

nismo, etc., de conformidad con "machotes" o modelos administrativos elaborados por otro ente, central o descentralizado. Sólo tienen rango de medidas internas, obligatorias únicamente para el ordenamiento de la organización pública correspondiente, pero son adoptados a menudo por el contralor como pautas de valoración, con fidelidad que sólo merece una norma de verdadera autonomía.

El fenómeno es similar —si no igual por estructura— al que presenta la potestad jerárquica de dictar circulares, instrucciones y órdenes generales dentro de la organización administrativa, las cuales —como internas— son extrañas al ordenamiento general del Estado. Si bien se trata de medidas no impugnables como tales en la vía contenciosa, juegan frecuentemente como reglas de control. Hay una clara tendencia —doctrinal y jurisprudencial— a convertir en impugnables tales medidas, como si fueran externas y sujetas a control ellas mismas.

iii) Reglamentos contralores.

El artículo 140 del Código delega en la Contraloría General la reglamentación de la contabilidad municipal y la faculta para agregar atribuciones a las que el mismo Código fija para el auditor y contador municipales. Es esta la fuente más importante de reglamentos atinentes al sistema municipal en particular y la Contraloría la ha aprovechado con abundancia. Las potestades contraloras de reglamentación del patrimonio, contabilidad, presupuestos y administración financiera de las municipalidades son muy amplias y abarcan expresamente los aspectos más importantes y delicados de su hacienda y gestión, base la más importante para el ejercicio de un control sobre las finanzas locales. Así, todo el sistema y nomenclatura de la contabilidad está sujeto a reglamentación contralora, que ha de dictarse de acuerdo con el tipo y la orientación del control que se pretende ejercer, a raíz de lo cual las reglas ya existentes denotan claramente la intención de establecer única y exclusivamente la legalidad de los actos y contratos, y de las cuentas municipales, principalmente por cotejo con comprobantes y documentos de respaldo. Con ese fin la C.G. puede regular, y ha regulado, la codificación y clasificación de dichas cuentas. La C.G.

puede regular los sistemas de estimación de los ingresos, a efecto de que sea sincera y realista; y es dueña de aumentar las competencias del contador y del auditor municipales para convertirlos en más eficaces auxiliares suyos y de la municipalidad misma en bien de la legalidad de su administración financiera. Finalmente, es la misma Contraloría la que tiene jurisdicción para fallar los juicios por responsabilidad de sus funcionarios contables, entendidos como aquellos que son custodios o administradores de fondos y competentes para su disposición y empleo, pero con carácter de cosa juzgada formal; pese a ellos creemos que esta atribución contralora —dada por el artículo 74 del Código— es violatoria del monopolio de la jurisdicción contenciosa atribuido al Poder Judicial por el artículo 153 de la Constitución, no obstante al carácter meramente formal de la cosa juzgada que sus fallos producen. El procedimiento respectivo consiste fundamentalmente en una audiencia informal, sin régimen de trámite reglamentado, antecedida por un auditoraje, y es insuficiente para garantizar, en nuestro concepto, el cabal ejercicio de la grave función jurisdiccional encomendada. Debe hacerse notar, por otra parte, el formidable reforzamiento del contralor financiero que procura a la Contraloría la potestad adicional de reglamentación de la conducta, hacienda y administración financiera municipales, pues así puede también imponer las reglas de fondo aplicables al ejercer su función. Normalmente, el control y la reglamentación de la conducta del controlado se reputan, por ello mismo, como incompatibles; el contralor tiene la facultad de hacer observaciones y recomendaciones al controlado, pero no la de dictarle las reglas de su conducta. Cuando supedita su aprobación a la observancia de aquellas recomendaciones se da una clara violación, si el control es meramente de legalidad, pues una recomendación no es una regla jurídica. Si, como ocurre con la contabilidad municipal, el contralor es quien la reglamenta en todos los aspectos de importancia, tales opiniones suyas pueden expresarse como normas y adquirir, por ello, instantánea fuerza de obligar, con drástica sujeción del controlado.⁴³

43. El tema es tratado extensamente por Dubois, op. cit., págs. 68 y sigtes. En general la doctrina es conteste en que las aprobaciones y autorizaciones deben ser puras y simples, pero admite que pueden acompañarse con las recomendaciones y reglas generales que definan su política futura para otorgar o denegar el contralor correspondiente, lo que parece peligroso, primero, por anticipación de criterio en materia casuista; y, segundo, porque ello equivale a reconocerle a dicha autoridad una potestad reglamentaria disfrazada, lo que va contra el orden de las competencias; véase al respecto Buttgenbach, op. cit., págs. 214 a 216; y Dembour, op. cit., pág. 121; así como Javier Salas, *Descentralización política y organización constitucional, El tema de las competencias*, Alfaguara, Madrid, 1973, vol. II, pág. 476.

iv) La dependencia real respecto del Estado.

Es técnica y es económica. Esto también fue apuntado. Casi ningún ente público sobrevive hoy sin subvenciones y préstamos del Estado o canalizados por su medio, lo que le permite condicionar su entrega a sus exigencias de conducta y subordinar el ente menor a sus planes y programas, sobre todo a su propia planificación. Cuando, por otra parte, se trata de realizar dichos planes, e, incluso, los propios del ente menor, surge frecuentemente —sobre todo cuando se habla de los municipios— un neto desbalance entre el nivel técnico del burócrata estatal y del descentralizado. Esto le permite al Estado, en no pocas ocasiones, adueñarse de la dirección u orientación del plan que ayuda, no obstante ser propio del ente menor.

d) Conclusión:

En síntesis: el ambiente institucional, político y social en que se ejerce el control coadyuva a que el mismo se convierta insensiblemente en un instrumento de coordinación o subordinación al Estado de los intereses y políticas del sector descentralizado en general, sobre todo a través de las subvenciones y del control de legalidad financiera y presupuestaria de carácter preventivo. La supremacía real del Estado —económica, técnica o política—; las exigencias de la planificación y dirección nacionales y sus instrumentos; el farrago de regulaciones estatales y administrativas, en general, que sofocan el funcionamiento de los entes menores, tanto si son legítimas cuanto si son espurias, y la sicología y la ideología ambientes, han producido y justificado una invasión estatal de las autonomías institucionales, o, al menos, un condicionamiento político, financiero y jurídico de su independencia por el Estado, que en el área municipal ofrece graves proporciones.

9. El sistema de control sobre la municipalidad en Costa Rica.

Desde el ángulo del Derecho Comparado y sobre el trasfondo descrito de las relaciones que hoy suele guardar el Estado con los entes menores en función de contralor y, solapada o abiertamente, de rector de la vida pública del país, la situación en Costa Rica es alentadora, pero está lejos de ser recomendable. El cuadro del control sobre las municipalidades en Costa Rica se monta sobre cinco procedimientos de intervención, a saber:

- a) vetos del ejecutivo municipal;

- b) recursos de revocatoria, apelación y revisión del administrado;
c) aprobaciones legislativas o de la Contraloría General de la República;
d) sustitución de acto;
e) remoción de regidores.

Todos fueron ya descritos en la primera parte de este trabajo, en cuanto técnicas jurídicas. Conviene ahora valorarlos por su contenido específico según el Código y la ley, a efecto de lo cual conviene recordar algunos de sus rasgos esenciales. Cabe iniciar el examen por el de las intervenciones legislativas.

a) Intervenciones de la Asamblea Legislativa.

El artículo 174 de la Constitución Política remite al legislador la fijación de los casos en que será necesaria autorización legislativa a las municipalidades para "contratar empréstitos, dar en garantía sus bienes o rentas, o enajenar bienes muebles o inmuebles". En desarrollo de la norma constitucional el artículo 105 del Código Municipal establece la necesidad de autorización legislativa para celebrar empréstitos extranjeros, en cuanto "vayan a realizarse con entidades extranjeras o cuando se efectúen en el país con capital extranjero".

Es evidente, dada la autoridad de las disposiciones formalmente legislativas en que consisten las autorizaciones exigidas por dichas normas, que las mismas son especies del contralor de oportunidad, que pueden darse con derogación de cualesquiera leyes. Pero no se requiere de una especial, sino que bastará con una cualquiera, aunque sea ordinaria y general, que dé la autorización necesaria.

El artículo 67 del Código exige también aprobación legislativa —que será igualmente de mera oportunidad— para hacer donaciones, préstamos de sus bienes circulantes o fijos y para arrendarlos o extender garantías en beneficio de terceros, lo que resulta inconstitucional en la medida en que cubre casos no incluidos en el texto del artículo 174 de la Constitución Política.

Se explicó ya que el artículo 15 del Código exige aprobación legislativa de todo convenio de coparticipación municipal para la organización y prestación de servicios públicos o para la realización de obras conjuntamente con otras municipalidades, cuando "impliquen la creación de un organismo distinto de las partes contratantes", sea: un nuevo ente público. La disposición versa sobre materia no prevista por el artículo 174 de la Constitución y podría, por ahí, reputarse

como una restricción inconstitucional a la autonomía municipal; pero es lo cierto que, por principio general de Derecho Público, hay reserva de ley formal para la creación de nuevos entes públicos, sobre todo si han de funcionar como constitucionalmente autónomos, pues, según el artículo 188 de la Constitución sólo una ley reforzada puede crear tal tipo de entes.⁴⁴ Pareciera, desde este doble ángulo, que el artículo 15 del Código en comentario, es constitucional.

b) Vetos y recursos (ordinarios y extraordinarios).

i) Vetos. Nada hay que agregar a lo ya dicho al respecto en la primera parte de este trabajo. El hecho de que el trámite del veto municipal sea el mismo bifásico de los recursos municipales (administrativo y judicial) lo hace digno de valoración positiva igual a la que merecen tales recursos, como se verá.

ii) Recursos ordinarios: revocatoria y apelación. Explicamos ya extensamente que los mismos desembocan, si no hay acogimiento municipal de su tesis, en la elevación (constitucionalmente automática, inconstitucionalmente sujeta a recurso de parte interesada según el Código) al Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo del Poder Judicial, especializado en la materia, para resolver el asunto en vía administrativa y agotándola, con posibilidad para el reclamante de acceder a la jurisdiccional y contenciosa ordinaria si su reclamo o petición resultan rechazados. En ambos casos—vetos y recursos— el control es estrictamente de legalidad, pero ya se ha visto la labilidad del concepto (respecto de su opuesto, la oportunidad). En cuanto al veto vimos bien que su rechazo por el mismo Tribunal, a la inversa, clausura y finiquita el diferendo en favor de la municipalidad, dada la carencia de legitimación de un órgano —como el ejecutivo municipal— para accionar contra el ente del cual depende.⁴⁵ Si recursos o vetos tienen éxito, el Tribunal anula en la vía administrativa.

iii) Recurso extraordinario de revisión. El recurso de revisión que contemplan los artículos 175 y 180 del Código es extraordinario, como se apuntó, y procede únicamente si se dan conjuntamente cuatro supuestos:

1) Que se refiera a acto consentido y firme, por omisión del recurso de apelación existente, lo que supone notificación cabal y regular del acto, en el caso de partes; y que el requisito no es exigible de terceros, a quienes no se notifica.

2) Que no haya transcurrido un plazo de diez años desde que se comunicó debidamente el acto (aunque el Código hable de que no hubieren transcurrido diez años "de tomado el acuerdo", pues un plazo no puede correr contra un recurrente sino desde el conocimiento del acto recurrido, aun si tal conocimiento ha tenido lugar por vía diversa de la debida comunicación); lo cual tampoco es exigible de terceros.

3) Que el acto no se hubiese consumado por su ejecución irreversible, pues la reversible y reparable no obstaría; y

4) Que haya dictamen de la Procuraduría General de la República declarando absolutamente nulo o nulo de pleno Derecho el acto. Esto debe ponerse en relación con los artículos 173 y 183 L.G.A.P., según los cuales el acto con tal tipo de nulidad es de obligada anulación en la vía administrativa, previo el referido dictamen favorable y vinculante, aunque el acto sea declaratorio de derechos en favor de su destinatario. Y esta debe ser la regla general en la hipótesis de recursos, pues los derechos de la contraparte en un recurso administrativo, respecto del recurrente, no pueden ser óbice para la anulación del acto en esa vía, ni aun cuando se trate de nulidad relativa o anulabilidad. Hay concordia doctrinal al respecto.⁴⁶

iv) Ventajas de la vía bifásica de recursos descrita. Mención expresa debe hacerse de la utilidad y eficacia de esta vía administrativa bifásica —inicialmente municipal y finalmente judicial— para zanjar conflictos de legalidad, únicos que pueden dirimirse dentro de su esfera, con ahorro

44. El artículo 188 de la Constitución Política exige al efecto ley reforzada por votación de dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa, lo que condiciona la aplicación de un régimen constitucional tutelar de la autonomía administrativa así creada, consistente básicamente en la necesidad de ley igual y consulta previa con el ente autónomo para pasar cualquier cambio legislativo de su régimen (arts. 188 y 190 de la Constitución). Según el artículo 15 del Código Civil la creación de la persona jurídica es reserva de ley.

45. El órgano, en cuanto parte, no puede accionar, ni recurrir contra el ente público del que es parte (art. 10.5 a de la L.R.J.C.A.).

46. Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, tomo III, pág. 116.

de múltiples juicios innecesarios. El fallo del Tribunal, en efecto, es usualmente acogido por las partes como sentencia, aunque no lo sea, y ahí termina el conflicto. Agustín Gordillo ha exaltado las virtudes de los tribunales administrativos en óptimo artículo.⁴⁷ La vía judicial en función de autotutela administrativa municipal, que comentamos, presenta la mayoría de las ventajas certeramente aducidas en favor de dichos tribunales, sobre todo de imparcialidad y celeridad. En efecto: el Tribunal Superior de lo Contencioso falla con las formalidades y limitaciones de un Juez, según el Código de Procedimientos Civiles en lo relativo a apelaciones en juicio no ordinario (con cosa juzgada formal), no obstante tratarse de una vía administrativa. Esto implica términos precluyentes y limitaciones en cuanto a prueba, que está legalmente tasada. Pero hay suficiente compensación por la celeridad, rigor técnico e imparcialidad totales del trámite, que han terminado por constituir esta vía y la del Tribunal Fiscal Administrativo (en materia tributaria) en las únicas formas de justicia efectiva contra la Administración que hoy existen en Costa Rica.

v) *Recurso de insistencia.*

Los presupuestos ordinarios y extraordinarios de las municipalidades, y sus modificaciones, están sujetos al contralor de legalidad.

Ambos tienen que ser aprobados por la C.G. Si ésta imprueba totalmente el presupuesto o alguna partida, la municipalidad tiene a su disposición el recurso de insistencia ante la Asamblea Legislativa (art. 6.e Ley Orgánica de la Contraloría), el cual, no obstante el carácter legislativo de la decisión final, es de estricta legalidad, pues lo que está en discusión es precisamente el cumplimiento de las regulaciones presupuestarias por la municipalidad recurrente, como expresamente lo exige la norma antecitada, al restringir la improbación a las hipótesis de desajustes con las leyes y reglamentos respectivos, que deberán indicarse en la resolución. La improbación debe venir precedida por un trámite frustrado, pero obligatorio, de conciliación o arreglo con la municipalidad o entidad públicas afectadas, sin lo cual es improcedente e inválida. La norma prevé la posibilidad de "las medidas que fueren necesarias", por parte de la Asamblea, al resolver el recurso de insistencia, pero no indica, ni

se entiende, cuáles podrían ser. Esto sobre todo porque, según la misma norma, la Asamblea limitará su conocimiento al "punto o puntos sobre los que hubiere controversia", lo que implícitamente le prohíbe disponer otra cosa que confirmar o anular la improbación dictada; reformarla sería resolver cosa distinta de la pedida, tanto por la municipalidad como por la Contraloría. Y dada la confirmación, tanto como la anulación, el efecto querido por la parte triunfadora se produce por sí mismo, sin necesidad de ulterior intervención legislativa. El recurso de insistencia, como los jerárquicos impropios, sólo permite confirmar o anular, no reformar la improbación ni el acto improbad. La resolución del recurso, formalmente legislativa, es administrativa y agota la vía respectiva, por ser administrativa —en cuanto sujeta a la ley ordinaria— la potestad de la Asamblea; consecuentemente, es resolución jurisdiccionalmente accionable en la vía contencioso-administrativa municipal, por relación entre los artículos 1.4.6 y 84 y sigtes. de la L.R.J.C.A. No hay posible vicio de constitucionalidad en tal recurso de insistencia, como no lo hay en el de apelación ordinaria ante el Tribunal Judicial de que se ha hecho mérito, por tratarse en ambos casos de recursos de estricta legalidad, que no envuelven sobreposición de la discrecionalidad administrativa de un ente u órgano extraños a la que es propia de la municipalidad, que está sujeta a la ley, pero no a las libres apreciaciones de oportunidad del Estado o de otro tercero. Si éstos son nada más la voz de la ley, su intervención es legítima y constitucional.

Los acuerdos municipales que aprueban presupuestos no son vetables, en defensa de la continuidad de los servicios a cargo de la corporación local, pero sí objetables por el Ejecutivo Municipal (sin efecto suspensivo), con razones que han de presentarse ante la C.G., y que ésta deberá tomar en cuenta en su decisión final de contralor, haciéndolos objeto de expresa consideración.

c) *Aprobaciones.*

Las aprobaciones administrativas se dan, en su gran mayoría, en materia de administración presupuestaria y financiera de las municipalidades, como lo demostrará su enumeración. Valga reiterar que, en todos los casos, las aprobaciones administrativas exigidas se dan por razones de mera legalidad,

47. Gordillo, Agustín, *Problema del control de la administración pública en América Latina*, Civitas, 1981, págs. 35 y sigtes.

excepto en el previsto por el artículo 79, para las operaciones con inmuebles pericialmente estimados en más de ₡ 50.000,00, hipótesis en la cual la C.G. puede entrar también a considerar razones de oportunidad. Pareciera dudosa la constitucionalidad de este aislado caso, según lo ya dicho en la primera parte de este estudio.

Las más importantes aprobaciones legislativas en materia municipal son las que se imparten sobre los presupuestos municipales, ordinarios y extraordinarios, según los artículos 118 y 124, ya comentados. Se dan, además, las aprobaciones en las siguientes materias:

Endeudamiento:

- a) crédito interno (art. 105);
- b) emisión de bonos (art. 106);
- c) compras plurienales (art. 110).

Hay sustitución de oficio por la C.G. en la segunda hipótesis, mediante inscripción presupuestaria de las partidas omitidas por la municipalidad para el servicio de empréstitos o emisiones de bonos (art. 107).

Ingresos:

- a) tasas, en cuanto a creación y monto (art. 4 Ley Orgánica C.G.);
- b) contribuciones especiales: en cuanto a su creación, monto y distribución per cápita (art. 90);
- c) impuestos: sabemos ya que las municipalidades carecen de la autoridad impositiva que les otorga el artículo 121.13 de la Constitución, por suplantación inconstitucional de su competencia al efecto por la Asamblea Legislativa. Esto hace excepción en cuanto al impuesto de patente (por licencia industrial o comercial), que sí crea la municipalidad, pero dentro del máximo de tarifa fijado por la C.G. (art. 96 del Código).

Egresos:

- a) donaciones y préstamos no de dinero (art. 67);
- b) contratos de toda índole por más de ₡ 10.000,00, excepto si fueren de trabajo (art. 80);
- c) aceptación de reclamos por suma igual a la anterior (art. 80).

d) Sustituciones.

Los casos de sustitución contralora frente a la municipalidad legalmente previstos con carácter tasado y taxativo, son:

Sustitución de la municipalidad por la Contraloría:

- i) en materia de confección y emisión del presupuesto no oportunamente presentado (art. 119);
- ii) mediante inclusión de oficio de partidas en el presupuesto municipal para servicio de empréstitos y emisión de bonos (art. 107);
- iii) mediante registro rogado (por el actor triunfante) de fallos firmes y líquidos contra la municipalidad, con el efecto de paralizar la aprobación de presupuestos por no pago de sentencias firmes contra la municipalidad, de conformidad con los artículos 77 y sigtes. L.R.J.C.A.

Según el artículo 119 de la C.G. tiene potestad para sustituir a la municipalidad en la emisión de su presupuesto ordinario si el mismo no ha sido presentado para su examen y aprobación antes del 30 de setiembre respectivo, a efecto de lo cual la C.G. podrá excluir las partidas de egresos por gastos ya consumados y pagados e incluir los ingresos para equilibrar el presupuesto en relación con obligaciones o programas nuevos de necesaria inclusión, por haber sido ya contraídos en firme o por corresponder a proyectos ya iniciados, respectivamente. Pareciera desprenderse, de ello, que la C.G. no puede aumentar egresos ni ingresos por su cuenta, sino en la medida necesaria para equilibrar el presupuesto sobre la base de los actos y disposiciones dictados por la municipalidad, durante el año fiscal anterior, o a la fecha de intervención del contralor. La C.G., finalmente, liquida los presupuestos municipales al término del año fiscal (solar), para lo cual las municipalidades tienen que rendirle informe sobre todo el ejercicio correspondiente y sujetarse a las potestades de inspección más amplias de la C.G.

e) Jurisdicción sobre órganos y disciplinaria.

Está contemplada sólo parcialmente por los artículos 26.b y 31.c del Código, puestos en relación, de la cual resulta que el Tribunal Supremo de Elecciones puede cancelar la credencial de un regidor por "abandonar la función por más de tres meses continuos sin causa justificada o permiso expreso del Concejo". La disposición, de una laxitud inmorale, es, además, taxativa y prohíbe a contrario sensu, pero claramente, otras sanciones para otros casos de falta a la función. En efecto:

es norma de interpretación estricta y su letra sólo permite cancelar la credencial del regidor por ausencia injustificada y prolongada en los términos que define, con lo que excluye cualesquiera otros motivos disciplinarios. ¿Qué decir de faltas graves distintas y eventualmente delictivas? ¿Resultarán impunes? Opinamos que no, y no por analogía —que no la hay con las normas sancionadoras— sino por aplicación directa de una potestad disciplinaria y contralora de principio, que existe y debe ejercerse por todo Gobierno siempre que haya falta grave sancionable de una institución o corporación públicas, de no darse norma expresa en contrario.

El artículo 140.8 de la Constitución da pie para entender este principio existente en Costa Rica en favor del Poder Ejecutivo, cuando dispone:

"Art. 140.8.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

"...Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativos. . .".

Esta potestad de vigilancia incluye —en este enfoque— una potestad directriz y disciplinaria, sobre todo por violaciones graves de ley, distinta de la que se refiere al cumplimiento de las políticas, tal y como la contemplan los artículos 97 y 98 L.G.A.P., pero existente por mayoría de razón.

Un autor nacional lo sostiene así en relación con los entes descentralizados y empresas públicas en general, reconociendo al Poder Ejecutivo y, específicamente, al Gobierno formado por el Presidente y Ministro del ramo (art. 130 *ibídem*), las potestades, implícitas y concomitantes con tales otras de vigilancia, de anular actos ilegales de aquellos entes y empresas y de remover a sus directores y jerarcas por faltas graves en sus cargos, consistentes en infracciones legales o de políticas.⁴⁸ La tesis es compatible en este trabajo, que admite la existencia de una tutela administrativa de legalidad tácita y de principio, de rango constitucional; pero es inadmisibles a la luz de la doctrina dominante, todo como ya se explicó al comentar la jurisprudencia y la doctrina francesas al respecto.

Pero más bien pareciera que en Costa Rica tutela y potestad de sanción tales, de existir por principio constitucional, como lo aceptamos, se daría bajo titularidad del Tribunal Supremo de Elecciones, Poder Constitucional que en Costa

Rica tiene a su cargo —como ya se explicó— todo lo relativo a materia electoral. Y lo es toda aquella —toda norma y todo acto de cualquier índole— que afecte tanto un proceso electoral como una elección ya hecha.

En último término, el principio de base para toda potestad oficiosa de sanción estaría en la regla universal que admite el estado de necesidad como fuente de potestades de urgencia o emergencia para conjurar crisis graves contra el bien común, si los delitos o ilegalidades de la municipalidad o del regidor llegaren a ser gravemente lesivos de la Constitución, de la ley o de altos valores nacionales.

f) Valoración del sistema.

i) *Asamblea Legislativa*. Lo creemos inmejorable en lo que toca a las relaciones con la Asamblea Legislativa, que son prácticamente inexistentes. Falta sólo que la Asamblea respete la potestad tributaria que constitucionalmente pertenece a la municipalidad en Costa Rica, cuyo ejercicio sólo debe autorizar o desautorizar en bloque, sin imposiciones ni reformas.

ii) *Poder Ejecutivo*. En punto a las relaciones con el Poder Ejecutivo la situación es la de una inexistencia total de tales relaciones a nivel normativo. La realidad, como se dijo, es otra y total la dependencia económica, técnica y política de las municipalidades respecto del gobierno, si son del mismo partido las mayorías concejales; o, caso opuesto, del respectivo partido político nacional, del que normalmente los regidores son la más pobre categoría. Peca el régimen normativo por omisión y la situación real por exceso. Un punto intermedio sería lo ideal.

iii) *Administrado y Ejecutivo Municipal*. En cuanto al contralor por el administrado y el Ejecutivo Municipal —a través de vetos y recursos— bien podría pensarse en reformarlo, según se dirá, pero conviene dejar claro que no se trata de uno verdaderamente tal, por el carácter judicial —no jurisdiccional— que formalmente reviste su última fase, según se apuntó. Y ese carácter judicial, aunque sólo formal, comporta las ventajas de independencia e imparcialidad efectivas del juzgado, sin la

48. Mauro Murillo, *Perfiles jurídicos de la empresa pública en Italia y Costa Rica*, Revista de la Contraloría General de la República, núm. 15-1972, San José, Librería e Imprenta Lehmann, págs. 42 y 43. El autor invoca en su apoyo doctrina italiana que reputa dominante.

duración ni las trabas de un verdadero proceso, lo que lo acabala y recomienda su conservación y perfeccionamiento. Juzgamos esta solución, de un tribunal judicial para el agotamiento de la vía administrativa según un trámite sumario de recurso, técnica mejor de contralor administrativo que la española y la francesa, en sus recientes versiones, porque éstas suponen la intervención del Juez en función jurisdiccional común y el agotamiento de un verdadero proceso contencioso-administrativo con cosa juzgada material, con mucho más consumo de tiempo, dinero y energías, estatales y municipales. Sobre todo si, como es, la técnica costarricense comentada culmina igualmente —sin impedirla— en ese proceso declarativo, pero sólo subsidiariamente.

iv) Contraloría General de la República. No podemos ocultar que reputamos desconsolador, cuando no desastroso, el meollo legal del sistema, a través de las aprobaciones de la Contraloría General de la República. Su número es excesivo, como el entramamiento que producen, y no por culpa de la Contraloría General. Este control rezuma desconfianza del legislador y no es tal sino auténtica "tutela administrativa", sólo explicable ante la grave inmadurez institucional y burocrática del sistema municipal costarricense. Pero este es un problema de equilibrio y medida, no de principio. Control administrativo debe haber, pero no tanto.

En síntesis: nuestra actual situación en materia de control administrativo municipal o sobre municipalidades mejoraría sustancial y fácilmente con sólo reducir drásticamente y a sus justas proporciones las aprobaciones contraloras de legalidad, su armazón, para sustituirlas por un sistema de control técnico de eficiencia o resultados, a posteriori.

Pero antes de decir cómo hacerlo, resulta urgente conocer algo del Derecho Comparado más reciente sobre el tema. Me refiero principalmente a España, Francia e Italia.

10. Las reformas de España y Francia y el control por reexamen de Italia.

No precisa su detalle, sino su esencia, que pasamos a examinar brevemente.

a) España. Tres leyes constituyen el régimen local español: las leyes núms. 3 de 16 de enero y 40 de 28 de octubre de 1981, tácitamente derogadas por la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985, en lo que la contradigan o resulten incompatibles.

Tenemos conocimiento de jurisprudencia constitucional sobre las dos primeras y del régimen local nacido de la nueva Constitución española, de 29 de diciembre de 1978, dentro de la cual la doctrina parece dar privilegiada importancia a los fallos del Tribunal Constitucional de 2 de febrero y de 29 de abril de 1981, y de 28 de diciembre de 1982.

El breve comentario que nos proponemos toca primero los principios sentados por ley y jurisprudencia antes de la nueva Ley Reguladora de Bases, ya mencionada, para reseñar apretadamente después la forma en que, al recogerlos, este último cuerpo legal constituye el actual régimen local español. Y hemos de decir que nos interesan más los principios que el articulado legal que los desarrolla. Tales principios y bases anteriores a la ley actual parecen ser los siguientes:

i) la ley ha eliminado todo control preventivo —por autorizaciones, vistos o vetos— sobre los actos municipales, de cualquier tipo;⁴⁹

ii) tales controles son constitucionalmente posibles —sin embargo— a condición de que cumplan el triple requisito de ser puntuales y no genéricos (por lista concentrada o dispersa y no por cláusula general); de legalidad y no de oportunidad (con las de salvedades constitucionales y para la defensa del patrimonio local, de que se dirá); y de que —quizá lo más importante— supongan una imbricación del interés nacional, general o estatal, con el local, interés nacional que deberá ser el bien primordialmente tutelado con la intervención contralora;⁵⁰

iii) la ley permite que el representante del Estado impugne contenciosamente la legalidad de los acuerdos municipales y causa que la impugnación suspenda la eficacia del acto impugnado, pero ello sujeto a revocación por el Tribunal en un plazo de ley;⁵¹

iv) la suspensión administrativa de acuerdos

49. Jesús Guíjarro, *La tutela financiera de las corporaciones locales*, pág. 291, . . . ; Sosa Wagner, *La autonomía municipal*, pág. 2239, . . . ; Antonio Embid Irujo, *Autonomía Municipal y Constitución*, pág. 463.

50. Ramón Martín Mateo, *Autonomía y régimen local preconstitucional*, pág. 357, en comentario a la sentencia constitucional de 2 de febrero de 1981.

51. Andrés Morey, *El control de legalidad y la suspensión de acuerdos en los entes territoriales por el Estado*, pág. 253.

municipales puede ser constitucional cuando se funda en aquella misma imbricación de intereses generales y locales, con prevalencia de los primeros, antes aludida;⁵²

v) los controles de oportunidad, preferiblemente no preventivos, son constitucionalmente posibles sobre el municipio si lo autoriza la Constitución o si se trata de defender el patrimonio del ente local contra sus administradores;⁵³

vi) la esfera de competencia de la autonomía municipal —como de las otras— radica en el carácter local del interés o intereses bajo su cuidado y ello es un concepto indeterminado que sólo podrá precisarse al hilo de las determinaciones que hagan la ley y la jurisprudencia.⁵⁴

La doctrina da cuenta, sin embargo, de fallos (como los de 28 de junio de 1983: 11/82 y 237/82 de la misma fecha) en los que el Tribunal Constitucional reconoce potestades de tutela financiera al Estado o a las Autonomías Regionales sobre los municipios, en el tanto en que sean de estricta legalidad y estén previstas por el orden jurídico superior respectivo (ley del Estado o Estatuto autónomo).⁵⁵

La reforma local española así concebida parece excelente y una alta cota en la evolución hacia la auténtica autonomía municipal. Quizás más importante que el juego de reglas básicas antes señaladas es su fundamentación por jurisprudencia y doctrina. Estas ponen de relieve la necesidad de mantener la unidad del Estado por encima de la autonomía local, que sólo puede justificarse sobre la base de intereses también locales, distintos de los estatales, no por esencia sino en su concreta existencia histórica, en la que nunca se dan en estado puro.⁵⁶ La doctrina española sustenta —como el resto de la europea— la posibilidad de hacer una distinción flexible (*souple*) —nunca totalmente precisa ni resistente a las excepciones o modulaciones— entre los asuntos típicamente municipales y los otros, también a cargo de las municipalidades, pero en virtud de delegación o transferencia por otro ente territorial superior (Estado, autonomía regional, provincia, etc.).⁵⁷

Posteriormente se ha aprobado la nueva Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1985. Parte ésta de una eliminación tajante de los controles preventivos (autorizaciones

52. Martín Mateo, op. cit., pág. 358. . . ; Morey, op. cit., págs. 258 y 259.

53. Morey, op. cit., pág. 260. . . ; Embid Irujo, op. cit., pág. 469.

54. Martín Mateo, op. cit., pág. 358.

55. Gujjarro, op. cit., págs. 304 a 308.

56. Parejo Alfonso, *Estado Social* . . . , op. cit., págs. 228 y 238 y sigtes., finca en el régimen de la propia institución local (auto-organización, personal y competencias) la esfera de asuntos reservados a aquella, a diferencia de la materia tocante a la actividad externa (imperativa o servicial), que viene expuesta a la legislación e intervención estatales sin otras limitaciones que las nacidas de las peculiaridades de cada ramo y de la coyuntura de la intervención. El auto sostiene, en este marco, a diferencia de lo que parece ser opinión dominante en España con base en la jurisprudencia constitucional, que los municipios están sujetos también a la posibilidad de contralores de oportunidad, sin los cuales estaría desarmado el ente superior (comunidad autónoma) para confinar a sus propios términos la ejecución de la política local, cuya definición es parte de aquella potestad de auto-organización, núcleo constitucional inviolable de la autonomía local, para todo lo cual véase, además, op. cit., pág. 232. Con posición coincidente e invocándola de la autonomía local, *Las comunidades autónomas y la estructura de la administración local*, RAP, núms. 100-102, Miguel Sánchez Morón, donde el autor aclara que el régimen esencial de la autonomía, así definido, comprende vol. III, págs. 2097 y sigtes., donde el autor aclara que el régimen esencial de la autonomía, así definido, comprende las relaciones interadministrativas y, entre ellas, las de contralor (de legalidad y de oportunidad) sobre los entes municipales. Dudosa parece, sin embargo, la distinción que introduce esta línea de pensamiento —de origen alemán— entre potestades públicas económicas y de ordenación territorial, integrantes del ámbito competencial necesario de la municipalidad y sustraídas a intervención estatal; y actividad externa y de servicio público de la municipalidad, de la cual quedarían excluidas las funciones propiamente tales, expresadas a través de aquella potestad de imperio, sobre todo en sectores públicos tan decisivos para la unidad estatal y nacional como la economía. Creemos, por lo contrario, que todo lo concerniente a las competencias externas de los municipios, incluyendo sus potestades externas, es materia sujeta a intervención estatal (reguladora y/o contralora). Esta parece ser la tesis de la única sentencia constitucional costarricense sobre materia municipal, citada en la primera parte de este trabajo, donde se afirma la potestad legislativa estatal sobre todos los ámbitos competenciales de la municipalidad y, en todo caso, el carácter compartible de los mismos respecto del Estado. No hay en Costa Rica competencias municipales exclusivas, aunque sí parece haber, en el estado actual de nuestra Carta, competencias municipales por naturaleza local del respectivo interés, simultáneamente estatal en el momento en que la ley así lo decida, todo según el fallo constitucional antes citado.

57. Embid Irujo, op. cit., págs. 464 a 466, donde el autor propugna por una esfera privativa de asuntos exclusivamente municipales, frente a otros delegados o transferidos desde entes territoriales superiores (Estado o entes autonómicos regionales), este enfoque es común en toda Europa, calcado sobre el esquema de los estados federales, principalmente Alemania e Italia, todo como pudo verse de la primera parte de este estudio. Véase también Parejo, *Relaciones interadministrativas* . . . , op. cit., págs. 221 y 222. Los artículos 25 y 26 de la nueva Ley de Bases del Régimen Local, de que se dirá de inmediato, cristalizan este enfoque "nuclear" de las competencias municipales, del que el presente trabajo discrepa. El mejor testimonio contradictorio con tal concepción —aquí no compartida— está en el artículo 62 *ibidem*, que prevé una resolución exclusiva del Estado o de las autonomías territoriales —sin otra garan-

y aprobaciones) sobre los actos municipales, los cuales serán inmediatamente eficaces y ejecutivos por sí mismos, salvo disposición en contrario de la ley estatal (art. 51), salvedad que reputamos grave y que puede ser el caballo de Troya que, en su día, destruya el nuevo régimen municipal así creado. La inmediata y autónoma eficacia de los actos municipales es incompatible con toda clase de controles preventivos (autorizaciones, aprobaciones, dictámenes previos, etc.), pero no con los ex post, como las suspensiones o anulaciones. Sin embargo, el artículo 52.1 *ibídem* revela que queda eliminado y prohibido, además, todo control administrativo, al contemplar la acción jurisdiccional contencioso-administrativa como la única vía posible de impugnación de los actos municipales, lo que confirman los artículos 63 a 68 *ibídem*. Pero la ley expresamente reconoce que ello juega sin perjuicio de la potestad de autotutela de la municipalidad para revisar de oficio sus propios actos (art. 53).⁵⁸

Por otra parte, descansa la ley en el mecanismo del convenio entre municipio y Estado (o región) para la organización y ejecución de servicios y

obras de común interés, con el auxilio de cuerpos consultivos y de procedimientos de participación que permitan identificar, considerar y satisfacer equilibradamente los diversos intereses competenciales en juego cuando hay actos municipales de vasto alcance general, como la planificación local, en cuanto ésta debe subordinarse a la estatal (arts. 57 y 58). Pero contiene también medidas de garantía coactiva de la coordinación del municipio con el Estado y las autonomías territoriales, con posibilidades de convertirla en una subordinación impuesta, en los casos extremos en que la coordinación municipal paccionada sea imposible o insuficiente, a través de la planificación estatal sectorial (por materia), con la posibilidad de intervenciones más drásticas para evitar daños generales o nacionales por conductas ilegales o inconstitucionales del ente local, medidas como la disolución de los cuerpos municipales o la intervención y sustitución de la administración municipal, todo bajo el supuesto de una imbricación de intereses nacionales con los locales, con neta prevalencia de los primeros (arts. 59 a 61).⁵⁹

tía en favor del municipio español que su participación en el procedimiento previo para hacer oír su voz, pero sin necesidad de un verdadero "consenso" o "concierto" final entre las partes— en todos aquellos casos "en que la naturaleza de la actividad de que se trate haga muy difícil o inconveniente una asignación diferenciada y distinta de facultades decisorias en la materia", lo cual puede ocurrir fácil y frecuentemente en cualesquiera actividades municipales, incluso en las previstas como "mínimas", "obligatorias" o "esenciales" por los artículos 25 y 26 *ibídem*, por cualesquiera razones de circunstancia, principalmente por las de índole política, financiera o técnica.

58. La filosofía de la Ley de Bases viene claramente delineada en este aspecto en su jugosa Exposición de Motivos, que llama Preámbulo, cuando dice: "Por lo que hace a las relaciones interadministrativas, salta a la vista la radical inadecuación del mantenimiento en el nuevo compuesto Estado constitucional de las técnicas y las categorías cristalizadas en el Estado centralista y autoritario. En particular, ese juicio de radical obsolescencia merece predicarse de las técnicas formalizadas actuables por voluntad unilateral de una de las administraciones e incidentes normalmente en la validez o en la eficacia de los actos emanados de otra, en este sentido subordinada a la anterior; técnicas que no son sino trasunto y consecuencia lógicos de la construcción piramidal y jerárquica del poder público administrativo, puesto que la tutela, a la que todas ellas se reconducen, no es sino una categoría que expresa una situación de fuerte dependencia casi jerárquica. El principio constitucional de autonomía y el administrativo de la descentralización en que se fundamenta el nuevo Estado implican la diversificación de los centros del poder público administrativo y la actuación de cada uno de ellos, en su ámbito propio, con plena capacidad y bajo la propia responsabilidad, es decir, impiden la atribución a alguno de ellos de facultades de control que recaigan sobre la actividad en general de los otros y que supongan una limitación de la capacidad de éstos" (Ley de Bases del Régimen Local, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, págs. 30 y 31).

59. Léase al respecto el ya citado artículo de Parejo, *Relaciones interadministrativas*. . . , págs. 224 y sigtes., que son predicción del posterior texto de la nueva Ley de Bases tan insólitamente exacto y específico como para hacer sospechar una clara paternidad al respecto del distinguido publicista español. Todo lo cual viene corroborado por el Preámbulo cuando dice: "las técnicas de relación entre Administraciones han de tener por objeto más bien la definición del marco y de los procedimientos que faciliten el encuentro y la comunicación, incluso de carácter informal, para la colaboración y la coordinación interadministrativas, fundamentalmente voluntarios y de base negocial. Naturalmente que el cuadro de técnicas ha de cerrarse por un sistema resolutorio del supuesto límite del conflicto, por fracaso de las mismas. La configuración de ese sistema de conflictos tiene que ser, a la vez, respetuosa con la esencial igualdad posicional de las Administraciones territoriales y aseguradora de que el planteamiento y la sustanciación del conflicto no alteran la específica estructura constitucional de los intereses públicos a los que sirven dichas Administraciones". Con todo lo cual concordamos ciento por ciento, agregando, ello no obstante, que el principal motivo de conflicto puede ser el conferimiento constitucionalmente garantizado a la municipalidad —costarricense, española o la que fuere— de una esfera intangible —para el Estado y su ley o para cualquier otro ente territorial superior— de cometidos e intereses "mínimos", "obligatorios" o "esenciales". Competencias que el municipio ha de tener, pero sujetas sin límites a la ley ordinaria del Estado o del ente territorial intermedio (entre éste y el municipio), sin garantía constitucional ninguna de estabilidad. Esencial sólo resulta la autonomía en el ejercicio de las legalmente atribuidas, para que el municipio quede subordinado únicamente a la ley y a la planificación y dirección estatales o del ente intermedio referido, con las consiguientes potestades inherentes de control en mano de ellos. Dentro de ese marco y esa sujeción, el municipio debe moverse —frente a los demás entes administrativos y al Estado mismo— a través de actos libres o, a lo sumo, de conciertos igualmente libres. Tal es la imagen y el futuro que aquí propugnamos para la municipalidad costarricense, en algo diferente —como se ve— de la ya dada al municipio español.

Confesamos nuestra sorprendente coincidencia personal con las líneas de principio de tal proyecto que, por lo ya dicho respecto del sistema municipal costarricense, difieren de éste en puntos sustanciales, básicamente por la contemplación de las medidas extremas de intervención sobre la vida municipal últimamente comentadas, siempre ausentes de la historia municipal costarricense.

b) Francia. Por ley de 2 de marzo de 1982, modificada y completada por la de 23 de julio del mismo año, Francia ha cambiado también el sistema de control administrativo sobre las municipalidades del país, relajándolo fuertemente en bien de la autonomía municipal. Un destacado especialista ha resumido el cambio, que ha sido más bien de enfoque general sobre la naturaleza y la misión del municipio francés, diciendo que "lo esencial de la reforma consiste en que al clima de desconfianza típico de la tutela administrativa se ha sustituido uno de confianza. En esta perspectiva, el legislador, más que suprimir la insolencia de la palabra (tutela), ya denunciada por Tocqueville, ha modificado profundamente la realidad municipal" (Jean Marie Pontier, *La nouvelle décentralisation*, Sirey, París, pág. 214).

¿En qué consiste ese cambio profundo?

En la supresión de la tutela preventiva; en la transformación de la tutela presupuestaria y en la conservación de la técnica de la sustitución de la municipalidad en hipótesis de inercia de ésta contra obligaciones taxativas de ley, sobre todo en el marco del régimen presupuestario correspondiente.⁶⁰

i) Supresión de la tutela preventiva. Como en España, en Francia se ha suprimido la tutela preventiva y especial (acto por acto) respecto de la municipalidad. Esto significa que los actos municipales son ejecutorios e impugnables desde que han sido debidamente comunicados (por publicación o notificación); y puestos, además, en conoci-

miento del Estado en la persona del llamado Comisario de la República (que sigue siendo el Prefecto con otro nombre) cuando se trata de actos listados de grave importancia para la vida municipal (los que lesionan a tercero y están dentro de la lista legal). Las medidas municipales cuya eficacia y ejecución vienen así diferidas a la debida comunicación del acto al representante del Estado son principalmente las deliberaciones del concejo municipal respectivo, sus disposiciones reglamentarias, sus disposiciones en materia de policía (general o especial), etc. El Prefecto puede, en un término de dos meses a partir del recibo de la notificación del acto municipal o de su conocimiento por otro medio (cuando se trata de uno de los que no están sujetos a tal formalidad), impugnarlo por razones de legalidad, ante el tribunal contencioso-administrativo competente, lo que da lugar a un proceso común de esta índole, única sede posible para anular el acto. El Prefecto puede hacerlo igualmente cuando un interesado cualquiera se lo pida, objetando la legalidad de un acto municipal, siempre que la petición se dé dentro de los dos meses posteriores a la fecha en que aquél ha adquirido ejecutoriedad, sin perjuicio del acceso directo y común del petente a la jurisdicción respectiva por vía de su demanda propia. Lo más notable del nuevo régimen (que, como se ve, es muy similar al español) está en otra similitud con éste, más drásticamente habilitada: el Prefecto tiene trato preferencial en punto a la suspensión del acto impugnado, que deberá acoger el Juez por pedirla el representante de la Nación con sólo basantear favorablemente la "seriedad" de la impugnación de fondo en razón de sus motivos y pruebas, tal y como aparecen de la demanda principal, sin exigir el requisito (clásico en incidentes de este tipo) del perjuicio irreparable o de difícil reparación (en este caso al interés público). Creemos que esto quitará a la sentencia interlocutoria favorable

60. Véase por todos y como lograda exposición de conjunto de la reforma francesa del sistema municipal Jean Melleray, *La suppression des tutelles?*, en la obra colectiva *La nouvelle décentralisation*, bajo la dirección de Franck Moderne, Sirey, 1983, con importantes aspectos críticos, sobre todo en punto a la tutela sustitutiva en materia presupuestaria y financiera local atribuida al Prefecto; con claro sentido laudatorio y acético véase George Gontcharoff et Serge Milano, *La décentralisation—nouveau pouvoirs—nouveau enjeu*, Syros, París, 1983, vol. 1, págs. 115 y sigtes., esp. 119 a 123. Estos autores hacen ver rotundamente la desaparición de una presunta esfera local privada o reservada, sobre todo después de la nueva reforma, op. cit., págs. 43 a 47. La toma de posición en contra de tal reserva constitucional de atribuciones había sido precedida por la de la mayoría de la doctrina, para lo cual véase Jean Marie Pontier, *L'Etat et les collectivités locales*, L.G.D.J., París, 1978, págs. 147 y sigtes., esp. 166 a 168, donde el autor —después de calificar como falsamente "ontológico" el binomio local-estatal— concluye en que el mismo carece de relevancia jurídica y en que, si alguna tiene, es justamente el de señalar que ahí donde el Estado interviene —sobre bases legislativas nacionales— la municipalidad no puede intervenir. La crisis, sin embargo, es también a nivel de ciencia política, para lo cual véase George Burdeau, *Traité de science politique*, L.G.D.J., París, 1967, tomo 2, págs. 382 y 383, que comparte el criterio de la municipalidad como ente menor dependiente del Estado, cuyas competencias están y deben estar a merced de éste, enfoque que compartimos.

el carácter excepcional que comúnmente tiene, proveniente de las dificultades impuestas por el Conseil d'Etat a la calificación jurídica y a la prueba de tal circunstancia, con obvia intención restrictiva en contra del incidentista. Y, de rechazo, esto disminuirá sensiblemente el impacto de la reforma legislativa, con debilitamiento de la autonomía municipal.

En España la ley impone la suspensión como efecto automático de la impugnación hecha por el Estado, pero la sujeta a revocación dentro de un plazo si no reúne los requisitos para mantenerse, que son los clásicos, por no haber disposición en contrario. Esto es mucho más flexible.

ii) Reafirmación de la tutela sustitutiva. Reservada siempre para los casos de omisiones de actos debidos —reglados en cuanto a motivo y contenido, una vez verificada la realización del motivo— puede decirse que se trata de la medida más grave de la función contralora en general, por privar del ejercicio —no de la titularidad— de la competencia al órgano municipal y poner a cargo de la municipalidad las responsabilidades nacidas de ese ejercicio sustitutivo, no obstante la inercia municipal. Se da la sustitución en el nuevo régimen francés en dos campos, el administrativo (principalmente de policía general del orden y de la seguridad en las calles) y el presupuestario, cuando el Prefecto viene autorizado para registrar en el presupuesto municipal puesto en su conocimiento las partidas correspondientes a gastos debidos (legalmente o por virtud de obligaciones vencidas de origen contractual o de otro cualquiera). El control sustitutivo, como es inherente a su propia naturaleza de medida de último recurso, sólo se ejerce legítimamente si viene precedido por intimaciones previas, pero frustradas, para la inclusión del gasto omitido. En este tipo de sustitución presupuestaria entra en función una importante innovación introducida por la nueva ley, con la creación de la Chambre Regional des Comptes. Una de sus funciones es intervenir a petición del Estado o de cualquier interesado para verificar la omisión presupuestaria acusada y, caso afirmativo, para instar al Estado a que la subsane, para lo cual el Prefecto tendrá, fuera de hacer el registro de la partida necesaria, que hacer las modificaciones consiguientes en los ingresos municipales presupuestados.

iii) El control presupuestario global. En tres hipótesis deben intervenir el Estado y el dicho órgano regional de control respecto de los presupuestos municipales como tales, a saber: cuando la munici-

palidad no apruebe su presupuesto ordinario antes del 1 de enero de cada año; cuando lo apruebe con un desequilibrio real, aunque con equilibrio aparente; y cuando ese desequilibrio real surja durante su ejecución, naturalmente por déficit.

Constatada una cualquiera de las tres hipótesis, el Estado debe pedir a la Chambre Regional que verifique el hecho y proponga medidas de subsanación. La proposición tiene que hacerla la Chambre a la municipalidad y si ésta no contesta, no adopta medidas o adopta medidas insuficientes, la Chambre pide al Prefecto que tome las suyas, matizadas según cada uno de los motivos de intervención antes mencionados, pero sin especificación clara de la ley respecto de su contenido. Se tratará, en todo caso, de medidas de sustitución de la municipalidad por el Prefecto, acordes con la naturaleza del problema. La doctrina encuentra que en éste, como en el anterior aspecto, la nueva ley no ha introducido reforma sustancial, sino que ha reafirmado el contralor sustitutivo preexistente.

iv) El control presupuestario parcial. Es el relativo a la creación de los ingresos y egresos y a su régimen de administración. Y aquí simplemente —con leves salvedades— la reforma importante es la general antes apuntada y consistente en la supresión de los controles preventivos y en la reafirmación de los sustitutivos, sobre todo en punto a las partidas para el pago de obligaciones municipales vencidas, ilegítimamente omitidas en el presupuesto local.

c) Italia. El contralor por reexamen de oportunidad o mérito. Según el artículo 130 de la Constitución Italiana: (párrafo segundo).

"En los casos determinados por ley puede ejercerse el contralor de mérito, en la forma de petición razonada, dirigida a los entes deliberantes, de reexaminar sus deliberaciones".

La disposición se refiere a las relaciones entre Estado y entes locales, incluyendo a la municipalidad.

La doctrina italiana —como se sabe— siempre ha entendido por "mérito" del acto su oportunidad, en forma tal que siempre ha reputado la petición de reexamen aludida como referente a la oportunidad o, mejor, inoportunidad del acto objetado.

La petición tiene, según la Ley Municipal italiana (núm. 62 de 10 de febrero de 1953), el doble efecto de suspender la eficacia del acto objetado y de exigir de su autor, el órgano local deliberante

(regional o municipal), la mayoría absoluta (mitad más fracción de la totalidad de sus miembros electos) para reiterar el acto objetado, sin reformarlo. Se entiende que la petición —equivalente a un veto suspensivo— deja a salvo la autonomía local, porque su efecto no llega hasta impedir que la resolución objetada sea reiterada, si así lo juzga conveniente su autor.

Dada la falta de vía imparcial para la resolución del conflicto que la objeción y la petición de reexamen plantean, se ha llegado a decir que no se trata de verdadero contralor, sino, pura y simplemente, de una facultad de iniciativa del Estado en el procedimiento local, a modo de proposición de una nueva resolución, que obliga al órgano local deliberante a reabrir el expediente hasta concluirlo con la nueva resolución, que es tal aun si reitera la anterior. Es indudable que la medida correctiva necesaria para el contralor debe ser capaz de evitar o hacer cesar la lesión a la regla aplicada, si se declara la discrepancia del acto a su respecto. Desde este ángulo, la técnica examinada no sería un contralor auténtico. Pero su efecto es muy similar, porque, el suspender la eficacia del acto mientras no sea reexaminado, puede conducir a tal resultado, aunque finalmente haya resello. Evidentemente, se trata de una técnica de revisión de la legalidad u oportunidad de los actos locales que puede ser sana y útil, en cuanto respeta íntegramente la autonomía del autor para decidir como quiera y puede frecuentemente conducir a la evitación o cesación de un entuerto administrativo. Es perfectamente compatible con la autonomía aun si se da por razones de oportunidad, lo que es una ingeniosa invención.⁶¹

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.).

El fracaso reiterado de los sistemas de contralor puestos en operación, sobre todo de los preventivos de mera legalidad, pero también de los

a posteriori y por razones de técnica o de mérito, que es universal (y que sigue siendo de causa ignorada, como si fuera un caso fortuito normal), ha impuesto el recurso a otras técnicas para alcanzar mayor eficiencia y economicidad en la gestión administrativa, cuando se trata de auxiliarla desde afuera. Es decir: básicamente cuando se trata de hacer intervenir al Estado. Y hay actividades, por otra parte, en las que la presencia de éste es necesaria, más como cogestor con la municipalidad que como mero contralor o director. La experiencia en tales campos —que son principalmente los de la planificación económica localizada ("aménagement territoriale"), los de la planificación urbanística y los de la planificación económica temporal— sin grandes resultados en su campo propio puede, sin embargo, procurar eficaces instrumentos de cogestión (estatal) con el municipio, compatibles, como tales, con la autonomía de éste. Examinemos brevemente tales posibilidades en Francia, el sistema latino donde más precoz y amplio ensayo han tenido en un pasado cercano, aunque no todavía con gran futuro.

El régimen del urbanismo y de la ordenación territorial puesto en operación por los franceses en los últimos veinticinco años es original y muy conocido. Valga puntualizar su estructura e instrumentos básicos y registrar su fracaso como forma de movilización de las municipalidades en cooperación o concierto con el Estado, con calificadas excepciones. Aprender en cabeza ajena, lo bueno y lo malo, es algo urgente en Costa Rica.

a) La elaboración y la ejecución de los documentos básicos del urbanismo francés.

Estos son principalmente:

- i) los llamados "esquemas rectores de la ordenación y del urbanismo" (sigla francesa S.D.A.U.);
- ii) los "planes de ocupación del suelo" (sigla P.O.S.);
- iii) Los "planes de ordenación rural" (sigla P.A.F.); y
- iv) los "programas de modernización y de infraestructura" (sigla P.M.E.).⁶²

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

62. En relación con el tema en general del urbanismo por colaboración orgánica, funcional y concertada entre municipio y Estado francés, es clave la obra de Jean Claude Nemery, *De la liberté des communes dans l'aménagement du territoire*, L.G.D.J., Paris, 1981; esta importante obra hace un recuento de tal experiencia, no sólo jurídica, para concluir en que se trata de métodos de incursión del Estado sobre el municipio, sin bases legales adecuadas en la mayoría de los casos, cuya única función, sea cual sea su estructura, es garantizar la subordinación del desarrollo local, urbano, social y económico, a la planificación central del Estado. Esto ha sido así principalmente en el seno del llamado "aménagement du territoire" (ordenación del territorio), que, según la obra, nunca coincide con la planificación local y ocasionalmente tampoco con la económica, no territorial, del Estado. El autor llega a reputar esta función estatal como la negación misma de la autonomía municipal, para lo cual véase págs. 2, 38, 116, 146 y 147.

Los documentos anteriores están interrelacionados, según la función y el contenido de cada uno. La ley básica fue la Ley del Suelo (sigla L.O.F.) y es hoy el Código de Urbanismo, que les da base a todos, aunque no detalle su régimen.

Lo importante es saber la finalidad de cada uno y su procedimiento de elaboración, y que todos suponen la existencia de una planificación nacional, tanto económica como territorial.

Los S.D.A.U. son el instrumento de fijación de las orientaciones fundamentales de la ordenación del suelo en las municipalidades, a largo plazo, en lo que toca a la extensión de las aglomeraciones, al destino del suelo, a la consistencia y función de las grandes infraestructuras, a los transportes, a la viabilidad y a la renovación y desarrollo urbanos. No son normativos ni oponibles a terceros, ni aplicables directamente.

Los P.M.E. fijan las operaciones proyectadas para realizar lo anterior, pero tampoco son vinculantes a terceros.

Los P.A.F. cumplen la función de los S.D.A.U. pero en relación con el área rural y tienen que encuadrarse en estos últimos, también sin fuerza vinculante. Su misión es definir las perspectivas viables de desarrollo y de acondicionamiento del suelo con vocación rural, a largo plazo.

Los P.O.S. son los planes de urbanismo aplicables directamente al suelo y oponibles a terceros. Son el medio de ejecución de los documentos y estudios anteriores.

Los S.D.A.U. y los P.A.F. tienen que ser aprobados conjuntamente por el Estado y las municipalidades afectadas, que así dictan un acto complejo. Para prepararlo tienen que formularse proyectos por comisiones de integración conjunta, pero no legalmente paritaria y, de hecho, en mano del Prefecto, quien las integra normalmente dando igual representación a ambas partes, pero adjudicándose la Presidencia, los reglamentos internos de funcionamiento y acudiendo únicamente a técnicos estatales para la redacción de los proyectos. Finalmente, el Prefecto puede superar el rechazo municipal obteniendo aprobación del proyecto por decreto del Consejo de Estado a proposición del Ministro de la Ordenación Territorial.

Con trámite diferente, que incluye una audiencia al público de las municipalidades afectadas, los planes de urbanismo principales (P.O.S.) son, sin embargo, elaborados y aprobados con igual predominio neto del Estado a través del Ministerio de la

Ordenación Territorial, que interviene en todas las etapas llamado por el Prefecto. Si, finalmente, las municipalidades rechazan el proyecto elaborado y sometido al público, los ministerios del ramo (el de Ordenación Territorial y el del Interior) pueden aprobarlo por decreto conjunto o, si la municipalidad rebasa una población determinada, el Consejo de Estado en lugar de ellos.

La doctrina francesa analiza la famosa colaboración funcional y orgánica creada por este régimen urbanístico y concluye casi unánimemente en que es un solemne fracaso para las municipalidades, por omisiones legislativas, que han permitido al Estado llenarlas mediante reglamentos y, lo que es peor, circulares en su favor, dándole neta prevalencia al Prefecto, a los cuerpos técnicos del Estado y finalmente a sus ministros en todas las etapas de la planificación urbana y territorial.

Con igual unanimidad reconocen el éxito, pese a todo ello, de dos tipos de estructura recientemente puestos en circulación por el Estado mismo, ante la renuencia local a continuar participando en los procedimientos concertados de planeamiento urbano y territorial ya descritos para beneficio principal y exclusivo del Estado; se trata de las llamadas agencias de urbanismo y de las comisiones locales de ordenación y de urbanismo, las primeras con la función de elaborar los proyectos de urbanismo y ordenación territorial y de dar asesoría técnica en todos los ramos concernientes; y las segundas concebidas como sedes de encuentro y discusión entre personeros estatales y locales para establecer los acuerdos que diseñen la ejecución a corto plazo de las necesidades más importantes o urgentes contempladas por un plan intermedio y ya muy localizado, que se llama "plan de acción territorial" (P.A.F.). Los autores reconocen que el éxito de estos dos órganos —que han logrado producir planes y verdaderos contratos con obligaciones recíprocas entre Estado y municipalidades afectadas, en forma mucho más coherente y viable que las otras comisiones más amplias de que se habló— reside principalmente en el hecho de que la integración de esos organismos es privada o municipal, libre en cuanto a estructura jurídica (que puede ser la de meras asociaciones comunes) y con neto predominio de las municipalidades, uno de cuyos regidores suele presidirlas con poderes amplios. Esa presidencia va equilibrada con el nombramiento de un director ejecutivo, mediante acuerdo con el Ministro de la Ordenación Territorial, que suele ser un ingeniero del Cuerpo de

Puentes y Caminos.⁶³ Pero pareciera que se trata, en todo caso, de organismos privados sin régimen legal específico de base, ni en su origen ni en su organización y funcionamiento.

Resulta de todo ello la regla táctica muy importante de que, si se opta por establecer formas de colaboración orgánica o funcional entre Estado y municipalidades y se da la prevalencia a éstas en la creación, organización y el manejo del cuerpo así formado, se obtiene mucho mejor resultado que haciendo lo inverso.

Pero es obvio que la anterior conclusión sólo es aceptable si el desarrollo económico y tecnológico ambientes, así como las finanzas municipales, otorgan a las municipalidades la posibilidad de aportar al órgano común, sobre todo al de elaboración de los planes y proyectos, un poder técnico suficiente y eficiente, del que normalmente están desprovistas, y en Costa Rica, al menos, con grave dependencia respecto del Estado.

b) La colaboración contractual.⁶⁴

Esta es tal, muchas veces, sólo de nombre. Empezó con los llamados "contratos programa" entre Estado e industria privada para llevar a cabo los objetivos de la planificación económica, no de la territorial. Dichos pactos son el mejor ejemplo de un contrato llamado tal que no lo es. Vieron luz en Francia por un decreto del Ministro de Economía y de Finanzas número 25-135 de marzo de 1966. Su objeto era el abandonar la fijación oficial de precios para sustituirla por precios fijados por cada empresa de acuerdo con la información suministrada periódicamente al dicho Ministerio, todo

sujeto a revisión anual de común acuerdo. Es decir: desde un principio el llamado contrato programa aparece como derogatorio de un régimen legal o reglamentario de orden público, como el de los precios. La idea es sustituir la reglamentación por el acuerdo, el imperio por la libertad, en condiciones tales que el Estado pueda aceptar ésta como justa y acorde con el interés público. Un complejo mecanismo conducía al acuerdo entre empresa individual y Estado: a) una promesa de los representantes del sector industrial o profesional de orientar su acción por los objetivos del plan y de suministrar información para justificación de sus precios que, como contrapartida, serían fijados por cada uno, sin sujeción a la fijación oficial vigente; b) un decreto ministerial autorizando a los miembros del sector profesional o económico a fijar por sí los precios, sobre la base de la información revisable y renovable que se especificaba, incluyendo el estudio de coyuntura y perspectivas, en constante contacto con el Gobierno; c) una adhesión de la empresa individual del ramo al compromiso previo del sector profesional; y, d) establecimiento por acto administrativo de un régimen de liberación de precios aplicable a cada empresa adherente.⁶⁵

Según la mejor doctrina se trataba más bien de un acto condición, no de un contrato, pero hay discrepancias.⁶⁶

Los caracteres generales de este tipo de técnica fueron trasladados posteriormente a los conciertos entre entes locales y Estado para la realización de renovaciones urbanas de importancia, sobre todo con el objetivo de "garantizar simultáneamente a

63. Nemery, op. cit., págs. 60 a 62, y 73 y 74, en relación con las agencias de urbanismos y con las llamadas comisiones locales de ordenación y de urbanismo; igualmente Pontier, *L'Etat et les collectivités*... op. cit., págs. 530, 531, 540 y 541.

64. Para un examen muy informativo sobre los "cuasi-contratos del plan económico", los contratos fiscales, los contratos programa y los contratos del plan, véanse Jacquot, op. cit., págs. 184 y sigtes.; y Pierre Devolve, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, L.G.D.J., París, 1969, págs. 111 y sigtes. Véase también André de Laubadere, *Droit Public Economique*, Dalloz, París, 1974, pág. 362. Recientemente en L.A. véase Jorge Witker, *La empresa pública en México y España*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 127 a 131; y por todos y en relación con varios países europeos véase la obra colectiva coordinada por Robert Savy y Michel Fromont, *L'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique*, Presses Universitaires de France, París, 1978, págs. 110 y 227; para Italia véase la brillante monografía de Franca Falconi, *Contrattazione*, impresa privata e programmazione, CEDAM, Padova, 1978, págs. 107 y sigtes.

65. Véase el serio estudio de Catherine Piquemal, *Une experience d'acte économique: le contrat de programme*, *Revue du Droit Public et de la Science Administratif en France et a l'Etranger*, marzo-abril 1974, exclusivamente referido, sin embargo, al contrato programa, agotado por el Estado —hasta discontinuar la técnica— frente a sujetos privados.

66. La doctrina francesa es polémica sobre la naturaleza de los diferentes conciertos o convenios entre Estado y particulares y entre Estado y entes públicos, especialmente locales, para la planeación y prestación de servicios y funciones públicos varios; véanse al respecto, fuera de los autores citados en nota (62) Henri Jacquot, *Le statut juridique des plans français*, L.G.D.J., París, 1973, págs. 181 y sigtes.; Yves Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilateral: recherches sur la notion d'acte mixte en Droit Public français*, L.G.D.J., París, 1971, págs. 252 y sigtes.; Nemery, op. cit., págs. 252 y sigtes.; Melleray, *La tutelle*... op. cit., págs. 323 y sigtes., donde el autor llega a negar fuerza obligatoria a los contratos entre Estado y municipalidades, para calificarlos como "gentlemen agreements", esp. pág. 387.

las colectividades locales una continuidad suficiente en el suministro de subvenciones y de préstamos y de liberarlas de autorizaciones y controles que retardan y a veces paralizan las iniciativas locales" (decreto de 4 de diciembre de 1969, complementado después por otro de 23 de diciembre de 1970). Habían nacido los "contratos del plan", que, después, fueron aplicados a la ordenación del territorio (contratos de ciudades medias, 1973). En tanto que los "contratos plan" eran con sindicatos obligatorios de municipalidades (*communautés urbaines*), los contratos de ciudades medias eran con la municipalidad como tal. Y su nota principal fue la amplitud de su materia: se trataba ya no sólo de realizar obra urbana o de infraestructura, sino de crear, organizar y financiar toda clase de servicios públicos, de tipo sociocultural o educativo, y hasta proyectos de revitalización económica local.

Los "contratos del campo" tienen objetivos tan amplios como evitar la depauperación y la despoblación rural acondicionando la zona de modo que estimule a los jóvenes a permanecer, creando los empleos, los servicios públicos y privados y una animación cultural y social de que a menudo carecen (relación ministerial de 1976).

En síntesis: Estado y municipalidades, o entes locales en general, contratan o, al menos, ponen en aplicación esquemas de relación que les permitan participar de común acuerdo en la realización de proyectos específicos de cualquier ramo municipal (urbano, de infraestructura vial o de servicios de salud); o bien para la formulación, financiación y ejecución de políticas globales de la municipalidad a corto plazo, mediante recíprocos compromisos y aportes a ello conducentes, siguiendo un patrón que o deroga el contralor administrativo con base legal, o que lo evita, mediante la información y la negociación permanentes.

Parte de la doctrina francesa encuentra ficticia esta llamada "contratación", que nunca es entre iguales, por abuso del Estado, que usa su mayor poder de toda naturaleza para imponerse a la municipalidad bajo el disfraz del convenio. Autores hay que llegan a reputar toda la política y la administración territoriales concertadas como paradigmáticamente centralistas y nocivas para las municipalidades; y quienes consideran la contractualización de las relaciones entre municipalidad y Estado como una técnica de salvamento ante el fracaso de la planificación nacional o regional, para obtener el apoyo financiero e institucional de las

municipalidades con el fin de realizar en su circunscripción territorial la parte correspondiente del plan nacional previamente frustrada. Por la vía del consentimiento municipal, por otra parte, el Estado puede conseguir, incluso, lo que la planificación o reglamentación autoritarias no pueden lograr, dada la garantía constitucional de la autonomía local. La evaluación doctrinal del fenómeno en Francia desde el ángulo de la compatibilidad estructural y funcional entre planificación territorial ("*aménagement de territoire*") y autonomía municipal es, en síntesis, polémica, por no decir negativa en contra de la municipalidad francesa en aspectos fundamentales.

¿Será o tendrá que ser así en nuestros países?

12. Cuadro final del contralor administrativo en Costa Rica.

a) Las enseñanzas recibidas.

i) *Autonomía municipal y planificación y dirección estatales.*

Importante es considerar que la autonomía local es incompatible, según lo puntualiza el Tribunal Constitucional de España, con potestades genéricas de intervención sobre la municipalidad, que la reduzcan a una sujeción permanente, atípica y cuasi jerárquica. Sólo los controles puntuales, definidos por materia o por contenido, son compatibles con la autonomía. Y lo que está dicho de los controles resulta aplicable, por mayoría de razón, a la planificación y la dirección estatales, que también tienen que ser delimitadas y previsibles por su tipo para ser admisibles frente a la autonomía municipal. *Sólo la planificación sectorial y regida por ley formal, opera esa compaginación legislativa entre Estado y municipalidades.*

Pero la misma literatura española ofrece un punto de duda, que no nos parece despejable en su favor. Pareciera haberse concluido —doctrinal y jurisprudencialmente— en que la dirección administrativa, estatal o regional, sobre el ente municipal viene excluida por la autonomía municipal. Configuraría, precisamente, una de aquellas formas genéricas y atípicas de subordinación enervantes de la verdadera autodeterminación municipal. Pero la directriz es no otra cosa que instrumento ejecutivo del plan y vale lo que éste o menos que éste. Planear es elencar prioridades y formas de actividad global, más bien resultados, para lograrlas, sin condicionamiento previo y congénito en el orden interno del mismo ente que planea. Es decir: programas, estrategias y directrices son formas de dar

finés y metas condicionadas por un plan sin condicionamiento previo, sobre todo si provienen del Estado, ente soberano, al que nadie puede condicionar. No parece posible sostener la autonomía local respecto de la planificación nacional, lo que equivaldría a permitir daños graves al todo por respeto a la autonomía —ni siquiera a la existencia— de una parte. Para que ello no sea así el Estado debe poder guiar, coordinar y limitar la autonomía municipal mediante planes y, por ello mismo, mediante todos los instrumentos diseñados para su ejecución en línea directa de su contenido. Las directrices y los diseños imperativos de coordinación tienen que ser admitidos frente a la municipalidad siempre que sean necesarios para la ejecución de un plan nacional preexistente, con su ya predicada limitación sectorial por razón de la materia y, eventualmente, en cuanto a los límites de penetración que pueda alcanzar en detrimento de la municipalidad.

Es obvio que la garantía de la autonomía municipal frente a la dirección estatal estará dada no tanto en los límites mismos de contenido que observe el plan que ejecuta, cuanto en el alcance vinculante de esa dirección como tal, pues por estructura tiene que dejar campo para la que, a su vez, opere la municipalidad en relación con su esfera propia o compartida de atribuciones. Y se sabe bien que dirección es concreción de metas para la actividad —no para actos determinados— en el marco de un plan, coherente con éste, técnica y políticamente, y capaz de orientar y alimentar aquella actividad a través de un calendario plurianual minucioso, salvo fundado motivo en contrario. Esto deja en amplia libertad al dirigido para desatender e ignorar aquellas metas por las de su elección, si aquellas son inconducentes o ineficientes, o si una actividad diversa resulta más eficiente y económica, siempre en relación con el plan. Reiteramos la regla —sostenida desde la primera parte de este estudio— de que dirección y autonomía son enteramente compatibles, aun admitiendo que la directriz es precepto vinculante y no mera recomendación.

ii) Autonomía municipal y esfera de intereses propios.

La jurisprudencia española se funda, para reputar existente y garantizada la autonomía local, en la índole predominantemente local y localizada del respectivo interés material por satisfacer. De este modo, admite contralores —de legalidad o de

oportunidad— solamente cuando un interés extra-local o, más específicamente, nacional o general venga envuelto en una atribución municipal y en su cumplimiento. Si se considera que el origen de la competencia municipal es la ley estatal o el reglamento municipal, autónomo pero subordinado a ella (ley futura), como no puede menos de reconocerse, resulta evidente la fragilidad del supuesto asumido, pues toda atribución municipal es de interés estatal, y no solamente tal sino prioritario. El interés estatal en la creación y el funcionamiento del sistema local no es el de desprenderse de ramos de actividad para hacerlos extraños, sino para su mejor gestión con las ventajas de la administración democrática como técnica organizativa. Es el interés en la originalidad del aporte local a la buena gestión administrativa y en el incremento de satisfacción de la necesidad pública que así se alcanza, por medio de la municipalidad, lo que justifica la autonomía de ésta, no la ausencia del Estado. Caso opuesto, la coherencia exigiría reputar censurables y eliminables de la actividad municipal sólo aquellas actuaciones que invadiesen competencias estatales, únicas que serían seguramente tales y sin mezcla de intereses locales. Sólo los conflictos de competencia con el Estado serían controlables. Pero ello no es así y los contralores estatales están destinados a recaer precisamente sobre las atribuciones de las municipalidades en cuanto locales y propias de la municipalidad, según la misma ley que las confiere, y sólo desconociendo ésta podría argüirse su carácter predominante estatal en sede de contralor, de no reputarse —como lo hace este trabajo— que son atribuciones de naturaleza simultáneamente estatal, pero dentro de la localidad. Con lo que claramente suponemos que no debe existir —porque institucionalmente es utópico— un núcleo material inviolable de atribuciones municipales, impenetrable aun por la ley estatal que les dé origen, dado el carácter simultáneamente estatal que todas necesariamente presentan. Serán municipales por ley, no por naturaleza, y siempre sujetas a las formas de gestión participativa que la ley establezca dentro del respeto a la libre determinación de la municipalidad enmarcada por el ordenamiento y la planificación estatales. No creemos posible ni debido, en un buen ordenamiento constitucional de la autonomía local, una zona material de actividad municipal totalmente sustraída a la acción y al contralor estatales, pese a estar generada por la ley y, por ello mismo, sujeta a la planificación estatal. La totalidad de los intere-

ses municipales son estatales y esa totalidad —precisamente por tal doble cualidad— es la que justifica la existencia de tales contralores, dentro del marco estatal más amplio antes referido. No es incoherente esta afirmación con la ya hecha de que las intervenciones estatales sobre la municipalidad, en cualquiera de sus formas, deben ser sectoriales y confinadas por materia, tanto como por alcance y efecto en contra de la capacidad y de la libertad municipales.

Esa materia debe ser una en cuanto a cada tipo de intervención, pero puede ser cualquiera frente a la ley que la escoge. La indeterminación legislativa de la materia o actividad municipal sujeta a intervención estatal es contraria a la autonomía, por la inseguridad jurídica que crea; pero la elección y determinación legislativas que de esa materia se hagan no vienen vinculadas a su naturaleza estatal —y no municipal— intrínseca, como condición de su validez constitucional, como si la Carta contuviese o pudiese contener una *summa divisio* de campos desde tal punto de vista. Se pierde la perspectiva, al sostener lo contrario, de la gruesa diferencia entre federalismo y descentralización municipal, pues esta última no otorga potestades constituyentes (estatutarias) ni legislativas propias, precisamente por no conferir titularidad originaria de ninguna esfera de intereses sociales en el sistema constitucional. Es obvio que ello puede cambiar con éste y que pueden hacerse nacer regiones o Estados federados de meras municipalidades, como también lo contrario, pero no dentro del contexto constitucional que crea autonomías municipales, sino fuera de él. Cuando tal cambio se haya operado, habrá desaparecido la municipalidad, sustituida por la región o el Estado local federado.

En todo caso, el control administrativo, como se apuntó, mira también a defender el interés propiamente local y típico del ente controlado, tal y como expresamente lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional española cuando se trata de defender el patrimonio local, por intervención estatal tutelar del mismo frente a o en contra de los administradores oficiales del municipio. Y que la legislación española haya dado paso tan avanzado en la liberación de la autonomía municipal como el desengancharla de todos los contralores administrativos preventivos y de oportunidad, no puede privar de existencia ni trascendencia como tales a los múltiples regímenes municipales —especialmente latinoamericanos— donde ese con-

tralor es —como en Costa Rica en materia presupuestaria y financiera— una verdadera “tutela administrativa” en favor de una municipalidad torpe o, al menos, inexperta en el manejo de sus políticas y no sólo de sus bienes, y claramente requerida de ayuda y orientación externas.

En síntesis: la planificación, dirección y control estatales son siempre posibles sobre toda atribución municipal y su gestión, y tanto para proteger el interés público nacional o general como el de la propia municipalidad, dado el carácter simultáneamente estatal y, en todo caso, legislativamente construido de todas las atribuciones municipales, que nunca son exclusivamente locales por naturaleza.

Cabe decir —por todo ello— que la restricción del control municipal al de legalidad parece fundada, en la medida en que la descentralización territorial supone la mayor capacidad de gestión de los cometidos locales por la representación electoral municipal, por su misma naturaleza política y democrática. Pero pierde su sentido de restricción en las hipótesis legales opuestas, consistentes en la radical conversión de la municipalidad, a través de sus órganos, en agentes de daños graves contra el interés nacional y contra el propio de la municipalidad (hipótesis de la intervención sustitutiva y de la disolución del concejo municipal).

iii) Autonomía municipal, control sustitutivo y control sobre órganos y titulares.

Los ejemplos francés y español son aleccionadores en este respecto. El Derecho Comparado también.

Parece absolutamente procedente la consagración positiva en Costa Rica de tales controles, en hipótesis de parálisis o bloqueo funcional del concejo municipal, por cualquier causa independiente de la voluntad del Estado, en cuyo caso se amerita la disolución del respectivo concejo y su transitoria sustitución por un órgano interventor que restaure el orden y el dinamismo normales; o, en casos de reiterada violación por votaciones concejiles, de la ley o de la planificación y dirección estatales, sin comprobación de impedimento verdadero (fuerza mayor en la hipótesis de actos ilegales) o de mejores opciones (en la hipótesis de directrices), que aconsejan o hagan posible otra alternativa.

iv) El ejemplo francés: la cooperación y la contratación entre Estado y entes locales. No es esta la sede para examinar —ni siquiera

para esbozar— toda la compleja problemática de la planificación urbana, económica y territorial francesa y sus no menos complejos instrumentos de operación, antes esbozados. Queremos poner aquí de relieve algo que es muy importante: dada la inevitable y —esto es lo más importante— natural y debida prevalencia del interés general sobre el local, del Estado sobre el municipio, la única alternativa eficaz para liberar a éste de la superioridad ominosa y eventualmente arbitraria de aquel, expresada en su control administrativo, sin dejar por ello de reconocer esa primacía, es arbitrar formas de cooperación y contratación entre ambos, en las que el municipio pueda disfrutar de la igualdad por descenso voluntario del Estado a su nivel, en beneficio de la eficiencia, de la solvencia y de la seguridad jurídica de los dos. Y la municipalidad debe adquirir dominio del consorcio así formado, lo que no sería sino otro descenso del Estado igualmente justificable que el primero. Es decir: hay que promover técnicas de coordinación atractivas para el Estado que, sin embargo, sean también formas de colocar a su cargo obligaciones de dinero o

de prestación en favor de la municipalidad, haciéndolo su socio y banquero, no sólo sin invocar superioridades innecesarias o abusivas sino, incluso, concediéndolas a la municipalidad, como mejor administradora a nivel local.

De antemano, surge una objeción fundamental: el carácter necesario y de orden público del ejercicio —irrenunciable por ello— de las competencias públicas en juego, todas o la mayoría de origen legal, incompatible con su régimen paccionado, según dogma del Derecho Público occidental, que así declara nulo y no invocable ese régimen.⁶⁷ Fuera de que es dable la colaboración estatal sin poner en juego tales regímenes atentatorios, es posible pensar en la consagración de este método concertado de gestión pública local a nivel constitucional, sobre la base de leyes reservadas para materias o sectores determinados, que permitan la organización y regulación de servicios, funciones u obras municipales a través de pactos o conciertos de la localidad con el Estado, con valor administrativo y disponible para el futuro por igual vía administrativa, impugnables en la vía conten-

67. Obviamente, la dispensa contractual del régimen legal general operante para un tributo exento tiene que estar fundada en ley formal en Costa Rica, dada la reserva en su favor que de la materia tributaria operan tanto el artículo 121.13 de la Constitución cuanto el artículo 5 del Código Tributario. Pero es evidente que, si bien válida mientras dure, la tal dispensa deja intacta la potestad tributaria correspondiente para cuando una nueva ley —que tendría que ser tal en razón de la antedicha reserva constitucional y legal— olvide el pacto tributario y grave su objeto como si el mismo no existiera; véase al respecto Casación núm. 18 de las 16:00 hrs. del 30 de marzo de 1982, fundada en la reforma de los artículos 124 párrafo final y 140 inciso 19, ambos de la Constitución Política, que acabó con los aquí llamados contratos leyes, inicialmente protegidos ante la legislación futura en contrario por jurisprudencia de Casación hoy descontinuada. Dicen los citados textos constitucionales:

"Art. 124. . . La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas".

"Art. 140.19.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado.

La aprobación legislativa a estos contratos no les dará carácter de leyes ni los eximirá de su régimen jurídico administrativo. No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales".

(Agregado según Ley núm. 5702 de 5 de junio de 1975).

La posibilidad de contratar sobre el ejercicio de la potestad tributaria o de otras en general parece venir expresamente consagrada por el artículo 66.2 de la Ley General de Administración Pública, que dispone:

"Art. 66.2.—Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral u oneroso".

La norma es aplicable, por mayoría de razón, a los compromisos de ejercer la potestad pública en una cierta dirección. Pero, como se desprende de la jurisprudencia constitucional núm. 18, primeramente citada en esta nota, tales pactos pueden, a su vez, ser cancelados por nuevas leyes. El fallo de Casación niega toda indemnización por la alteración económica del contrato introducida por la derogación legislativa de las exenciones pactadas en un contrato ley e invoca para ello la generalidad de la disposición lesiva. Pero ello ignora los artículos 190 y 194 de la misma Ley General, según los cuales la mera generalidad del daño no impide la responsabilidad por acto legislativo cuando el mismo es anormal "por la intensidad excepcional de la lesión". Debe advertirse, por otra parte, el grave yerro en que incurre el fallo comentado al negar la alteración del equilibrio contractual sobrevenido por la cancelación legislativa de la exención pactada, pues, según la doctrina clásica del contrato administrativo, aquel desbalance se da siempre que se vulneran las ventajas financieras del contrato en favor del cocontratante del Estado y ello genera el derecho a la indemnización correspondiente, lo que vuelve las cosas al estado anterior a la lesión. Dada esta necesaria correlación entre indemnización y alteración unilateral y lesiva de las ventajas financieras del cocontratante del Estado, la doctrina francesa es unánime en reconocer más bien la inalterabilidad de las cláusulas que las consagran y, por ahí, la improcedencia de su alteración unilateral y la posibilidad de su anulación en la vía del contencioso de legalidad; véanse al efecto André de Laubadere, *Traité théorique et pratique*. . . , op. cit., vol. II, págs. 339, 360 y 361. Es evidente, por otra parte, que el dogma arriba aludido, que hace necesariamente fluida toda potestad pública y sujeta a ejercicio con vista de los hechos que sean su motivo (legal o discrecional), es, en realidad, de rango constitucional. Sólo una reforma constitucional, con los recaudos y límites debidos, puede cambiar tal panorama jurídico.

cioso-administrativa, pero con simultánea "deslegalización" de la materia correspondiente, incluso en cuanto a los controles aplicables. El "concierto" tendría garantizado constitucionalmente su rango puramente administrativo, por otra parte, por virtud de los artículos 124 y 140.19 de la Constitución, que así expresamente lo disponen en contra (y no tanto a favor) de todo contrato administrativo, incluso del aprobado por ley. Ello permitiría negociar y ejecutar con toda fidelidad verdaderos regímenes de relación entre Estado y municipalidad, incluso derogatorios del sistema normal de control sobre ésta, y crear otros por resultados y sujetos a renegociación, con vista de ellos. El hecho de que tal tipo de control sea más propio de empresas que de corporaciones públicas como el Estado y la municipalidad, nada dice si, precisamente, la ventaja inmediata del nuevo diseño paccionado sería el ajuste exacto de la gestión por colaboración a las necesidades y posibilidades de la municipalidad en la circunstancia. Es evidente, por otra parte, y este dato parece decisivo, que dada la imposibilidad de deslindar limpiamente las atribuciones estatales de las municipales por razón de su naturaleza o esencia, esa determinación viene librada más bien a las circunstancias que a las normas, si dentro de aquellas elencamos, como debe ser, las cambiantes relaciones de poder político, tecnológico y financiero entre Estado y municipalidad. Esto quiere decir algo cada día más notorio, que es el carácter fluctuante de ese deslinde en el cuadro real de las relaciones entre ambos y de las prestaciones y funciones de cada uno, que permite que hoy haga el municipio lo que hizo ayer el Estado y mucho más frecuentemente lo contrario, por vaciamiento progresivo de las atribuciones municipales. El esquema propuesto sería una vía de reconocimiento del fenómeno, a la vez que de contención del mismo, al anclar el Estado su misión en el plano intermedio de una cogestión estatal de las atribuciones municipales o, todavía mejor, de su planificación y organización de base.

La culminación de este enfoque estaría en el regreso a un sistema de competencias compartidas entre Estado y municipalidad, no en el sentido de concurrentes e iguales, sino en el de competencias de ejercicio conjunto a través precisamente de pactos, actos condición o actos uniones, para la

creación, planeación y organización de los servicios municipales, con toda la gama de posibilidades y funciones que ya conoce el Derecho Público, enriquecido al respecto por la experiencia francesa. Y no dejamos de advertir el enfrentamiento que tal posición importa con las autorizadas opiniones que reputan las competencias exclusivas como única forma admisible de verdadera autonomía municipal.⁶⁸

b) Las consecuencias de nuestro enfoque.

Se daría, en el cuadro ya delineado, un sistema de controles centrado alrededor de algunas nociones fundamentales, ideas fuerza con carácter expansivo dentro del mismo, tanto jurídica como políticamente.

i) Los controles a posteriori, periódicos y de resultados.

Como consecuencia de la planificación estatal, habría sectores de la actividad municipal sujetos a directrices centrales, cuya aplicación se verificaría mediante controles periódicos, anuales o semestrales, por orientación y por resultados, llamados a declarar la fidelidad y eficiencia de la administración municipal en relación con tales directrices, o, caso contrario, a sancionar la infidelidad comprobada. La sanción podrá ser gradual, según la gravedad de las desviaciones políticas encontradas, y correría desde las amonestaciones hasta la remoción del concejo contumaz, la cual, sin embargo, sólo podría llevar a cabo el Tribunal Supremo de Elecciones. El contralor sería de eficiencia, y no discrecional ni de oportunidad, más bien técnico y operado en lo posible por aplicación de las reglas del ramo correspondiente, con vista de la actividad y de la coyuntura. Podría ser operado este contralor por la misma Contraloría General, o por otro órgano independiente e imparcial frente al Poder Ejecutivo, principalmente integrado a nivel nacional por las mismas municipalidades.

ii) Los controles a priori, especiales y de legalidad.

Serían necesarios, pero debería disminuirse al mínimo su existencia. Concretamente, creemos que de las aprobaciones sólo deberían quedar en pie las de planes y programas de la municipalidad y de sus presupuestos. Dentro de las aprobaciones presupuestarias, únicamente las concernientes a la

68. Véase Javier Salas, *Descentralización administrativa y organización pública*, Alfaguara, *El tema de las competencias*, vol. II, pág. 318.

oportuna y legal presentación, equilibrio y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios. La potestad sustitutiva de índole presupuestaria de la Contraloría, ya existente, debería mantenerse. Todos los demás controles preventivos, comunes o de tipo financiero y presupuestario, deberían eliminarse, sustituidos por los que establezcan las convenciones o contratos entre ésta y municipalidades.

iii) Los controles sustitutivos.

Se darían en las condiciones clásicas de inercia ante el deber de adoptar actos o prestar servicios totalmente vinculados por el juego de la ley y de los hechos del caso. Se aplicaría la teoría general de la institución en el Derecho Público. Su aplicación más importante debe tener lugar en materia presupuestaria y de administración financiera del gasto municipal.

iv) La disolución del concejo.

Se dijo ya que se trata de potestad necesaria para la sana y continua marcha de la municipalidad. Cabe a su respecto la observación que sigue.

v) Función disciplinaria.

Todo lo que afecte la estabilidad en su cargo de un funcionario municipal electivo es y debe ser de exclusiva competencia del Tribunal Supremo de Elecciones, dada su competencia constitucional exclusiva en materia electoral; y debe entenderse por tal no sólo la que verse sobre un procedimiento electoral sino también toda aquella que afecte sus resultados —como la remoción de los electos, un regidor o el concejo como un todo— o que provoque la necesidad de nuevas elecciones municipales. El trámite sería jurisdiccional pero sumario, como son las diligencias conducidas ante el Tribunal Supremo y falladas por éste en otras materias electorales, a modo más bien de instancia administrativa imparcial. Su fallo, ello no obstante, produciría cosa juzgada material y sería inmutable.

vi) El concierto.

Deberá reputarse como la vía primera a ago-

tar previamente a cualquier contralor administrativo. Las convenciones y pactos entre municipalidades y Estado deberían estar fundadas en norma constitucional y conferir a las partes potestad para derogar el sistema legal de controles comunes, que sólo tendrían valor supletorio ante los convenios. El control negativo, dentro de este marco contractual, daría lugar a una negociación sobre la eliminación de la irregularidad por la municipalidad afectada, si la acepta como tal. Su rechazo causaría la obligada intervención sustitutiva del Estado. Los pactos y convenciones deberían contener el régimen paccionado de los controles para la ejecución del convenio.

13. Los supuestos permanentes de toda reforma municipal.

Consisten en la bien lograda adopción y ejecución de las otras medidas de mejoramiento propuestas en la parte primera de este estudio. Sin todas ellas, el actual sistema de control por aprobaciones es el único posible y es más bien recomendable como forma evolucionada y limitada de "tutela administrativa", no de control en el sentido auténtico de la palabra.

La filosofía que inspira este enfoque consensualista y realista de las relaciones entre Estado y municipalidad ha sido expresada por Jean Rivero con su habitual y fácil profundidad en un artículo pionero de 1950:

"El conflicto entre la centralización y la descentralización en materia de intervención entre el Estado y las colectividades locales, viene a ser artificial si se considera que toda decisión económica importante debe tomar en cuenta los intereses locales tanto como los nacionales. No es ésta (distinción) rígida ni absoluta y no excluye, en particular, que se den relaciones de colaboración entre Estado y municipalidades: la descentralización comunal puede y debe revestir un nuevo sentido; no es una división rígida de tareas entre Estado y las colectividades locales lo que la logrará, sino más bien su asociación con vista de tareas comunes" (La décentralisation, problèmes et perspectives, Etudes, 1950, cahier 264, p. 44).