



CONTROL SOBRE MUNICIPIOS EN COSTA RICA

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO

| | Pág. |
|--|------|
| 1. Noción amplia de control | 15 |
| 2. Incompetibilidad con administración activa y jerárquica. | 16 |
| 3. El control supone y respeta la competencia exclusiva y libre del controlado | 16 |
| Las autorizaciones | 17 |
| La sustitución | 17 |
| 4. La naturaleza de los intereses protegidos con el control | 17 |
| 5. Fundamento del control | 19 |
| 6. Los peligros de la libertad y del control | 20 |
| 7. Los tipos de control y sus tendencias frente a la libertad. | 21 |
| a) Control sobre las personas y sobre los actos | 21 |
| i) Remoción y sustitución del titular | 21 |
| Disolución del concejo e intervención de su administración | 21 |
| ii) Controles sobre los actos. | 23 |
| Autorizaciones y planificación | 23 |
| Aprobaciones | 24 |
| Anulaciones | 24 |
| Vetos | 25 |
| Sustitución del acto. | 25 |
| iii) Control de actos o de actividades | 26 |
| iv) Control de legalidad y de discrecionalidad. | 27 |
| v) Control continuo y periódico | 30 |
| vi) La imbricación sistemática e ideológica de las dicotomías | 30 |
| Los alineamientos son tendenciales, pero claramente tales. | 30 |
| 8. El ambiente y la opción autoritaria. | 31 |
| a) La Constitución y la ley | 31 |
| b) La ideología ambiente | 32 |
| c) El crecimiento del Estado y su impacto sobre la autonomía administrativa en Costa Rica. | 32 |
| i) Las autorizaciones programáticas | 32 |
| ii) Los actos internos: modelos y circulares | 32 |
| iii) Reglamentos contralores. | 33 |
| iv) Dependencia real respecto del Estado | 34 |
| d) Conclusión. | 34 |
| 9. El sistema de control sobre la municipalidad | 34 |
| a) Intervenciones de la Asamblea Legislativa | 34 |
| b) Vetos y recursos (ordinarios y extraordinarios) | 35 |
| i) Vetos | 35 |
| ii) Recursos ordinarios. | 35 |
| iii) Recurso extraordinario de revisión | 35 |
| iv) Ventajas de la vía bifásica de recursos descrita | 35 |
| v) Recurso de insistencia | 36 |
| c) Aprobaciones | 36 |
| d) Sustituciones | 37 |

| | |
|---|----|
| e) Jurisdicción sobre órganos y disciplinaria | 37 |
| f) Valoración del sistema | 38 |
| i) Asamblea Legislativa | 38 |
| ii) Poder Ejecutivo | 38 |
| iii) Administrado y Ejecutivo Municipal | 38 |
| iv) Contraloría General de la República | 39 |
| 10. Las reformas de España y Francia y el control por reexamen de Italia | 39 |
| a) España | 39 |
| b) Francia | 42 |
| i) Supresión de la tutela preventiva | 42 |
| ii) Reafirmación de la tutela sustitutiva | 43 |
| iii) Control presupuestario global | 43 |
| iv) El control presupuestario parcial | 43 |
| c) Italia | 43 |
| 11. La experiencia francesa de la planificación económica y territorial y de la gestión municipal concertadas (contratos programa, contratos plan, contratos de ciudades medias, de políticas globales, etc.) | 44 |
| a) La elaboración y la ejecución de los documentos básicos del urbanismo francés | 44 |
| b) La colaboración contractual | 46 |
| 12. Cuadro final del contralor administrativo en Costa Rica | 47 |
| a) Enseñanzas recibidas | 47 |
| i) Autonomía municipal y planificación y dirección estatales | 47 |
| ii) Autonomía municipal y esfera de intereses propios. | 48 |
| iii) Autonomía municipal, control sustitutivo y control sobre órganos y titulares | 49 |
| iv) El ejemplo francés: la cooperación y la contratación entre Estado y entes locales | 49 |
| b) Las consecuencias de nuestro enfoque | 51 |
| i) Los controles a posteriori, periódicos y de resultados | 51 |
| ii) Los controles a priori, especiales y de legalidad | 51 |
| iii) Los controles sustitutivos | 52 |
| iv) La disolución del concejo | 52 |
| v) Función disciplinaria | 52 |
| vi) El concierto | 52 |
| 13. Los supuestos permanentes de toda reforma municipal | 52 |

CONTROL SOBRE MUNICIPIOS EN COSTA RICA

ABREVIATURAS

| | |
|--------------------|---|
| L.G.A.P. | (Ley General de Administración Pública). |
| L.O.P.J. Código | (Ley Orgánica del Poder Judicial). (Código Municipal). |
| L.R.J.C.A. | (Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). |
| C.G. | (Contraloría General de la República). |

1. Noción amplia de control.

Hay control, en sentido general, cuando un "centro de acción" (órgano o sujeto) tiene por misión establecer y declarar la conformidad de la conducta de otro (acto o actividad) a una regla preestablecida, y, concomitantemente, adoptar la conducta jurídicamente necesaria para impedir o hacer cesar la disconformidad, cuando existe.¹ Esta noción excluye el "autocontrol", referido a la conducta propia del contralor, quien sería uno mismo con el controlado; y las "declaraciones" sobre la validez o la legitimidad de la conducta de otro (según sea acto o actividad, respectivamente), cuando no pueden venir seguidas de una medida excluyente de la disconformidad encontrada. Esta medida puede ser de muy variada naturaleza y consistir tanto en la anulación (del acto inválido), como en una orden de cesar la actividad ilegítima y acomodar la realidad a Derecho (orden de rehacer las cuentas y de rendirlas nuevamente, de dictar el acto o iniciar la actividad indebidamente omitidos), etc. Pero no puede reputarse verdadero

control el que sólo permite verificar la "regularidad" de una conducta ajena, sin poder influir ni en su existencia ni en su eficacia, en función de esa "regularidad".² El control se da como una potestad de influir imperativamente sobre la conducta ajena a partir de un patrón de valoración, en el sentido favorable a su observancia, sea para impedir la "irregularidad", sea para lograr la "regularidad". No es parte esencial del control la potestad disciplinaria, que puede o no darse, según que sea, o no, punible (administrativamente) la "irregularidad". Es obvio que puede haber sanciones de empleo múltiple, en cuanto sirven simultáneamente para la preservación del orden violado y para el buen funcionamiento de la institución controlada, como claramente ocurre con la función disciplinaria (tanto jerárquica como interinstitucional), que, como tal, busca eficiencia y logra, además, legalidad; pero hay controles, como la anulación, que sólo logran esto último, sin incluir disciplina alguna. Por todo lo cual puede bien decirse que si toda sanción disciplinaria supone el ejercicio previo de un control

1. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, vol. I, pág. 308.

2. Define el control como mera "declaración" (accertamento) sin inmediata conexión con una medida correctiva o preventiva: Luciano Salvi, *Premessa ad uno studio sui controlli giuridici*, Giuffrè, Milano, 1957, pág. 7.

—en verificación de la falta— no todo control supone ni exige aquella sanción, la que es posible, pero no necesaria, para su existencia.

2. Incompatibilidad con administración activa y jerárquica.

Elemental resulta apuntar que, por su propia estructura, el control se expresa a través de actos que son distintos de la conducta controlada y, específicamente, de los actos jurídicos que son su objeto. Hay casi unanimidad al respecto.³ En todo caso, si un llamado acto de control es elemento componente del controlado, no es control, sino gestión directa. Esto revela que la esencia del control está más que en su estructura, en su función: tiene por tal la de garantizar y restablecer la eficacia de la norma o regla de cuya aplicación depende su decisión final, a diferencia del acto controlado, que, por definición, tiene otro fin cualquiera. Ello distingue el control del llamado acto complejo (como el de presidente y ministro).⁴

El control es distinto, entonces, de todo acto que persiga fines públicos por vía distinta de la regularidad del acto controlado; pero también del que persiga fines distintos de esa regularidad, propios más bien del acto sujeto a control. Esto ocurre cuando el presunto órgano de control logra su misión dictando órdenes o sustituyendo al controlado. Se trata de otro dogma del Derecho Público: el contralor no puede ni ordenar, ni reformar, ni sustituir la conducta del controlado, salvo cuando, excepcionalmente, ello sea la única forma de evitar que la "irregularidad" se consuma. La esencia de tal dogma es más profunda y significa realmente que el contralor no puede perseguir los fines del controlado, ni actuar como si los persiguiera, como tampoco lograrlos por sí, sino exclusivamente perseguir que el otro haga lo debido, o, al menos, que no haga lo indebido.⁵

3. El control supone y respeta la competencia exclusiva y libre de controlado.

Que la jerarquía sea incompatible con el control significa que el controlado nunca puede venir obligado a actuar ni a hacerlo en un sentido determinado por virtud vinculante del acto de control. Que el control sea incompatible con la potestad de reformar o sustituir el acto controlado significa que el controlado conserva siempre la exclusividad de la competencia para actuar. Estos dos datos definen la esencia del control y no desde el ángulo de éste sino desde el punto de vista de la función activa que el control auxilia o asiste. Es decir: el control es una función auxiliar, que sólo existe y opera en beneficio de la administración activa, que logra directamente las misiones y fines públicos encomendados al ente público correspondiente. Se da el control para contribuir a la eficiencia de la gestión administrativa, que es mayor si es "regular" y que, en todo caso, tiene que ser "regular" para que sea estable y no precaria, sujeta a anulación o a sanción (contra su autor). Por ese su carácter vicario y auxiliar, el control supone siempre que hay una competencia principal y exclusiva del controlado para una gestión administrativa, que excluye la posibilidad de que el contralor pueda realizar él mismo los actos o actividades correspondientes a esa gestión. Y supone igualmente que el dueño de la misma es quien está llamado a despejar las alternativas que esa gestión presenta en bien del interés público y, fundamentalmente, a establecer si actúa o guarda inercia al respecto. Lo cual, conviene advertir, es totalmente distinto del problema de si tiene, o no, que actuar en el caso, por deber u obligación derivada de los efectos del acto controlado.

En la hipótesis de un control favorable a éste, las obligaciones que de éste derivan no provienen, como es obvio, del acto de control, del que nunca

3. Maspétiol et Laroque, *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, pág. 10. El punto ha sido discutido sobre todo en relación con la aprobación como acto de contralor, entre quienes sostienen que es condición de eficacia de un acto ya formado y, eventualmente, válido, que no alcanza eficacia si la aprobación es negada; y quienes sostienen que es elemento de un solo acto complejo, conjuntamente con el aprobado, sin el cual éste resulta absolutamente nulo. Para la primera tesis véase Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1957, vol. 1, pág. 291, lo mismo que Santi Romano, *Saggio di una teoria sulla legge di approvazione*, en Scritti Minori, Giuffrè, Milano, 1950, tomo I, págs. 49 y 69; este enfoque es hoy prácticamente unánime. Pero léase en contra, sin embargo, Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1955, vol. I, pág. 417, así como André Buttgenbach, *Theorie generale des modes de gestion des service publics*, Maison Ferdinand Larquier, Bruxelles, 1952, pág. 219, donde este último autor, no obstante haber sostenido tesis contraria a la fusión de los dos actos en uno, concluye en que la "improbación" o "desaprobación" causa nulidad absoluta del acto no aprobado. Pero estas dos últimas voces son, al respecto, totalmente minoritarias.

4. Para una definición de acto complejo Manuel María Díez, *El acto administrativo*, Unión Tipográfica Editorial, Bs. Aires, 1956, págs. 88 y 89; Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Macchi, Bs. Aires, 1979, vol. 3, pág. IX.

5. Serge Regourd, *L'acte de tutelle en Droit Administratif français*, L.G.D.J., Paris, 1982, págs. 202, 211 y 212.

emanan obligaciones para el controlado, excepto la de no hacer lo que el control desfavorable ha declarado indebido. La libertad del controlado para el ejercicio de su exclusiva competencia es, entonces, relativa y se da sólo para lo que ese contralor permite, sin imponerlo, es decir: para realizar la conducta debida. El controlado carece de libertad para realizar el acto indebido. Pero tal es la única limitación que el control impone a esa libertad, por lo que se ha dicho que la suya es siempre una función pasiva: impide realizar lo "irregular" pero no permite lograr que se haga lo "regular" y debido. Se trata siempre de un freno, no de un motor.⁶

Todo lo dicho exige una breve explicación de los únicos tipos de control que parecen enervar las anteriores conclusiones, a saber: la autorización y la sustitución de acto.

Las autorizaciones.

El control puede darse en cualquier tiempo de la conducta administrativa, por ejemplo: antes del acto (autorización), después (aprobación) y aun durante su ejecución o posteriormente (anulación). La autorización es el acto por el cual se declara que un proyecto de resolución administrativa es "regular" y puede convertirse en acto, según un juicio que generalmente es (también) de oportunidad. Consecuentemente, lo normal es que la autorización sea previa al acto y posterior a su proposición por el controlado. Desde este punto de vista, es anterior al acto y al ejercicio de la competencia del controlado, pero en ningún caso ataca la exclusividad de esa competencia ni la libertad para ejercerla. Si se "desautoriza" el controlado queda reducido a la inercia, pero si se autoriza conserva libertad para no realizar el acto autorizado, y en ninguno de los dos casos el contralor puede imponer un acto al controlado, ni hacer lo que corresponde a éste.⁷ Como resulta claro de lo dicho, el efecto de la "desautorización" es jurídicamente impediendo y el deber de no actuar o la prohibición de hacerlo nacen de la ley, no de una orden del contralor. Pero puede concederse lo

contrario y sostenerse el carácter no "activo" del control, aun si se reputa la "desautorización" como mandato negativo (orden prohibitiva), porque, en todo caso, el control conservaría su función negativa y contentiva, imponiendo, a lo sumo, una abstención, no una acción, e impidiendo una irregularidad, sin garantizar ni causar el acto "regular".

La sustitución.

En lo que a ésta toca, cabe decir que sólo es posible cuando el controlado no cumple un deber legal precisamente establecido a su cargo, por la razón que sea, y, sobre todo, pero no exclusivamente, cuando ello obedece a negligencia administrativa. Si, como se dijo, el control sólo existe incluye la potestad de impedir la "irregularidad", la sustitución es necesaria, porque sólo se da cuando el caso sometido a examen es el de una omisión ilegal —culpable o no— del controlado, cuya aparición o prolongación solo puede evitarse o hacerse cesar mediante la realización de la conducta debida. En tal caso, la declaración de ese deber sin la sustitución dejaría las cosas como estaban y consolidaría más bien la ilegalidad declarada. La sustitución se explica, entonces, no tanto como una forma de ejercer por él la correcta y libre iniciativa del controlado, que la ha abandonado, cuanto como la única forma posible de ejercer el control, desde el punto de vista de su función preventiva o represiva (de la irregularidad).⁸

Sobre esta base puede precisarse más al decir que control es una función auxiliar de la administración activa, para mantenerla dentro de los límites de lo debido, con respeto para la exclusividad y para la libertad de ejercicio de la competencia controlada, salvo norma expresa en contrario.

4. La naturaleza de los intereses protegidos con el control.

Hemos hablado de impedir lo indebido. ¿Para quién y desde qué punto de vista?

Dominante ha sido la opinión de que el contralor sirve los fines de quien lo ejerce, no los del sujeto controlado. Normalmente, los del Estado,

6. Pero hay quienes tienen concepto opuesto del contralor y opinan que el mismo es hoy y en un Estado Social un medio de planificación y ejecución del plan nacional más que un freno contra lo irregular o disconforme con éste, para lo cual véase André Demichel, *Le controle de l'État sur les organismes privés*, L.G.D.J., París, 1960, vol. 1, pág. 3; y se verá que hoy las autorizaciones programáticas son efectivamente un instrumento de planificación para un caso concreto.

7. André de Laubadere, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, L.G.D.J., París, 1958, vol. 1, pág. 147; Jacques Dembour, *Les actes de la tutelle administrative*, Maison Larquier, Bruxelles, 1955, pág. 146, núm. 87.

8. Eduardo Ortiz, *La autonomía administrativa costarricense*, San José, Lehmann, 1967, págs. 198 y 199.

no los de la municipalidad. Caso opuesto, habría una inmisión en la esfera de competencia de éste, que precisamente por la libertad residual anidada en la exclusividad de su competencia, se supone ser el más capaz para gestionar y proteger los suyos. Y, todavía más claro, ello es mayormente así cuando se aplica el dogma de que el control puede perseguir únicamente la regularidad del acto controlado, no los fines propios de este último, porque ello sería acción administrativa y no control. El fin estatal del control sería, entonces, la coordinación y, de ser necesario, la subordinación del acto controlado frente al ordenamiento jurídico y a la utilidad y conveniencia del Estado o, en último término, de la comunidad nacional. La protección de la institución controlada frente a sí misma, el evitar la frustración de su misión pública, sería cosa exclusiva de la institución y extraña al control.⁹

Pero es evidente que esto último es insostenible cuando se trata de la observancia del ordenamiento general del Estado, incluyendo las normas creadas por la institución controlada e incorporadas a ese ordenamiento por disposición (remisión, delegación, reconocimiento, etc.) originaria de aquel. Y ello por una insoslayable razón, que es el máximo interés del Estado en la observancia del ordenamiento que él ha creado, demostrado por el acto mismo de su creación o reconocimiento por él. Luego, nunca un problema de legalidad puede ser extraño al control desde el estricto punto de vista de la estructura y función de éste, aun admitiendo que tal función sea excluyente de una tutela en favor de la institución controlada y de la realización de sus fines.¹⁰ El problema surge únicamente en relación con la tutela de esos fines no a través del ordenamiento legal sino de criterios distintos y provenientes de otros órdenes no estatales, aunque también afecten intereses del Estado. Esto nos lleva casi directamente a la breve descripción de las técnicas de control y de su efecto sobre ambos intereses, el del contralor y el del controlado, sobre todo desde el punto de vista de los tipos de reglas aplicables como criterio de "regula-

ridad", que llamaremos "reglas del control".

Pero podemos concluir, desde ahora, en que es errada la tesis que asigna al contralor la exclusiva función de tutelar los suyos propios, exactamente por la misma razón ya apuntada respecto de la legalidad administrativa. Y es que resulta evidente que los fines e intereses del sujeto controlado son parte importante del bien público a cargo del contralor, cuando no medios o instrumentos de su interés propio. Ello es indudable en relación con los entes-fundaciones, cometidos a fines de ellos impuestos por el fundador y obligados a realizarlos única y exclusivamente en beneficio de la comunidad nacional o de otra parcial, pero siempre extraña a la fundación. El ente instrumental—como debe llamarse a la entidad pública fundacional—persigue necesaria (aunque indirectamente) fines e intereses que son tanto del Estado como propios. El problema parece surgir únicamente en relación con corporaciones, territoriales o sectoriales. Su intermediación respecto de la comunidad de base ha llevado a ilustres juristas a calificar a muchas de ellas como corporaciones sectoriales de base privada, públicas en cuanto a sus actos de autoridad o de servicio público, privadas en su naturaleza y en lo demás.¹¹ No creemos posible este enfoque, no al menos en Costa Rica. Todas las corporaciones de origen legal—territoriales o sectoriales—reúnen en Costa Rica los requisitos para ser públicas, con todo lo que ello conlleva. Se trata de lo siguiente: son entes creados por ley para el ejercicio de funciones y servicios públicos, que así resultan su verdadera causa y razón de ser. El origen legal no es decisivo para darle al ente naturaleza pública si su régimen de organización y funcionamiento es privado por obra de la ley. Pero si es público, en cuanto distinto del que corresponde a entes colectivos privados, el ente es público. Y las corporaciones sectoriales lo son porque su causa de ser y servir es un fin dado por su ley orgánica, para ser cumplido obligatoriamente por ellas, a través de una función o de un servicio públicos, salvo derogación de ley.¹² En Costa Rica, además, con sujeción a los principios básicos del servicio

9. Dembour, op. cit., pág. 8.

10. Luciano Parejo Alfonso, *Relaciones inter-administrativas y régimen local*, Madrid, 1983, pág. 215; Eduardo García de Enterría, *La ejecución autónoma de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, 1983, págs. 102 y 104.

11. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1981, vol. I, págs. 328 y sigtes.

12. Fabio Roversi Monaco, *Gli enti di gestione*, Giuffrè, Milano, 1967, págs. 293, 297, 378 y 379. Renato Alessi, *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1981, *Questione processuali e sostanziali in materia di rapporto di dipendenti degli enti pubblici economici*, pág. 483.

público, aun si la comunidad de base es voluntaria y no obligatoria (hipótesis de las asociaciones mutuales del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo) y aun si los moldes y el régimen de la actividad son privados (hipótesis de las empresas públicas creadas por ley) (art. 4 L.G.A.P.).¹³ Si voluntariamente la corporación no cumple su misión legal, viola la ley; si la misión no es obligatoria por ley, la corporación es privada. La existencia de fines legalmente obligatorios es signo seguro de la publicidad del ente, sea cual sea su origen. Tales fines no se dan en los sujetos privados, libres para escoger los propios.

Ahora bien: si el ente corporativo es público, es sujetable en principio al control estatal, porque su creación —que es acto de soberanía— sólo puede explicarse como dirigida a la realización del cometido orgánico de la corporación. Que este interés sea de grupo y no sólo estatal, no significa que sea sólo del grupo y menos todavía que pueda darse normalmente contra el Estado, salvo disposición de éste en contrario. En principio, el control es posible frente a todo ente cuya misión pública —en cuanto causa y sostén obligatorio del ente— haya sido dada por acto del contralor o del Estado, porque ello significa que la misma integra el bloque del bien público para estos últimos y no sólo para el controlado.

No hay posibilidad de deslindar ambos intereses y menos de fundar por esa vía la distinción entre control y acción, entre fiscalización y administración.

El fin del control es siempre, al menos, doble, a saber: buscar el acomodo de la conducta administrativa a lo debido en bien de su eficiencia, para

la realización tanto del bien público a cargo del contralor como del que está a cargo del controlado; o, todavía mejor, es una sola misión y consiste en lograr la regularidad de la administración en bien de los fines públicos creados e impuestos por el Estado, aunque estén a cargo de otro. Ambos tipos de fines integran el bien común que el contralor trata de proteger. No hay nada en principio que vede el control administrativo sobre un ente público, en función de sus fines propios y de los otros que el Estado persiga, por sí o a través de otras instituciones.¹⁴ El problema no se pone desde el punto de vista de la titularidad de los intereses tutelados. El problema se pone desde el ángulo de la libertad concedida por el Estado al ente controlado.

5. Fundamento del control.

Cuando el control es intersubjetivo y abarca, al menos, dos sujetos de Derecho, exige una norma de base que lo cree, por tratarse, según lo dicho, de una potestad de imperio, que implica una sujeción del sujeto controlado. Nace aquí la justificación del adagio de que "no hay control sin texto ni más allá del texto", tenazmente sostenido por la jurisprudencia del Conseil d'Etat. En Francia ello significa que una norma expresa tiene que autorizar el control, aunque no sea una ley de la Asamblea Nacional, sino un mero reglamento.¹⁵ Significa lo mismo en Costa Rica.¹⁶ La regla implícita es la de que todo texto base del control y el régimen de éste como función pública tienen que interpretarse restrictivamente contra el control y a favor del sujeto controlado.¹⁷ La autonomía, en otras palabras, es la regla y el control la excepción, en evi-

13. Art. 4. L.G.A.P.: "La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios".

Esta norma sujeta todo servicio público en Costa Rica en un régimen administrativo de conjunto, aun si se trata de servicios industriales o mercantiles, pues aun en estos rigen los cuatro principios clásicos que enuncia e impone el artículo 4 transcrito. En materia de servicios públicos industriales o mercantiles es el principio de trato igual el que más importa, pues todos los usuarios tienen derecho a trato igual si se hallan en condición similar; véase al respecto Jean de Soto, *Droit Administratif, Théorie générale du service public*, 1981, Montchrestien, págs. 50, 51 y 55; J.M. Auby y R. Ducos Auder, *Grands services publics*, Themis, París, 1969, vol. I, págs. 32, 33, 42 y 43.

14. Guy Melleray, *La tutelle de l'Etat sur les communes*, Sirey, París, 1981, págs. 39 a 46, donde se llega a elencar la protección y tutela de intereses privados entre las funciones del contralor administrativo.

15. Jean Pierre Dubois, *Le controle administratif sur les établissements publics*, L.G.D.J., París, 1982, págs. 57 a 60 y 86.

16. La mayoría de los entes públicos menores son instituciones autónomas en Costa Rica, sujetas a y favorecidas por el régimen constitucional previsto por el artículo 188 de la Constitución, que incluye una reserva de ley en lo que toca a su potestad de gobierno. Pero las leyes respectivas sólo excepcionalmente se han dictado, y las orgánicas de dichos entes consagran su irrestricta autonomía funcional en esa materia frente al Poder Ejecutivo.

17. José Antonio García Trevijano Fos, *Tratado Derecho Administrativo*, vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 457.

dente paralelismo con el otro y más fundamental dogma de que la libertad individual es la regla y es excepcional y textual la potestad de imperio (principios de libertad y de legalidad). Pero ello tiene excepciones, sobre todo en razón de reglas técnicas que complementan el régimen expreso de las instituciones de ese Derecho para garantizar el logro de su función pública, salvo ley expresa en contrario. Esto conduce a la admisión de formas de control implícito en esas instituciones, que tienen rango constitucional cuando éstas son constitucionales: así, por ejemplo, el control parlamentario sobre el gobierno, a partir del carácter de supremo representante del pueblo propio de la Asamblea Legislativa, que no está expresamente contemplado en nuestra Constitución y que es normalmente preterido, cuando no ignorado, en la letra de las constituciones correspondientes a regímenes presidenciales. Y se explica la diferencia con el principio de legalidad, porque éste protege la libertad del hombre, que es valor mucho más importante que la autonomía de los entes públicos, instrumentos al servicio no sólo del hombre sino del Estado. De ahí también la regla básica de que los derechos humanos sólo corresponden a un ente público por analogía y compatibilidad, no por aplicación directa.¹⁸ Cuando la naturaleza de la institución exige sujeción a otro ente, su autonomía plena no debe existir y el control debe ser posible, por principio general no expreso, que sólo puede derogar texto expreso de ley.¹⁹

El grado en que ello es así depende obviamente de los textos y, en segundo término, de la naturaleza de la institución y de los imperativos de su estructura y de su función institucionales. Y depende, sobre todo, de la ley, que en Costa Rica ha sido desfavorable a la existencia de controles no expresamente creados por norma escrita, aunque se trate de entes públicos fundacionales y no de

municipalidades, beneficiarios de tal enfoque por mayoría de razón.

6. Los peligros de la libertad y del control.

Fácil resulta concluir de todo lo anterior en que el peligro que el control encierra está en lo que puede impedir, no en lo que puede imponer. Y, al respecto, las alternativas son dos, una autónoma y otra dependiente de la primera, a saber:

a) si se corre el riesgo de permitir lo "irregular" hasta su consolidación o consumación, eliminando todo control;

b) caso opuesto, si se opta por el control, con qué límites en relación con la libertad de acción del controlado.

Como es obvio, la respuesta a esta última cuestión depende ante todo de criterios materiales sobre lo que es indebido y su rango peyorativo; es decir: se requiere primero conocer bien la regla de control, de cuya aplicación depende permitir o impedir la conducta del controlado. Esto sólo puede lograrse con vista de las instituciones positivas y de los principios generales que las sustentan. Pero, en segundo término, es necesario establecer el alcance del control, pues las posibilidades van desde la de prohibir todo lo indebido hasta la de permitirlo todo, excepto que sea gravemente lesivo a la norma de control. Para observar tal gradación de intensidad en el control resulta inevitable poner en juego diferentes procedimientos, cuya instrucción permita al contralor alcanzar el máximo de éxito en su función, según la meta preestablecida.

Es muy claro ahora el peligro a evitar: es la inercia del controlado, por un exceso de control. Se operan técnicas tales que alcanzan a prohibir o impedir todas las conductas del controlado necesarias para el buen cumplimiento de su gestión. El polo opuesto arrojaría igual ineficiencia, por exceso de libertad del controlado, que podría

18. Philippe Braud, *La notion de liberté publique*, L.G.D.J., París, 1968, págs. 208 y 209.

19. Esto permite una concepción de la autonomía local como una suma de potestades limitadas por principio y tanto por las necesidades de unidad (de estructura y funcionamiento) del Estado, como por aplicación del principio de igualdad en el ámbito nacional a todos los usuarios de los servicios locales, los cuales, sin necesidad de ser uniformes, deben ser equivalentes; véase al respecto Luciano Parejo, *Estado social y administración pública*, Civitas, Madrid, 1983, págs. 224, 230, 231, 233 y 234. En Francia se justifica la necesidad por principio del contralor administrativo estatal sobre los entes locales sobre la base de parecidas razones, para lo cual véase Mellery, op. cit., págs. 27 a 30 y 89. Pero no puede ignorarse que en Derecho Comparado es claramente dominante la opinión que exige ley o reglamento —y no un principio general de Derecho— para que haya control estatal sobre municipalidades; véase al efecto Dubois, op. cit., pág. 48. Véase igualmente Charles Debbasch, *Institutions et Droit Administratifs*, vol. I, Themis, París, 1976, pág. 413. La tutela tácita y de principio encapsulada en la descentralización y fundada en la subordinación de la misma al Estado ha sido objeto de demostración por varios autores franceses, opuestos a la regla sentada por el C.E., para lo cual véase Dubois, op. cit., págs. 83 y 84 y nota 12 ibidem, dando cuenta de la posición de Roland Drago y sus seguidores al respecto; pero estos autores —según la cita— dejan fuera de la tutela extratextual de principio a todas las municipalidades y corporaciones territoriales, a las que reputan libres por principio en razón de la autonomía sustancial del interés que representan, propio de una comunidad local distinta de la nacional o estatal.

hacerlo todo sin impedimento alguno, con permanente peligro de abuso o de dispersión y derroche de medios y de energía.

7. Los tipos de control y sus tendencias frente a la libertad.

Los tipos de control más corrientes y, en todo caso, los que pone en juego el control sobre municipios son de sobra conocidos y resulta innecesaria su pormenorizada explicación. Lo que ahora importa es resaltar su relación con la libertad del controlado y con la eficiencia de la administración pública (como actividad).

a) Control sobre las personas y sobre los actos.

Es la división fundamental. Los primeros van dirigidos a surtir efecto sobre la relación orgánica y de servicio del titular del órgano sujeto a control, suspendiéndola o poniéndole fin; los segundos atacan la existencia o el efecto del acto o actos controlados.²⁰

i) Remoción y sustitución del titular.

La potestad de remover al titular es, con la de sustituirlo, la más drástica que conlleva la función de control. Tiene la característica de poder ser acto de doble función, disciplinaria y contralora al tiempo. Así es cuando se funda en faltas del afectado; cuando el motivo no es una falta, sino la perturbación grave del funcionamiento del órgano por deficiente o nulo desempeño de su titular sin culpa de éste, se trata de una función pura de control, sin ingrediente sancionatorio o retributivo. En este último caso es un procedimiento preparatorio de otro definitivo, también de control, que es la designación del sucesor; pero se trata de verdadero "presupuesto" de esta designación, que lesiona al removido y que, pese a su carácter preparatorio, se reputa como "externo" para efectos de su impugnación.

Contralor-sanción. Puede recaer sobre un regidor o sobre una mayoría colegial, cuando es ésta quien pone votaciones gravemente ilegales o contrarias a Derecho, aun si se trata de violaciones graves de contratos, que no son fuente de nulidades pero sí de responsabilidades, tanto personales y disciplinarias de sus autores (los que formaron la mayoría respectiva) como puramente civiles, en cuyo caso recaen normalmente también sobre la municipalidad. Sólo puede recaer sobre los regi-

dores autores de la o las violaciones, pero resulta dudoso que pueda afectarlos si éstas no se dan, aunque haya habido un voto ilegal de algunos miembros de minoría, pues, entonces, no habría daño, aunque hubiese votos ilegales. Responsabilidad disciplinaria y ejercicio cabal de control pueden darse también en contra de un regidor por sí y aparte de su calidad de miembro del concejo, cuando éste lleve a cabo ilegalidades graves actuando como regidor pero fuera de votaciones concejiles. En cualquier caso, las faltas graves o reiteradas contra el orden jurídico por parte del regidor o de una mayoría concejil carecen de regulación en el Código, que sólo contempla la ausencia injustificada y prolongada (por tres meses) del regidor como causa de cancelación de su credencial por el Tribunal Supremo de Elecciones, como se verá con más detalle.

Disolución del concejo e intervención de su administración.

En esta hipótesis, la remoción del titular colegiado no supone necesariamente una falta, de un regidor o de una mayoría del concejo respectivo, sino una perturbación grave y excepcional en su funcionamiento o, más bien, el no funcionamiento del órgano colegiado, que bloquea o paraliza la administración municipal como un todo, aun cuando no medie violación de leyes (por ej.: por empates de votación debidos a enfrentamientos partidistas en el seno del concejo). En este efecto enervante —y no la falta que eventualmente pueda haberlo causado— lo que justifica la remoción del colegio concejil mismo, cuando de éste proviene la perturbación causante de la inercia. De conformidad con lo dicho ahora, esta causa puede ser incluso una falta disciplinaria, pero no se aprecia como tal sino como hecho jurídico consistente en el resultado producido, que es la grave perturbación del funcionamiento o la parálisis del concejo y de la administración municipales. Como consecuencia de ello, es todo el concejo el que resulta disuelto, para ser sustituido por otro que pueda superar la crisis, sobre las bases que le ponga un funcionario central nombrado a tal efecto, llamado comisario, interventor o comisionado estatal. Y ésta es la parte más importante en la estructura del procedimiento del caso, pues la disolución del concejo municipal sólo tiene por mira hacerlo suceder de inmediato por tal funcionario, para des-

20. Melleray, op. cit., págs. 256 y sigtes.

pués dar acceso posterior y ya definitivo al nuevo colegio, sucesor normal del cuerpo colegial disuelto. Como se dijo, respecto de estas investiduras posteriores, la disolución es meramente acto preparatorio, pero impugnabile no sólo por los regidores afectados —que son todos y sus suplentes— sino también por la municipalidad como tal, que tiene derecho a su funcionamiento normal a través de la dirección del cuerpo colegial previamente electo con ese fin. No está claro en doctrina quién es responsable por los actos del interventor, pero sí sus límites: sólo puede actuar en la medida estrictamente necesaria para restablecer el orden normal o poner las bases del mismo, resolviendo los problemas que causaron —con o sin culpa— el bloqueo de la administración municipal. Se trata, en nuestro concepto, de otro caso de sustitución, pero no de acto o por acto, sino del titular normal por otro extraordinario, que es un órgano municipal competente para administrar por cuenta de la municipalidad en tiempos de crisis, y que, por ello mismo, es distinto del concejo y necesariamente temporal. Los resultados de sus actos deben, en nuestro concepto, imputarse siempre a la municipalidad. Pero esto es polémico y hay opiniones en contra, que refieren el órgano extraordinario y sus actos y responsabilidades consiguientes al Estado en cuanto éste ha nombrado al interventor.²¹

Este tipo de control, por remoción del titular propietario para sustituirlo por intervención extraordinaria, sólo está previsto en Costa Rica por el artículo 98 L.G.A.P., para los casos en que haya desobediencia reiterada e injustificada del inferior no jerárquico —como el concejo municipal frente al gobierno— de las directrices recibidas dentro del marco de la capacidad planificadora del Estado sobre los entes descentralizados en general, por virtud de los artículos 26.b y 27.1 *ibídem*. Es posible que pueda reputarse que tal artículo 98 L.G.A.P. no es aplicable a la municipalidad por el origen electoral del concejo, que legitima cualquier discrepancia programática suya respecto del gobierno, a modo de título para darse su política propia aun en contra de la planificación central.²² Opinamos que ello es así actualmente en Costa Rica, con vista de la autonomía plena de gobierno que con-

fieren a la municipalidad costarricense los artículos 169 y 170 de la Constitución, que se la otorgan sin cortapisas. Pero creemos indebido que así sea y que, más bien, la Constitución debe proclamar claramente esos límites y, como el fundamental, la sujeción de la municipalidad y de su capacidad de gobierno a la planificación estatal, siempre con recaudos constitucionales que, al restringir sectorialmente y tipificar esta planificación central al máximo posible por todo otro concepto, la hagan compatible con aquella autonomía municipal. Como se verá, lo que sugerimos al respecto es una reserva de ley no sólo en lo que toca a la capacidad pública de acción y a la esfera de atribuciones de la municipalidad, sino también en cuanto a la potestad de planificación, dirección y control sobre ella, con especificación de límites que operen o hagan posible aquella necesaria convivencia, obviamente con el también necesario predominio del Estado. En todo caso, valga la importante observación de que en ordenamientos que no tienen previstos mecanismos de control de democracia directa o semidirecta, la disolución de cuerpos electivos o la remoción de sus integrantes suele atribuirse al gobierno, si no hay otro órgano constitucionalmente competente al efecto. En Costa Rica lo hay.

En Costa Rica corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones declarar la nulidad de credenciales de los regidores municipales, cancelarlas por los motivos de ley y aceptar las renunciaciones de los regidores cuando fueren procedentes, todo en sede y función jurisdiccionales, si ello se hiciera contencioso (art. 31 del Código). Tal es importante garantía en Costa Rica, pues se trata de tribunal del Estado, cuyos titulares son nombrados por la Corte Suprema de Justicia, y que tiene a su cargo en forma exclusiva y totalmente autónoma la organización, dirección y vigilancia de todo lo relativo al sufragio, con el rango e independencia de los otros Supremos Poderes (art. 9 de la Constitución).

Quede claro, en todo caso, que la disolución del concejo puede estar motivada por todos aquellos hechos que lo paralíen o perturben gravemente e, incluso, por faltas graves de sus integrantes como regidores o como miembros de una

21. Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. Aires, tomo 1, págs. 507 y 509, quien opina que el interventor representa al Estado y tiene facultades limitadas, que pueden ser menores, pero nunca mayores que las del cuerpo intervenido; en contra, en cuanto al carácter del órgano interventor, que reputa local y no estatal, pero de acuerdo en cuanto a la índole limitada de sus poderes de gestión, Buttgenbach, *op. cit.*, pág. 235.

22. Fabio Roversi Monaco, *Profili giuridice del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1970, págs. 243, 249 y 250.

mayoría que las cometa, por votaciones atentatorias contra valores fundamentales del ordenamiento o del interés público, tanto local como nacional. En esta hipótesis, como ya se apuntó, su adopción es, además de sanción, medida de control administrativo y preparatoria de una intervención administrativa.

Es claro, por otra parte, que las omisiones de nuestro ordenamiento en punto a la disciplina sobre los regidores y a la disolución del concejo con intervención de la administración municipal, en casos de faltas graves o de cualquier otro hecho que haya paralizado o perturbado gravemente su funcionamiento, representan típicas lagunas, que —según el art. 5 L.O.P.J.— debe llenarse por empleo de los principios generales de Derecho. ¿Será posible sostener la existencia de contralores administrativos con base en principios generales, que, en el caso, podrían ser los del estado de necesidad y de la urgencia? Parece debido contestar afirmativamente, por lo grave que podría ser la inercia estatal ante los abusos o abandonos graves —eventualmente delictivos— de la municipalidad en contra del interés público en general o, en especial, del encomendado a ella, en forma lesiva para el Estado, al público o terceros en particular. Todo lo cual confirma la necesidad de examinar caso por caso la posibilidad de contralores de principio y extratextuales, en derogación de la rígida regla opuesta sentada por la jurisprudencia del Conseil d'Etat y acogida legislativamente en Costa Rica.

Hay quienes reputan este control, sobre las personas u órganos, como excluyente del que se da sobre los actos y, en todo caso, no acumulable al mismo, pero tal incompatibilidad habría de estar creada por ley para ser aplicable, lo que no se da en Costa Rica.²³

ii) Controles sobre los actos.

Los controles más importantes sobre los actos son las autorizaciones, las aprobaciones, las anulaciones, los vetos (estos últimos de índole cautelar) y las sustituciones de acto.

Autorizaciones y planificación.

Suponen las autorizaciones una potestad preexistente y operan como permisivas de su ejercicio. Si se deniegan, al petente le queda prohibido

actuar y resulta jurídicamente obligado a la inercia; si se dan, el interesado puede escoger entre actuar o no hacerlo, salvo que su potestad al respecto se halle previamente vinculada por virtud de otro hecho o acto extraño a la relación de control.

Su omisión causa nulidad relativa, subsanable por aprobación a posteriori (art. 188 L.G.A.P.). Suponen un control total del acto, puesto que se dan sobre su proyecto también total y, por ello, un escrutinio incisivo de su legalidad y oportunidad hasta en sus menores detalles. Por este su resultado eventualmente impediendo de toda conducta del controlado, se reputa el control preventivo más intenso y restrictivo de su libertad y se reserva, por ello mismo, para aquellos actos más importantes o trascendentes del controlado. Cuando son discrecionales e inciden sobre una actividad y no sobre un acto —entendida aquella como comportamiento continuo por lapso prolongado y llamado a producir resultados materiales— crean una relación de sujeción especial del controlado e invisten al contralor con una potestad de inspección, que conduce eventualmente a una revocación de la autorización, por faltas o hechos supervinientes que alteran nociva o peligrosamente la relación entre los intereses inicialmente afectados por la actividad. El fenómeno es complejo, sobre todo, si tanto motivo como contenido de la autorización son discrecionales, pues entonces la autorización puede conformar el contenido mismo del derecho autorizado, al imponer regulaciones y condiciones para su ejercicio que sólo la autorización contiene. Y, finalmente, el fenómeno se hace más grave y complejo cuando, fuera de tal discrecionalidad, la autorización conlleva el ingreso a una actividad programada o planificada, de mayor o menor interés público. Si se trata de actividad sujeta a dirección y planificación continuas y de alcance general para la actividad en cuestión, nace lo que suele llamarse un ordenamiento de sector, donde el único vínculo preciso y determinable al momento de la autorización es el contenido inicial y provisional de ésta en relación con un fin sectorial delimitado. Se trata, en tal caso, de autorizaciones que desarrollan la planificación, haciéndola cada vez más concreta y localizada, hasta ajustarla exactamente a las dimensiones, circunstancias y capacidades de un ente en particular. Este fenómeno deja ver que, a la par de

23. Dubois, op. cit., pág. 345; en igual sentido Francisco Sosa Wagner, *Organización y control del sector público empresarial en España*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pág. 105.

las autorizaciones meramente permisivas y puramente de control, se dan también las llamadas autorizaciones en función programática o de programación, que ya no se limitan a impedir un daño sino que instrumentan a su titular en función de un plan o programa del contralor o de otro ente, en cuyo beneficio real se da la autorización, aparentemente favorable sólo al autorizado.²⁴ Es decir: la autorización deja de ser un instrumento de control para convertirse, si es libremente aceptada, en uno de dirección y planificación, que configura y, por ahí, crea el derecho que autoriza o, en el peor de los casos, lo sujeta a la configuración futura que pueda imprimirle la potestad reguladora, directriz y de ordenación del contralor, quien puede ser otra autoridad pública. La autorización se convierte ante todo en una fuente de deberes públicos. En esta hipótesis el llamado control permite la quiebra del adagio "no hay control sin texto ni más allá del texto", pues la autorización implica, sin decirlo la norma de base, potestades inherentes o concomitantes como las descritas, de alcance opresor contra la autonomía del controlado mucho más grave que el de la autorización meramente contralora. Se ha emigrado inadvertidamente al campo de la planificación, bajo la máscara del control por autorizaciones.²⁵ Este nuevo enfoque de las autorizaciones —realista como es— contiene una peligrosa quiebra de los principios de legalidad y de reserva de ley, en contra de la libertad de empresa privada.

Aprobaciones.

Condicionan la eficacia del acto controlado, que no puede producir efectos ni legitimar su ejecución sin ella, aunque sea acto válido en sí. Hay

quienes creen que no se distinguen de las autorizaciones, no sólo porque éstas pueden ser tardías y darse después de dictado el acto, sino principalmente porque, cuando las aprobaciones son discrecionales y posibles por motivos de oportunidad, su problemática es igual a la de las autorizaciones, de las que se reputan más bien una especie. En efecto: las hay también de control y de plan o programa, con la consiguiente drástica pérdida de libertad en perjuicio del controlado. Según la doctrina dominante, la norma de control que las rige y según la cual debe decidirse el fondo del control operado, es también de oportunidad salvo regla expresa en contrario.²⁶

Anulaciones.

Es el más benigno de los controles sobre los actos, porque no exige darse en etapa anterior ni al acto ni a su efecto y suele darse frecuentemente después de su ejecución. Su carácter es declarativo cuando se funda en la existencia de la nulidad, nulidad absoluta o de pleno Derecho, entendida como una ineficacia jurídica intrínseca e insubsanable, en razón de una violación grave al orden público o al orden basilar del Derecho Público, aunque, como tal, no sea gravemente nociva para otros bienes en el caso concreto. Su declaración es obligatoria, es perpetua la potestad para hacerla y produce efecto retroactivo, con las salvedades en favor de situaciones consumadas e irreversibles —jurídica o materialmente—, que, como tales, son más efectos del hecho jurídico de su consumación que del acto declarado nulo. El artículo 174 L.G.A.P sujeta los recursos administrativos y la acción de anulación o de declaración de nulidad del acto absolutamente nulo (o nulo de pleno Derecho) a sendas caducidades de cuatro años, lo

24. Massimo Severo Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, págs. 180 y sigtes., esp. 190 y 200; García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., págs. 123 y sigtes.

25. El fenómeno ha sido estudiado sobre todo por la doctrina italiana, para lo cual véase: Flaminio Franchini, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione pubblica e i privati*, Giuffrè, 1957, pág. 67; Mario Nigro, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Giuffrè, 1957, págs. 187, 188, 189, 192 y 194; Gustavo Vignochi, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Giuffrè, 1974, pág. 49, así como *Aspetti pubblici del servizio del credito*, Studi In Memoria di Guido Zanobini, tomo II, Giuffrè, págs. 605 y 607; y Massimo Severo Giannini, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, Rivista Diritto Commerciale, Università di Milano, Giuffrè, 1959, pág. 321; y, del mismo autor, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Vol. 1, pág. 166. La doctrina española ha estudiado también el fenómeno, para lo cual véase: Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., vol. II, págs. 126, 127 y 133 y sigtes., esp. 139 a 144; J. Manzanedo y otros, *Curso de Derecho Administrativo Económico*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976, págs. 693 y sigtes., esp. 702 a 704; y sobre todo, la obra de Manzanedo, *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1968, págs. 410 y 413. La sistematización de las autorizaciones directrices o programáticas ha puesto en crisis la figura misma, que hoy ya no supone siempre un derecho preexistente; Manzanedo expone esta crítica brillantemente en su última obra antecitada, págs. 415 y sigtes.

26. Regourd, op. cit., pág. 128 y literatura ahí citada; Dubois, op. cit., págs. 295, 296 y 324 a 328; Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Estudios de Administración, Madrid, 1980, vol. I, pág. 488 y literatura ahí citada; Donato Donati, *Scritti di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padova, vol. II, pág. 9.

que hace posible esa impugnación eventualmente en un lapso de ocho. Se trata de uno de los gaza-
 pos mayores de la Ley General, técnica hasta el
 preciosismo en otros aspectos. Y es tan grave la
 falla, al desconocerse el carácter perpetuo que
 debe tener la posibilidad de impugnación de la
 nulidad absoluta, que hemos dicho ya que nuestra
 jurisprudencia tendrá que ignorar el artículo 175
 L.G.A.P. y, por encima o a espaldas de su texto,
 crear la inexistencia del acto administrativo, como
 válvula de escape a imperativos de justicia en casos
 en que sean insoslayables por el rango de los valo-
 res o bienes jurídicos lesionados (véase Eduardo
 Ortiz, Nulidades del Acto Administrativo en la
 L.G.A.P., *Revista de Ciencias Jurídicas*, Seminario
 Internacional de Derecho Administrativo, 1981,
 págs. 441 y 442). Porque, en síntesis, la acción de
 impugnación de la nulidad absoluta es perpetua
 por la naturaleza de las cosas, aunque sea caduca-
 ble por ley. Todo lo cual, como bien se entiende,
 resulta procedente también en contra de la apli-
 cación o, más bien, de la aplicabilidad del artícu-
 lo 173.4 *ibidem*, que igualmente sujeta a cadu-
 cidad cuatrienal la potestad de anulación de oficio
 en vía administrativa del acto absolutamente nulo,
 aunque sea declaratorio de derechos. Caducidad
 que, como la de la potestad de impugnación de la
 nulidad de pleno Derecho, creemos jurídicamente
 aberrante y destinada a la desaplicación progresiva
 por nuestros tribunales, cuando así lo exija la justi-
 cia e importancia social del caso. Panorama diverso
 y más bien opuesto, en todo concepto, presenta la
 anulabilidad o nulidad relativa, tanto doctrinari-
 amente como en el articulado de la Ley General.
 Los efectos de la anulación que se funde en aque-
 lla —según ambos enfoques— son constitutivos y
 hacen cesar una relación propiamente jurídica y
 hasta ese momento viva que, según arbitrio del
 legislador, puede desaparecer sólo hacia el futuro
 (*ex nunc*) o retroactivamente (*ex tunc*). En esta
 hipótesis es discrecional la declaración, son cadu-
 cables la potestad y la acción respectivas, y, ade-
 más, es subsanable el vicio por saneamiento de los
 elementos defectuosos (hipótesis de la incompe-
 tencia, de la falta de motivación, de la adopción
 de motivo primeramente ignorado pero existente,
 etc.). Pero no obstante la benignidad que de la
 anulación se predica como forma de control,
 supone también perturbación grave de la actividad
 del controlado, y expone al contralor a reclama-
 ciones resarcitorias por los daños y perjuicios que
 causa si son ilícitos, especialmente si aquella tiene

lugar después de iniciada y, peor aún, de terminada
 la ejecución del acto anulado. En todo caso, es
 acto de "préalable", que típicamente anticipa
 una decisión jurisdiccional en ejercicio de la auto-
 tutela administrativa, pues ésta, precisamente por
 ser tal, pierde cada día más terreno en beneficio
 de la auténtica justicia, judicial en la mayoría de
 los países de habla española, a la cual cada día más
 quiere entregarse, en definitiva, todo conflicto de
 legalidad con la Administración. La anulación es
 compatible y acumulable con los controles de
 autorización y aprobación, que, como se dijo, sue-
 len ser normalmente de mérito u oportunidad,
 salvo norma en contrario.

Vetos.

Son medios de suspensión de la eficacia de un
 acto, por el contralor, en tanto reúne los elemen-
 tos de juicio para ejercer el control en forma defi-
 nitiva o para que acceda el caso al superior del
 órgano de veto, normalmente el jerarca de la
 Administración central en el ramo afectado, todo
 dentro de plazo precluyente del control desfavo-
 rable, con lo que se tiene por favorable después.
 Preceden normalmente la anulación y la aprobación
 y se expresan no como verdaderos actos de volun-
 tad sino más bien como manifestaciones y trans-
 misiones de opinión sobre la invalidez o irregulari-
 dad del acto vetado, con el efecto legal de abrir
 de inmediato el plazo precluyente para el ejercicio
 definitivo del control que prepara. Vimos ya que
 en Costa Rica abren la etapa de impugnación judi-
 cial del acto vetado, si éste es rechazado, lo que
 conduce obligadamente al Juez que habrá de fallar
 agotando la vía administrativa, no la jurisdiccional,
 que siempre queda abierta. Meros actos prepara-
 torios del verdadero control, como son, su utilidad
 y conveniencia depende de la que tengan los actos
 que preparan, de modo que serán aceptables si
 éstos lo son como modo de control administrativo,
 y a la inversa.

Sustitución del acto.

Se da cuando hay un deber legal de actuar
 a cargo de un ente administrativo, deber que sólo
 existe cuando los hechos configuran un motivo
 que obliga al órgano a actuar y a hacerlo con un
 cierto contenido, todo en término que la ley
 define. Es esto lo que los franceses suelen llamar
 vinculación de segundo grado, porque abarca no
 sólo el motivo ni sólo el contenido, sino ambos ele-
 mentos del acto. En consecuencia, lo que esta

sustitución persigue es evitar que la inercia del órgano, en violación de su deber, pueda consolidarse y mantenerse produciendo, además, daños y perjuicios eventuales a la misma Administración controlada, a aquella de que depende el contralor, o a tercero. Parejamente, se dará el interés tutelado con la sustitución, que podrá ser tanto —y en la mayoría de los casos es— el del contralor como el del controlado y también el de terceros. Pone la responsabilidad nacida del acto dictado en sustitución a cargo del sustituido, quien tendrá que mantenerse en actitud de respeto, que prolonga su inercia, mientras actúa el contralor en su lugar. Es la forma más intensa de intervención del contralor y, como se dijo, no desnaturaliza su función, pues cuando la ilegalidad consiste en una inercia el único medio de eliminarla es actuar en lugar de la Administración omisa.

En Costa Rica está previsto este método de control como regla general para toda la Administración Pública por el artículo 97 L.G.A.P., pero sólo dentro del ámbito de la relación jerárquica y como integrante de ésta. No hay norma específica que contenga igual disposición general y de principio en relación con las municipalidades u otros entes públicos en general, frente al Estado. Pero sí existen, como veremos, casos específicos de sustitución de acto dispuestos por el Código Municipal, sobre todo en materia de administración presupuestaria y financiera en general.

Como conclusión general puede hacerse ver que en Costa Rica, contra lo que sostiene la doctrina más autorizada, el Derecho favorece y configura todos los controles sobre los actos antes mencionados como de pura legalidad, salvo excepciones por texto en contrario, por lo que necesariamente son reglados por motivo y contenido. Pero debe advertirse que topan, y aquí emerge este magno problema, con múltiples reglamentos y, sobre todo, circulares, instrucciones y modelos administrativos (actos-tipo), cuya observancia se impone como condición de su otorgamiento favorable al controlado. Es decir: se integran para ese efecto, al bloque de la legalidad, fuentes informales de Derecho Administrativo, espurias pero efectivamente tales, generalmente consagradas por viejas praxis de la Administración, que vienen a agregar requisitos al otorgamiento de lo pedido y al contenido de lo otorgado, como si se tratase más bien de control de oportunidad, según criterios personales y cambiantes de la Administración. Para aliviar la situación precaria en que todo ello coloca al controlado,

el artículo 330 L.G.A.P. ha creado el silencio positivo y favorable a él en las hipótesis de fiscalizaciones y controles por la vía de las autorizaciones, aprobaciones, licencias y permisos, y de lo que equivale, en general, al género de los procedimientos de autorización (según su concepto dentro de la ya clásica tripartición italiana de los procedimientos administrativos, a la par de los que son concesionales y ablativos o de sacrificio). Según el artículo 331 el control por autorización —en tal sentido genérico entendido— se reputa otorgado como fue pedido un mes después de recibido el expediente completo y listo para resolución final. El control favorable así obtenido sólo será anulable en la vía administrativa, si fuere declaratorio de derechos en favor del particular (o del controlado en este caso), cuando padeciere nulidad absoluta, dictaminada como tal por la Procuraduría General de la República; caso opuesto la anulación exigiría un contencioso de lesividad.

iii) Control de actos o de actividades.

Estas pueden componerse de una sucesión de actos, pero en el control por actividad lo que cuenta no es la causa sino el efecto, el resultado. No se trata de saber si la sucesión de actos es regular o irregular en sí, en todos, en cada uno o en algunos, sino de confrontar todo lo hecho en un periodo con los objetivos propuestos y los resultados alcanzados. Es obvio que la causa de la irregularidad puede radicar en un acto, pero habrá cambiado el enfoque, en primer término, de la irregularidad, al cambiar el patrón de valoración, que será la cuantía y calidad de los resultados y no el acomodo de la conducta a preceptos aplicables a cada porción o componente de ella; y, además y en segundo término, cobrarán relieve no cualesquiera actos y ni siquiera los más importantes por su función ideal, sino aquellos que, en los hechos, fueron efectivamente decisivos para el funcionamiento u orientación del ente público en un lapso. Pero este control presenta el grave problema de la imprecisión de los criterios para juzgar la actividad, en gran parte dependientes de su desarrollo histórico y, sobre todo, de prioridades y valoraciones respecto de resultados que a menudo son personales, cuando no partidistas. Tiene la ventaja de dar a la institución controlada mucho más libertad de criterio en su actividad, precisamente por la laxitud del encuadramiento ideal o normativo en que se la ubica a todo lo largo de su realización. Especies de este control de resultados son los llama-

dos de "eficiencia" y de "calidad", más propios de empresas públicas llamadas a una economicidad respecto del costo que de entes de servicio público, como los municipios. La importancia que tiene el identificar el control por actividad es que en el mismo la regla de control es normalmente técnica y científica o, si jurídica, flexible y adaptable a las circunstancias, más bien a modo de regla directriz o programática que de imperativo referido a hipótesis de aplicación exactamente definibles.

iv) Control de legalidad y de discrecionalidad.

Es la más rancia de las dicotomías jurídicas en punto al control de los actos y suele emplearse correlativamente con la otra que corresponde a potestad discrecional y reglada, en los siguientes términos: discrecionalidad-oportunidad, vinculación-legalidad. La discrecionalidad, en efecto, nace de dos tipos de relación del acto imperativo de la Administración con la norma: o bien ésta confiere una opción entre conductas que especifica; o bien omite la regulación de algún elemento del acto y, más específicamente, del motivo o del contenido, delegando implícitamente en el órgano aplicador la creación de una regla complementaria y casuista que lo subsane, con vista de los hechos. En ambas hipótesis el ordenamiento escrito se abstiene de fijar el motivo o el contenido del acto, para permitir que al menos uno de los dos pueda escogerse y configurarse con vista de la circunstancia, para su mayor acomodo posible con el otro. Esta relación de proporcionalidad entre motivo y contenido no legalmente determinados, para dar máxima realización al fin del acto, es lo que persiguen las reglas de oportunidad.²⁷ Las mismas, como se ve, no son escritas ni generales, sino dictadas por los hechos que mueven la actuación administrativa. Más específicamente, su formulación depende de la importancia o jerarquía que revista el fin legal del acto —presente en la potestad conferida a nivel normativo— con los otros intereses que los hechos aportan a conocimiento de la Administración, que tienen que ir subordinados a aquel fin legal si es que la opción es emitir el acto. La opción puede ser la abstención, si los otros intereses del caso co-

bran importancia mayor que aquel fin legal dentro de la circunstancia, desde el punto de vista del bien común, tal y como lo concibe la autoridad. Caso de optarse por la realización del acto, las reglas de la oportunidad sirven también para armonizar el fin legal y preponderante —desde el punto de vista de la ley de base— con los intereses secundarios a su respecto aportados por los hechos. Regla de valoración que permite detectar, jerarquizar y armonizar intereses concurrentes con el fin legal del acto, y adecuar la resolución a su motivo circunstancial, según esa previa valoración, eso sería, en síntesis, la regla de oportunidad.²⁸ La doctrina italiana suele decir que es la regla que guía el ejercicio de la discrecionalidad para satisfacer al máximo el fin legal del acto.²⁹ Esa satisfacción, sin embargo, no es la maximización del interés legal preponderante, sino su armonización mejor posible con los intereses secundarios puestos por los hechos alrededor y, eventualmente, en contra del fin legal del acto. Suelen llamarse también reglas de conveniencia o de buena administración. La distinción entre regla jurídica y regla de oportunidad o mérito padece, sin embargo, de un pecado original notorio, que es el supuesto de partida de que la única regla jurídica es la general y abstracta. Según este enfoque, la regla de oportunidad no es jurídica, aunque sea claramente advertida y resulte perfectamente aplicable para cualquiera en la misma circunstancia, precisamente por ser circunstancial. Tal enfoque ignora que el carácter casuista de la regla es compatible con su imperatividad normativa a condición de ser objetiva su existencia. Esto llama a la otra vieja distinción en el mundo de la responsabilidad civil entre apreciación "in abstracto" e "in concreto" de las reglas de prudencia y diligencia, cuya existencia nadie niega, no obstante ser igualmente casuistas. Se distingue a su respecto la apreciación in abstracto y la apreciación in concreto, con lo que quiere decirse o bien igual para todo el que se encuentre en igual situación de hecho; o bien distinta según sea el sujeto que hace la valoración.³⁰ La regla es objetiva, aunque sea circunstancial, si no es subjetiva, porque es aprehensible y aplicable por igual en función de los hechos del caso, sea

27. Jean Claude Venezia, *Le pouvoir discretionnaire*, L.G.D.J., París, 1959, págs. 20, 21, 22, 30 y 31.

28. Giannini, *Diritto*, ... op. cit., tomo I, págs. 480 y 481.

29. Renato Alessi, *Principi di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, vol. I, págs. 318 a 320; en igual sentido, por una correlación entre legalidad y razonabilidad, pareja de otra entre oportunidad y excelencia a partir de una cuantificación o gradación en la satisfacción del interés o fin públicos, véase Javier Salas, *Descentralización administrativa y organización política*, Alfaguara, vol. II, pág. 381, nota 130.

30. François Chabas, *Responsabilité civile et responsabilité penale*, Editions Montchrestien, París, 1975, págs. 54 y 55.

quien fuere el sujeto ubicado en ellos. Es subjetiva y no es regla, si es producto de la personalidad o de la libertad de cada uno, no de los hechos del caso, que aquí resultan irrelevantes como fuente jurídica de reglas casuistas. El hecho de que sirvan como fuente no ha impedido nunca, sino que más bien ha justificado, el nacimiento de la responsabilidad civil que apareja su violación. No hay razón para negar igual rango de parámetros jurídicos a las reglas de oportunidad objetivamente cognoscibles y aplicables a la conducta administrativa de gestión y decisión en función de los hechos del caso y del fin legal perseguido. Si la regla de oportunidad es tal y perfectamente enunciable y aplicable en el caso y a partir del mismo, es, entonces, jurídica, y su violación trae consecuencias igualmente jurídicas, como, eventualmente, la nulidad del acto inoportuno o la responsabilidad por el daño así causado. Regla de oportunidad sería, en este enfoque, la regla jurídica casuista que descubre —y no inventa— el órgano para orientar su decisión en cuanto a la configuración de los elementos discrecionales de la potestad que le ha sido conferida, en función de los hechos que inician y motivan la actuación necesaria para su ejercicio. Es lo que un ilustre jurista ha llamado la "regla discrecional".³¹ Pero no puede ocultarse el hecho de que este enfoque contradice más bien el tradicional y dominante, en cuanto éste sustenta la dicotomía entre oportunidad y legalidad, dentro de la cual tal regla discrecional no sería jurídica sino, por ello, de oportunidad.³²

La distinción entre reglas de oportunidad y de legalidad soporta el peso de otra tensión básica entre legalidad escrita y no escrita, principalmente en lo que toca a los límites de la potestad discrecional. Estos límites también son casuistas y reflejo en la circunstancia de los imperativos de la justicia, la racionalidad y la oportunidad, al hilo de los hechos. Tales reglas tienen por objeto más que elementos del acto los procesos intelectivos y volitivos que le dan existencia, y que son los mismos que permiten descubrir y aplicar las reglas de oportunidad en la conciencia de la Administración y del Juez. Es decir: hay una lógica colin-

dancia —ya apuntada en este trabajo— entre límites de la discrecionalidad y reglas de oportunidad, con tendencia clara hacia una ampliación a costa de estas últimas de las fronteras de la legalidad y del contralor jurisdiccional. Reglas que eran de oportunidad se convierten jurisprudencialmente en verdaderos principios jurídicos, tan obligatorios y, en ocasiones, tan precisos como una ley. Es el caso del nuevo principio acuñado por el Conseil d'Etat, ya citado, del "debido equilibrio" entre "presupuesto-costos y beneficio del acto" (*bilan-cout-avantages*), inaugurado por arret Ville Nouvelle Est, 28 de mayo de 1971, según el cual "una expropiación no puede ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los agravios a la propiedad privada, el costo financiero y los inconvenientes eventuales de orden social que conlleva no son excesivos en relación con el interés que presenta". Tal apreciación jurisdiccional suplanta una valoración que, antes de tal precedente, era típica y exclusivamente de la Administración.³³

Todo lo anterior pareciera conducir a una extensión del control —administrativo y jurisdiccional— sobre aquellos órdenes no jurídicos cuya articulación con la ley es diariamente necesaria para la aplicación de ésta y que hasta ahora formaban el reino de la oportunidad. Un síntoma claro de ello está no sólo en informes internacionales que apuntan la tendencia, sobre todo en América Latina (por ej.: CLAD, *Las empresas estatales en América Latina*, Caracas, 1979, págs. 173 y 174), sino también en la doctrina y en logros positivos. Así, disponen los artículos 16, 158.1.2.3. y 4 y 160 L.G.A.P.:

"Art. 16.1.—En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.

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

"Art. 158.1.—La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico, constituirá un vicio de éste.

81. Aldo Piras, *Discrezionalità*, Enciclopedia del Diritto, págs. 76, 77 y 85, haciéndose eco de Costantino Mortati, *Sul potere discrezionale*, *Problemi del Diritto Pubblico nella attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Raccolta di Scritti, Giuffrè, Milano, 1972, págs. 1000 a 1002.

82. Agustín Gordillo, *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 109 y 110.

83. André de Laubadere, *Le controle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat*, *Mélanges Offerts a Marcel Waline*, L.G.D.J., Paris, 1974, págs. 531 y sigtes., esp. 541, 543 y 547.

2.—Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.

3.—Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.

4.—Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso. . .”.

“Art. 160.—El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso”.

Como se desprende de tales normas, la oportunidad mínima del acto es requisito sustancial de su validez, cuya ausencia o defecto causa su nulidad, y objeto de control jurisdiccional como si se tratara, según texto expreso del artículo 160, de cuestión de legalidad. Esto consagra lo que podría llamarse el vicio de “inoportunidad grave” por violación de reglas “elementales de conveniencia”, como las llaman los artículos 16.1 y 160 transcritos: Es decir: el acto totalmente inconducente a su fin o gravemente inconveniente para la colectividad, incluso si el bien dañado es el servicio público prestado por el controlado, es, por ello mismo, ilegal e inválido. No otra cosa que una expresión y concreción del principio de “razonabilidad”, de añeja formulación por los Consejos de Estado europeos y por la Corte Suprema de Justicia argentina.³⁴

A tal tipo de reducción del control de oportunidad —en bien de su introducción jurisprudencial— es al que también alude recientemente la doctrina latinoamericana, eco consciente en ello de la más nueva doctrina jurisprudencial del Conseil d’Etat, por éste llamada del “error manifiesto”. Gordillo, en la doctrina argentina, propugna por la admisión de recursos y contralores administrativos por “inoportunidad grave”, fundados “en la irrazonabilidad, arbitrariedad o falta de sustento fáctico suficiente del acto”, que así puede resultar “gravemente inoportuno, especialmente torpe o totalmente impolítico” (*Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina*, Civitas, 1981, págs. 115 y 116). Y no es otra cosa el tipo de vicio del acto —que también puede ser de la actividad— aludida y hecha valer por el Conseil d’Etat contra la Administración cuando inicia en 1961, C.E. 15 de febrero, Lagrange, Rec. 121, la línea de decisión que le permite, en palabras de un

agudo autor francés, sancionar con la anulación el “error grosero y en cierta forma imperdonable” en la aplicación de los conceptos indeterminados empleados por la ley al definir los motivos del acto administrativo (Bernard Pacteau, *Le Juge de l’Exces de Pouvoir et Les Motifs de l’Acte Administratif*, L.G.D.J., Bordeaux, 1977, pág. 246). Es la inauguración de la doctrina jurisprudencial francesa del “error manifiesto”, para abrir al Conseil d’Etat dominios administrativos que le estaban vedados por sus propios precedentes.

En efecto: hasta 1961 el Conseil d’Etat había rehusado y denegado el control sobre la aplicación de conceptos indeterminados empleados por la ley al calificar ese motivo (del acto administrativo) en ciertas zonas de la acción administrativa de alto interés público; reputaba tal calificación parte de la discrecionalidad, aunque fuera claro el error de la Administración, por ejemplo: en materia de policía de extranjeros o de urbanismo. Por el fallo antecitado —hoy afirmado por múltiple jurisprudencia— el Alto Tribunal francés inicia una línea de decisión en favor de la anulación de actos administrativos ubicados dentro de esos dominios, cuando clara y flagrantemente éstos aplican mal el concepto legal indeterminado a los hechos probados del caso, motivo del acto censurado. Los juristas franceses abundan en comentarios sobre la necesidad de distinguir este vicio de uno de inoportunidad, sobre la base de que debe ser “tan evidente como grave, grotesco, notorio aun para quien no es jurista” (Auby et Drago, *Traité du Contentieux Administratif*, L.G.D.J., París, 1975, Vol. II, pág. 394), así como que “debe ser un error que el Juez pueda censurar sin vacilación, y sin tener lugar para tomar en cuenta las nociones cuya imprecisión, complejidad o tecnicismo han conferido razonablemente una esfera de discrecionalidad a la Administración” (Bernard Pacteau, op. cit., pág. 248). En otras palabras: se trata de casos en los que la Administración ha cruzado el umbral de la arbitrariedad y del abuso, al valerse de conceptos imprecisos o indeterminados de la ley para perjudicar al ciudadano. Se trata, como ha dicho otro jurista francés, M. Braibant (citado por Pacteau, op. cit., pág. 241), de “imponer a la Administración un mínimo de lógica y de sentido común”. Pero la doctrina francesa es concorde en reconocer que, hasta el momento de su inauguración, el error manifiesto se reputaba por la doctrina y la juris-

34. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Macchi, Bs. Aires, 1974, vol. I, Cap. VIII, págs. 30 a 32.

prudencia —sobre todo por ésta— como parte de la libertad legítima de la Administración en uso de su discrecionalidad. Todo lo cual coincide con doctrinas posteriores en nuestra lengua que abiertamente abrazan igual tesis, no al hilo de la jurisprudencia francesa, sino que la doctrina alemana pionera en el asunto (Eduardo García de Enterría, *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*, Civitas, 1974, págs. 32 y sgtes.). Esto anuncia una nueva tendencia —aunque, por ahora, sólo referida a la justicia administrativa— que pretende arrancar zonas enteras, verdaderos bloques, del dominio de la discrecionalidad y de la oportunidad administrativas, para entregarlos sin más al control de o contra la Administración, eventualmente administrativo. Los órganos titulares de este control, en efecto, pueden volver su espalda a la doctrina, pero no a la realidad de las leyes y de los fallos.

Finalmente, ha de apuntarse que la legalidad tiene un bloque no escrito, como se apuntó, principalmente formado por principios generales de Derecho, que son la armazón del régimen jurídico de la Administración Pública (como sujeto) y como actividad, y que recortan gravemente el campo de las reglas de oportunidad, de otro modo librado a la valoración y escogencia subjetivas del funcionario.³⁵

En síntesis: cada día más hay menos discrecionalidad administrativa; y cada día es más difícil ejercer el control de legalidad del acto discrecional sin invadir y hacer propio el campo de la oportunidad administrativa. Y, en todo caso, cada día es más evidente que reglas refutadas de oportunidad son jurídicas, aunque no sean decretadas, por venir llamadas jurídicamente a perfilar y llenar el contenido y alcance de las potestades legales discrecionales, a las que emigran desde el mundo de la ciencia, la técnica o las valoraciones sociales. Esto es particularmente así en las hipótesis en que tales reglas de valoración son leyes científicas o preceptos dictados previamente por la Administración, pero ocurre también cuando se trata de guías impuestas "in abstracto" por los hechos de cada caso.

v) Control continuo y periódico.

Como su nombre lo indica, son continuos los que son permanentes y pueden jurídicamente abarcar —aunque no lo hagan así— toda la línea de actividad de la Administración, globalmente o acto por acto; son periódicos los que se dan en fecha o por fecha, normalmente sobre actos determinados.

vi) La imbricación sistemática e ideológica de las dicotomías.

Lo importante es advertir que las dicotomías enumeradas son constelaciones, no focos aislados de actividad contralora. Es decir: configuran sistemas, a partir de ideologías, que también operan en la materia, fundamentalmente por exigencia interna del sistema constitucional de base. De este modo es posible sostener, como lo ha hecho alguien en Italia con el llamado control de oportunidad por petición de reexamen del acto controlado, que hay sistemas autoritarios y sistemas democráticos de control.³⁶

Los alineamientos son tendenciales, pero claramente tales.

El control sobre las personas tiende a ser eje de los sistemas autoritarios y se acompaña generalmente de una intervención penetrante sobre los actos. En punto a éstos, son más sofocantes y perturbadores de la actividad y de la libertad de la Administración los controles a priori, que por su estructura misma pueden ser impeditivos y son normalmente por acto y no por actividad, y necesariamente permanentes, única forma de advertir y aislar la emisión del acto controlado de entre la masa continua de la Administración; su lógica impone que también sean de oportunidad y no de legalidad, por el ambiente de continua convivencia funcional entre los sujetos de la relación de control en que se dan y porque su función es evitar sólo las dislocaciones más graves del interés público por obra del controlado, que pueden provenir tanto de la legalidad como de la inconveniencia de su conducta. Por ser de lista, los controles a priori suelen recaer sobre los actos institucional y políticamente

35. La obra clásica al respecto es de Bennoît Jeanneau, *Les principes de Droit Administrative*, Sirey, 1954, esp. págs. 234 y sigtes.; el rango de los pp.gg Generaux es suprarreglamentario y puede ser constitucional, para lo cual véase J.M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J., Paris, 1984, vol. II, pág. 352. El rango de los pp.gg puede ser superior al de la norma escrita —según el art. 7.3 L.G.A.P.— y superior al de la ley, cuando se trata de pp.gg de origen constitucional. ¿Podrá hablarse de pp.gg supraconstitucionales, en cuanto sustraídos a la potestad de reforma de la Constitución? Creemos que sí, para lo cual véase George Burdeau, *Traité de science politique*, L.G.D.J., Paris, 1966, vol. IV, pág. 266 y literatura ahí citada. Este último tema es vasto, pero la conclusión afirmativa y favorable a la existencia de las llamadas "cláusulas constitucionales pétreas" es hoy dominante.

36. Feliciano Benvenutti, op. cit., págs. 377 y sigtes.

más importantes del ente controlado, que son los que así resultan distorsionados. Su ejercicio sobre la base de una vigilancia general y permanente sobre este último, los convierte en una arma de presión poderosa para imponer al controlado las políticas del control, más allá de su legítima función meramente preventiva.³⁷ Y, por todo ello, son reputados cada día más —por su régimen jurídico y por su historial— como formas disfrazadas de cogestión o codecisión, que, dada la superioridad del Estado en todos los órdenes frente a los entes menores, esconde, a su vez, un uso y abuso de éstos por aquel.³⁸

Los controles sobre la actividad tienden a agruparse en sentido simétricamente opuesto, en favor de la libertad y la autonomía administrativas. Así, el control sobre la actividad es simultáneamente periódico, necesariamente a posteriori y principalmente regido por reglas técnicas del ramo de actividad correspondiente, sin que ello excluya de su campo la aplicación de las de estricta legalidad. Pero, en tal materia, estas últimas más bien se remiten a aquellas, que son las que, en definitiva, permiten apreciar los resultados obtenidos, diagnosticar las falias y diseñar el futuro. El control técnico es doctrinariamente, en general, y positivamente, en Costa Rica (arts. 15 y 16 L.G.A.P.), un control de legalidad. El control sobre la actividad, como masa de acción prolongada, es, pese a ello, mucho más prospectivo que retrospectivo y tiende a orientar la acción administrativa mucho más que a impedir la o sancionarla. Puede requerir —sin que tenga que ser así— de controles sobre las personas y de algunas escogencias básicas de mera oportunidad, en el sentido, únicamente admisible en este trabajo, de preferencias subjetivas y libres del funcionario respecto de la coyuntura y de los hechos en que actúa, variables de persona a persona. Se alude con ello también a la distinción básica entre planes y programas de realización, aquellos como decisiones iniciales y jurídicamente incondicionales sobre las metas, y los programas como la concreción de metas y actividades intermedias para obtenerlas con vista de la coyuntura, enmarcados por los planes.³⁹ Cuando la planificación nacional es defectuosa, omisa o inexistente, se suele hacer a nivel de control, inventando el

plan, sus metas y sus reglas fundamentales de prioridades y estrategias en el acto mismo de su aplicación. De este modo, el control de eficiencia o por resultados puede degenerar en una arbitraria imposición de criterios valorativos improvisados y empíricos.

Pero en este tipo de controles la tendencia es hacia un respeto a la estabilidad del órgano y de su titular, sujeto a remoción únicamente por violación clara de políticas preexistentes (oportuna-mente comunicadas); y la base del control es el plan nacional y su desarrollo para el ente o el tipo de ente controlado. Se trata de sistema mucho más ventajoso para la autonomía y la eficiencia de las instituciones, pese a sus apuntados defectos.

8. El ambiente y la opción autoritaria.

Claramente en Costa Rica —como en el resto de los países iberoamericanos o, al menos, en la gran mayoría de ellos—, la opción se ha dado por el sistema autoritario de control administrativo, de legalidad, a priori, impediendo, por acto, permanente, casi siempre acompañado de otro sobre los funcionarios jerarcas de los entes públicos menores, sujetos a remoción estatal. El hecho de que ello sea común a los entes administrativos de servicio público y a nuestras empresas públicas nada dice en contra de tal constatación, pues aquí nunca los controles se han ajustado al tipo de ente que regulan, con rígida tendencia a la uniformidad.⁴⁰ La uniformidad la dan la existencia de un control (legítimo) de legalidad a la par de una ilegítima y clandestina preponderancia del Estado sobre la municipalidad y los entes públicos en general, que le permite política y factual —aunque ilegalmente— una verdadera dirección de todo el sector público. Los factores que lo explican son múltiples.

a) La Constitución y la ley.

El peso casi entero del control administrativo en Costa Rica recae sobre nuestra Contraloría General de la República, fenómeno que también creemos continental, sea cual fuere el nombre que el contralor asume (Tribunal de Cuentas, Contaduría del Estado, etc.). Dado el carácter fundamentalmente financiero del control que aquella

37. Dubois, *op. cit.*, págs. 189 y 190.

38. Dubois, *op. cit.*, págs. 320 y 321.

39. Roversi, *Gli enti . . .*, *op. cit.*, págs. 35 y 93.

40. Gordillo, *Problemas del control . . .*, *op. cit.*, pág. 71.

está constitucionalmente llamada a cumplir, natural, sino inevitablemente, resulta que, además, su función es de mera legalidad, sin autorización legislativa ninguna —con las muy contadas excepciones que configuran los artículos 70 y 77 del Código Municipal— para aplicar reglas políticas o de conveniencia. Las funciones todas que encomiendan a la Contraloría General los artículos 184 de la Carta y 4 y 5 de su Ley Orgánica son de cotejo de piezas y actos de administración financiera con la ley del ramo. El control es por acto y casi sin excepciones por aprobación de legalidad.

b) La ideología ambiente.

El orden coincide con la realidad institucional y social que rodea, motiva y sostiene la función contralora en Costa Rica. Como agudamente lo ha puesto de manifiesto Gordillo en su obra antecitada, hay en Latinoamérica toda una ideología popular —y no sólo oficial— a favor del control de pura legalidad, en contra del de oportunidad, eficiencia o coherencia con el rumbo político planeado.

Se espera del funcionario y de las instituciones que sean "legales" en su conducta, no que sean acertados ni eficientes; y se espera tanto de ellos, desde tan variados criterios conflictivos con la eficiencia y la calidad, que más bien se los censuraría si las lograran a costa de esos otros valores u objetivos de poderosa circulación política y social (generosidad en el gasto y el empleo públicos en bien de las clases necesitadas; sumisión y fidelidad al partido político gobernante; aceptación del burócrata mediocre y rechazo del trabajo como logro individual y vocacional, etc.).⁴¹ El control de legalidad, por otra parte, es el más fácil, por la objetividad, claridad y aceptación de la norma que le sirve de base, y así estimula el menor esfuerzo que es, en síntesis, un valor sacrosanto de nuestra Administración Pública en todos sus niveles, no importa el partido gobernante. Y ello mismo lleva a multiplicar los reglamentos y recaudos precautorios que cumplir contra la ilegalidad o la deshonestidad administrativas, incluso mediante autorreglamentación por parte del jerarca o del burócrata, que así ponen a su disposición parte de las reglas de control, reducen su deber y sus metas a cumplirlas y evitan toda censura legal o social.

c) El crecimiento del Estado y su impacto sobre la autonomía administrativa en Costa Rica.

El Estado en crecimiento tiene que planificar, abierta o encubiertamente, y aumentar su poder para encuadrar el desarrollo social —no sólo el de su administración y gobierno— dentro del plan. Ello se puede hacer abierta y legítimamente mediante la planificación y dirección del país, por leyes o decretos, sobre todo si el plan es una verdadera ley para ser aplicada mediante la actividad interpuesta de la Administración, y no meramente un reglamento de ésta, derogable a su antojo. Pero normalmente se complementan la planificación y la dirección estatales de la vida burocrática y social mediante mecanismos mucho más confinados, de alcance concreto, que, sin embargo, son eficaces medios para ampliar sus regulaciones y para garantizar sus resultados, convirtiéndose en fuentes secundarias de planificación y dirección de la vida institucional.

i) Las autorizaciones programáticas.

Nos hemos referido ya a ellas. Las otorgan organismos que no son de control, sino generalmente de dirección y planificación, como el Banco Central, el Servicio Nacional de Electricidad, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, la Caja del Seguro Social, la del Sistema Nacional de Ahorro y Crédito, el Instituto Nacional de Seguros en sede de monopolio del ramo, etc. Las regulaciones y condiciones que incorporan a los permisos y licencias que otorgan, sujetan al ente público o privado que las obtiene a la futura autoridad, de vigilancia y eventual sanción, de la institución que las da.

*ii) Los actos internos: modelos y circulares.*⁴²

También los hemos mencionado. Aquí sólo cabe hacer ver que en Costa Rica casi nunca tienen fundamento legislativo ni pueden equipararse a verdaderos reglamentos, pero son cada día más abundantes para una serie de operaciones importantes, si no necesarias, para entes públicos de servicio, como los municipios, que sólo pueden obtener crédito, aprobar tasas, proponer impuestos, planear la vialidad, el saneamiento de zonas pobres y antihigiénicas, hacerse cargo de establecimientos de enseñanza o dictar planes de urba-

41. Gordillo, op. cit., págs. 77 a 81.

42. Véase a este respecto la obra ya clásica de Pierrette Rongere, *L'acte type*, L.G.D.J., París, 1968.