que conduzcan a una situación monopólica o que en alguna forma impidan el acceso de una empresa al mercado correspondiente. De allí la importancia de que el servicio sea remunerado conforme los costos de éste, no sea financiado por medio de los tributos municipales ni sea subvencionado a los sujetos privados. Se reitera que conforme el artículo 74 del Código Municipal, el precio debe comprender no sólo el costo efectivo sino también un 10% de utilidad para desarrollar los servicios. Independientemente de las normas sobre competencia, lo cierto es que, en el estado actual del ordenamiento, un precio que no tome en cuenta los costos efectivos y el porcentaje de utilidad es, por definición, ilegal. Ello en tanto sería contrario a lo dispuesto en el numeral 74 de mérito.

Se cuestiona que la Municipalidad de San José utilice recursos públicos para la prestación del servicio. Por su parte, la Municipalidad señala que la Contraloría General de la República autorizó el financiamiento de ese servicio. El Organo de Control tiene una competencia excluyente en materia de uso y disposición de fondos públicos y, particularmente, en materia presupuestaria. Si la Contraloría autorizó las partidas presupuestarias requeridas para dar financiamiento al servicio de instalación y monitoreo de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

alarmas, no corresponde a la Procuraduría referirse al punto.

No obstante, en la medida en que este aspecto ha sido relacionado con una ventaja en el mercado, la Procuraduría considera conveniente recordar que la presencia de fondos públicos obliga a aplicar el régimen de la Hacienda Pública. Y ello aún cuando la actividad que se financie sea comercial, sujeta al régimen correspondiente. En el desarrollo de la actividad comercial la Administración Pública está sujeta a un ordenamiento especial, el de Hacienda Pública, que en razón de las sujeciones que comprende puede constituir una desventaja a la hora de participar en el mercado. Simplemente, se trata de reglas y sujeciones particulares que pueden entorpecer la aplicación de decisiones en el mercado y, por ende, entorpecer la explotación de la actividad comercial.

C.-

SERVICIO DE MONITOREO Y POLICIA MUNICIPAL

En razón de los cuestionamientos que se hacen sobre el empleo de la policía municipal, es necesario establecer el alcance de la participación de dicho cuerpo policial. Lo anterior considerando que esta policía está en función de los "intereses municipales".

1-. Una policía en función de lo "local"

Los alcances de la policía municipal han sido desarrollados por la Sala Constitucional, en su resolución N° 10134-99 de 11:00 hrs. del 23 de diciembre de 1999, retomada en la N° 1049-2001 de 16:30 hrs. de 6 de febrero de 2001. Conforme dicha resolución, la policía municipal es constitucionalmente legítima

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

cuando tiene por objeto vigilar y controlar los servicios propiamente comunales y los bienes comunales, sin que pueda entenderse que entre sus fines se encuentre mantener el orden público en general. Mantenimiento del orden público que, por el contrario, se considera función del Poder Ejecutivo, conforme lo dispuesto en el numeral 140, inciso 6 de la Carta Política. Dispuso la Sala en lo que aquí interesa:

"... El punto a dilucidar, consecuentemente, es determinar si pueden coexistir, simultáneamente, la fuerza pública a cargo del Poder Ejecutivo y una policía municipal. Este Tribunal ha venido sosteniendo, en casos concretos de la intervención de la policía municipal del Cantón de San José que es constitucionalmente legítimo su funcionamiento, cuando se trata de velar por la seguridad de las personas y el orden público, como función que se derivaba del antiguo texto del inciso 9), artículo 4, del Código Municipal, que resultaba ser la norma habilitante. Empero, afirma la Procuraduría General de la República, al reformarse el Código Municipal esa norma fue derogada, y en virtud del principio de legalidad, se requiere de una ley que venga a establecer, desarrollar y determinar con claridad las competencias municipales (artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública). Resulta, entonces, imprescindible aclarar dos aspectos de la anterior jurisprudencia sobre la policía municipal, para los efectos de esta sentencia: primero, para indicar que la línea seguida por los precedentes, la Sala la ha entendido en el sentido de que "velar por la seguridad de las personas y el orden público, mediante una acción coordinada con las autoridades y entidades nacionales" (inciso 9, artículo 4 del Código Municipal hoy día derogado) como función municipal, está limitada a ser ejecutada en un ámbito local determinado (usualmente expresado como jurisdicción territorial) y por ello su operación y funcionamiento deben quedar regulados, coordinados y estructurados de tal forma, que no interfieran con las competencias de origen constitucional atribuidas -en este caso, al Poder Ejecutivo-, eliminando así del

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

todo la posibilidad de que existan choques de competencias con las ramas que integran la fuerza pública en sentido estricto; en segundo término, que se ha venido entendiendo la participación de la policía municipal, desde el punto de vista de la vigilancia y control de los servicios propiamente comunales, como por ejemplo, el cuidado de los parques, la protección de los edificios municipales, el control sobre las ventas estacionarias y ambulantes, la fiscalización sobre los patentados de licores y centros de juegos permitidos, así como las acciones que deriven como consecuencia de esa fiscalización, todo ello, considerando a la Municipalidad como institución encargada de los intereses y servicios locales. Esta visión es distinta y obviamente no se aviene con la que se le ha querido dar a la normativa cuestionada, esto es, como constitutiva de un cuerpo de policía para vigilar y conservar el orden público en general, en los términos que se definen en el artículo 12 constitucional. El cuerpo de vigilancia municipal, ya sea el que ha existido desde tiempos antiguos, o el que en la actualidad se tiene, con posibilidad de formación ad hoc, y para prestar un servicio orientado a atender aquellas áreas ya señaladas en esta sentencia y que de modo derivado constituya una garantía adicional para los habitantes del municipio, forma parte del personal municipal y para su funcionamiento, no requiere del cobro de una tasa o impuesto, como ahora se quiere hacer ver, puesto que su financiamiento está comprendido dentro de los ingresos generales de cada municipalidad. Para la mayoría de esta Sala, la inexistencia de una ley habilitante destinada a la creación de la policía municipal, no forma parte del meollo del problema jurídico planteado. Una ley que viniera a establecer una policía municipal a la que se le atribuyeran competencias similares a las que se derivan de los incisos 1, 6 y 16 del artículo 140 constitucional, evidentemente crearía una fractura en el esquema diseñado por los constituyentes, permitiendo la acción paralela y simultánea de diversos cuerpos policiales preventivos, que atenderían a instrucciones y jerarquías constitucionalmente separadas e independientes. En resumen, los Magistrados que votan

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

en mayoría esta sentencia, estiman que la policía municipal, en sí misma, no es inconstitucional, en tanto se destine a atender o cumplir los fines de vigilancia y control de los servicios y bienes comunales y el control acerca del cumplimiento de las responsabilidades y obligaciones de quienes ejercen el comercio en diversas formas, a través de licencias..."

. La cursiva no es del original.

Se sigue de lo expuesto que el mantenimiento de la seguridad de la ciudadanía en general (lo cual es parte del orden público) y de los bienes de los ciudadanos no es una función propia de la policía municipal. Lo anterior sin perjuicio de que en el cumplimiento de sus funciones la policía municipal pueda colaborar con la fuerza pública a cargo del Poder Ejecutivo:

"Así, una vez establecido que los servicios de policía municipal no son "fuerza pública" en sentido estricto, en tanto que no son creados para preservar el orden y la tranquilidad, la defensa y la seguridad del país, y que, por lo tanto, no recaen bajo el ámbito de responsabilidad concentrada en el Poder Ejecutivo en el artículo 140 inciso 16), ni se encuentran bajo el mando supremo del Presidente de la República según lo dispuesto en el 139 inciso 3), cabe evacuar la consulta en cuanto a la subordinación limitada de la policía municipal a los jefes de la Fuerza Pública nacional, en casos de emergencia o catástrofe declarada, o por razones de seguridad nacional. Ya en la Sentencia #10134-99 la Sala anticipó que la creación de la policía municipal y la sujeción de sus funciones a lo estrictamente local debía, empero, contemplar la posibilidad de prestación de su colaboración con los otros cuerpos policiales, legalmente existentes, en situaciones excepcionales. En los casos en que esta colaboración proceda razonablemente, se debe entender que, en virtud del principio de unidad de mando, cuya aplicación es obligada, sobre todo en casos de emergencia o catástrofes declaradas o por razones de seguridad

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

nacional, nada obsta para que el legislador reconozca esa subordinación limitada y excepcional de la policía municipal, como fuerza pública en sentido amplio, al Poder Ejecutivo, jerarca de la Fuerza Pública nacional", Sala Constitucional, resolución N° 3493-2002 de 14:41 hrs. de 17 de abril de 2002.

Definido que la policía municipal no tiene como función el mantenimiento del orden público en general y velar por la seguridad de los habitantes corresponde determinar la participación de dicha policía en el servicio de instalación y monitoreo de alarmas.

2-. El servicio de monitoreo es independiente de la policía municipal

En la consulta se indica que la respuesta a cualquier activación del sistema de alarma será brindada con la policía municipal. Considera el consultante que no obstante que dicho servicio policial es financiado por todos los munícipes del Cantón en forma igualitaria, de esa respuesta sólo resultará beneficiado el que pague por el servicio de monitoreo. La Municipalidad de San José es del criterio de que se está ante un servicio adicional para el mejoramiento de la seguridad de los ciudadanos que voluntariamente opten por adherirse a él por vía contractual. La policía municipal participa en él en cumplimiento de las labores de seguridad ciudadana. Como policía pública, la municipal está en la obligación de dar seguridad y vigilancia a todos los ciudadanos en su territorio, partiendo de que a nivel funcional su competencia se desarrolla en el marco de la seguridad ciudadana. Por lo que considera la Municipalidad que vincular a la Policía Municipal en las labores de monitoreo al punto de que sólo se dedique en forma exclusiva a atender las llamadas electrónicas de auxilio que emiten las alarmas violentaría el derecho de los

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

administrados no contratantes de contar con el servicio público que da dicha policía en el campo de la seguridad ciudadana. Empero, agrega que en cumplimiento de su responsabilidad ordinaria, la policía municipal se encuentra obligada a atender las llamadas de auxilio que surjan en el servicio de monitoreo, comunicando dicha llamada al Sistema de 911 y demás cuerpos de policía estatal. Atención que también se brinda ante cualquier llamada que ingrese de personas que tienen instalado el servicio de monitoreo a través de compañías privadas. Ello cuando el servicio se brinda en las zonas en las cuales la Municipalidad cuenta con equipo profesional para la atención de las alertas.

Es decir, para la Municipalidad la participación de la policía municipal en la actividad de monitoreo es complementaria a su actividad normal como policía administrativa.

Interesa, entonces, determinar qué participación se ha dado a la policía municipal en la prestación del servicio que nos ocupa.

Según el "Reglamento para la prestación del servicio de monitoreo remoto de alarmas y sistema electrónico de seguridad" el servicio comprende el establecimiento de una central de monitoreo y de equipos que permitan el control remoto del estado de la alarma y sus sensores, la recepción y registro de cualquier señal producida por el accionar de esos instrumentos y el traslado del auxilio electrónico a los cuerpos policiales y de emergencia y "a los oficiales municipales encargados de la respuesta" (artículo 1). La redacción del Reglamento da a entender que la respuesta ante la activación de la alarma es brindada por la policía municipal. En ese sentido, el artículo 1 define respuesta como:

"-Respuesta: Es la respuesta de auxilio que dará la Policía

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Municipal, una vez informada por el centro de monitoreo de la activación de una alarma. Dicha respuesta se dará como parte del cumplimiento de las funciones ordinarias de la Policía Municipal".

El centro de monitoreo informa a la policía municipal para que dé la respuesta policial correspondiente. A la definición de respuesta se suma lo establecido en el artículo 9 como obligaciones de la Municipalidad:

"Con la suscripción del contrato de servicio y el presente Reglamento, la Municipalidad de San José, queda obligada a:

(...).

4. Dar una respuesta adecuada y oportuna por parte del personal de la Policía Municipal.

5. Gestionar ante otros cuerpos de policía y emergencia colaboración con la atención del aviso.

6. Confeccionar y registrar informes de las acciones realizadas tanto por la Central de Monitoreo, como de la respuesta dada por los oficiales de Policía Municipal".

Conforme lo indicado en el párrafo anterior, a la policía municipal no le corresponde mantener la seguridad de las personas en sentido general, ya que esto es función del Poder Ejecutivo. Desde esa perspectiva, no pareciera que pueda entenderse que la respuesta que dé la policía municipal ante una activación del sistema de alarmas gestionado por la Municipalidad sea parte de las funciones ordinarias de ese cuerpo. No desconoce

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

la Procuraduría que como consecuencia de los problemas de seguridad que afectan la ciudadanía en general puede existir una tendencia a permitir a la policía municipal una mayor presencia en la vida de la sociedad y en relación con la seguridad de las personas y bienes. Hecho que puede haber justificado la afirmación de la Municipalidad en el sentido de que dicha policía atiende las emergencias que se producen en los sistemas de alarma instalados por sujetos privados. Afirmación que pretende demostrar que la respuesta de la policía municipal ante una emergencia del sistema de alarmas instalado por la Municipalidad es general y no discriminatoria.

Empero, estima la Procuraduría que independientemente de los alcances de la policía municipal según lo señalado por la Sala Constitucional, es lo cierto que la Municipalidad no puede asumir como obligación propia en el contrato de servicio de monitoreo que el servicio de respuesta se dará con el personal de la policía municipal y que llevará un registro de la actuación de esa policía respecto de esa respuesta.

Por el contrario, la actuación de la policía municipal en relación con el servicio de monitoreo prestado por la Municipalidad se debe enmarcar dentro de lo dispuesto en el artículo 9, inciso 5 del Reglamento, sea que si estuviere dentro de las competencias constitucionales y legales de la policía municipal, la Municipalidad puede dar "colaboración con la atención del aviso" a través de la policía municipal.

Empero, es lo cierto que en tanto en que dentro de la configuración del sistema de seguridad se establece que la respuesta no va a ser suministrada por agentes del mismo sistema, sino por la policía municipal, el Reglamento establece una participación de dicha policía en la configuración misma del

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

sistema de monitoreo de alarmas. El sistema de alarmas privado implica una capacidad de respuesta y esa respuesta se debe en primera instancia a través de los propios miembros de la empresa que presta el servicio. Observamos que si bien la Municipalidad señala que el monitoreo es una actividad complementaria a la que realiza la policía municipal y que ésta puede atender cualquier llamada incluso de personas que tienen instalado un servicio de monitoreo con compañías privadas, aclara de seguido que el servicio se presta en las zonas en las cuales la Municipalidad cuenta con equipo profesional para la atención de las alertas. Es claro que si la respuesta se diera como parte de las competencias propias de la policía municipal, esa respuesta sería la propia ante cualquier situación de emergencia, independientemente de que se trate de una empresa pública o privada.

La policía municipal tiene un fin específico y se financia conforme lo dispuesto en el artículo 74 del Código Municipal, aspecto desarrollado por la Sala Constitucional en la resolución N° 10134-99 de repetida cita. Por consiguiente, estima la Procuraduría que en la medida en que la respuesta es parte del sistema que se contrata (si no fuera parte, el Reglamento no la definiría), esa respuesta no puede ser dada por la policía municipal. No puede entenderse que esta actividad "complementaria a la que realiza la policía municipal" sea ejercida por esta misma. De modo que la Municipalidad debe contratar agentes para dar esa respuesta. Si ello no fuera así tendríamos que parte del servicio (la respuesta) no estaría siendo considerada dentro del costo del servicio (puesto que la policía municipal se financia por otros medios), con detrimento del principio de costo efectivo del artículo 74 del Código Municipal. Pero, además, que los tributos municipales que pagan todos los contribuyentes del cantón y que permiten financiar la policía municipal servirían también para financiar parte del servicio de monitoreo, una actividad comercial de la Municipalidad, lo cual es improcedente. Recuérdese que de conformidad con la resolución N° 10134-99 de repetida cita,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

la policía municipal es un servicio que debe ser cubierto vía impuesto municipal por todos los contribuyentes, independientemente de que reciban o no el servicio. Se estaría, entonces, ante una situación discriminatoria que por contravención al principio de razonabilidad lesiona lo dispuesto en el artículo 33 de la Carta Política. Simplemente, el servicio de la policía municipal "no puede diferenciar entre las personas, ni para favorecer sólo a unos, ni para hacer recaer el costo de la tarifa en unos pocos en beneficio de los demás..." (resolución antes citada).

CONCLUSION:

Por lo antes expuesto, es criterio no vinculante de la Procuraduría General de la República:

1.

Para que una actividad de interés general constituya servicio público se requiere que se produzca la "publicatio" de la actividad, de manera que al Administración Pública asuma la titularidad de la misma.

2.

El servicio de instalación y monitoreo de alarmas es una actividad de carácter comercial, cuya titularidad no corresponde a la Municipalidad. En ausencia de una "publicatio" de la actividad, no puede considerarse que se está ante un servicio público municipal. En ese sentido, del análisis del Reglamento para la prestación del servicio de monitoreo remoto de alarmas y sistema electrónico de seguridad no se deriva que la Municipalidad de San José haya calificado dicho servicio como servicio público.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

3. Ergo, debe entenderse que el servicio de instalación y monitoreo de alarmas constituye una actividad comercial emprendida por la Municipalidad dentro de su Cantón, con base en lo dispuesto en los artículos 13, 62 y 74 del Código Municipal.

4. En ausencia de un servicio público municipal, los particulares pueden continuar prestando dicho servicio, en ejercicio de la libertad de comercio e industria.

5. El respeto del principio de libre competencia, particularmente en un ámbito en que no existe servicio público, implica la sumisión de la Municipalidad a las mismas reglas que los particulares. El servicio de monitoreo de alarmas se presta, entonces, en régimen de competencia con las empresas privadas.

6. Conforme el artículo 74 del Código Municipal, la prestación del servicio de instalación y monitoreo de alarmas debe ser remunerada mediante una tarifa que tome en cuenta no sólo los costos del servicio, sino también un 10% por concepto de utilidad.

7. En consecuencia, le está prohibido a la Municipalidad de San José ofrecer un servicio con un "precio significativamente inferior al mínimo posible". La Municipalidad de San José está imposibilitada, incluso para fines promocionales, a ofrecer el servicio en forma gratuita.

8.

La "respuesta" es parte del servicio de monitoreo. Consecuentemente, debe ser prestada por la Municipalidad con personal distinto de la policía municipal. El costo de esa

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

respuesta es parte del "costo efectivo" del servicio.

9.

Empero, al darse la respuesta con la policía municipal el costo de esa respuesta es asumido, no en el precio del servicio, sino en el costo del funcionamiento de la policía municipal. Es decir, por la totalidad de los contribuyentes y no solo por quienes han suscrito el contrato de servicio de monitoreo.

FUENTES CITADAS

- 1 LEY 7794.CÓDIGO MUNICIPAL.(Comentado IFAM). Costa Rica, de 30 de abril de mil novecientos noventa y ocho.
- 2 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Resolución N°594-2005, de las once horas veinte minutos del siete de diciembre del dos mil cinco.
- 3 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°2003-10251, de las diecinueve horas con diecinueve minutos del dieciséis de setiembre del dos mil tres.
- 4 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°2003-07779, de las dieciséis horas con veintidós minutos del treinta de julio del dos mil tres.
- 5 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. DICTÁMEN N°C-308-2001, de 6 de noviembre de 2001.
- 6 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. DICTÉMAN N°C-154-2002, del 13 de junio del 2002.
- 7 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. DICTÁMEN N° C-243-2002 , del 19 de setiembre del 2002.
- 8 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. DICTÁMEN N°C-132-2004, de 04 de mayo del 2004.
- 9 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. DICTÁMEN N° 169, del 20/08/1999 .
- 10 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. DICTÁMEN N° 238 , del 08/12/1999
- 11 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA. DICTÁMEN N° 007 del 24/01/2000.
- 12 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA. OPINIÓN JURÍDICA N° 128 - J , del 19/10/2004.
- 13 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA. OPINIÓN JURÍDICA N° 103 - J, del 31/08/1999.
- 14 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Opinión Jurídica N° 141 - J , del 03/11/2004.