

SERVICIO PÚBLICO, ADMINISTRACIÓN PORTUARIA Y FIJACIÓN TARIFARIA

DR. VIRGILIO CALVO MURILLO

ÍNDICE

I. Teoría del servicio público:	44
A. Concepción del servicio público ayer y hoy.	44
B. Las actividades privadas de interés público.	45
C. El precio o tarifa del servicio.	46
D. Límites a la fijación tarifaria.	46
II. Administración portuaria y prerrogativas de la autoridad portuaria.	47
A. Generalidades.	47
B. Gestión financiera y su régimen de derecho público.	48
C. Dominio público portuario y servicio público portuario.	48
III. Aspectos jurídicos de la carga y descarga de mercancía en la zona portuaria.	50
A. Introducción.	50
B. Intervención indirecta.	50
C. Intervención directa.	51
D. Naturaleza jurídica.	51
D. 1 Servicio público.	52
D. 2 Actividad privada de interés público.	52
E. Situación especial del muelle de Limón de acuerdo con la solución legal.	53
IV. Potestad de fijación de tarifas de JAPDEVA y sus límites.	53
A. Normas que delimitan la atribución.	53
B. La fijación tarifaria desde el punto de vista sustancial.	54

I. TEORÍA DEL SERVICIO PÚBLICO

A. CONCEPCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO AYER Y HOY.

El Consejo de Estado francés a través de los casos Blanco (1973), Terrier (1903) y, Therond (1910) y el tratadista León Duguit en su obra «Traite de droit Constitutionnel» (1911), han contribuido inicialmente en la formación de esta teoría.

En sus inicios, ni la doctrina francesa ni el Consejo de Estado establecieron claramente los alcances de la misma.

Si bien existía acuerdo sobre la necesaria prestación de un servicio o actividad por parte de la administración, se disentía en el régimen aplicable (derecho público o derecho privado).

En sus albores se daba importancia fundamental a la naturaleza de la actividad o servicio y, se concluía que en las actividades de cumplimiento regulado, por su estrecha relación con las necesidades generales, sólo podían prestarse y asegurarse su cumplimiento por medio de la autoridad (criterio objetivo del servicio). Después se enfocó el asunto desde el punto de vista de la autoridad o la empresa que prestaba el servicio (criterio subjetivo del servicio).

La idea básica o fundamental fue la de que se debía aplicar un régimen especial distinto del derecho privado; se llega así a un «régimen

exorbitante» o «excepcional», integrado por normas y procedimientos de derecho público.

Acorde con esa línea de pensamiento la Escuela Clásica definió tres notas importantes en el criterio del servicio:

1. Existencia de una necesidad pública;
2. Satisfacción de la misma a través de la prestación de un servicio;
3. Intervención necesaria de una autoridad u organismo público en la prestación.

La noción cobró tal importancia dentro de la doctrina y jurisprudencia ius publicística, que llegó a identificarse con toda la actividad del Estado. Entonces, cayó en lo abstracto y general y perdió valor.

Sin embargo, merece destacarse como legado de la teoría las denominadas «Leyes o Principios de Servicio Público», a saber: mutabilidad, continuidad y regularidad e igualdad. Estas han sido la guía en la aplicación concreta de la teoría del servicio público.

En una etapa posterior, la denominada teoría clásica hizo crisis en sus mismos cimientos y, apareció el concepto de servicios públicos prestados por empresas privadas por medio del sistema de concesión; por tanto, la evolución en la actividad prestacional que ha sufrido el Estado ha hecho ver que la denominada noción clásica del servicio se ha tornado vaga, imprecisa e incompatible con la realidad actual.¹

¹ La Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos No.7593 de 9 de agosto de 1996, define el servicio público como el que se califique así por la Asamblea Legislativa, por su importancia con el desarrollo sostenible del país.

Como consecuencia de lo anterior, se habló de crisis de la noción de servicio público; no obstante, parece más propio concluir que se ha operado una evolución conceptual de la misma.

Hoy se incluyen dentro del concepto actividades, no sólo las que se prestan directamente por la administración (servicios propios), sino también las que satisfacen necesidades vitales de la población (servicios públicos impropios o virtuales), que son prestados por particulares con base en regulaciones dadas por la administración misma.²

En cuanto al régimen aplicable, hoy más que considerarlo de tipo especial se estima de derecho público. El elemento público se refiere al destinatario del mismo y, a la índole de la necesidad que se pretende satisfacer.

El servicio público puede tener usuarios determinados o indeterminados (servicios públicos *uti singoli* y *uti universi*), en el primer caso estamos en presencia entre otros de la actividad de carga y descarga en la actividad portuaria; mientras que en el segundo, puede citarse como ejemplo la actividad de policía en general.

B. LAS ACTIVIDADES PRIVADAS DE INTERÉS PÚBLICO.

Los servicios públicos impropios o virtuales, en algunos casos dan lugar a actividades privadas de los particulares, que por su conexión con el interés público, se ven sometidas a regulaciones administrativas específicas y constituyen lo que se denomina un ordenamiento sectorial. La actividad es privada pero el operador que la presta entra en una dependencia especial con la administración.³

Estas actividades requieren de autorización (caso que exista ley que así lo exija para ser prestada), su otorgamiento es discrecional y, está sujeta a cancelación cuando razones de interés público así lo aconsejen; si existiera alguna actividad igual o similar en manos del Estado, la autorización debe darse con base en el principio de que el Estado puede suprimir la actividad estatal igual o sucedánea.

A través de las autorizaciones programáticas (se orienta la actividad del particular hacia programas previamente fijados y se le acompaña de condiciones especiales que garanticen la adecuación de su conducta a los fines públicos) el Estado se aprovecha de la iniciativa privada y de sus fines de lucro para obtener un fin de interés público.⁴

La doctrina jurídica ha discutido reiteradamente la diferencia existente entre estas actividades y los servicios públicos virtuales e impropios. Podría decirse que muchas veces se trata de una cuestión terminológica que denomina distinto, situaciones de hecho muy similares. Así, en las actividades privadas de interés público, son privadas la empresa y la actividad, sin desconocer que en esta última existe un alto grado de interés público involucrado y en consecuencia, permiten el control estatal a través de procedimientos y medios específicos. La situación entonces, podría equipararse a un servicio público en manos de un particular, que como norma general va a ser mejor explotado por éste que como lo haría el Estado.

Tratándose de que en ambos casos se requiere un acto inicial que permita la prestación (concesión en el servicio público y autorización en las actividades privadas de interés público), en la hipótesis de actividades que tengan claros nexos con el interés público porque satisfacen necesidades públicas, podría considerarse uno

² ALBI, Fernando. *Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1960, p. 19.

³ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo segundo, Madrid, 1963, p. 377.

⁴ CALVO MURILLO, Virgilio. *Enfoque jurídico de los Ordenamientos de Sector, en especial en el Sector Vivienda y Asentamientos Humanos*, MIDEPLAN, 1981, p. 1.

u otro. Lo que sí es conveniente resaltar es que en ambos casos se requerirá de un acto estatal de inicio, de una normativa implícita que debe seguirse y de una actividad sustancialmente distinta de las meramente privadas, no obstante ser ejercitada por un particular.

C. EL PRECIO O TARIFA DEL SERVICIO.

La doctrina indistintamente denomina precio, tasa, tarifa o canon para referirse a la retribución en el servicio público. En mi concepto los términos precio y tarifa se ajustan mejor al caso de nuestro ordenamiento. Se trata de contraprestaciones por los bienes y servicios que el Estado presta en el campo económico. Desde el punto de vista jurídico se fundamentan en el consentimiento del obligado y, el motivo de los mismos es la ventaja o provecho que a éste le proporciona la prestación estatal.

Desde el punto de vista económico-político los precios se clasifican en privados, cuasiprivados y públicos, según que su fijación se haga igual que como lo hacen los particulares, en el caso de los primeros; se fijan por las condiciones del mercado pero de conformidad con ciertas finalidades públicas que inciden en la prestación del servicio y la percepción del precio, caso de los segundos. En los precios públicos⁵ predominan finalidades de tipo público y, el precio es sólo un instrumento para la obtención de aquéllas. Su cobro se hace con criterio político por el alto grado de interés público involucrado en el servicio respectivo.⁶ Sin embargo, debe indicarse como elemento importante que existe

libertad del obligado de usar o no el servicio que da lugar al cobro.

D. LÍMITES A LA FIJACIÓN TARIFARIA.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD O RAZONABILIDAD:

La fijación tarifaria que corresponde al Estado se encuentra limitada de modo expreso o implícito por el ordenamiento jurídico por medio de normas escritas y no escritas. El acto respectivo es discrecional y participa de los límites existentes de conformidad con los artículos 15 y 16 de la Ley General de Administración Pública. Estos, se ven sintetizados en el llamado «principio de proporcionalidad o razonabilidad» que la Sala Constitucional ha ido perfilando a través de sus diferentes resoluciones (entre otros pueden verse los Votos 336-91, 464-91, 1209-91, 1295-91, 1372-92, 5305-93, 4205-96 y 5027-97). El análisis de razonabilidad de la norma implica establecer si los medios elegidos por el legislador son o no admisibles a efecto de justificar la consiguiente restricción de los derechos. Por tanto, tales restricciones no pueden ser infundadas, excesivas o arbitrarias, lo que significa decir que deben ser proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se pretende alcanzar con ellas.

En el caso específico de la fijación tarifaria significa decir que la misma debe ajustarse al principio de justicia conmutativa; o sea, que las prestaciones deben compensarse para lograr una equivalencia entre quien da el servicio y

⁵ La resolución 1251 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo de 16.00 horas del 6 de enero de 1975, confirmada por la resolución número tres de las 15.30 horas del 27 de enero de 1978 de la Sala de Casación, estableció que es precio público el que se cobra por los servicios que cobra JAPDEVA. En el considerando noveno se indica que el precio que se paga por cada caja de banano en proporción de su peso en el muelle metálico de Limón por concepto de derecho de muellaje es un precio justo, pues es el precio del uso y de los servicios que presta el muelle para la movilización de las cajas de banano desde las cajas del ferrocarril a las bodegas del barco.

⁶ En el mismo sentido: COSCIANI, CESARE, *Istituzione de Scienza delle Finanze*, Torino, 1970, p.143; GIANNINI, Aquile Donatto, *Istituzione di Diritto Tributario*, Milano, 1972, p. 53 y VALDEZ COSTA, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*. T.I, Montevideo, 1970, p.161 y 162.

quien lo recibe. Debe existir una medida y proporcionalidad tal que no restrinja en forma indebida la libertad del usuario. Sin embargo, esa proporcionalidad no puede ni debe ser matemática, pues debe tener cierto margen que permita tomar en cuenta factores propios del servicio que den como consecuencia que las tarifas resulten justas y razonables.

La proporcionalidad cobra aún más importancia si se analiza la situación que sirve de base al cobro de la tarifa, ya que podría ocurrir que en casos determinados sirvan como base situaciones ficticias que tornen ilegítima y por tanto nula la fijación tarifaria. Por tanto, deben tomarse en cuenta factores directos y necesariamente relacionados con el servicio específico y no con otro similar o parecido. De la misma manera debe ser hecha por autoridad competente, por el procedimiento requerido y con las aprobaciones que signifiquen un control de la misma. Esto cobra aún más importancia en casos de actividades prestadas por empresarios privados; no sólo por la clara

relevancia de tipo público, sino igualmente por el peligro que se realicen fijaciones arbitrarias no sólo por estar divorciadas de la realidad, sino por representar una ganancia desmedida para quien la presta en detrimento de los usuarios.

La facultad de aprobar tarifas es consecuencia de la atribución para organizar el respectivo servicio; se realiza por medio de un acto unilateral que debe ser publicado para que adquiera eficacia y en consecuencia pueda ser cobrada a los usuarios.

Si se diera la hipótesis de una fijación desmedida, irrazonable o desproporcionada, porque no corresponde al verdadero costo más un porcentaje razonable de utilidad; o, porque tome como base situaciones ficticias, se estaría en el evento del vicio de los actos discrecionales conocido como exceso de poder. Nuestra Ley General, en el artículo 16, párrafo 2, permite al juez ejercer el control respectivo sobre el acto discrecional.

II. ADMINISTRACIÓN PORTUARIA Y PRERROGATIVAS DE LA AUTORIDAD PORTUARIA

A. GENERALIDADES.

La doctrina jurídica es acorde en considerar como de dominio público las zonas dedicadas a las actividades portuarias;⁷ lo que en consecuencia determina la aplicación en cuanto a su utilización de los principios del derecho público. Originalmente, el dominio público estuvo formado por los denominados «bienes de dominio público natural» (playas, mar, etc.); sin embargo, posteriormente y, como necesidad impuesta por la situación misma de las funciones de las zonas portuarias, fue necesario incorporar a la noción otros grupos de bienes de dominio público accidental;⁸ sean los que son de dominio público natural forman los

que se denominan «dominio público marítimo». Fundamentalmente dos factores marcan el signo de dominio público de los puertos: 1) su origen como obra pública, que históricamente fue el título de intervención de la Administración estatal frente a otras administraciones locales, en cuanto a la gestión del puerto;⁹ y 2) su afectación al servicio portuario.

No obstante la afectación directa al interés público de la actividad portuaria, es lo cierto que modernamente ya no se discute sobre su utilización por los particulares; y, más bien se afirma que es susceptible de utilización económica por ser parte de la riqueza nacional. O sea, los bienes demaniales o de dominio público portuario son instrumentales, en el

⁷ Entre otros: GARRIDO FALLA, Fernando. Op. cit., p. 518; GARCÍA OVIEDO, Carlos. *Derecho Administrativo*, Madrid, 1962, p. 894.

⁸ LANDI, Guido y POTENZA, Guiseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 1971, p. 95.

⁹ COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Administración Portuaria*. Madrid, 1973, p. 24.

sentido de producir una utilidad económica a su titular y, a través de ella a la colectividad entera.¹⁰

B. GESTIÓN FINANCIERA Y SU RÉGIMEN DE DERECHO PÚBLICO.

Consecuencia obligada de lo dicho líneas atrás es, la sumisión al derecho público del régimen financiero de tarifas, con base en los principios de rentabilidad razonable, tanto para la fijación como para la revisión de los precios a pagar por los servicios que la prestan.

Interesa igualmente destacar que, conforme con la Ley 5337 de 27 de agosto de 1973, mediante la cual se creó la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, artículo 17, inciso h), corresponde a la citada institución «establecer tarifas o cánones o cobrar por los servicios que preste, previa aprobación del Poder Ejecutivo y de acuerdo con la Ley»; de igual manera, el artículo 30 indica que tales tarifas «razonablemente basadas en el costo de proporcionarlas». Tales disposiciones serán analizadas más adelante en detalle.

C. DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO Y SERVICIO PÚBLICO PORTUARIO.

Dentro de la variada gama de las prestaciones que un puerto brinda a los particulares usuarios, interesa fundamentalmente la obra pública, el dominio público, el servicio público; y, este último, es el modo como se prestan los servicios de tráfico marítimo,

carga y descarga y, en general actividades propias de manipulación de mercancías.

La necesidad actual de los puertos ha llevado a soluciones que implican la utilización de sectores, relacionados con la actividad portuaria, para dar al puerto y a estos sectores un tratamiento de conjunto que permita la satisfacción de un cúmulo de necesidades públicas anexas a las portuarias propiamente dichas.¹¹

Los estudiosos del problema portuario han discutido a través de los años la conveniencia de que los puertos deban ser administrados por la Administración Central del Estado; o, por administraciones dotadas de autonomía (o sea que pueda darse régimen propio de normas y, de igual modo de organización administrativa); esta autonomía implica la utilización de un sistema de gestión del puerto por medio de un ente instrumental en el que haya representación de los elementos directamente involucrados, como sería el caso de cámaras empresariales, sindicatos, etc.

Ayuda de igual manera a que se logre la eficiente prestación del servicio la creación de entidades regionales, que supongan la conjunción de intereses de ámbito más amplio que el meramente cantonal; que es, justamente la hipótesis de JAPDEVA en nuestro país. De modo pues, que el modelo de gestión descentralizada de los puertos es el que aparece actualmente como más idóneo.

La doctrina del derecho administrativo contemporánea ha establecido que la utilización del dominio público a través de la concesión, cede en importancia a la concesión o, a la

¹⁰ BENVENUTI, Francesco. *Il Demani Marittimo fra passato e futuro*, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, en *Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso*, T. V., p. 142.

¹¹ Los puertos desde este enfoque moderno son verdaderas autoridades portuarias públicas que, incluso deben desarrollar económicamente la zona de influencia del puerto y, así: deben coordinar otras actividades de transporte complementarias del transporte marítimo; debe existir una zona industrial próxima que gire en torno al puerto; deben crearse zonas francas aledañas. Consecuencia de toda la argumentación hecha es que se da una clara interdependencia entre el puerto y la zona industrial complementaria.

relación de servicio en general (servicio público en manos de particulares o ejercicio privado de funciones públicas), o sea, la que permite la explotación propiamente tal de los servicios portuarios.¹²

El dominio público portuario pertenece al Estado; en consecuencia, los organismos portuarios, propiamente dichos, son administradores del mismo con prerrogativas y obligaciones especiales en cuanto a esa administración.

El dominio público comprende en términos generales todos los terrenos afectos al servicio del puerto: a las obras construidas en la zona de servicio, terrenos donde se realicen las operaciones comerciales y, terrenos de la denominada zona marítimo-terrestre.

El dominio es susceptible de dos tipos de usos: el normal o general y, el especial o privativo. El primero hace relación a los aprovechamientos generales de la zona, como sería por ejemplo el simple paso por los senderos peatonales de la misma; y, el segundo, implica la intensidad especial en el uso, como es el caso de quienes prestan servicios en la zona portuaria, y que requieren de un permiso, autorización o concesión especial para su uso. Esta segunda posibilidad la contempla la Ley Orgánica de JAPDEVA, en el artículo 6, inciso h), donde establece que tal institución tramitará las solicitudes de concesión para el establecimiento de los servicios portuarios y de transporte privados; y que corresponde al Poder Ejecutivo resolver en forma definitiva.

En cuanto al servicio público cabe anotar que su titularidad corresponde al organismo público organizador del mismo.¹³ Pero existe una variada gama de actividades cuyo desempeño se concede a particulares, como es el caso concreto de la carga y descarga de mercancías. Estas actividades, cuyo análisis en detalle se hará más adelante, han creado discusión en la doctrina en cuanto a su configuración desde el punto de vista jurídico; así, se les ha considerado verdaderos servicios públicos por unos y actividades privadas de interés público por otros.

Interesa para finalizar este punto, analizar dos disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico en la materia: a) El artículo 121, inciso 14), párrafo 4 de la Constitución Política y, b) el artículo 2 del Código Fiscal.¹⁴

1) Artículo 121, inciso 14) de la Constitución Política:

Distingue entre muelles «nacionales» y los «no nacionales» y, de igual modo de los «privados». No obstante la redacción del texto, es lo cierto que permite, sin lugar a dudas, la posibilidad de concesión de uso o «arrendamiento», como dice el texto, de muelles, siempre y cuando no estén en servicio.

Conforme a lo que por tal término entiende la respectiva doctrina, debe considerarse que «puerto» hace relación en forma principal a las obras que permiten aprovechamiento, como es el caso de las instalaciones existentes y el muelle.

La disposición que se analiza no quiso crear un monopolio público, porque habla de que los

¹² En este sentido: VILAR PALASÍ, José Luis, *vos Concesiones Administrativas*, Nueva Enciclopedia Jurídica, p. 684; ROMANO, Santi, *Frammenti de un Dizionario Giuridico*, voz Mitología Giuridica, Traducción de Sentís Melendo y Ayerra Rendí, Buenos Aires, 1964, p. 225 y ss.

¹³ En el caso del estudio que nos ocupa, el artículo 1 de la Ley Orgánica de JAPDEVA, atribuye expresamente a esta entidad la calidad administradora del Puerto de Limón y su extensión a Cieneguita, así como los puertos marítimos y fluviales de la Vertiente Atlántica.

¹⁴ El artículo 121, inciso 14), párrafo 6, establece, además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: a) ... b) ... c)... Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales —estos últimos mientras se encuentren en servicio no podrán ser enajenados, arrendados, ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del control y dominio del Estado—.

El artículo 2, del Código Municipal dice: «Los puertos habilitados para el comercio de altura son: en el Golfo de Nicoya, Puntarenas, y en el mar Caribe, el puerto de Limón». Posteriormente, a través de los decretos números 19 del 10 de agosto de 1939 y número 25 de 10 de julio de 1941, se habilitó, por su orden, a Quepos y Golfito como puertos de altura.

nacionales no podrán ser enajenados, gravados, arrendados, directa o indirectamente mientras estén en servicio. Así contempla esa posibilidad sólo en relación con los muelles propiedad del Estado y no lo hace en cuanto a los muelles no estatales, sean públicos o privados. —Consecuencia de lo dicho es que la norma constitucional analizada permite la existencia de muelles no estatales, privados o públicos—.

c. 2) artículo 2 del Código Fiscal.

Dentro del punto de nuestro interés, establece que el puerto de Limón está habilitado

legalmente para el comercio de altura y que es el último de la Vertiente Atlántica, ya que la creación de nuevos puertos, de acuerdo con el artículo 3 del mismo Código, debe ser objeto de creación legal.

Queda claro, entonces, que si bien el Estado es propietario de los terrenos e instalaciones de las zonas portuarias, en toda la extensión necesaria para cumplir con las finalidades y objetivos públicos impuestos, JAPDEVA es la que administra, conserva y opera la respectiva zona.

III. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA CARGA Y DESCARGA DE MERCANCÍA EN LA ZONA PORTUARIA

A. INTRODUCCIÓN.

Las operaciones de carga y descarga, no obstante referirse dentro de la hipótesis del transporte marítimo al embarque de mercancía para su traslado por el mar, es lo cierto que se desarrollan principalmente en tierra. La doctrina jurídica respectiva, considera como actividades de carga y descarga, las siguientes: colocación de las mercancías a bordo en un buque; extracción y descenso a la tierra de la mercancía; el depósito y desalmacenaje de las mercancías previamente a su embarque y posterior a la descarga; la puesta en el muelle del cargamento transportado; las operaciones que se desarrollan en tierra de manutención; determinación de peso; separación y clasificación de mercancías; los desplazamientos de éstas dentro de la zona portuaria, en la rada del puerto para la aproximación del buque a los almacenes en tierra u otro lugar.

Es innegable la directa conexión con los intereses y necesidades públicos que estas operaciones tienen, desde que su localización está en zonas públicas, como son las zonas portuarias o, del dominio marítimo.

Al Estado le interesa que las mismas se presten eficientemente, porque es a la institución administradora de la zona portuaria

a la que correspondería ejecutarlas. Aunque, como se sabe, nada obsta para que por medio de concesión o autorización puedan realizarlas los particulares a través de empresas constituidas al efecto. Como lógica conclusión de eso, estas empresas se verán sometidas a un régimen especialmente intenso de control, justamente por desarrollar una actividad que trascienda lo meramente privado, para entrar en la órbita de lo público general.

Consecuencia de lo anterior es la intervención administrativa. Esta opera y se da fundamentalmente en dos situaciones, que a continuación se explican y analizan.

B. INTERVENCIÓN INDIRECTA.

A través de este tipo de actuación se regula el dominio público, no las actividades de carga y descarga propiamente dichas. Sin embargo, éstas en alguna medida se ven reguladas, encauzadas o restringidas, desde que el referido dominio público está directamente referido o encauzado al cumplimiento de finalidades de tipo público.¹⁵

Como se explicó ya en este estudio, en primer lugar el desarrollo de las actividades citadas implica un uso general, desde que deben, necesariamente, usarse los terrenos,

¹⁵ GONDRA ROMERO, José María. Régimen Jurídico de las Operaciones de Carga y Descarga en el Tráfico Marítimo. Madrid, 1970, p. 26.

pasajes peatonales, vehiculares, etc., de la zona portuaria. En este caso, las mismas se ven sometidas al llamado «poder de policía», que es la posibilidad que tiene la administración, por el hecho de serlo, de vigilar y ejercer los actos correspondientes, para que se dé la utilidad pública en los terrenos de dominio público portuario o marítimo.

Pero, como además, el ejercicio de las actividades en estudio reviste un uso más intenso del dominio público, como es el uso de éste para la prestación de una actividad especial de interés público, que implica un uso especial o privativo, entonces se da el supuesto de las concesiones o autorizaciones, que configuran las ya explicadas figuras de la concesión de servicio público en manos de particulares y de ejercicio privado de funciones públicas.

La Ley Orgánica de JAPDEVA contempla ambos supuestos así: el artículo 6, inciso b), le atribuye a la administración de servicios e instalaciones a su cargo; el inciso f) del mismo artículo le obliga a organizar un servicio propio de resguardo y seguridad de la zona portuaria y el artículo 17, inciso i), atribuye al Consejo Director de la Institución dar permisos de usos y prestación de servicios sobre espacios y actividades portuarias.

C. INTERVENCIÓN DIRECTA.

En esta hipótesis se da la intervención sobre las actividades en sí mismas consideradas y fundamentalmente se hace a través de la fijación de tarifas, aunque, de igual

manera, puede darse el caso de que la administración asuma en monopolio el ejercicio de esos servicios y así, ser explotada directamente por aquélla o, a través de concesión por empresas particulares de carga y descarga.¹⁶ En consecuencia, la intervención puede oscilar, desde una mera actuación ordenadora hasta una actuación política de prestación.

Esta actividad administrativa de prestación puede ser especialmente importante para la actividad administradora de los servicios, de manera que ésta se reserva el monopolio de habilitación legal para el ejercicio de esas actividades; de modo que, como se dijo, puede realizarse directamente por la administración o, por empresas concesionarias privadas.¹⁷ Esta intervención cada vez mayor de las diversas administraciones en las esferas jurídicas de los particulares, tiene en este caso justificación mayor, si se analiza el incremento del tráfico marítimo y la insuficiencia de las instalaciones portuarias por un lado; la necesidad de satisfacer finalidades y necesidades públicas, como son, en el caso concreto las de regularizar y dar eficiencia y rapidez a estas operaciones.¹⁸

D. NATURALEZA JURÍDICA.

Como se indicó líneas atrás, estas actividades mantienen dividida a la doctrina en cuanto a su naturaleza jurídica. Unos consideran que se trata de un auténtico servicio público mientras que otros opinan que son actividades privadas de interés público.

¹⁶ Como ejemplo puede citarse el artículo 111 del Codice della Navigazione de Italia, donde se impone la obligación de que cuando estas actividades se presten en régimen de empresa y por cuenta de terceros, se requiere el otorgamiento de una concesión de servicio público. De igual modo, como se explicará más adelante, la Ley Orgánica de JAPDEVA, artículos 1 - 6, inciso h) y 17, inciso i), configuran un verdadero monopolio en la prestación de esos servicios y como su consecuencia, de habilitación legal para que empresas particulares los realicen.

¹⁷ Conforme a este criterio, GONDRA ROMERO, José María, op. cit., p. 33

¹⁸ El estudio en lo referente al Derecho de la Navegación y lo referente a zonas portuarias y sus servicios conexos ha recibido especial tratamiento por parte de la doctrina italiana. Incluso, se edita regularmente una Revista de Derecho de la Navegación. Dentro de los muchos artículos interesantes sobre este tema, cito a Acquarone, *Aspetti Publicistici della disciplina delle imprese portuali*, Rivista Diritto della Navigazione, Roma, I, p. 34 y ss.

A continuación se analizarán ambas posiciones.

D.1. Servicio Público:

Supone, como ya ha quedado indicado en este estudio, el sometimiento del concesionario privado que lo presta a un régimen especial que regule la prestación de la actividad. Se indica ¹⁹ que el servicio público portuario no es sólo las operaciones de tráfico marítimo en los puertos, sino también, toda la actividad complementaria del transporte marítimo y que constituye una auténtica unidad dogmática reconocida a la categoría de servicio público.

En consecuencia, el régimen de explotación del servicio público de carga y descarga está comprendido dentro de la potestad organizativa de la administración, lo que no obsta, como ya se advirtió, para que pueda ser ejecutado por empresas particulares en régimen de concesión.

Es importante aclarar que lo indicado se refiere a la relación que se da entre el concesionario y la administración, porque cosa distinta sucede en las relaciones que se presentan entre ese concesionario y los usuarios del servicio; hipótesis esta, catalogada unánimemente por la doctrina como de derecho privado y en consecuencia regida por éste, especialmente en lo referente a los servicios de carácter industrial o comercial. ²⁰

D.2. Actividad privada de interés público:

Este criterio ha sido sostenido con vigor dentro de la doctrina española por el tratadista Gondra, ²¹ el cual indica que la actuación de la

administración, ordenadora del ejercicio de estas actividades que ejecutan los particulares, normalmente se traduce en la exigencia de una autorización previa o, la inscripción en registros especiales como habilitación para su ejercicio y una reglamentación poco más o menos intensa en la forma de ejecución de estas operaciones.

Son por tanto, dentro del criterio del citado autor, actividades privadas de interés público, cuyo ejercicio viene condicionado al cumplimiento de una serie de actos administrativos previos y sometido a una reglamentación administrativa que reviste una especial intensidad; por ejemplo, en caso de la fijación de tarifas. De modo que, dentro del criterio del autor que se cita, tal reglamentación aun siendo particularmente intensa, no es suficiente a su juicio para darle el carácter de servicio público. ²²

Sin embargo, el criterio expuesto abre la puerta y da entrada a la teoría de estas actividades como servicio público, cuando más adelante el varias veces citado tratadista acepta que existe una creciente tendencia en el derecho comparado a la institucionalización administrativa de los servicios portuarios en carga y descarga; ²³ y en cuanto a la hipótesis de gestión directa por parte de la administración o por el concesionario en régimen de monopolio sí acepta en forma clara y definitiva que se da la hipótesis de servicio público. ²⁴

En resumen, se consideran como actividades privadas de interés público, salvo que las mismas se ejerciten directamente por la administración o por el concesionario en régimen de monopolio, sea, sin que sea posible para otros la prestación del mismo servicio, por existir atribución legal expresa y únicamente en beneficio de la entidad pública respectiva.

¹⁹ COSCULLUELA MONTANER, Luis, op. cit., p. 200 y DE LAUBADERE, Andre, *Traite Elementaire de Droit Administratif*, Paris, 1968, T. III, p. 659.

²⁰ Por todos GONDRA ROMERO, José María. Op. cit., p. 136 y ss. y GARRIDO FALLA, Fernando. Op. cit., p. 427.

²¹ GONDRA ROMERO, José María, op. cit., p. 30.

²² GONDRA ROMERO. Op. cit., p. 30.

²³ GONDRA ROMERO. Op. cit., p. 33.

²⁴ GONDRA ROMERO. Op. cit., p. 128.

E. SITUACIÓN ESPECIAL DEL MUELLE DE LIMÓN DE ACUERDO CON LA SOLUCIÓN LEGAL.

La Ley Orgánica de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollos Económicos de la Vertiente Atlántica, contiene algunas disposiciones de importancia para determinar la solución adoptada en nuestro país, en cuanto a la polémica de que se hizo mención. En efecto, el artículo 1 le confiere prerrogativas y funciones de Autoridad Portuaria y dentro de tal concepto, en forma exclusiva debe administrar y operar el puerto de Limón. El artículo 6, inciso b), en concordancia con el artículo 1 especifica aún más el concepto anterior y lo refiere a los servicios e instalaciones a su cargo. El artículo 6, inciso h), le atribuye la facultad, siempre en su concepto de actividad portuaria, de tramitar las solicitudes de concesión (que deberá otorgar el Poder Ejecutivo con recomendación de JAPDEVA) para establecer servicios portuarios en general. Finalmente, el artículo 17, inciso i), atribuye al Consejo de Administración del organismo citado el otorgamiento de permisos para la prestación de servicios y actividades portuarias, pero referidos a tres hipótesis solamente: a) caso de empresas navieras; b) de empresas aduanales; c) empresas de transporte.

En consecuencia, JAPDEVA puede conceder permisos sólo para prestación de servicios y actividades portuarias, siempre que estén destinados a las funciones propias de la empresa de transporte, aduanal o naviera (supuesto de actividades privadas de interés público). Y deberá otorgar concesión de servicio público para los demás servicios portuarios; uno de los cuales sería el de las actividades de carga y descarga.

Interesa igualmente destacar, que la Ley General de Administración Pública, complementa lo relativo a los servicios públicos, con dos disposiciones, a saber, los artículos 12 y 14. El primero, plantea la situación de servicio público que no implique el uso de potestades de imperio frente a los usuarios; caso en que el servicio se pueda prestar con la sola autorización dada al ente en la norma respectiva; y el segundo plantea la posibilidad para el ente encargado del servicio, la posibilidad de reglamentar la relación jurídica especial y ejercer vigilancia y disciplina sobre el particular que lo presta. Esta segunda situación es lo que doctrinariamente se denomina como «situación de supremacía especial».

Por tanto, existe una relación de supremacía especial y debe regirse por las reglas respectivas del derecho público; la relación que se da entre las empresas estibadoras que prestan el servicio de carga y descarga del banano en el muelle de Limón y JAPDEVA. Sin embargo, y no obstante lo anterior, es otra cosa distinta la situación que se presenta entre las empresas usuarias del servicio y las compañías estibadoras; en efecto, en este caso, se trata de una relación regida por el derecho privado. Pero, corresponde a JAPDEVA asegurar a estos usuarios que las compañías estibadoras le presten eficiente, regular y sin discriminación alguna, los servicios respectivos. Para lo cual, debe usar los instrumentos que la ley le da y los respectivos de los servicios públicos. Uno de los aspectos más importantes, y talvez el que más lo es, es la fijación de una justa retribución, para ambas partes de la relación (empresa estibadora-empresa usuaria); representada por un precio o tarifa, cuyo análisis desde el punto concreto del ordenamiento jurídico costarricense se hará de seguido.

IV. POTESTAD DE FIJACIÓN DE TARIFAS DE JAPDEVA Y SUS LÍMITES

A) NORMAS QUE DELIMITAN LA ATRIBUCIÓN.

En primer lugar interesa establecer que los siguientes artículos delimitan la potestad

tarifaria de JAPDEVA. En primer lugar el artículo 49 de la Constitución Política que vincula la actuación de la administración al fin impuesto por ley, como condición de legitimidad del acto; en segundo lugar, los artículos 1, 6, inciso b),

17, inciso h), 29 y 30 de la Ley Orgánica de JAPDEVA, que le otorgan a esta institución condición de operación de autoridad portuaria y por tanto la administración y operación del muelle, y consecuentemente los servicios e instalaciones a su cargo le atribuyen la posibilidad de cobrar tarifas, previa aprobación del Ejecutivo y finalmente le impone límites en esa fijación.

Desde la perspectiva apuntada, se dan dos requisitos en la fijación de una tarifa que conviene delimitar: a) el formal y b) el material o sustancial. El primero hace relación a la forma que debe seguirse para la aprobación de una tarifa.²⁵

Concretamente la Ley de JAPDEVA, en el artículo 17, inciso h), establece a quién corresponde establecer las tarifas... «previa aprobación del Poder Ejecutivo»; en realidad usa indebidamente la voz «aprobación», pues ésta es un acto de control, que por definición se da después de la fijación y no en forma previa como lo dice la ley. Sin embargo, el error se corrige por el artículo 29, donde estipula que JAPDEVA establecerá tarifas... «cuya aprobación final corresponderá al mismo organismo competente ...» Debe quedar claro en consecuencia, que la intervención del ejecutivo es POSTERIOR a la fijación hecha por JAPDEVA y a modo de órgano de control que puede aprobar o improbar, pero no dejar sin efecto la fijación hecha por JAPDEVA y dictar

otra en su lugar. La falta eventual de este requisito, daría lugar a la anulación del acto por vicios de forma.

Sin embargo, el punto que reviste más importancia, por la falta de criterios exactos, al estilo de los que existen en las ciencias exactas, es el relativo a los requisitos materiales, sustanciales o de fondo, que a continuación se analizarán.

B) LA FIJACIÓN TARIFARIA DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANCIAL.

En páginas anteriores se analizó el principio de proporcionalidad o razonabilidad como instrumento de delimitación o freno de la fijación tarifaria.

Conviene ahora referirse a los artículos 30 de la Ley Orgánica de JAPDEVA y 11,15, 16, 17 y 18 de la Ley General de Administración Pública. Esta última admite la posibilidad de la discrecionalidad²⁶ aun en ausencia de ley, siempre que por lo menos exista una regulación mínima del sujeto y el fin y alternativamente el motivo o contenido aunque sea en forma imprecisa (artículo 11). Esta regulación, aun en forma imprecisa, debe darse dentro del respeto a las reglas elementales de la lógica, justicia y oportunidad (Principio de Razonabilidad o Proporcionalidad), y las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, como lo incorpora al deno-

²⁵ Ver el artículo 158 de la Ley General de Administración Pública. Es importante hacer relación a la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de las quince horas del 23 de marzo de 1982, en Juicio Contencioso Administrativo seguido por Coordinated Caribbean Transport Inc. contra JAPDEVA. En el considerando V se estableció: «la citada institución incurrió en una transgresión legal que vicia de nulidad absoluta la tarifa, porque en lugar de ser fijada por la Junta Directiva ... fue puesta en vigencia por ... Asistente de la Gerencia para la Administración Portuaria, quien evidentemente no tendría facultades legales para proceder al cobro del servicio por estacionamiento. El aumento de la mencionada tarifa tampoco fue acordado en forma legal, debido a que, cuando esta se produjo —24 de mayo de 1974—, ya estaba en vigencia la Ley número 5337 del 27 de agosto de 1973, y aunque se incrementó en el precio del servicio de aparcadero que cobraba JAPDEVA fue acordado por su Junta Directiva, como era lo correcto, a tono con el mencionado inciso h) de su artículo 17, le faltó, para su bonificación, que lo aprobara el Poder Ejecutivo, conforme lo exige la citada disposición legal y esto no ocurrió ...» Como consecuencia de violaciones de tipo formal por parte de JAPDEVA, se anuló la fijación tarifaria hecha.

²⁶ La discrecionalidad es elección de comportamiento en el marco de una realización de valores: FORSTHOFF, Ernest, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, España, 1958, p.125. Nace conjuntamente de la concurrencia, en una misma situación concreta, de diversos intereses jurídicamente relevantes. FRUGONE SCHIAVONE, Héctor, *La discrecionalidad Administrativa*, Revista de la Facultad de Derecho y las Ciencias Sociales, Montevideo, 1982, p. 96.

minado «bloque de legalidad». Sólo hay discrecionalidad cuando el ordenamiento o esas reglas no indiquen una regla exacta que seguir (artículos 15 y 16). Estos son los denominados «límites internos de la discrecionalidad». Los «límites externos» son los derechos subjetivos del particular y los principios de la libertad individual. En estos supuestos, la posibilidad de que la autoridad administrativa pueda interferir la libertad privada, tiene que ser dada por norma expresa de ley (artículos 17 y 18).

El artículo 30 de la Ley Orgánica de JAPDEVA, hace ver que las tarifas deberán ser «razonablemente basadas en el costo de proporcionarlas ...»; sea que, se deben ponderar todos los intereses afectados por el obrar administrativo, presente en una situación determinada, y en consecuencia, efectuar la fijación con base en los criterios previstos en el ordenamiento, y eventualmente también en las directivas de tipo general adoptadas por los órganos competentes en el sistema democrático, igualmente acordes al ordenamiento.

El ser razonablemente basada en el costo de proporcionarlas implica que debe existir una lógica en la fijación; no debe, en consecuencia, ser manifestación ilógica o irracional, que haga ver que el ente que fija la tarifa no tiene una visión clara de los fines que debe perseguir.²⁷

El concepto de «costo» comprende la inversión realizada para su prestación, lo que im-

plica, en consecuencia, que no pueden fijarse las tarifas por debajo del costo del servicio que se presta. Pero la fijación respectiva sirve de base para su cálculo, el costo de proporcionarlas; y queda a criterio del ente que fija la tarifa, reconocer un porcentaje superior para las empresas que prestan el servicio, siempre y cuando este porcentaje de más se ajuste a factores directamente relacionados con el servicio mismo. En consecuencia, corresponderá al ente que fija o establece la tarifa, estudiar detenidamente la «composición del costo», o sea, qué factores o rubros son «verdaderamente» parte del mismo y desechar los que no formen parte, por corresponder a situaciones o factores financieros de la empresa que presta el servicio, pero ajenos a éste (p. ej. eventuales donaciones o contribuciones que la empresa otorga a asociaciones, sindicatos, cooperativas, entidades de beneficencia, en general ajenos al servicio mismo; fondos para actividades deportivas).

Entonces, se aprecia que sirven de complemento al artículo 30 de la Ley Orgánica de JAPDEVA, los artículos 11, 15, 16, 17 y 18 de la Ley de Administración Pública.

De la explicación hecha se concluye que es difícil, en general, apreciar la legitimidad de una fijación tarifaria y que debe verse caso por caso, la situación que se presenta y la violación o no, a normas formales o sustanciales.

²⁷ La doctrina italiana considera como vicio lo que denomina como «ilogicidad manifiesta» o sea, un acto totalmente irracional o ilógico (p. ej. sería el caso de decretar una cuarentena total a la producción de banano de todo el país, porque en el Pacífico Sur apareció en una finca una enfermedad sin importancia). Véase al respecto, DE CESARE, Giovanni, *Problematica dell'Eccesso di Potere Amministrativo*, Padova, 1973, p. 85 y ss.