

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo

(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

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

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: DEL SERVICIO PÚBLICO EN GENERAL

RESUMEN: El presente trabajo aborda el tema del Servicio Público en General, desde un análisis doctrinario, normativo y jurisprudencial incluyendo: concepto, clasificación, características, principios constitucionales rectores de los servicios públicos, educación como servicio público, funcionamiento de los servicios públicos, entre otros temas.

Índice de contenido

1. DOCTRINA.....	2
CONCEPTO GENERAL DE SERVICIO PÚBLICO.....	2
CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	3
2. NORMATIVA.....	8
LEY DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	8
3. JURISPRUDENCIA.....	13
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS QUE BRINDAN LAS INSTITUCIONES ESTATALES.....	13
LOS ÓRGANOS Y ENTES PÚBLICOS QUE PRESTAN SERVICIOS DE SALUD PÚBLICA TIENEN LA OBLIGACIÓN IMPERATIVA E IMPOSTERGABLE DE ADAPTARLOS A LAS NECESIDADES PARTICULARES Y ESPECÍFICAS DE SUS USUARIOS O PACIENTES.....	16
EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO	17
LAS CONCESIONES PARA LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO NO CONSTITUYEN UN MONOPOLIO PRIVADO.....	18
OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE BRINDAR UN BUEN Y EFICIENTE FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, A LOS ADMINISTRADOS,	

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

DE CALIDAD, CONTINUA, REGULAR, CÉLERE, EFICAZ Y EFICIENTE.....	24
4.PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.....	25
SERVICIO PÚBLICO.....	25
EL TRANSPORTE REMUNERADO DE PERSONAS ES UN SERVICIO PÚBLICO. . .	93
LOS SERVICIOS AERONÁUTICOS: UNA ACTIVIDAD DE SERVICIO PÚBLICO	116
EL ALMACENAMIENTO Y EXPENDIO DE COMBUSTIBLES: UN SERVICIO PUBLICO.....	144

1 DOCTRINA

CONCEPTO GENERAL DE SERVICIO PÚBLICO

[CICERO Nidia Karina]¹

"2.1. Servicio público. Existen determinadas actividades económicas, que por configurar una necesidad imprescindible del conjunto social, y por ser desarrolladas en condiciones monopólicas, son declaradas por la ley "servicio público". Dicho rótulo se propone asegurar que la actividad así caracterizada, será prestada en condiciones de generalidad, uniformidad, continuidad y regularidad. Desde este punto de vista, la noción de servicio público se constituye en una técnica garantística, en el sentido que el cumplimiento de las actividades definidas como tal, no se deja librado a los vaivenes del mercado ni a ninguna otra contingencia interruptiva.

Así, la provisión de energía eléctrica, gas y agua potable, el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

transporte y las fuerzas de seguridad, son servicios públicos, que por serlo, se sujetan a un régimen jurídico especial caracterizado por contener cláusulas que por lo general, no se admiten en el campo del derecho privado (régimen exorbitante de derecho público).

En lo relativo al sujeto que presta el servicio, la doctrina señala que tanto la Administración centralizada o algún ente estatal especialmente creado a tal efecto (vgr. Gas del Estado, ENCOTEL) como los particulares -concesionarios o licencia-tarios-, pueden encargarse de su ejecución.

Ello es así porque titularidad del servicio no equivale a prestación ya que si bien el Estado detenta en todos los casos la titularidad de la actividad, precisamente por la calificación de servicio público que le ha otorgado la ley, puede en determinadas circunstancias ceder el conjunto de elementos materiales y personales aplicables a la ejecución del servicio, a gestores privados."

CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

[Vega Clavo Johnny]²

Garrido Falla establece su clasificación de los servicios públicos y prestaciones administrativas, siguiendo varios criterios, como se podrá observar en las siguientes llaves que nos permitimos idear:

a) Por la titularidad del servicio: Servicios del Estado.

Servicios locales (provincia y municipio).

b) Por la necesidad de su prestación:

Necesarios

Voluntarios

Obligatorios

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

- c) Por el contenido de la prestación:
- Esenciales
 - Secundarios
 - Administrativos
 - Industriales o comerciales
 - Empresas nacionalizadas de estructura corporativa.
 - Servicios públicos en sentido estricto.
 - Servicios sociales.
- d) Por la exclusividad de su ejercicio
- En régimen de concurrencia con los demás particulares.
 - En régimen de monopolio.
- e) Por la participación de los usuarios en sus ventajas
- Utí universi
 - Uti singuli.

Siguiendo paso a paso las ideas de su autor, la anterior clasificación se explica así:

Por la titularidad del servicio, es decir, por el sujeto titular del mismo, tenemos en primer término los servicios o prestaciones a cargo del Estado, y los servicios o prestaciones de las entidades locales (provincia y municipio). Entre nosotros esta primera clasificación es aplicable hasta cierto grado, pues como no contamos con gobiernos provinciales, tampoco hay servicios públicos provinciales, sino exclusivamente nacionales o municipales.

La competencia original (titularidad) sobre los servicios

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

estatales o locales es exclusiva del Estado, la Provincia o Municipio, o sea, solamente de estas tres entidades territoriales, pues, explica Garrido Falla, que las demás entidades con personalidad jurídica asumen la prestación de servicios públicos no son otra cosa que modos de gestión creadas para sólo ese efecto, por cuenta y riesgo de la entidad territorial de que dependen, y sin que aquella competencia sufra menoscabo alguno en virtud de tal delegación, en cuanto a nuestro régimen jurídico, ya que en Costa Rica, como lo anotamos en el Capítulo I de esta Tesis la competencia original sobre la prestación de servicios públicos está compartida no sólo por el Estado y las Municipalidades, sino además por las Instituciones Autónomas creadas de conformidad con el artículo 189 de la Constitución Política.

Por la necesidad de su prestación, los servicios son necesarios o voluntarios, según que de parte de la administración pública exista o no la obligación de establecerlos. Ciertos autores como García Oviedo y Martínez Useros, sostienen que esta división no es aplicable al Estado; pero Garrido Falla considera que sí en los casos en que un precepto legal le señala al Estado esa obligación. Admite que esta segunda distinción encuentra mayor vigencia en el campo de la Administración local, en virtud de que las competencias propias de este tipo de entidad le son señaladas en forma imperativa por el Estado, cuando establece las obligaciones locales mínimas. Entre nosotros no se da ese tipo de señalamiento de obligaciones municipales, ni en la Constitución, ni en las Ordenanzas Municipales, lo que parece una paradoja jurídica, porque como advierte Cirilo Martín Retortillo González en sus anotaciones sobre la Ley de Régimen Local de España, (13) son cargas que el municipio necesariamente debe subvenir para que subsista la entidad vecinal.

Vista la necesidad del servicio no desde el punto de del sujeto

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que lo da, sino desde el punto de vista de la utilidad del mismo por los particulares, existen también servicios obligatorios, entre los cuales cita Garrido Falla el de los sociales. Nosotros agregamos, también entre otros del local los de limpieza de caños, cementerios, destace de ganado recolección de basuras domiciliarias, colector de aguas negras, etc\ porque con relación a éstos no existe de parte de los particular opción para recibirlos o no, toda vez que son servicios tan generales o tan vinculados con la salubridad pública, que no sería posible prestarlos a unos y a otros no.

Por el contenido de la prestación de los servicios públicos se clasifican en esenciales y secundarios. Los esenciales son aquellos que hacen posible el mantenimiento del Estado, Provincia Municipio como entidades administrativas, tal es el caso de la! justicia, la policía y la defensa nacional; en tanto que los secundarios son los que existen para atender necesidades accidentales o condicionadas por el grado de desarrollo técnico y cultural alcanzado por la comunidad política, como la enseñanza, la beneficencia, los transportes, etc.

Siguiendo este mismo sistema de diferenciación de los servicios públicos por el contenido de la prestación, éstos se clasifican también en: 1) Servicios administrativos, 2º) Servicios públicos industriales o comerciales, 3º) Empresas nacionalizadas, y 4º) Servicios públicos de estructura corporativa. Los primeros equivalen a los esenciales definidos supra; los segundos a los asumidos por la Administración Pública en el campo industrial o comercial, como son, verbigracia, la explotación de una materia prima (petróleo, minerales radioactivos, bosques, etc.). Las empresas nacionalizadas son las formas adoptadas por una entidad administrativa, para implicarse por razones de interés público o simplemente de lucro, en la gestión de una actividad susceptible de explotación económica, asumiendo el riesgo propio de tal explotación. Cabe citar aquí como el mejor de los ejemplos en Costa Rica de Empresa Nacionalizada, los servicios de crédito y Banca a cargo del Estado. En efecto, los servicios de cuenta

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

corriente bancaria además de significar un control del crédito público, constituyen una empresa que en la mayoría de los países del mundo está a cargo de los particulares, pero que entre nosotros fue nacionalizada mediante Decreto-Ley N 70 de 21 de junio de 1948 de la Junta Fundadora de la Segunda República, y mantenida así en la Constitución Política vigente. Los servicios públicos de estructura corporativa son los que se confían a un grupo de individuos de idéntica profesión o con intereses económicos comunes, para la protección y desarrollo de esos intereses. Su carácter público es incuestionable, pues cumple una finalidad de índole general, están sometidas a un régimen jurídico especial, y ejercitan sobre sus miembros determinadas prerrogativas del poder público, tanto profesionales como disciplinarias. Entre nosotros asumen esta carácter los Sindicatos y los Colegios profesionales.

Con base también en el mismo criterio diferenciador que nos ,pa, distingue Garrido Falla entre servicios públicos en sentido estricto y servicios sociales. Como ejemplo de los primeros cita los servicios de transportes y comunicaciones, y entre los segundos a los que impulsan el desarrollo de la cultura, salud pública, previsión social, etc.

Por la exclusividad de su ejercicio, o sea, por la participación o no de los particulares en la prestación de los servicios, éstos —dice Garrido Falla— pueden realizarse en régimen de concurrencia o en régimen de monopolio. Sostiene este autor que el monopolio no es nota esencial del servicio público, y señala el caso de la beneficencia y el de la enseñanza, que son actividades desplegadas por el Estado en concurrencia con otras similares a cargo de entidades privadas; sin embargo, advierte que existe una creencia relativamente arraigada en un sentido contrario al suyo. Efectivamente, en la obra de Fernando Albi nos encontramos las posturas de autores italianos como Zanobini y Carneo, para quienes servicio público es únicamente el que se presta bajo un régimen de

monopolio de derecho, tomando en cuenta que las actividades son de la exclusiva competencia de las entidades públicas, y sin que sea dable a los particulares tomarlas a su cargo; también nos encontramos en la obra supracitada las tesis que al respecto sostienen los autores españoles García-Trevijano y Villar Palasí, calificándolas el autor de extremas por llegar a la misma conclusión de que sin monopolio no hay servicio público.

2 **NORMATIVA**

LEY DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ³

ARTICULO 3.- Definiciones

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

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

(...)

c) Prestatario de servicio público. Sujeto público o privado que presta servicios públicos por concesión, permiso o ley. d) Evaluación de impacto ambiental. Estudio científico-técnico, realizado por profesionales en la materia, que permite

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

identificar y predecir los efectos que producirá un proyecto específico sobre el ambiente, cuantificándolo y ponderándolo, para plantear una recomendación.

OBJETIVOS FUNDAMENTALES

ARTICULO 4.- Objetivos

Son objetivos fundamentales de la Autoridad Reguladora:

- a) Armonizar los intereses de los consumidores, usuarios y prestatarios de los servicios públicos definidos en esta ley y los que se definan en el futuro.
- b) Procurar el equilibrio entre las necesidades de los usuarios y los intereses de los prestatarios de los servicios públicos.
- c) Asegurar que los servicios públicos se brinden de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 3 de esta ley.
- d) Formular y velar porque se cumplan los requisitos de calidad, cantidad, oportunidad, continuidad y confiabilidad necesarios para prestar en forma óptima, los servicios públicos sujetos a su autoridad.
- e) Coadyuvar con los entes del Estado, competentes en la protección del ambiente, cuando se trate de la prestación de los servicios regulados o del otorgamiento de concesiones.
- f) Ejercer, conforme lo dispuesto en esta ley, la regulación de los servicios públicos definidos en ella.

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

FUNCIONES Y ATRIBUCIONES

ARTICULO 5.- Funciones

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

- a) Suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización.
- b) Los servicios de telecomunicaciones cuya regulación esté autorizada por ley.
- c) Suministro del servicio de acueducto y alcantarillado, incluyendo agua potable, recolección, tratamiento y evacuación de aguas negras, aguas residuales y pluviales.
- d) Suministro de combustibles derivados de hidrocarburos, dentro de los que se incluyen: 1) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados a abastecer la demanda nacional en planteles de distribución y 2) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados al consumidor final. La Autoridad Reguladora deberá fijar las tarifas del transporte que se emplea para el abastecimiento nacional.
- e) Riego y avenamiento, cuando el servicio se presta por medio de una empresa pública o por concesión o permiso.
- f) Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo.
- g) Los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales.

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

h) Transporte de carga por ferrocarril.

i) Recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales.

La autorización para prestar el servicio público será otorgada por los entes citados a continuación:

Inciso a): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso c): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso d.2): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso e): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso f): Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Inciso g): Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica e Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico, respectivamente.

Inciso h): Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Inciso i): Las municipalidades.

En el otorgamiento de la concesión para el aprovechamiento de aguas para riego deberá incluirse la obligación del usuario de aplicar las técnicas adecuadas de manejo de agua, a fin de evitar la degradación del recurso suelo, ya sea por erosión, revenimiento, salinización, hidromorfismo y otros efectos perjudiciales.

(Así adicionado este párrafo final por el artículo 63 de la Ley de

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

Uso y Conservación de Suelos No.7779 de 30 de abril de 1998)

ARTICULO 6.- Obligaciones de la Autoridad Reguladora

Corresponden a la Autoridad Reguladora las siguientes obligaciones:

- a) Regular y fiscalizar contable, financiera y técnicamente, a los prestatarios de servicios públicos, para comprobar el correcto manejo de los factores que afectan el costo del servicio, ya sean las inversiones realizadas, el endeudamiento en que han incurrido, los niveles de ingresos percibidos, los costos y gastos efectuados o los ingresos percibidos y la rentabilidad o utilidad obtenida.
- b) Realizar inspecciones técnicas de las propiedades, plantas y equipos destinados a prestar el servicio público, cuando lo estime conveniente para verificar la calidad, confiabilidad, continuidad, los costos, precios y las tarifas del servicio público.
- c) Velar por el cumplimiento, por parte de las empresas reguladas, de las obligaciones en materia tributaria, el pago de las cargas sociales, y el cumplimiento de las leyes laborales.
- d) Cualquiera otra obligación que las leyes le asignen.

Toda disposición que se emita en relación con las materias a que se refiere este artículo, será de acatamiento obligatorio.

RÉGIMEN DE LOS PRESTATARIOS DE SERVICIOS PUBLICOS

ARTICULO 9.- Concesión o permiso

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

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

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

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

3 JURISPRUDENCIA

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES RECTORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS QUE BRINDAN LAS INSTITUCIONES ESTATALES

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]⁴

La recurrente acude a esta Sala en tutela del derecho a la salud, porque -en su criterio- el Hospital San Juan de Dios, ha omitido brindarle la prestación médica que requiere para aliviar su padecimiento. Al respecto, refiere que, pese a los fuertes dolores

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

que le genera la artrosis rodillar bilateral que padece, se encuentra ubicada en el lugar número 341 de la lista de espera para que se le efectúe la operación de reemplazo articular. En la especie se encuentra acreditado que la recurrente padece de artrosis rodillar bilateral y que le fue prescrito el reemplazo articular. También se observa que antes de la interposición del presente amparo María de los Ángeles Méndez Álvarez se encontraba ubicada en el puesto 341 de la lista de pacientes que requieren ser intervenidos en el Hospital San Juan de Dios, para un reemplazo articular, lo que implicaba un tiempo de espera de, aproximadamente, 1 año, para ser operada (folio 29). Asimismo, se encuentra acreditado que fue con ocasión de la interposición de este proceso de amparo que el Servicio de Ortopedia, Traumatología y Rehabilitación del Hospital San Juan de Dios ordenó la hospitalización de la amparada lo antes posible, cuando exista espacio en el Salón de Ortopedia Especial, dispuesto para pacientes que requieren de un reemplazo articular (folio 29). Los anteriores elementos le permiten a este Tribunal concluir que en el caso concreto se ha producido el quebranto de los principios de eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios de salud a que está obligada la Caja Costarricense de Seguro Social, situación que lesiona el derecho a la salud de María de los Ángeles Méndez Álvarez. En este particular, obsérvese que, pese a lo manifestado por la recurrente en relación con los fuertes dolores que padece, situación confirmó el doctor Oldemar Chavarría Céspedes en memorial visible a folio 36, y no es sino con ocasión de la interposición de este amparo que el Servicio de Ortopedia, Traumatología y Rehabilitación del Hospital San Juan de Dios, decidió hospitalizarla lo antes posible, pese a la existencia de la indicada lista de espera. Al respecto, ya este Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación con la necesidad que existe de racionalizar las listas de espera de los pacientes o usuarios de los servicios de salud en ciertas especialidades médicas, porque pueden representar una seria amenaza para la vida y salud de aquéllos, ya que, un retardo en la prestación debida

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

puede representar la diferencia entre el mejoramiento efectivo de las condiciones de salud o, incluso, entre la vida y la muerte. De ahí que no resulte atendible lo indicado por el doctor Arturo Quirós Umaña a folio 30 del expediente, en el sentido que la orden girada por esta Sala para la atención inmediata de la amparada, pese a la existencia de 340 pacientes antes que ella en la lista de espera, perjudica a dichas personas, toda vez que, en atención a la referida obligación de racionalizar la lista de espera de los pacientes que requieren reemplazo articular, mediante resolución visible a folio 35, expresamente, se les preguntó al Jefe de Ortopedia, Traumatología y Rehabilitación del Hospital San Juan de Dios y al médico tratante de la amparada que, valorando las condiciones particulares de la accionante y de cada paciente de la lista de espera y partiendo de lo que imponen las reglas unívocas y de aplicación exacta de la ciencia y técnica médicas, le indicaran a esta Sala, cuál era -en su criterio técnico- un tiempo prudencial de espera para el reemplazo articular de la recurrente que no comprometiera su salud y calidad de vida y garantizara las de los restantes pacientes de la lista. Sin embargo, como resulta evidente del memorial visible a folio 36, las indicadas autoridades médicas omitieron tal información, razón por la cual, a este Tribunal, únicamente, le consta que, pese a sufrir una afección bilateral, al dolor que manifiesta padecer y a sus particulares condiciones personales, el 10 de junio del 2005 la recurrente fue incorporada en el número 341 de la lista de espera para pacientes que requieren de un reemplazo articular, sin que sus médicos le puedan explicar a esta Sala, porqué le corresponde ese puesto o el 200, 100 o 5, con base en un criterio técnico y una valoración personalizada de su caso y del de los restantes pacientes de la lista.

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

LOS ÓRGANOS Y ENTES PÚBLICOS QUE PRESTAN SERVICIOS DE SALUD PÚBLICA TIENEN LA OBLIGACIÓN IMPERATIVA E IMPOSTERGABLE DE ADAPTARLOS A LAS NECESIDADES PARTICULARES Y ESPECÍFICAS DE SUS USUARIOS O PACIENTES

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]⁵

Manuel Páez Muñoz es un paciente que sufre de un trastorno demencial que fue indicado por su médico tratante como "enfermedad de Alzheimer". Por su enfermedad el Dr. Carlos Morales Picado le prescribió al amparado, el fármaco denominado "Rivastigmina". Por no encontrarse incluido en la Lista Oficial de Medicamentos, el Dr. Morales Picado le solicitó al Comité Local de Farmacoterapia de la Clínica Dr. Marcial Rodríguez Conejo, que autorizara la utilización y adquisición de dicho fármaco. Así, en julio del 2003, ese comité aprobó dicha solicitud y así se le comunicó al Comité Central de Farmacoterapia, el cual en la sesión N° 2003-28 celebrada el 23 de julio del 2003, rechazó dicha autorización por ser el fármaco "un medicamento de dudosa utilidad terapéutica, y no se encuentra contemplado dentro de los medicamentos esenciales de utilidad terapéutica dentro de la Institución" (copia a folio 19). Como se puede apreciar, en el fondo lo que existe es una divergencia de criterios técnicos (del Comité Central de Farmacoterapia con el médico tratante), que sometida a conocimiento de este Tribunal Constitucional debe ser resuelta a favor de los derechos fundamentales del amparado, pues se estima que ellos son tutelados en mayor grado con la elección que ha hecho el especialista que ha venido tratando su caso, pues como su médico tratante conoce y maneja mejor el caso concreto de su paciente, por lo que ha de haber valorado los riesgos que corre el enfermo con el tratamiento prescrito, en relación con las ventajas que podría traerle a su salud y calidad de vida.

Estiman los accionados que la resolución 2004-05997 de las 12:43

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

hrs. del 28 de mayo del 2004, debe ser aclarada y adicionada, a la vez que se encuentra viciada, porque la Sala no apreció el criterio científico- institucional para decidir el tratamiento que mayor beneficio presenta para el paciente, ni valoró los aspectos técnicos que plantearon respecto a la contención de la medida cautelar. No le corresponde a este Tribunal Constitucional analizar los criterios técnicos alegados por las autoridades recurridas, ya que el dominio de esta Sala está reservado al análisis de los acciones u omisiones impugnadas, y a su comparación con el ordenamiento jurídico, para determinar la legitimidad o ilegitimidad de lo impugnado, sin que sea posible incursionar en campos de la ciencia o de la técnica para ello, en atención a la naturaleza sumaria del amparo, proceso en el cual no es material ni razonablemente posible entrar a un complicado sistema probatorio o a un análisis de hechos que vaya más allá de los actos impugnados en si, circunscribiéndose más bien a las hipótesis fácticas en que esos actos se fundan, por lo que la disputa de criterios técnicos o científicos esta reservado a otras sedes. Precisamente, por ello, las gestiones resultan improcedentes y así deben declararse.

EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]⁶

Del informe rendido por los representantes de las autoridades recurridas -que se tienen por dados bajo fe de juramento con las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley que rige esta Jurisdicción-, y la prueba aportada para la resolución del presente asunto, se pueden llegar a la conclusión que hubo negligencia del Ministerio de Educación, ya fuera atribuible a los encargados de la contratación de personal o a la

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

Directora de la Institución, la cual se comprueba a pesar de todas las acciones que se tomaron -reuniones, diagnósticos, recomendaciones y nombramientos de sustitutos- causó una interrupción que perjudicó el proceso educativo de los amparados, por lo que efectivamente hubo una violación a su derecho a la educación. Por otro lado, como consta al folio 193 el examen de español les fue realizado a los recurrentes el pasado 07 de diciembre del 2004 con un resultado de 100% de aprobación, así se les hizo el examen en fecha posterior, cuando -a decir de los recurridos (folio 193)- ya estaban en condiciones de realizar y ganar la prueba nacional. Sin embargo, ya la violación al derecho a la educación se produjo, por lo que procede declarar con lugar el recurso, recordándole al Ministerio de Educación que debe abstenerse de incurrir nuevamente en los hechos que sustentan este recurso, y tomar las previsiones del caso para evitar que los estudiantes vean interrumpido su proceso educativo por causas no atribuibles a ellos, como lo fue en este caso, por ausencia de una profesora de español.

LAS CONCESIONES PARA LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO NO CONSTITUYEN UN MONOPOLIO PRIVADO

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]⁷

Objeto del recurso.- El recurrente interpone recurso de amparo contra la Contraloría General de la República y el Consejo de Transporte Público y el Ministro de Obras Públicas y Transportes alegando que el contrato de RITEVE S & C Sociedad Anónima es

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

monopolístico a pesar de la restricción en ese sentido establecida por el artículo 46 constitucional.

De la legitimación.- La procedencia del recurso de amparo está condicionada a que se alegue como agravio una lesión individualizada o individualizable de los Derechos Fundamentales; esto es, que afecte a una persona determinada. Por esa razón, en sentencia número 1118-93 de las 14:51 horas del 11 de marzo de 1993, esta Sala declaró lo siguiente:

“El artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que el recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere la ley, salvo los protegidos por el hábeas corpus. Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. En tal sentido, la Sala resolvió, por voto 470-90 de las catorce horas cinco minutos del nueve de mayo de mil novecientos noventa, que en materia de amparo no cabe la acción popular, sino que, aun cuando cualquier persona pueda interponerlo en favor de un tercero, lo cierto es que se requiere de la existencia de una lesión o amenaza individualizada o individualizable, en particular, para que haya legitimación.

II° .- En este amparo, no se alega la existencia de ninguna lesión o amenaza a los derechos o intereses de la recurrente o de un tercero, sino que lo presenta únicamente por considerar que un (sic) norma es inconstitucional. De allí que, de conformidad con lo expuesto en el considerando anterior, lo pertinente es declarar sin lugar el amparo por falta de legitimación de la recurrente y por ausencia de interés o derecho tutelable en esta vía.” (El resaltado no es del original).

Situación que se comprueba también en este caso concreto puesto

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

que no hay lesión o amenaza a los derechos o intereses del recurrente o de un tercero. El recurrente omite indicar –y demostrar– que alguien en particular ha sido objeto de un perjuicio claro e individualizable por acción de la irregularidad que impugna, y que él actúa en beneficio de esa hipotética persona. En esta tesitura, cabe advertir que el objeto de este amparo, en el fondo, es presentar una denuncia contra los recurridos por el contrato celebrado entre la compañía RITEVE SyC S.A. y la Administración Pública, lo cual, según reiterada jurisprudencia, como se verá, no es procedente en la vía constitucional.

Sobre la Jurisprudencia reiterada de esta Sala en cuanto al contrato con Riteve SyC S.A.- Pese a la falta de legitimación del recurrente, no está de más indicar que los reparos hechos por éste contra la concesión de la revisión técnica vehicular ya fue debidamente analizado en la vía de amparo en distintas oportunidades. Al efecto cabe citar entre otras, las resoluciones número 4099-02 de las 10:27 horas del 3 de mayo del 2002, 5219-02 de las 15:54 horas del 29 de mayo del 2002, 5399-02 de las 10:45 horas del 31 de mayo del 2002. Específicamente en la sentencia número 2002-04099 de las 10:27 horas del 3 de mayo del 2002, donde esta Sala consideró que si el recurrente estaba disconforme con los criterios técnicos por los que se estimó necesario adjudicar a un solo concesionario la prestación del servicio público es un aspecto que excede los fines y naturaleza del amparo, asimismo que se está en presencia de un servicio público que, por su naturaleza, el Estado presta en condiciones de monopolio. Concretamente se expresó lo siguiente:

"Los hechos que sirven de sustento a este recurso ya fueron objeto de pronunciamiento en esta Sala, al dictar la sentencia número 2001-07830 de las once horas con quince minutos del diez de agosto del dos mil uno, en la cual se consideró:

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

' III .- Finalmente, el recurrente plantea su disconformidad con el hecho que la Administración haya determinado centralizar el programa de control de emisión de gases y partículas contaminantes, al haberse adjudicado -mediante concurso público internacional- al consorcio RITEVE-SYC la prestación de dicho servicio público, del que se hará cargo de manera integrada en todo el territorio de la República. Esta Sala ya tuvo oportunidad de analizar dicha contratación, ello en el amparo número 00-007339-007- CO , oportunidad en que esta Sala no observó que existiesen roces de constitucionalidad con el mismo y, por el contrario, estimó que existía un derecho subjetivo a favor de dicho consorcio en virtud de la adjudicación antes indicada. En este sentido, mediante sentencia número 2000-10469 de las diez horas veinte minutos del veinticuatro de noviembre del dos mil consideró:

«.. IV .- Sobre el asunto sub examine: De lo expuesto en el considerando III sobre la jurisprudencia constitucional en tratándose de los procedimientos de contratación administrativa, se concluye que la omisión atribuible al Ministerio de Obras Públicas y Transportes de cumplir con la suscripción del contrato correspondiente a la Licitación Pública Internacional 02-98 transgrede la doctrina de los actos propios, así como los principios constitucionales reconocidos por los numerales 11, 27, 34 39, 41, 45, 46 y 182 de la Constitución Política ... En mérito de lo anterior, lo procedente es que la Administración -en acatamiento del ordenamiento jurídico- proceda a la inmediata formalización del contrato con la suscripción del documento correspondiente, en los términos que del cartel de la licitación pública internacional # 02-98 y la oferta del Consorcio, a fin de lo cual se le otorga un plazo perentorio de treinta días hábiles...»

Ahora bien, si el recurrente esta disconforme con los criterios técnicos por los que se estimó necesario adjudicar a un solo

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

concesionario la prestación del servicio público o con la legalidad de lo dispuesto, estos son aspectos que exceden los fines y naturaleza del amparo, procedimiento sumario que lo que busca es la protección y la restitución de derechos y libertades fundamentales, y no el control de legalidad o el debate de criterio técnicos que, en principio y por mandato expreso de la Ley, se encuentra en manos de las instancias administrativas correspondientes y, en última instancia, de los tribunales ordinarios...'

Como no existe motivo para variar el criterio vertido en aquella oportunidad, resultan aplicables las consideraciones anteriormente transcritas al supuesto que nos ocupa, en consecuencia, el amparo debe desestimarse."

Dicho pronunciamiento es desde luego conteste con el hecho de que, en la especie, estamos en presencia de un servicio público que, por su naturaleza, el Estado presta en condiciones de monopolio y que los particulares solo pueden asumir por vía de concesión pública ."

Asimismo, la situación que se impugna fue analizado mediante acción de inconstitucionalidad contra el Contrato de Prestación de Servicios para la Creación y Funcionamiento de Estaciones para la Revisión Técnica Integrada Vehicular donde se alegó la existencia de un monopolio privado a favor del Consorcio Adjudicatario, se resolvió lo siguiente:

"Por lo expuesto, no obstante las objeciones que el accionante formula, habiendo la Sala discutido el tema con anterioridad, y no existiendo razones para variar lo ya resuelto, lo procedente es rechazar de plano la acción, como en efecto se dispone."
(resolución 02-6503)

Así, es claro que, esta Sala ya ha tenido la oportunidad de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

analizar la situación que se plantea en este recurso y no se han advertido roces de constitucionalidad en lo dispuesto en ese contrato. Sin embargo, con el objetivo de dejar por sentadas las diferencias entre una concesión de servicio público y un monopolio privado se hacen las siguientes precisiones.

Las concesiones para la prestación de un servicio público no constituyen un monopolio privado.- Toda concesión pública es un contrato administrativo efectuado por la Administración con el objetivo de "delegar" en un tercero, sea la prestación de un determinado servicio que le correspondería prestar al mismo Estado, o sea la construcción de una obra pública, pero que por ciertas razones de oportunidad o conveniencia decide solicitar la colaboración a los sujetos particulares. Una de las particularidades de una concesión de servicios públicos es que, quien resulte adjudicatario debe reunir ciertas características personalísimas. No pudiendo, dicho adjudicatario ceder o traspasar a terceros esa concesión. Esto es así porque justamente fueron esas características particulares del adjudicatario las que pesaron a la hora de efectuar la escogencia entre todos los que participaron en la licitación pública. Por otro lado, en cuanto a la decisión de elegir un solo adjudicatario, la Administración Pública tiene la potestad para hacerlo conforme a sus competencias constitucionales y de acuerdo a criterios de oportunidad y conveniencia que no corresponden a esta Jurisdicción analizar. En cuanto al titular del servicio público, es la Administración quien conserva la titularidad del servicio público, aunque sea finalmente un tercero particular el que lo presta. Por eso es que decir que una concesión para la prestación de un servicio público es un monopolio privado tendría un doble contrasentido, tanto de parte del hecho de que sea "privado" porque el Estado, sujeto público, es el verdadero titular del servicio concesionado; como de parte del hecho de que sea un "monopolio" porque no se trata de una situación de mercado ni de la prestación de servicios privados, sino de una situación dentro del ámbito público para la

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

prestación de un servicio público.

En conclusión.- En el presente caso existen razones suficientes para rechazar el recurso por falta de legitimación activa del recurrente porque no se comprobó la violación a un derecho fundamental en particular, pero de todas formas entrando a analizar el fondo del asunto, se comprueba también que una concesión para la prestación de servicios públicos no puede ser un monopolio privado, por lo que procede declarar sin lugar el recurso.

OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE BRINDAR UN BUEN Y EFICIENTE FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS, A LOS ADMINISTRADOS, DE CALIDAD, CONTINUA, REGULAR, CÉLERE, EFICAZ Y EFICIENTE

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.]⁸

II.- Sobre el fondo. - La demandante es una costarricense que vive en el país. El dieciocho de abril de este año solicitó a la Dirección General de Migración y Extranjería se le renovara el pasaporte porque necesita salir del país antes del ocho de mayo del año en curso. Esa oficina le concedió cita hasta las trece horas con veinte minutos del veinticuatro de junio del dos mil cinco para tramitar su petición y emitirle un nuevo pasaporte. Por ello considera que ha sido restringida su libertad constitucional de tránsito desde y hacia el país, y el pasaporte es el documento de viaje necesario para identificar a la persona ante las autoridades de otras naciones. Por esta razón, es indispensable que el proceso de emisión de los pasaportes permita el ejercicio del derecho constitucional. La persona decide cuándo viaja, no lo decide el Estado. El hecho de citar a una persona 2 meses después impide a la persona ejercer libremente ese derecho.

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

III.- Aun cuando la Sala reconoce que puede ocurrir que al ciudadano se le venza el plazo de vigencia del pasaporte por su propia negligencia, el hecho de que se le concedió cita hasta las trece horas con veinte minutos del veinticuatro de junio del dos mil cinco para emitirle un nuevo pasaporte, no por ello debe sufrir el impedimento de salir del país. Se trata de adaptar la Administración a los cambios del entorno, como lo dice la Ley General de la Administración Pública, en su artículo 4, sobre todo cuando la demanda de servicios de la Dirección General de Migración y Extranjería, causa este atraso en la prestación de un servicio vinculado al ejercicio de un derecho constitucional. En este sentido, esta Sala Constitucional modifica los criterios rendidos en las sentencias anteriores que cita la Dirección General de Migración y Extranjería, sentencias número 1998-5975, 2001-6420 y 2001-8231 en el sentido de que la Administración sí tiene competencia para regular el servicio conforme a criterios de modo, tiempo y lugar de manera que sea eficiente y eficaz, criterios como lo son la disposición de exigir citas para la atención al ciudadano, como se dice allí. Pero esas regulaciones deben permitir a la vez el ejercicio del derecho constitucional de todos los ciudadanos al libre tránsito desde y hacia la República de Costa Rica.

4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

SERVICIO PÚBLICO

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]⁹

Criterios de la Procuraduría General de la República.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Existe un dictamen, el C-254-2001 de 21 de setiembre de 2001, que constituye nuestro marco teórico en el tratamiento del tema consultado. En él expresamos lo siguiente:

"1. - Servicio Público

El servicio público es una creación del constituyente o del legislador y, desde esta perspectiva, es necesaria una declaración expresa en el sentido de que determinada actividad constituye un servicio público. Esta declaración es conocida como la 'publicatio', que no es más que el reconocimiento expreso por parte de la autoridad legislativa de que determinado ámbito de la vida social debe quedar regulado bajo el régimen especial del servicio público en atención a los intereses generales que se protegen. Y, en este mismo sentido, para tener la 'publicatio' por configurada basta que la actividad en cuestión sea declarada de interés público.

La necesidad de la 'publicatio' obedece al hecho de que el concepto de servicio público no es unívoco. Se trata de un concepto cambiante que se configura específicamente para cada sociedad en un tiempo y lugar determinado. Lo que ayer fue un servicio público, hoy puede no serlo, y viceversa. La validez de su vigencia como actividad de interés general depende de la vigencia de la declaración realizada, al respecto, en un Estado de Derecho. En tal sentido es que la Ley General de la Administración Pública (LGAP) dispone:

'Artículo 11. -

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento

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

jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes..."

"Artículo 12. -

1. Se considerará autorizado un servicio público cuando se haya indicado el sujeto y el fin del mismo. En este caso el ente encargado podrá prestarlo de acuerdo con sus propios reglamentos sobre los demás aspectos de la actividad, bajo el imperio del Derecho.

2. No podrán crearse por reglamento potestades de imperio que afecten derecho del particular extraños a la relación de servicio.'

De allí que, como se mencionó, basta la calificación del legislador de que una actividad es de interés público para que surja a la vida jurídica como servicio público. Calificación que debe estar acompañada de la determinación del sujeto y el fin del servicio en los términos requeridos por el artículo 12 de la LGAP.

El debate legislativo de la LGAP en torno al servicio público reiteró el principio constitucional de que el ámbito de la libertad únicamente puede ser afectado en virtud del imperio de la ley:

'...(si) la Administración prestó un servicio (público), su potestad de reglamentación puede llegar simplemente a reglamentar la prestación que hace el Estado, pero nunca a autocrearse, autoreconocerse potestades públicas que sujeten al particular, sea

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

usuario o tercero, a obligaciones que las leyes no contemplan...’ (Intervención del Lic. Eduardo Ortíz Ortíz en relación con el artículo 12 de la LGAP, Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada, ASELEX S.A., San José, p. 96).

El servicio público es, entonces, materia reservada de forma exclusiva al ámbito de la ley. La sustracción de una actividad del ámbito privado, regido por el principio de ‘todo lo que no está prohibido está permitido’, requiere de la intervención del legislador. La afectación de los derechos de los particulares en virtud de potestades de imperio sólo es válida ante la presencia de una Ley que así lo autorice. Se trata de garantizar a los habitantes de la República que su esfera de libertad no será afectada por acciones de la Administración Pública no sujetas a las garantías propias de la emisión de las leyes. Garantías que sujetan la validez de la normativa al respeto de las formalidades establecidas para su nacimiento a la vida jurídica, así como a su conformación sustantiva con el principio de razonabilidad que rige el orden constitucional.

El concepto de servicio público se caracteriza por la satisfacción del interés general ‘... entendido como aquel que supera los intereses de los habitantes individualmente considerados para referirse al interés de la comunidad en su conjunto...’ (Dictamen C-152-2000 del 7 de julio del 2000). El servicio público satisface necesidades ‘... que sobrepasan los intereses puramente individuales para alcanzar naturaleza de colectivos, circunstancia que determina su configuración como servicios destinados al público en general en los que el respeto al principio de igualdad, tanto en el acceso como en la prestación, adquiere una mayor relevancia’ (Julián Valero Torrijos, Universidad de Murcia, El concepto de Servicio Público a la Luz de la Constitución, www.law.unican.es/administracion/ESTU/96002t). Pero una vez declarada la actividad como servicio público surge el correlativo

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

derecho de los administrados a la obtención del servicio en cuestión. Luego, la Administración se encuentra obligada a garantizar la satisfacción de los intereses generales a través de la adecuada prestación del servicio; y los habitantes, por su parte, ostentan un derecho frente al Estado a obtener un servicio oportuno, eficiente y de calidad, entre otras cosas.

Finalmente, debe señalarse que la Administración ostenta la titularidad del servicio público aun y cuando su prestación sea indirecta, o sea, a través de terceros. A diferencia de la gestión directa del servicio en la que la Administración asume su explotación, en la gestión indirecta se delega la prestación del servicio público en particulares, para lo que se requiere una habilitación especial de la Administración en tal sentido. En todo caso, la Administración debe velar porque la prestación del servicio se adecue a los estándares de cantidad, calidad y eficiencia pertinentes en tanto ostenta su titularidad. Titularidad ésta que a su vez fundamenta la potestad de la Administración de rescindir los contratos de delegación para la explotación de servicios públicos, ante la constatación del incumplimiento de las condiciones básicas en la prestación del servicio (establecidas legal o contractualmente).

En síntesis, el servicio público es una actividad de interés general, el cual se manifiesta en el carácter esencial de la actividad para el desenvolvimiento del Estado o porque satisface un interés o necesidad colectiva que contempla, a su vez, la cobertura de las necesidades particulares de los usuarios. La declaración de una actividad como servicio público determina que ésta es de naturaleza pública, de modo que la titularidad del servicio público corresponde a una Administración Pública. Por ende, los particulares requieren de una habilitación especial de la Administración titular para poder gestionar la prestación de un servicio público, por lo que puede haber un 'desdoblamiento' entre

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

titularidad y gestión, en cuyo caso la Administración conserva siempre determinados poderes respecto de la prestación del servicio (ver dictámenes C-009-2000 del 26 de enero del 2000 y C-152-2000 del 7 de julio del 2000)."

II.-

Sobre el Fondo.

El meollo de la cuestión consiste en establecer si la JASEC debe o no pedir a los usuarios que solicitan el servicio de electricidad para edificaciones en fase de construcción, entendidas éstas como futuras casas de habitación y edificaciones comerciales e industriales, el permiso de construcción municipal como requisito previo para la prestación de ese servicio.

Con el fin de llegar a una conclusión cierta en este asunto, debemos tener presente que estamos frente a la prestación de un servicio público. Así se desprende, en forma clara y precisa, del numeral 3 de la Ley n.º 7593 de 9 de agosto de 1996, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Al respecto, conviene recordar que, tanto de los fallos del Tribunal Constitucional (voto n.º 2000-92) como de la legislación vigente, se confirma la existencia de un principio fundamental del Estado social de Derecho costarricense, como es: el libre acceso de los habitantes de la República a los servicios públicos. Desde esta perspectiva, a ninguna persona se le puede negar el acceso a un servicio público, salvo que existen razones justificadas, es decir, situaciones extraordinarias y objetivas que impidan a la Administración Pública (cuando se da una prestación directa de los servicios públicos) o a los prestatarios (cuando se presenta una prestación indirecta de los servicios públicos) brindar el servicio a todas aquellas personas que lo solicitan. Por otra parte, los prestatarios están en la obligación de brindar los

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

servicios a todos los usuarios de éstos. Por último, deben admitir, sin discriminación, al servicio a todas las personas que lo solicitan (inciso h del artículo 14 de la Ley n.º 7593).

En el caso que nos ocupa, a tenor del numeral 25 de la Ley n.º 7593, el Poder Ejecutivo emitió el Reglamento Sectorial de Servicios Eléctricos, decreto ejecutivo n.º 29847-MP-MINAE-MEIC de 19 de noviembre del 2001, en el que se regulan las condiciones de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima con que debe suministrarse estos servicios públicos, conforme a los estándares específicos existentes en el país o en el extranjero para cada caso. Empero, por ningún lado se regula el tema del acceso a estos servicios; es decir, no se norma lo referente a los requisitos que deben cumplir los usuarios para su prestación. Este vacío que existe en el ordenamiento jurídico, tal y como acertadamente lo reconoce el asesor legal del ente consultante, nos lanza a precisar si en este tema puntual existe o no una reserva de ley.

Hemos visto atrás, en el pronunciamiento que hemos citado, que el Profesor Ortíz Ortíz sostenía la tesis que la potestad de reglamentación de la Administración Pública, cuando estamos en presencia de un servicio público, puede llegar simplemente a regular la prestación que hace el Estado, pero nunca a autocrearse o autoreconocerse potestades públicas que sujeten al particular, sea usuario o tercero, a obligaciones que las leyes no contemplan. En esta misma línea de pensamiento, don Eduardo, al referirse a los límites comunes de los reglamentos autónomos, nos recuerda lo siguiente:

"En razón de no poder afectar los derechos de terceros, no pueden esos reglamentos regular las condiciones de admisión al servicio, porque antes de ésta el usuario es todavía un sujeto no admitido

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

y, por eso mismo, un extraño; ni tampoco suprimir, a título disciplinario o primitivo, la posibilidad de gozarlo, porque ésta es el contenido del derecho de origen legal de que se trata, y proviene, por lo tanto, de una fuente superior al reglamento de servicio.

En general, cabe decir que la Administración puede, por medio de éste, quitar todo lo que da, pero nada más de lo que da porque tal exceso sería incidir sobre derechos de particulares nacidos independientemente del acto de admisión, que serían derechos del individuo como extraño al servicio, y estarían cubiertos por la mencionada reserva de ley, que sólo permite afectar su existencia a través del acto formal de la Asamblea Legislativa.

Finalmente el reglamento de servicio no puede instaurar relaciones sólo entre los usuarios, porque las limitaciones a la libertad y los derechos de éstos que impone el reglamento en el acto y lugar de goce del servicio, deben tener por exclusivo objeto que el respectivo jerarca asegure la regularidad de ese goce y de la prestación administrativa correspondiente, pero no la regularidad de las relaciones entre los usuarios con motivo de esa prestación, que son situaciones jurídicas distintas de las creadas por el acto de admisión y propia, en consecuencia, de los particulares como extraños, es decir, de situaciones jurídicas originarias y no derivadas."

(ORTIZ ORTÍZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Editorial Stradtman, S.A., San José, Costa Rica, 1998, Tomo I, páginas 242 y 243).

Tesis diferente sigue el tratadista español GARRILLO FALLA, quien, y adoptando como punto de referencia el ordenamiento jurídico español (recordemos que en el Reino de España la

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

libertad de empresa no es amparable; véase, sobre este punto, la Enciclopedia Jurídica Básica, Editorial Civitas, Madrid- España, volumen IV, página 6195), sostiene que el uso de los servicios públicos es materia reglamentaria. Al respecto, señala lo siguiente:

"a) Derecho al uso del servicio.- Supuesto un servicio público en funcionamiento, se trata ahora de saber si existe un verdadero y propio derecho subjetivo a favor de los administrados a usar el servicio. Cabalmente del hecho de que el uso de los servicios públicos suele ser materia reglamentada, debe deducirse en principio, una contestación afirmativa, bien condicionada a las siguientes observaciones.

1.º Cuando el derecho a la utilización del servicio tenga su apoyo en normas legales expresas, bastará con que el usuario cumpla las prescripciones generales contenidas en las mismas.

2.º La utilización del servicio puede estar supeditas a que se den en el usuario ciertas condiciones de aptitud, situación económica, de salud, etc., en cuyo caso surgen en manos de la Administración un poder de apreciación que puede convertir el derecho del usuario en un derecho a ser sometido a la prueba correspondiente; por ejemplo, el derecho del aspirante a ingresar en un centro docente oficial a ser examinado, que, naturalmente, no debe confundirse con un derecho a ser aprobado.

3.º En cualquier caso, la admisión al servicio puede venir condicionada por su propia capacidad para realizar la prestación solicitada, de acuerdo con el principio ultra posse nemo obligatur. En estos casos, y no exigiéndose una especial cualificación al usuario, el principio que debe presidir la concesión de la prestación es la del riguroso orden cronológico en

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

que la petición haya sido formulada. Es lo que JORDANA DE POZAS ha llamado con frase gráfica el 'régimen de cola' (GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tecnos, Madrid-España, décima edición, volumen II, página 383).

PÉREZ SÁNCHEZ, con base en un enfoque novedoso que hace la Constitución Política de la República Federal de Argentina, en su numeral 42 y en la Ley de Defensa del Consumidor n.º 22.240, la cual, en su artículo 1º, define al consumidor o usuario como las personas físicas y jurídicas que contraten a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar la prestación de servicios, llega a la siguiente conclusión:

"c) Que el servicio esté organizado y en funcionamiento: En tal caso, el administrado tiene derecho subjetivo a ser admitido como usuario, siempre que se encuentre dentro de las condiciones requeridas por el marco regulatorio o reglamento de servicio, por lo cual puede interponer todos los remedios administrativos o judiciales para ser admitidos." (PÉREZ SÁNCHEZ, Luis R. Servicio Público. Técnica de Protección al Usuario. Abeledo-Perrot, Buenos Aires- Argentina, 1998, página 91)

Debemos aclarar que, del numeral 42 de la Constitución Política de la República Federal Argentina, se desprende la existencia de una reserva de ley en cuanto a los servicios públicos de competencia nacional. No otra cosa puede desprenderse de la siguiente expresión:

"La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas en los organismos de

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

control." (Sobre el tema véase a PÉREZ HUALDE, Alejandro. Constitución y Economía. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000).

En una dirección muy parecida se pronuncia nuestra Constitución Política, cuando, en el numeral 46, expresa que todo lo referente a los derechos de los consumidores y usuarios es reserva de ley. En este análisis, además de tener muy presente el derecho de los habitantes de la República al acceso de los servicios públicos, también debemos considerar el asunto desde la óptica de los derechos de los usuarios de los servicios públicos, aspecto que no es ajeno al Reglamento Sectorial de Servicios Eléctricos, donde, incluso, se precisa el concepto de usuario en relación con este tipo de servicios.

Ahora bien, de la Ley n.º 8220 de 4 de marzo de 2002, Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, la cual utiliza un concepto restringido de administrado, ya que entiende por éste a toda persona física o jurídica que, en el ejercicio de su derecho de petición, información y/o derecho o acceso a la justicia administrativa, se dirige a la Administración Pública (artículo 1º), pareciera desprenderse que existe una reserva de ley en esta materia. En efecto, en el segundo párrafo del numeral 5 de ese cuerpo normativo, se señala lo siguiente:

"Cuando un ente, órgano o funcionario público, establezca trámites y requisitos para el administrado, estará obligado a indicarle el artículo de la norma legal que sustenta dicho trámite o requisito, así como la fecha de su publicación." (Las negritas no corresponden al original).

En el caso que nos ocupa, la situación es dramática, debido a

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

que no existe norma, legal o reglamentaria, donde se autorice a la JASEC a exigir el permiso de construcción municipal como requisito previo para brindar el servicio de electricidad.

Debemos recordar que, en el Estado democrático, el ejercicio del poder es limitado; está sujeto a reglas previas y precisas, las cuales delimitan la competencia de los órganos y entes públicos; o sea, que sus potestades están claramente fijadas de antemano, para alcanzar el fin que el ordenamiento jurídico les impone. "En los términos más generales, el principio de legalidad en el estado de derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de una definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado." (Véase el Voto N°440-98 de la Sala Constitucional.)

El Estado de Derecho supone, según HAURIUO, una gran fe jurídica. "En efecto, cualesquiera que sean las peripecias de la lucha, las iniciativas de los ciudadanos o las resistencias de los gobernantes, de lo que se trata es de la sumisión del Estado al Derecho; más precisamente, de obligar a los gobernantes a actuar siempre en el marco de un Estado, desde ahora dota de una Constitución, de conformidad con las reglas jurídicas que hayan sido establecidas por el pueblo o por sus representantes."

(HAURIUO, André Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Ediciones Ariel, Barcelona-España, 1970, página 191). Desde esta perspectiva, y parafraseando al gran jurista HANS KELSEN, el

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

Derecho es el lenguaje ética y jurídicamente válido a través del cual se expresa el poder. En otras palabras, en la sociedad democrática el Estado sólo puede actuar a través del Derecho, ya que una actuación al margen o en contra de él supone una acción arbitraria y, por ende, sujeta a ser anulada por las autoridades competentes.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado, donde los sujetos están regidos por el principio de libertad (todo lo que no está prohibido está permitido), y sus dos componentes esenciales: el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad entre las partes contratantes), la Administración Pública está regentada, tanto en su organización como en su funcionamiento, por el principio de legalidad (todo lo que no está autorizado está prohibido).

El principio de legalidad ha sido definido como una técnica de libertad y una técnica de autoridad (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y OTRO. Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas, Madrid-España, reimpresión a la tercera edición, 1980). Lo primero, porque en todo Estado de Derecho el poder está sometido al Derecho, tal y como se indicó supra. Con base en lo anterior, el Estado sólo puede expresarse a través de normas habilitantes del ordenamiento jurídico, las cuales responden a los ideales y a las aspiraciones de los habitantes de las sociedades democráticas, con lo que se busca evitar actuaciones que afecten las libertades fundamentales de la persona. El principio de legalidad constituye un presupuesto esencial para garantizar la libertad; sin él, el ciudadano estaría a merced de las actuaciones discriminatorias y abusivas de los poderes públicos.

Por otra parte, el principio de legalidad es una técnica de autoridad, porque gracias a él se le otorgan las potestades

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

jurídicas a la Administración Pública para que cumpla con los fines que le impone el ordenamiento jurídico. Desde esta óptica, el principio de legalidad es una garantía para el administrado, ya que gracias a él, la Administración posee los poderes suficientes que le permiten desplegar las actividades necesarias para satisfacer el interés público. Ahora bien, sólo es legítimo el utilizar esas atribuciones en los fines que expresa o implícitamente le impone el ordenamiento jurídico a la Administración Pública, porque de lo contrario, se caería en vicio de desviación de poder. También, la validez del uso de esos poderes, está condicionada al ejercicio razonable y donde exista una relación lógica y justa entre los medios empleados y los fines perseguidos, ya que de no ser así, se caería en el vicio de exceso de poder.

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

Por su parte, la Sala Constitucional de Costa Rica, en el voto N° 440-98, ha sostenido la tesis de que, en el Estado de Derecho, el principio de legalidad postula una forma especial de vinculación de las autoridades e institución públicas al ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, "...toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso -para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que este

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

constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no esté autorizado les está vedado-; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general; el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto."

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

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

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

En síntesis, el principio de legalidad constituye un presupuesto esencial del Estado de Derecho y, por ende, del sistema democrático. Ergo, ningún ente ni órgano, que conforma la Administración Pública, puede actuar si no existe una norma del ordenamiento jurídico que lo habilite.

La Sala Constitucional ha exigido, además del respecto al principio de legalidad, que la conducta de los poderes públicos se ajuste al principio de razonabilidad. En efecto, en el voto n.º

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

787-94, expresó lo siguiente:

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

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

'De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o a la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o

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

supuestos por ella; y finalmente, la razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad' (Sentencia #1739-92, de las 11:45 horas del 1 de julio de 1992).

V. Lo anterior, con relación a la norma en examen, conduce a considerar, en primer lugar, que los fines de las regulaciones para la contratación administrativa consisten, por una parte, en que el Estado consiga las mejores opciones de contratación en cuanto a precio y calidad -es decir, la eficiencia- y, por la otra, en que los particulares participen en igualdad de condiciones; y, en segundo, que la exigencia de estar al día en pago de las cuotas a la Caja no tiene relación alguna con lo primero; por lo cual, no cumple las reglas del principio de razonabilidad ni responde a los fines de la contratación pública, pues tal obligación no es más que un mecanismo para compulsar ilegítimamente el pago de las cuotas, que constituye una desviación de poder por perseguir fines ajenos a los propios de la contratación administrativa; por lo cual la mayoría de la Sala anula, del artículo 74, la frase que dice:

'para participar en licitaciones públicas o privadas'".

En apoyo de la línea argumentativa que estamos siguiendo, conviene tener presente que en la Ley n.º 8220 de 4 de marzo del 2002, se establece que todo trámite o requisito que se le exige al administrado, debe estar apoyado en una norma del ordenamiento jurídico; no otra cosa puede desprenderse del numeral 4 de la citada ley cuando habla de que "todo trámite o requisito, con independencia de su fuente normativa", lo que supone la existencia

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de una norma previa que le da el sustento. Por otra parte, y tal y como señalamos supra, el segundo párrafo del artículo 5 de esa ley, señala, en forma clara, que cuando un ente, órgano o funcionario público establezca trámites y requisitos para el administrado, está obligado a indicarle el artículo de la norma legal que sustenta dicho trámite o requisito, así como la fecha de su publicación. Si bien esta normativa está referida a los casos en los cuales la persona ejerce alguno de los derechos de petición, información y acceso a la justicia administrativa, consideramos que la necesidad de la norma previa también se aplica en el supuesto de la prestación de un servicio público, de tal manera que la Administración Pública sólo puede exigir un requisito si éste se encuentran en una norma del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, revisando el Decreto Ejecutivo n.º 27967-MP-MiVAH-S-MEIC de 1 de julio de 1999, Reglamento para el Trámite de Visado de Planos para la Construcción, queda claro que los únicos requisitos que se pueden exigir para obtener el permiso de construcción son los establecidos en las leyes que se detallan en el numeral 1 de ese reglamento y, en el caso de las municipalidades, lo que se establecen en las leyes especiales y que se indican en el numeral 2 de ese cuerpo normativo. Así las cosas, la competencia de exigir el permiso municipal de construcción corresponde a las corporaciones municipales. Si en esta normativa especial, que regula los permisos de construcción, no se le otorga la competencia a otros órganos o entes, en este caso a la JASEC, de exigir el permiso de construcción para obtener de ella el servicio que presta, resulta incompetente para ello.

Así las cosas, la JASEC no puede exigir el requisito del permiso de construcción a los usuarios del servicio de electricidad, por la sencilla razón de que no existe ninguna norma del ordenamiento jurídico que la faculte para ello; amén de que

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

estamos frente a la prestación de un servicio esencial, por lo que no se puede restringir su acceso a él sin que exista una norma del ordenamiento jurídico que así lo autorice.

El hecho de que la JASEC sea una empresa pública municipal, en nada afecta la conclusión anterior, por la sencilla razón de que al ser un ente público no estatal (artículo 2 de la Ley n.º 3300 de 16 de julio de 1964), debe actuar sometida al principio de legalidad; amén de que su finalidad principal no es velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico municipal (véase los numerales 1 y 2 de la Ley n.º 3300), competencias que corresponden a otros órganos del Gobierno Municipal.

III.-

Conclusión.

La JASEC no puede pedir a los usuarios que solicitan el servicio de electricidad para edificaciones en fase de construcción, entendidas éstas como futuras casas de habitación y edificaciones comerciales e industriales, el permiso de construcción municipal como requisito previo para la prestación de ese servicio.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]¹⁰

La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, en oficio N° 6610, 746-RG-2006/16159 de 22 de junio siguiente da respuesta a la consulta. Considera la ARESEP que el servicio público implica una cuestión de orden público sujeta a reglas como la referente a las tarifas. La fijación tarifaria es una potestad irrenunciable,

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

inherente, una potestad de imperio. El servicio público debe contemplar un aspecto orgánico, que es la titularidad administrativa (la publicatio); un elemento material, el interés público, y las potestades de imperio de la Administración. Desde el punto de vista económico, el servicio público implica actuaciones que extienden el ejercicio de potestades públicas al ámbito de lo privado. Se trata de un bien o servicio que por sus características tiene impacto sobre los usuarios y la sociedad. Tradicionalmente, el servicio público se asociaba al monopolio público o privado. Es una actividad sometida al control, tanto en sus condiciones económicas, técnicas o de calidad para garantizar la disponibilidad del servicio en todo momento en óptimas condiciones de cantidad y calidad. Con Manzo Yépez define el servicio público como una "actividad técnica encaminada a satisfacer una necesidad colectiva, que se considera básica o fundamental". En cuanto a la fijación de tarifas estima la ARESEP que se trata del ejercicio de una potestad intrínseca a la regulación económica del servicio público. Considera la ARESEP que en el país se sigue un criterio formal de servicio público, por lo que será tal la actividad que sea declarada como tal por la Asamblea Legislativa. El legislador cuenta con la facultad plena de calificar un servicio público. No obstante, el servicio debe presentar elementos que lo califiquen como público, como lo es la generalidad, que significa que el concepto de necesidad colectiva debe referirse a una necesidad sentida por una porción apreciable del respectivo conglomerado de personas. La actividad debe concernir servicios industriales o comerciales. La actividad prestacional del Estado no es servicio público sino servicio social. Se requiere de una declaratoria expresa de la Asamblea Legislativa para someter una determinada actividad al régimen de servicio público. Estima ARESEP que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la potestad tarifaria y los mecanismos diseñados por el legislador para la determinación de lo que corresponda en materia de servicios públicos.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

La ARESEP resalta la importancia del servicio eléctrico y agrega que éste debe ser analizado como una serie de servicios complementarios, cada etapa teniendo sus propias características. Frente a otros sectores económicos, el de energía se caracteriza por ser una industria intensiva en capital, horizonte de planeación, inversiones de largo plazo, electrificación de la economía, utilización de redes, sistemas interconectados, no almacenable comercialmente, comportamiento de la demanda, monopolio natural, consumo de insumos estratégicos, costos ambientales, externalidades en la producción y el consumo, contribución al desarrollo. En cuanto a los elementos consultados por el ICE, añade la Autoridad Reguladora que el servicio eléctrico se compone de una serie de etapas, todas enlazadas entre sí, las cuales son verdaderos servicios públicos por sí mismos. La generación eléctrica cuando no es para consumo propio constituye un servicio público. El servicio de electricidad que requieren los usuarios finales comprende la satisfacción de una necesidad de la población: contar con un bien llamado electricidad y las condiciones propias del mercado y comercio de dicho bien (equilibrio de oferta y demanda, oportunidad, medición, facturación y cobro de ese bien). El servicio requiere de redes eléctricas tanto para la transmisión como para la distribución, para transportar la energía producida por los generadores hasta los usuarios finales. El requerimiento de la población de contar con el servicio público de electricidad no puede ser suministrado por las empresas productoras dado la separación física entre los centros de producción y los puntos de consumo, induciéndose la necesidad de transporte de la energía. Nace la actividad de suministro de electricidad en la etapa de transmisión de energía eléctrica. Concibe la regulación de los servicios público como "un marco de actuación de los agentes económicos, las empresas reguladas y los consumidores; y en hacer que ese marco se cumpla". Regulación que se justifica por la existencia de al menos una de

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

las siguientes situaciones de mercado: monopolios y otras estructuras no competitivas, externalidades, problemas de información; bienes de red, bienes públicos puros, asignación de derechos de propiedad, bienes estratégicos, efectos redistributivos. Argumenta que en el caso del servicio eléctrico las características se reflejan de diferente forma en las diferentes etapas del negocio, por lo que surgen diferentes necesidades y enfoques de regulación en cada sector. En ese sentido, reafirman que cada etapa del negocio eléctrico debe ser regulado en forma diferente, porque se trata de actividades diferentes en cuanto a la estructura monopólica del mercado, las externalidades asociadas y si son o no actividades de red. Agrega que la regulación para cada actividad afecta la determinación del nivel tarifario y uno de los factores que mayor impacto tiene sobre la metodología de diseño de tarifas es el grado de liberalización del sector. Si el sector está totalmente liberalizado, el precio de la energía resulta de la libre interacción entre oferta y demanda en el mercado mayorista. En el caso costarricense se trata de un mercado regulado con un alto grado de integración horizontal y vertical, por lo que la fijación de tarifas toma en cuenta la estructura del sector de generación, que asigna a los generadores privados un papel vital.

Completa su exposición ARESEP señalando que debe plantearse si es posible la generación privada para venta de energía al ICE fuera de los supuestos tasados en la Ley 7200 o la concesión otorgada por el artículo 5, a) en relación con el párrafo segundo de ese mismo artículo de la Ley 7593. Al respecto, indica que para la generación privada se requiere contar con una concesión. En el caso de la Ley N. 7200 se prevé dos formas de otorgamiento de concesión. El artículo 5 autoriza a la ARESEP a otorgar concesiones destinadas a explotar centrales eléctricas de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

capacidad limitada hasta de un máximo de veinte mil kilovatios y por un plazo no mayor de veinte años. El capítulo II de la Ley establece que la ARESEP otorgará las respectivas concesiones de explotación a las centrales eléctricas a las cuales el ICE les adjudique contratos para adquirir energía eléctrica. Fuera de esos supuestos no es posible la generación para la venta de energía al ICE. La estructura del mercado eléctrico costarricense supone la figura de un comprador único (el ICE) que le compra energía a los generadores privados, mediante concesiones, contratos y tarifas establecidos o aprobados por la ARESEP. Argumenta que la diferencia entre "entregar la energía" y "suministro del servicio" no pasa de ser un asunto de redacción, porque se trata del mismo suministro de electricidad. Los generadores privados suministran al ICE energía en un punto de entrega, contabilizado por un sistema de medición, facturado y retribuido por el ICE a los precios que debe fijar ARESEP, lo cual corresponde a una entrega de energía, suministro de energía, existiendo un vendedor, el generador privado, un cliente, el ICE, la energía ingresa al sistema de transmisión del ICE y directamente en las redes de distribución de las empresas distribuidoras y cuyo destino es el consumidor final. En ese orden de ideas precisa que no toda la energía es suministrada a los usuarios finales por el ICE, ya que la mayor parte de ella se la vende a las empresas distribuidoras, por lo que para el ICE la energía considerada como servicio público debería ser únicamente la proporción de su propia comercialización de electricidad y no la que le vende a las otras empresas distribuidoras. En su opinión, no se trata de un negocio puro y simple de naturaleza comercial, ya que los precios y condiciones a los que se pacta esa energía son fijados por la ARESEP. En cuanto a la consulta formulada por el ICE, considera que presenta argumentos no muy coherentes entre sí. Respecto de la prestación al usuario final considera la ARESEP que el argumento del ICE no se conforma con la estructura de un sistema eléctrico y lo establecido en el artículo 5, inciso a) de la Ley N° 7593. Un sistema eléctrico es un conjunto de sectores interconectados entre

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

sí, en el cual destacan la generación, transmisión, distribución y comercialización. En términos regulatorios cada uno de esos sectores puede ser tratado por separado. Por lo que estima que cada generador privado que le vende energía al ICE es un agente del mercado que requiere ser regulado. Acerca del carácter de negocio de naturaleza comercial, recuerda la ARESEP que la generación privada ha sido calificada de interés público y los conceptos de actividad comercial y servicio público no son excluyentes. La generación es un proceso de producción de electricidad en centrales de cualquier tipo, el generador es la empresa eléctrica, titular de una concesión, por lo que la generación es un servicio público. La actividad de generación se rige por regulaciones normadas por el Estado y no por contratación. Considera la ARESEP que si bien el ICE tiene la responsabilidad de suplir la demanda nacional, eso no significa que los demás agentes del mercado no tengan una cuota de responsabilidad en el mercado, asignada igualmente por leyes específicas, que inclusive declara específicamente de interés público la actividad. En ese sentido, señala que todo generador de electricidad está colaborando en suplir la demanda nacional, por lo menos por dos razones fundamentales: sin su intervención no podría ser suplida la demanda total del sistema y porque cada generador le sule a determinados usuarios, que aunque no sean usuarios finales sí constituyen usuarios en el sentido de que usan la energía para un fin determinado que no es suplir sus propias necesidades. Limitarse a fijar tarifas: considera la ARESEP que la afirmación del ICE no es conteste con el contenido de las leyes 7200 y 7593. La Autoridad Reguladora otorga, prorroga, modifica o traspasa las respectivas concesiones, declara la caducidad de esos contratos y ratifica los respectivos contratos de compra venta entre el ICE y cada generador privado. Generador privado no suministra la energía: el generador le suministra energía al ICE, constituyéndose en un servicio público porque participa directamente en la generación eléctrica. Tipo de concesión: Estima que todos los generadores con concesión válida tienen las

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

responsabilidades derivadas de las diferentes leyes y de las respectivas concesiones, que implican una cuota de responsabilidad sobre la organización y gestión del sistema eléctrico. La generación por sí misma es un servicio público: la generación eléctrica es un mercado sujeto a regulación en cada una de sus aspectos esenciales: concesión, calidad y tarifas. Se trata de suplir un servicio público a ciertos usuarios bajo ciertas condiciones establecidas en el marco legal y en las regulaciones específicas del ente regulador. Por lo que la generación es un servicio público por sí mismo.

Concluye que la generación de electricidad está calificada como servicio público cuando es incorporada al ciclo del suministro de las redes de transmisión y distribución de las empresas eléctricas, para ser transmitida, distribuida y comercializada a los usuarios finales. Las empresas privadas generadoras de energía venden la energía al ICE por una disposición legal. El ICE es uno de los varios encargados de suministrar el servicio público a los usuarios. Las diferentes formas de gestión que existen no forman parte de las características esenciales para definir cuando un servicio sea público o no. La naturaleza del servicio de generación no es contractual, sino normativa.

En nuestro ordenamiento, la generación de energía eléctrica se define como un servicio público. Dicha definición se impone al operador jurídico, que no puede desconocerla por razones económicas, particularmente comerciales.

I.-

UN SERVICIO PUBLICO POR DISPOSICION DE LEY

Partiendo de que el servicio público presupone una prestación directa al público, el ICE sostiene que es servicio público el suministro de energía eléctrica al usuario final, sin que pueda considerarse que la generación de energía por sí sola sea servicio público. La generación es servicio público cuando se incorpora al ciclo del suministro de la energía a cargo del ICE. Lo que lo lleva a considerar que las empresas generadoras de energía eléctrica venden al ICE sin que participen en la gestión de un servicio público.

A.-

LA DEFINICION DE SERVICIO PUBLICO: RESERVA DE LEY

El servicio público presupone una actividad de interés general, interés general que es retenido por el legislador a efecto de someterlo a un régimen jurídico particular, que puede ser comprensivo de regulación.

1.-

Una actividad de interés general

En diversos pronunciamientos, la Procuraduría se ha referido al concepto de servicio público. Un concepto fundamental en el Derecho Público, pero que no es de carácter unívoco y, por el contrario, a partir de la llamada "crisis del servicio público" es cambiante y lábil. Un concepto evolutivo, en tanto está en función del momento histórico y, por ende, de las condiciones económicas y sociales de una concreta sociedad. A pesar de estos cambios en el concepto del servicio público, resulta claro que este término designa una actividad dirigida a la satisfacción de una necesidad general, que es de interés público y que está sujeta a un régimen jurídico especial.

El interés general presente en la actividad determina que ésta es esencial para el desenvolvimiento del Estado o de la sociedad y ello en el tanto en que satisface una necesidad que se presenta como colectiva. Al respecto, la Sala Constitucional ha manifestado:

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

" Una actividad privada que satisface necesidades o intereses de carácter general, será objeto del interés estatal y estará legitimado el Estado para intervenirla mediante legislación declarándola servicio público. El particular puede ejercitar actividades que no salgan de su esfera privada, pero si llega a involucrarse con el interés general previamente declarado, resulta legítimo que el Estado haga valer el cumplimiento de su legislación". Resolución N° 5850-2004 de 10:16 hrs. de 28 de mayo de 2004.

La satisfacción del interés general determina la declaratoria de la actividad como servicio público. La relación entre servicio público e interés general reafirma que el servicio público no funciona en interés de la Administración titular así como tampoco respecto del interés particular de los usuarios, sino que debe tender a la satisfacción del interés general que justifica la publicatio. La ausencia de interés general permitiría cuestionar la declaratoria de una actividad como servicio público. Pero, además, en el tanto la prestación de la actividad se disocie del interés general, cabría cuestionarse los poderes que a la Administración se reconoce en orden al servicio público y el hecho mismo de que un tercero se vea compelido a no explotar la actividad sin acto habilitante de la Administración titular del servicio.

2.-

Una reserva legal

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

Corresponde al legislador señalar cuáles son las actividades que, en razón de interés general que encierran, son consideradas como servicio público. Este aspecto de la competencia del legislador está presente en nuestro ordenamiento, ya que la Ley de creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos dispone:

"Artículo 3.-

Definiciones: Para los efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:

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

Disposición que debe entenderse en el sentido de que es servicio público la actividad calificada por tal por el legislador, para efectos de sujetarla a un determinado régimen. Pero para efectos de la citada ley N° 7593 sólo son servicios públicos los expresamente así señalados por la ley. La Procuraduría ha interpretado esa disposición, indicando que:

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

"no significa que solo existe servicio público si expresamente la ley indica que se trata de un servicio público o bien, si expresamente está contemplado en el artículo 5° de la Ley de la ARESEP. En efecto, aparte de que dicho artículo es una disposición de rango legal que no vincula al legislador, cabe recordar que comúnmente el legislador crea servicios públicos sin señalar expresamente que la actividad que regula y atribuye a la Administración es servicio público, lo que no desdice de la naturaleza jurídica de esa actividad. Basta, al efecto, que la actividad haya sido legalmente considerada de interés público. Se cumple, así, el principio de que la publicatio, acto de declaración de una actividad como de interés público, se realiza a través de la ley, en virtud del principio de reserva legal" (dictamen N° C-152-2000 de 7 de julio de 2000).

A contrario sensu, si el legislador ha calificado determinada actividad no sólo de interés público sino de servicio público, resulta evidente que la Administración debe tenerla, para todos los efectos, como servicio público. Poco importa, al efecto, que la actividad no esté contemplada en el artículo 5 de la Ley de la ARESEP. Por consiguiente, a dicha actividad le resultará aplicable el régimen general de los servicios públicos, salvo disposición en contrario del ordenamiento.

3.-

Un régimen jurídico particular

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

La actividad de servicio público se somete a un régimen jurídico particular que se fundamenta en la satisfacción del interés general. Elemento esencial de ese régimen es la publicatio, lo que no excluye que la gestión del servicio sea realizada en forma indirecta. Al lado de estos elementos tenemos la sujeción a principios. Los principios tradicionales, conocidos como Lois de Rolland y consagrados en el artículo 4 de la Ley General de Administración Pública, actúan como elemento unificador de la noción: igualdad, continuidad y adaptación constante; a los que se agregan los principios de transparencia, neutralidad, especialidad, derecho de participación del usuario en su gestión; calidad, rapidez, tarificación por costos, responsabilidad, etc.

En tratándose de los servicios públicos de carácter industrial o comercial, caracterizados porque se refieren a actividades de producción e intercambio de bienes y servicios, se ha desarrollado a partir de 1980 la técnica de la regulación económica. La regulación incide sobre un determinado sector del mercado mediante el establecimiento de reglas, directivas e incentivos, a los efectos de orientar las decisiones de los actores hacia el interés general. Características de esa regulación son la subsidiariedad y transitoriedad (D, NALLAR El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 120, L. RAPP "Les nouvelles régulations économiques" AJDA , juin 2001, p. 568, D, TRUCHET "L'idée d'un corps de règles commun aux services publics s'imposera", AJDA, 26 janvier 2004, p. 117).

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

La regulación es una técnica que incide directamente en la organización del servicio pero también en su prestación, particularmente cuando esa regulación se manifiesta mediante un procedimiento administrativo de supervisión de la acción y control tarifario. Podría decirse que una de las particularidades del actual régimen del servicio público industrial y comercial radica, precisamente, en la regulación.

Debe quedar claro que la regulación es expresión del poder de policía en materia económica. Es por ese hecho que se presenta en relación con los servicios públicos de naturaleza económica. Que este sea el campo de la regulación se explica por el objeto de ésta. La función tiene como objeto un arbitraje, un equilibrio entre distintos objetivos, de valor económico o no económico (por ejemplo, protección del consumidor, respeto a los derechos fundamentales, satisfacción de intereses públicos) en el marco de un mercado competitivo. Supone, entonces, una actividad de carácter económico.

Empero, la existencia del servicio público no está determinada por la regulación. En consecuencia, pueden existir servicios públicos, incluso de naturaleza económica, que no estén sujetos a regulación. Como anteriormente se indicó, los servicios públicos en Costa Rica no se limitan a lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Lo que ese artículo indica es la lista de los servicios públicos que son

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

objeto de regulación por parte de ese Ente, sin que autorice a desconocer la naturaleza de servicios públicos de otros servicios no comprendidos en la lista.

B.-

LA GENERACION: UN SERVICIO PUBLICO

Como bien indica la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el tema de la consulta que plantea el Instituto Costarricense de Electricidad ha sido objeto de diversos pronunciamientos por parte de la Procuraduría. En todos ellos, este Organismo Consultivo mantiene el criterio de que la generación de energía eléctrica es servicio público. Criterios que el ICE debate al considerar que sólo el suministro directo al usuario final configura un servicio público.

1.-

Un servicio público

El servicio de energía eléctrica en sus distintas fases es un servicio público, que puede ser gestionado, al menos en su fase de

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

generación, en forma indirecta. Entre los pronunciamientos que se refieren a esa naturaleza están el dictamen C-009-2000 de 26 de enero de 2000 y la Opinión Jurídica N° OJ-120-2001 de 3 de septiembre de 2001, de los cuales extraemos el siguiente desarrollo.

Desde la Ley de creación del Servicio Nacional de Electricidad, N° 258 de 18 de agosto de 1941, el legislador ha considerado la generación de energía hidroeléctrica como un servicio público. Un servicio público que, en dicha oportunidad, se consideró podría estar a cargo de un particular. Dispusieron los artículos 5 y 6 de dicha ley:

"Artículo 5°.-

Las concesiones y derechos para el aprovechamiento de las aguas y las fuerzas derivadas de las mismas así como el desarrollo, transmisión, transformación y distribución de fuerzas eléctricas de cualquier fuente de energía y que estén comprendidas en esta ley sólo pueden obtenerse condicionalmente y por tiempo limitado, el que no excederá de veinticinco años.

Artículo 6°.-

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

La facultad de dar concesiones o derechos de aguas y fuerzas hidráulicas y eléctricas a que se refiere esta ley, pertenece exclusivamente al Servicio Nacional de Electricidad, que tiene el derecho de intervención en la utilización de tales aguas y fuerzas y la suprema vigilancia en todo lo relacionado con los negocios de fuerza eléctrica en la República".

Se dispone que la actividad eléctrica es servicio público, tanto en lo que se refiere a su generación o producción (marcada con el término desarrollo), como en su transmisión y distribución. En términos del actual artículo 5° de la Ley de la ARESEP, el "suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización".

La explotación de ese servicio público no tiene necesariamente que ser directa y en condiciones de monopolio. El artículo 5° de la Ley 258 abrió la posibilidad de una gestión privada del servicio, para lo cual se requeriría la habilitación mediante otorgamiento de una concesión por parte del Servicio Nacional de Electricidad. En consecuencia, el servicio de suministro de energía eléctrica podía ser explotado por una entidad pública o bien por un particular. Este último en tanto obtuviere la concesión.

Esa situación no varía con la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Conforme el artículo 5 de esa ley, el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización es un servicio público. En razón de esa naturaleza, el inciso a) del artículo 5 de la Ley N° 7593 le otorga competencia a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para fijar los precios y tarifas del suministro de energía eléctrica en esas etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización. Como puede observarse, la ley le otorga a la ARESEP la competencia para la fijación de tarifas sobre el servicio público de suministro de energía eléctrica en todas sus etapas, o sea desde su generación hasta su comercialización.

La norma no distingue por el origen del servicio público en cuestión, o sea, el servicio de energía eléctrica es calificado como público independientemente de la fuente de obtención de dicha energía (aguas, hidrocarburos, desechos orgánicos, incluido el bagazo, energía eólica, etc.) y de allí, precisamente, la competencia tarifaria genérica de la Autoridad Reguladora en la materia: la ARESEP es el ente competente para fijar las tarifas de la energía eléctrica, independientemente de la fuente de la que provenga esta energía. Pero, además, con absoluta independencia de la etapa de que se trate. Ergo, le compete tanto la fijación tarifaria de toda generación de electricidad, como de su transmisión y distribución.

2.-

Generación para suministro al ICE

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

Como se deriva de la siguiente transcripción del dictamen C-009-2001, con anterioridad el ICE ha sostenido que la generación de energía eléctrica no es en sí misma servicio público, por cuanto dicha actividad no constituye una prestación al público:

"En el primer oficio remitido por el ICE, se parte de un concepción económica del servicio público, de acuerdo con la cual debe entenderse como servicio público no cada una de las fases a que se refiere el artículo 5° sino las diversas etapas del proceso que tiende a la satisfacción de la necesidad del usuario. Se argumenta que la generación eléctrica por parte del privado no va dirigida directamente a la satisfacción de las necesidades de los usuarios, sino que constituye una actividad dirigida a permitir al ICE satisfacer esas necesidades, ya que éste es el distribuidor final del servicio. De acuerdo con lo cual habrá servicio público cuando la actividad de interés público consista en una prestación al usuario. Criterio que, en cierta forma, se asocia con las definiciones -particularmente de la doctrina española- sobre el servicio público.

Si bien se considera que el servicio público debe consistir en una satisfacción de una necesidad colectiva, es lo cierto que en lo que se refiere a la energía eléctrica existe una tendencia a considerar que las diversas fases del proceso constituyen servicios públicos. Tendencia que en nuestro ordenamiento se

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

recoge desde 1941, con el artículo 5° de la Ley N° 258 de mérito. Disposición que difícilmente podría considerarse que se motivaba en la necesidad de garantizar el principio de concurrencia y con ello, la circunstancia de que cada una de esas fases estuviera a cargo de un operador diferente, de manera que no se propicie un monopolio en manos de un único operador, como podría ser el fundamento de la diferencia que se hace actualmente. Es de advertir que, independientemente de las razones que justifiquen la diferenciación en fases, para el operador jurídico lo importante es que jurídicamente cada fase es considerada un servicio público (artículo 5° de la Ley de creación de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos) y que esa categorización sólo puede ser modificada por el legislador. Por consiguiente, no puede distinguirse entre esas fases para estimar que en una de ellas no existe servicio público. Cabe tomar en consideración, además, que la generación de la energía eléctrica no tiene como usuario final al ICE ni constituye tampoco un insumo para que éste produzca otros bienes y servicios. Por el contrario, la energía generada es vendida en forma exclusiva al ICE por la sencilla razón de que es a éste a quien la Ley le encarga la distribución posterior de la energía, de manera que asume en forma exclusiva la prestación última al usuario del servicio. El ICE es el titular de la Red nacional de Transmisión, por consiguiente asume la transmisión y parte de la distribución de la energía en el territorio nacional. Aspecto que redundaría a favor de considerar que la generación privada de electricidad, con base en la Ley N° 7200 y sus reformas, constituye también un servicio público. Ello de la misma forma que, eventualmente, habría que considerar que es servicio público la transmisión de energía producida por terceros o en su caso, la distribución final que corre a cargo del ICE.

Recalcamos con ello que si se niega la calidad de servicio público

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

a la generación de electricidad por ser una única fase, también habría que negar dicha calidad a la transmisión y distribución final del servicio al usuario, porque son fases de la actividad económica. Aspecto que es importante de considerar, particularmente en caso de que hubiese una mayor apertura del servicio. Baste señalar, empero, que la publicación concierne todas las fases del ciclo económico relativo a la energía, aun cuando normalmente la generación esté en manos privadas y se procure una concurrencia. Respecto de la existencia de un comprador único, encargado de la transmisión y posterior distribución, procede recordar incluso que en la Comunidad Europea, tan apegada al principio de libre concurrencia, todavía recientemente se consideró que el transporte y distribución de la energía eléctrica y del gas natural eran "monopolios naturales", por lo que la concurrencia no era materialmente posible respecto de estas actividades. Por consiguiente, no todo generador podía ser transmisor y distribuidor final. Ello en razón de que se aumentarían los costos, se atentaría contra la calidad del ambiente y se plantearían problemas de seguridad. La directiva electricidad de 19 de diciembre de 1996 permite que exista un único operador de la red, responsable de su explotación, mantenimiento y desarrollo. Puede existir un comprador único en tanto los distintos generadores tengan acceso a la red, lo que significa que los generadores no venden electricidad al consumidor final, y no por ello dejan de ser considerados como explotantes de un servicio público (Cfr. F, HAMON: "Le marché intérieur de l'énergie: les directives électricité et gaz naturel", AJDA, novembre 1998, p. 851y ss.).

Reafirmamos que si la generación privada no fuere servicio público, resultaría inocuo que la ley 7508 exija al generador privado contar con una concesión otorgada por la ARESEP. El

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

generador privado de energía hidroeléctrica que vende al ICE no puede operar la planta hidroeléctrica si no cuenta con habilitación para ello, y esa habilitación es una concesión. Y como se trata de una explotación, esa concesión se entiende es de servicio público. De modo que independientemente de que el comprador único sea el ICE, el generador de la energía es un concesionario de servicio público". Dictamen N° C-009-2000 de cita.

Criterio que debe mantenerse en vista de que corresponde a la definición legal y a la concepción internacional del servicio eléctrico. Cabe recordar que este se concibe como integrado por diversas fases, cada una de las cuales se considera servicio público, lo que no excluye que sea planificado, reglamentado y dirigido como si se tratase de una unidad.

II.-

UNA CALIFICACION QUE SE IMPONE AL OPERADOR JURIDICO

El Instituto Costarricense de Electricidad consulta el criterio de la Procuraduría sobre la "generación de energía como servicio público", dentro de su interés de buscar mecanismos alternativos para la producción de energía. En particular, es su interés el utilizar el bagazo como fuente de energía limpia, durante los meses de verano. Su interés en hacer la adquisición

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

correspondiente se ve afectado por la imposibilidad de considerar tal adquisición como una contratación, debiendo considerarse servicio público. Imposibilidad que derivaría de la fijación tarifaria.

Establecido que la generación de energía eléctrica es servicio público por definición de ley, se sigue que el operador jurídico está impedido para desconocer tal calificación. Máxime que la interpretación que retiene el ICE propiciaría una diferenciación de régimen de la generación, que iría en detrimento de la regulación.

A.-

LA SUJECION AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Dado que el legislador ha definido la generación de energía como servicio público, la declaración correspondiente es parte de la legalidad que se impone tanto al ICE como a los generadores privados.

1.-

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Una declaración cubierta por el principio de legalidad

La Administración Pública se encuentra sometida en su actuar al principio de legalidad, de modo tal que sólo puede realizar aquellos actos autorizados por el ordenamiento jurídico, según la escala jerárquica de sus fuentes. Este principio, establecido en el artículo 11 de la Constitución Política y en el 11 de la Ley General de la Administración Pública, constituye pilar fundamental del Estado de Derecho en tanto garantiza la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico costarricense. La Administración debe respetar el ordenamiento existente. La infracción a dicho ordenamiento priva de validez a la acción administrativa, originando la nulidad de lo actuado. Es decir, la sujeción a la legalidad no se limita al respeto a la competencia, sino que abarca el contenido mismo del acto. La actuación tiene que sujetarse al ordenamiento jurídico según la escala jerárquica del mismo. Eso significa que cada acto debe ser conforme sustancialmente con las normas aplicables, según esa escala. En caso de que la Administración actúe en desconocimiento de ese ordenamiento, su actuación será inválida y podrá ser declarada nula.

Disconformidad que se presentaría si el operador jurídico desconociese la regulación aplicable a la generación privada de energía eléctrica, regulación que define la actividad como un servicio público y no como una relación comercial entre dos sujetos del ordenamiento.

2.-

La generación no se analiza legalmente como una producción comercial

La calificación de servicio público dispuesta en el artículo 5, inciso a) de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos es general y objetiva. En ese sentido, se aplica para toda forma de generación de energía eléctrica y con absoluta independencia de quién sea el generador. Ergo, se aplica a generadores públicos o privados.

Pero existen disposiciones que regulan específicamente la generación de energía por particulares. Tal es el caso de la Ley de Generación autónoma o paralela, Ley N° 7200 de 28 de septiembre de 1990, que en criterio del ICE somete a los generadores a una situación contractual, de naturaleza comercial.

La generación se define en función de la integración al sistema eléctrico nacional. Y es en esa condición que se dicta un cuerpo de disposiciones para enmarcar la generación. Obsérvese que no se trata de una regulación de una actividad comercial de naturaleza privada, altamente enmarcada por disposiciones de

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

Derecho Público, como es el caso de la actividad bancaria. Por el contrario, se parte de la existencia de un servicio público.

En efecto, tenemos que la actividad de generación es calificada de interés público, artículo 5. Podría discutirse si esa calificación implica en sí misma una definición de servicio público. No obstante, del conjunto de disposiciones que se establece se deriva tal naturaleza. No se trata sólo de un actividad sujeta a una estricta intervención del poder público, sino de un servicio público que se somete a regulación. Para tal efecto, dispone el artículo 5 de la Ley 7200:

“ARTICULO 5.-

Facultades del SNE.

El (SNE) tendrá facultad para otorgar concesiones destinadas a explotar centrales eléctricas de capacidad limitada, hasta de un máximo de veinte mil kilovatios (20.000 kw) y por un plazo no mayor de veinte años.

Asimismo, podrá prorrogar esas concesiones, modificarlas o traspasarlas, sin que se requiera autorización legislativa; pero

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

este requisito será indispensable cuando la explotación sobrepase los veinte mil kilovatios o el adquirente tenga concesiones aprobadas que, sumadas a la nueva, excedan de esa cantidad”.

La producción de energía para fines distintos del consumo propio no es libre. Antes bien, es una explotación que requiere de habilitación. Pero no es la habilitación de una actividad regulada, como podría ser el caso de la actividad bancaria. Por el contrario, se trata de un mecanismo de gestión indirecta del servicio público. Gestión que se permite por medio de concesión. El otorgamiento de esa concesión queda enteramente sujeto a la competencia del SNE y ahora de la ARESEP. Esa competencia comprende el modificar, prorrogar, traspasar o declarar caduca la concesión.

Precisamente porque se trata de un servicio público, se regulan distintos aspectos de la producción, poniéndose un límite a la explotación: en principio, no debe exceder de los veinte mil kilovatios. La concesión supone una declaratoria de elegibilidad por parte del ICE (artículos 6 y 7). Este requisito y sobre todo la facultad que se da al ICE para rechazar la declaratoria de elegibilidad cuando la nueva solicitud interfiera con un proyecto o concesión anterior encuentra su razón de ser en el hecho de que la generación es un servicio público. De no existir esa declaratoria y aún considerando la actividad como de interés público, difícilmente podría considerarse tal proceder como conforme con el principio de libertad de empresa.

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

Cabe recordar al respecto que los sujetos privados se encuentran imposibilitados para producir energía eléctrica para fines distintos al propio consumo. Una generación para venta a terceros sólo puede realizarse en el marco de la Ley N° 7200 o bien, en tratándose de asociaciones cooperativas de electrificación rural, a consorcios formados por estas, en los supuestos de la Ley de Participación de las Cooperativas de Electrificación Rural y de las Empresas Servicios Públicos Municipales en el Desarrollo Nacional, Ley N° 8345 de 26 de febrero de 2003, que no se aplica al ICE. Y como estamos en el ámbito de acción del ICE, tenemos que fuera de los supuestos de la Ley N° 7200 que debe ser analizada en relación con la 7593, no es posible la generación para la venta de energía a un usuario, aun cuando éste sea el ICE. Por el contrario, como indica la ARESEP, la estructura del mercado eléctrico costarricense supone la figura de un comprador único (el ICE) que le compra energía a los generadores privados, mediante concesiones, contratos y tarifas establecidos o aprobados por la ARESEP.

A lo anterior debe sumarse el ejercicio de las competencias de la ARESEP en relación con los generadores privados, a lo cual nos referiremos luego.

Sostiene el ICE que el generador realiza una actividad comercial y que es esta la naturaleza de la negociación que entabla con el ICE.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Ciertamente al autorizar la generación privada, el legislador consideró conveniente propiciar la inversión privada en el sector de energía eléctrica. Las razones por las cuales se pretendió incentivar tal generación privada no pueden llevar a desconocer el carácter de servicio público de tal actividad, según lo ya indicado.

Los servicios públicos de naturaleza económica pueden ser explotados por particulares previa delegación de la gestión por parte de la Administración titular. El delegatario del servicio puede participar en la gestión de éste por múltiples razones y una de ellas es el beneficio económico que de la explotación del servicio puede derivar. Es difícil concebir que el concesionario de servicio público o en general, el prestador privado de éste, carezca de un interés económico privado. Ese interés no prejuzga de la naturaleza del servicio público. En igual forma, debe considerarse que la explotación del servicio supone la contratación con el destinatario final. En la mayor parte de los contratos bajo los cuales se presta el servicio al usuario se aplican normas de Derecho común. Va de suyo que la prestación última del servicio y en particular de los servicios regulados por la Ley de la ARESEP, implica una relación contractual. Relación entre el delegatario del servicio y el usuario final. Empero, la existencia de esos contratos y en su caso la naturaleza, el régimen jurídico aplicable no puede llevar a desconocer el carácter de servicio público de la actividad de que se trate. Por ello, cabe aceptar que servicio público y relación contractual no son términos excluyentes.

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

En los supuestos de la Ley N° 7200 la generación de energía eléctrica tiene como objeto inmediato la venta al ICE. Los contratos correspondientes son regulados por los artículos 13 y 21 de la citada Ley. El primero de dichos artículos faculta al ICE para contratar la compra de energía eléctrica como parte de su actividad ordinaria. En tanto que el segundo artículo regula las particularidades del llamado régimen de competencia, lo que presupone también una relación contractual. Ciertamente el ICE contrata, pero esa contratación no prejuzga el hecho de que la generación en tanto fase de la actividad eléctrica constituye servicio público y el hecho de que se produce electricidad no para que el ICE la consuma, como si se tratase de un insumo más dentro de la actividad del Ente, sino para que en su caso la transmita y distribuya. Distribución que no es necesariamente hacia el usuario final, sino que puede ser a otros operadores del sistema. En todos los casos, el objetivo último de la generación es la satisfacción de las necesidades del sistema eléctrico y, por ende, de la colectividad en su conjunto. Estos contribuyen a satisfacer la necesidad colectiva, vendiendo la energía al ICE.

B.-

EL GENERADOR PRIVADO ESTÁ SUJETO A LOS PRINCIPIOS DEL
SERVICIO PUBLICO

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

El interés del ICE en que se establezca que la generación privada de energía eléctrica no es servicio público, radica en la posibilidad de comprar energía eléctrica, producida por fuentes alternas, en condiciones más ágiles que las establecidas actualmente dentro del concepto de servicio público. La potestad regulatoria a que se sujeta la generación eléctrica debe procurar la satisfacción de los principios de servicio público y en particular, los objetivos que el legislador atribuye a la fijación tarifaria.

1.-

La sujeción a la potestad regulatoria

Considera el ICE que la generación de energía eléctrica no puede ser considerada servicio público, entre otros aspectos, porque no sólo no suple una necesidad colectiva sino porque ARESEP no ejerce todas las potestades regulatorias respecto de la generación privada.

Como se indicó, la Ley 7200 sujeta a la regulación de la ARESEP la generación autónoma o paralela de energía eléctrica. Esa Ley establece la competencia de la ARESEP sobre la concesión: su otorgamiento, prórroga, transmisión y sanción. La ARESEP puede declarar una caducidad en los términos del artículo 12 de dicha Ley. Pero, además, debe resultar claro que a partir de la Ley

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

7593, los generadores quedan sujetos a la competencia reguladora de la Autoridad Reguladora en los términos en que dicha Ley lo establece y ello por la propia condición de generadores. Ello implica que la Autoridad puede no sólo fijar tarifas, sino también vigilar el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima que deriven de las disposiciones legales, reglamentarias en la materia o de las normas técnicas emitidas por la ARESEP. Lo que implica el reconocimiento de un poder normativo en los términos indicados y de una facultad de fiscalización. Esta fiscalización, dirigida a verificar calidad, confiabilidad, continuidad, los costos, precios y las tarifas del servicio público, puede implicar inspecciones in situ a discreción del Ente Regulador ("cuando lo estime conveniente", artículo 6 de la Ley) y revisión de documentos privados con base en los artículos 14 y 24 de su Ley. Lo anterior sin desconocer que la Autoridad debe velar por la aplicación de los principios de libre competencia, procurando descartar la formación de monopolios y la constitución de prácticas monopolísticas.

La circunstancia de que los generadores privados no entren en relación directa con el usuario final no les exime de someterse a la reglamentación y a las normas técnicas que hayan sido emitidas en relación con la generación de energía y la protección del medio ambiente. Además, tampoco los exime de cumplir los principios de servicio público en orden a su continuidad y adaptación constante. La violación a esos principios o el incurrir en alguna de las conductas tipificadas en los artículos 38 a 41 de la Ley N° 7593 determinará el ejercicio de la potestad sancionatoria reconocida a la ARESEP.

2.-

La práctica de la regulación debe satisfacer el interés general

El ICE estima que la generación de energía por sí misma no constituye servicio público, criterio que externa por su interés en encontrar mecanismos alternativos idóneos, económica y efectivamente, al consumo de energía térmica. Mecanismo que se considera puede encontrarse en el bagazo, fuente de energía que se estima limpia y que podría ser adquirida a los ingenios a precios de mercado. Esa contratación, se indica, encontraría dificultades en la forma de fijación de las tarifas para la generación y el plazo mismo que tarda la ARESEP en emitir la fijación tarifaria.

Como se ha indicado, el legislador no diferencia la fuente de producción de energía eléctrica a efecto de establecer el servicio público. Por consiguiente, es servicio público la generación de energía independientemente de que se trate de energía eólica, hidroeléctrica, producto de desechos orgánicos. En consecuencia, todas esas formas de energía se sujetan a la competencia de la Autoridad Reguladora.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

La Procuraduría estima que es interés general la búsqueda de energías alternativas de generación de energía eléctrica compatibles con la protección del ambiente, así como las medidas tendentes a procurar la satisfacción de las necesidades futuras de electricidad, a efecto de procurar el desarrollo económico y social del país. Empero, también debe externar su preocupación porque se considere que un medio de lograr los objetivos en ese campo consista en eliminar el carácter de servicio público respecto de la generación de electricidad y, en último término, la regulación sobre esa actividad. Si la actividad de generación privada no fuere servicio público cabría cuestionarse la procedencia de la intervención pública presente en la Ley N° 7200 (se da por descontado que, al no ser servicio público, no se aplicaría la Ley N° 7593), la especificidad del establecimiento del precio (cabría cuestionarse si no siendo servicio público, procede hablar de tarifas) de la contratación y en general, la articulación de la fase de generación dentro del sistema eléctrico. Máxime que se pretende imponer una concepción meramente contractual de la generación privada sin que haya sido modificada, previamente, el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, preocupa que se pretenda un pronunciamiento de la Procuraduría que desconozca que la generación de energía, incluida la privada en los términos de la Ley N° 7200, constituye por definición legal un servicio público.

La Administración, tanto la activa como la que ejerza función reguladora, está sujeta a los principios de eficacia y eficiencia que rigen la organización y funcionamiento administrativos, principios que debe orientar y condicionar el ejercicio de las potestades públicas (Sala Constitucional, entre otras resolución N° 5600-2005 de 16:34 hrs. de 10 de mayo de 2005). Debiendo ser eficaces dentro de la legalidad, se sigue como

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

lógica consecuencia que es dentro del marco normativo que deben encontrarse los medios para que el ICE pueda adquirir la energía eléctrica que el sistema requiere en los plazos convenientes y con sujeción a tarifas que cumplan con los principios en materia tarifaria. En ese sentido, las tarifas deben permitir una prestación óptima del servicio y contribuir al desarrollo sostenible del país, por lo que deben tomar en consideración los costos necesarios, una retribución competitiva y garantizar la inversión necesaria para que el servicio (incluida la generación privada) pueda continuar siendo prestado en condiciones de calidad, confiabilidad, continuidad y eficiencia, tal como ha indicado la Procuraduría en otras oportunidades (cfr. Dictámenes C-024-2002 de 22 de enero del 2002, C-242-2003 de 11 de agosto de 2003, C-329-2002 de 4 de diciembre de 2002, entre otros). En caso de que se considere que el marco normativo no permite cumplir esos objetivos, tendría que considerarse la modificación de dicho marco por los procedimientos jurídicamente establecidos.

CONCLUSION:

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

1. De acuerdo con la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la generación de energía eléctrica es servicio

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

público.

2. Dicho carácter resulta aplicable a la generación privada de energía eléctrica. Es por ello que dicha actividad no puede ser realizada libremente por los sujetos privados. Antes bien, dicha generación se sujeta a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la prestación de los servicios públicos y, en particular, las aplicables a la generación eléctrica.

3. El generador privado regulado en la Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela, N° 7200 de 28 de septiembre de 1990, y sus reformas, es un concesionario de servicio público. Dicho concesionario vende la energía producida al ICE en razón de la posición hegemónica que este tiene en el sistema eléctrico.

4. El ICE no compra energía para suplir sus propias necesidades sino para satisfacer la demanda nacional. La circunstancia de que el segundo párrafo del artículo 14 de la citada Ley, derogado tácitamente por la Ley N° 7593, haya dispuesto que las tarifas por las cuales el ICE adquiriría la energía producida deberían ser "las más favorables para el público consumidor", revela que para el legislador la compra de la energía por parte del ICE no es una relación comercial pura, sino que es servicio público.

5. Las empresas privadas no cooperativas sólo pueden producir energía eléctrica para venta al ICE en los términos de la Ley N° 7200 y a partir de la consideración del carácter de servicio público de la actividad.

6. Dado que el ordenamiento califica la generación de energía eléctrica de servicio público, el operador jurídico está obligado a respetar esa calificación, haciendo respetar el régimen de servicio público. Un régimen que en tratándose de la actividad eléctrica implica sujeción a la función reguladora del Estado.

7. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos ejerce sus potestades de fiscalización, reglamentación y sanción respecto de los generadores privados. Sujeción a potestades públicas que se justifica porque la generación privada de energía eléctrica ha sido calificada por el legislador de servicio público.

8. En ejercicio de su competencia, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos debe procurar la satisfacción de los principios de servicio público y en particular, los objetivos que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

el legislador atribuye a la fijación tarifaria. Ello implica que debe actuar con sujeción a los principios de legalidad, eficacia y eficiencia a los que se sujeta la actuación administrativa.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]¹¹

I. EL SERVICIO PÚBLICO:

Sobre el servicio público encontramos diversas reglas, tanto en la Ley General de la Administración Pública y la Ley de Contratación Administrativa, como en la reciente Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Así, en el artículo 4º de esa Ley General se enuncian, pero no se desarrollan, los principios fundamentales del servicio público, tradicionalmente aceptados, como lo son: continuidad, eficiencia, adaptación al cambio legal o a la necesidad que satisfacen y la igualdad de trato a los destinatarios, usuarios o beneficiarios (sobre tales principios, pueden consultarse los siguientes votos de la Sala Constitucional: 2101-91, 1700-94, 1539-94). Algunos autores agregan el principio de "regularidad" y de "servicio al costo", tratándose de servicios públicos gestionados indirectamente (en el mismo sentido véanse los dictámenes números C-021-94 y C- 038-94); principio, este último, que aparece recogido en la Ley de la Autoridad Reguladora, como criterio básico de fijación de las tarifas y precios de los servicios públicos (vid art. 3.b).

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

El artículo 12 de la precitada Ley General fija, a su vez, las bases para la creación de los servicios públicos, estableciendo implícitamente que debe hacerse mediante ley formal, en la cual debe indicarse el sujeto y el fin del servicio. En tal caso "el ente encargado podrá prestarlo de acuerdo con sus propios reglamentos sobre los demás aspectos de la actividad, bajo el imperio del Derecho". Dicho de otro modo, sólo mediante una ley emanada de la Asamblea Legislativa se puede establecer un servicio público, definir cuál es el órgano, ente o entidad encargada de prestarlo (atribución de competencia); cuál es el fin o la necesidad social que satisface, lo que a su vez determinaría quiénes serían los usuarios o beneficiarios del mismo. Las cuestiones relativas a forma o modo de la prestación, requisitos, horarios, lugares, etc., podrían ser determinados mediante reglamento autónomo de la respectiva institución, aunque también la ley podría ocuparse de ello.

La Ley N° 7593, de 9 de agosto de 1996, crea la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, a la que encarga fijar "precios y tarifas" y velar por el cumplimiento de la reglamentación que fije las "normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima", de los siguientes servicios públicos:

- "a) Suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, trasmisión, distribución y comercialización.

- b) Los servicios de telecomunicaciones cuya regulación esté autorizada por ley.

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

- d) Suministro de combustibles derivados de hidrocarburos, dentro

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

de los que se incluyen: 1) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados a abastecer la demanda nacional en planteles de distribución y 2) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados al consumidor final. La Autoridad Reguladora deberá fijar las tarifas del transporte que se emplea para el abastecimiento nacional.

e) Riego y avenamiento, cuando el servicio se presta por medio de una empresa pública o por concesión o permiso.

f) Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo.

g) Los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales.

h) Transporte de carga por ferrocarril.

i) Recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales" (art. 5°).

Los prestatarios de los anteriores servicios públicos, quedan sujetos al régimen jurídico que disciplinan los artículos 9° y siguientes de la Ley N° 7593.

Más adelante nos ocuparemos de la regulación introducida por la Ley de la Contratación Administrativa.

Ahora bien, la anterior referencia iuspositiva no nos exime de hacer una adecuada conceptualización sobre la noción que interesa.

Indiscutiblemente se ha reconocido a la doctrina francesa como la más autorizada sobre el tema; por lo cual nos permitimos arrancar con la siguiente cita de BENOIT:

"El servicio público es una actividad administrativa que tiene por

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

objeto una prestación, que asegurar a los particulares.

Con relación a los demás procedimientos de acción de Administración, el servicio público se caracteriza por el hecho que tiende a procurar una prestación a la población, es decir, que su finalidad es asegurar de forma positiva la satisfacción de una necesidad de la colectividad. El servicio público es un servicio prestado al público. La construcción y la conservación de las vías públicas, los cuidados a los enfermos en los hospitales públicos, los correos y telecomunicaciones, la enseñanza pública, las redes públicas de distribución de agua, gas y electricidad, los puertos y los aeródromos públicos, las bibliotecas públicas. He aquí algunos ejemplos de servicios públicos". ("El Derecho Administrativo Francés", Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, p. 931).

De la anterior definición podemos rescatar tres notas características del servicio público : a) Que es una actividad propia de la Administración; b) Que tiende a procurar una prestación a la población; y c) Que esa prestación deber ser garantizada de manera efectiva. Sin embargo, conviene anotar que no obstante ser en principio el servicio público una actividad propia de la Administración, ello no excluye la posibilidad de participación de los particulares en la gestión pública, por medio -especialmente- de la concesión de servicio público, como sucede a menudo con los transportes y servicios en puertos y aeropuertos.

En sentido concordante, se ha precisado que el servicio público -en su acepción estricta- constituye "... una variedad de la actividad administrativa que consiste ... en poner a disposición de los particulares prestaciones que les son útiles. Se trata en definitiva, de la expresión jurídico-administrativa de la idea de la procura existencial (Dasainvorsorge) y de la Administración que abastece, que proporciona y que actúa directamente para satisfacer las necesidades de los administrados (Leistende Verwaltung), según

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

la concepción de FORSTHOFF, así como de la noción de la solidaridad social elaborada por DUGUIT" (Carmen Chinchilla Marín, "El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?", en: "Estudios sobre la Constitución española", t. II, Madrid, Civitas, 1991, p. 964).

Dicha actividad administrativa supone la publicatio, es decir, una decisión del poder público de garantizar, asumiéndola, la prestación de una actividad de interés general, en condiciones de igualdad (ibid., p.

959); actividad que, por encima de lo contingente, presenta dos elementos esenciales:

a) Titularidad pública: "La titularidad pública sobre determinada actividad significa que ésta ha sido reservada a los poderes públicos y sustraída a la libre iniciativa privada; es decir, que el Estado ... o las Corporaciones Locales han asumido su provisión y se obligan a prestarla como servicio al público, a todos, sin excepción, de una manera regular y continua. Si no hay titularidad pública, las actividades llevadas a cabo por particulares, aunque satisfagan intereses generales y estén sujetas a autorización previa, no serán servicios públicos, sino servicios privados de interés público. Por el contrario, toda actividad declarada servicio público continuará siéndolo aun cuando sea ejercida por particulares a los que se haya otorgado la correspondiente concesión".

b) La actividad consiste en la prestación que satisface los intereses generales de la comunidad: "Esta reserva de servicios a los poderes públicos tiene su razón de ser ... (Se) hace para servir a los intereses generales y asegurar a todos una digna calidad de vida. Porque a través de los servicios públicos ... se proporciona a la comunidad una serie de prestaciones, de la más diversa índole, que son necesarias para la existencia y desarrollo

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

personal de sus miembros" (ibid., p. 963).

De lo expuesto hasta aquí y para el caso que nos ocupa, en nuestro criterio cobran especial relevancia dos asuntos ya mencionados y que deben en este momento rescatarse.

En primer lugar, que la naturaleza pública que puede comportar una determinada actividad servicial, presupone la respectiva declaratoria por parte del poder público; publicatio que, en nuestro ordenamiento, es un asunto rigurosamente reservado a la ley, por las restricciones a la libertad de empresa que la misma acarrea.

En segundo término, cabe también insistir en que es posible, y también cada vez más frecuente, la participación de sujetos no estatales en la prestación de los servicios públicos, con la autorización y bajo el control y vigilancia del Estado; aunque, como se advertía, no toda actividad privada de interés o utilidad pública constituye servicio público.

Esta última posibilidad está expresamente reconocida y regulada, de modo general, en la Ley de Contratación Administrativa, cuyo artículo 74 se refiere a los supuestos y régimen propio de la "concesión de gestión de servicios públicos":

"La administración podrá gestionar, indirectamente y por concesión, los servicios de su competencia que, por su contenido económico, sean susceptibles de explotación empresarial. Esta figura no podrá ser utilizada cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad.

La administración siempre conservara los poderes de supervisión e intervención, necesarios para garantizar la buena marcha de los servicios.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

La concesión de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter indefinido. Según la naturaleza del servicio, en el reglamento se fijará su duración, que no podrá exceder de veinticinco años.

Todas las concesiones de gestión de servicios públicos estarán precedidas de un anteproyecto de explotación, en el que se definirán, minuciosamente, las condiciones de la prestación, las tarifas, las facultades para supervisar, las garantías de participación y cumplimiento, las modalidades de intervención administrativa y los supuestos de extinción.

Los concesionarios de gestión de servicios públicos responderán, directamente, ante terceros, como consecuencia de la operación propia de la actividad, excepto cuando el daño producido sea imputable a la administración.

La administración podrá variar las características del servicio concedido y el régimen tarifario, cuando existan razones de interés público, debidamente acreditadas, previo trámite del expediente respectivo. Si estas modificaciones alteran el equilibrio financiero de la gestión, la administración deberá compensar al contratista, de manera que se restablezcan las condiciones consideradas en el momento de la adjudicación.

El régimen definido en este artículo no se aplicará a las concesiones de servicios públicos, a cargo de particulares, reguladas por ley especial".

La posibilidad de librar a particulares la prestación de servicios públicos, la reafirman los artículos 3.c) y 9° de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, los cuales indican que los prestatarios de los servicios públicos a que se refiere tal Ley, pueden ser tanto sujetos públicos como privados, con tal

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que hayan obtenido la respectiva "... concesión o el permiso del ente público competente en la materia".

II. SOBRE LAS "OTRAS ENTIDADES DE SERVICIO PUBLICO SIN FINES DE LUCRO":

En relación con lo dispuesto en el inciso c) del artículo 57 de la Ley Orgánica del Colegio Federado, la Procuraduría ha hecho ver que el mismo

"... establece una exención objetiva mediante la cual exonera del pago del timbre de construcción a los planos para la construcción de vivienda popular siempre y cuando su valor no exceda de ₡300.000.00 (trescientos mil colones) independientemente del beneficiario, y una exención subjetiva respecto de los planos para la construcción de edificios estatales, de instituciones autónomas y semiautónomas, municipales y de entidades de servicio público sin fines de lucro ..." (dictamen N° C- 072-94, arriba citado).

Y, en relación con la segunda de esas exenciones, posteriormente aclaró:

"... respecto de las entidades de servicio público únicamente resultan exentos los planos para la construcción de sus propios edificios y no para los edificios que éstas promuevan en las comunidades, y que corresponde a los beneficiarios demostrar su condición ante el sujeto acreedor del impuesto" (oficio N° PC-033-94, del Procurador Montoya Segura).

Como se observa, aunque el órgano procurador ya se ha ocupado de la disposición legal que interesa, con ocasión de su función consultiva, no se ha referido aún al significado que debe asignársele a la equívoca expresión "otras entidades de servicio público sin fines de lucro". En dicha tarea, que a continuación

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

emprenderemos, nada nos ayuda la consulta del respectivo expediente legislativo, por cuanto la indicada disposición legal no generó comentario o discusión alguna al momento de presentarse y aprobarse la moción que la incorporó al proyecto de ley correspondiente (expediente legislativo N° 10.061, pág. 201, 308, 317 y 360).

a) "Otras entidades de servicio público" dentro del sector público:

En primer término, corresponde aclarar que existen "otras entidades de servicio público", dentro del sector público, distintas de las instituciones autónomas y semiautónomas; y que, por tanto, la expresión que contiene el inciso c) del artículo 57 de la Ley Orgánica del Colegio Federado, las cubriría también.

En este último orden de ideas, en primer lugar habrá de recordarse que las referidas instituciones autónomas constituyen el arquetipo de la descentralización funcional en Costa Rica, al estar previstas constitucionalmente como entes públicos de creación estatal, mediante ley reforzada, a los que se les adscriben fondos y recursos públicos para el cumplimiento de funciones estatales cuya realización se les delega y que constituyen su especialidad orgánica.

Empero, también debe tenerse presente que dentro del género de la descentralización fundacional -que conceptualmente se opone a la corporativa- no sólo se encuentran las instituciones funcionalmente descentralizadas, sino una especie adicional: la descentralización por servicios. Sobre la diferencia entre una y otra, comenta Garrido Falla:

"La función representa, fundamentalmente, el ejercicio de una potestad pública, entendida como una esfera de capacidad específica del Estado, o sea, de su propia soberanía; el servicio

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

público, en cambio, representa actividades, técnicas, incluso de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarles a la consecución de sus fines ... la función descentralizada da lugar a entes cuyos cometidos, cuyas competencias, tienen un carácter más abstracto, y están vinculadas a la elaboración de determinado plan de acción estatal ... En cambio, el servicio descentralizado se concreta en un establecimiento público que mantiene relaciones directas de prestación con los usuarios de ese servicio; es decir, con los particulares, sin estar consiguientemente implicado en la elaboración de la política correspondiente" ("La descentralización administrativa", San José, Depto. de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1967, p. 49)

Por otro lado existen entes públicos no estatales que, sin poder inscribirse tampoco dentro del concepto de institución autónoma, pueden tener legalmente encomendada la prestación de determinados servicios públicos.

b) "Otras entidades de servicio público" de naturaleza privada:

Habiendo ya determinado que esas "otras entidades de servicio público" podrían ser entes del sector público, distintos de las instituciones autónomas y semiautónomas y de las corporaciones municipales, ha de indagarse ahora la posibilidad de que puedan también inscribirse en esa noción y, por ende, ser beneficiarias de la respectiva exoneración, entidades de naturaleza privada.

Lo anterior nos obliga a determinar si cabe considerar, a los efectos dichos, a sujetos privados de "interés público" o "utilidad pública". Así, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico las fundaciones son consideradas como "entes privados de utilidad pública" de pleno derecho (art. 1º de la Ley de Fundaciones, Nº 5338 de 28 de agosto de 1973); está declarado como de "interés público" la constitución y funcionamiento de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

asociaciones de desarrollo comunal y, en consecuencia, las entidades del sector público "quedan autorizadas para otorgar subvenciones, donar bienes, o suministrar servicios de cualquier clase, a estas Asociaciones" y les otorgarán "las facilidades que necesiten para el cumplimiento de sus fines" (art. 14, 19 y 20 de la Ley sobre el Desarrollo de la Comunidad, N° 3859 de 7 de abril de 1967); y, finalmente, las asociaciones reguladas por la Ley N° 218 del 8 de agosto de 1939 podrán ser declaradas de "utilidad pública", cuando el Poder Ejecutivo determine que son "particularmente útiles para los intereses del Estado y llenen una necesidad social", caso en el cual "podrán gozar de las franquicias y concesiones de orden administrativo y económico que el Poder Ejecutivo tuviere a bien otorgarles para el mejor cumplimiento de sus fines" (art. 32).

El interés público, también conocido como interés general, interés común o interés de la comunidad, es un concepto jurídico indeterminado que tiende también a ser confundido con "orden público", que no es lo mismo (sobre orden público, véase lo dispuesto por la Sala Constitucional en sus votos N° 479-90 y 1441-92. En el primero de ellos sentenció: "... en la Constitución subyacen y coexisten el orden público político (organización esencial del Estado, de la propiedad y de la familia), el orden público social (intervención del Estado para salvaguardar los intereses de grandes sectores de la población), y más tenuemente, también el orden público económico (la actividad del Estado encaminada a fomentar el sistema económico prevaeciente]").

En su acepción tradicional, "interés público" es sinónimo de utilidad, conveniencia de los más frente a los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos (G. Cabanellas, "Diccionario de Derecho Usual").

Más recientemente, se identifica el concepto de interés público con "interés general" que es un concepto propio del Derecho

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

Administrativo, que en principio significa "lo que afecta o interesa a la generalidad, es decir, al común de los ciudadanos que componen un comunidad política. Es el interés de esa comunidad como tal, organizada políticamente" (M.

Sánchez Morón, "Enciclopedia Jurídica Civitas").

Girando en torno a esta noción, el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública fija principios que orientan la actuación de los servidores públicos a satisfacer, primordialmente, el interés público, "... el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados". Asimismo, "en la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia".

Así, dentro del anterior orden de ideas, sería de interés público todo aquello que interesa, afecta o es de utilidad a la comunidad o al común de los ciudadanos; por ello siempre hay un interés público en la existencia y funcionamiento de los servicios públicos; mas no todo aquello que es de interés público constituye, necesariamente, un servicio público. De ahí que, como vimos en relación con nuestro ordenamiento positivo, existan muchas organizaciones o agrupaciones privadas que son consideradas o declaradas de interés o de utilidad pública, por la labor que desarrollan, aunque su finalidad o propósito no sea el brindar un servicio público propiamente, tal y como ha sido definido (en este mismo sentido, véase dictamen C-136-94).

De lo expuesto se colige sin dificultad que, en principio y a pesar de que pueden estar realizando labores de beneficencia, caridad o bien social, ni las fundaciones ni las asociaciones pueden considerarse como "entidades de servicio público", aún y cuando hayan sido declaradas de "interés" o "utilidad" públicos o

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

reciban algún apoyo estatal.

Las únicas excepciones concebibles a la anterior regla, lo serían aquellos casos en que a una asociación o fundación de bien social le sea concedida la prestación de un verdadero servicio público, en los términos antes explicados, y que, adicionalmente, dicha organización demuestre que no actúa movida por el afán de lucro y que sus estatutos efectivamente así lo establecen.

III. CONCLUSION:

El concepto de "otras entidades de servicio público" que contiene el artículo 57 de la Ley del Colegio Federado, en su inciso c), no sólo involucra a entes del sector público, distintos de las instituciones autónomas y semiautónomas y de las corporaciones municipales, que presten servicios públicos strictu sensu.

También podrían calificar dentro de esta categoría, aquellas asociaciones o fundaciones privadas de beneficencia cuyos estatutos expresamente las caractericen como no lucrativas; aunque, en este caso, para considerarlas como beneficiarias de la exoneración, necesariamente deberán ser prestatarias de un verdadero servicio público a ellas concedido por el órgano público competente. En tal sentido, no basta ser consideradas como de "interés" o "utilidad" públicos.

Dicho en otros términos: no toda entidad o institución de beneficencia que brinda servicios gratuitos a determinadas personas o grupos de personas, es por ese sólo hecho un ente o "entidad de servicio publico", lo cual determinaría una naturaleza jurídica especial y un trato distinto frente a la ley.

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

EL TRANSPORTE REMUNERADO DE PERSONAS ES UN SERVICIO PÚBLICO

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]¹²

EL TRANSPORTE REMUNERADO DE PERSONAS ES UN SERVICIO PÚBLICO

Al analizar las disposiciones que rigen el transporte remunerado de personas, debe partirse de que esta actividad es un servicio público.

1. - Servicio Público

El servicio público es una creación del constituyente o del legislador y, desde esta perspectiva, es necesaria una declaración expresa en el sentido de que determinada actividad constituye un servicio público. Esta declaración es conocida como la "publicatio", que no es más que el reconocimiento expreso por parte de la autoridad legislativa de que determinado ámbito de la vida social debe quedar regulado bajo el régimen especial del servicio público en atención a los intereses generales que se protegen. Y, en este mismo sentido, para tener la "publicatio" por configurada basta que la actividad en cuestión sea declarada de interés público.

La necesidad de la "publicatio" obedece al hecho de que el concepto de servicio público no es unívoco. Se trata de un concepto cambiante que se configura específicamente para cada sociedad en un tiempo y lugar determinado. Lo que ayer fue un servicio público, hoy puede no serlo, y viceversa. La validez de su vigencia como actividad de interés general depende de la vigencia de la declaración realizada, al respecto, en un Estado de Derecho. En tal sentido es que la Ley General de la Administración Pública (LGAP) dispone:

"Artículo 11. -

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes..."

"Artículo 12. -

1. Se considerará autorizado un servicio público cuando se haya indicado el sujeto y el fin del mismo. En este caso el ente encargado podrá prestarlo de acuerdo con sus propios reglamentos sobre los demás aspectos de la actividad, bajo el imperio del Derecho.

2. No podrán crearse por reglamento potestades de imperio que afecten derecho del particular extraños a la relación de servicio."

De allí que, como se mencionó, basta la calificación del legislador de que una actividad es de interés público para que surja a la vida jurídica como servicio público. Calificación que debe estar acompañada de la determinación del sujeto y el fin del servicio en los términos requeridos por el artículo 12 de la LGAP.

El debate legislativo de la LGAP en torno al servicio público reiteró el principio constitucional de que el ámbito de la libertad únicamente puede ser afectado en virtud del imperio de la ley:

"...(si) la Administración prestó un servicio (público), su potestad de reglamentación puede llegar simplemente a reglamentar la prestación que hace el Estado, pero nunca a autocrearse, autoreconocerse potestades públicas que sujeten al particular, sea usuario o tercero, a obligaciones que las leyes no contemplan..." (Intervención del Lic. Eduardo Ortíz Ortíz en relación con el

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

artículo 12 de la LGAP, Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada, ASELEX S.A., San José, p. 96).

El servicio público es, entonces, materia reservada de forma exclusiva al ámbito de la ley. La sustracción de una actividad del ámbito privado, regido por el principio de "todo lo que no está prohibido está permitido", requiere de la intervención del legislador. La afectación de los derechos de los particulares en virtud de potestades de imperio sólo es válida ante la presencia de una Ley que así lo autorice. Se trata de garantizar a los habitantes de la República que su esfera de libertad no será afectada por acciones de la Administración Pública no sujetas a las garantías propias de la emisión de las leyes. Garantías que sujetan la validez de la normativa al respeto de las formalidades establecidas para su nacimiento a la vida jurídica, así como a su conformación sustantiva con el principio de razonabilidad que rige el orden constitucional.

El concepto de servicio público se caracteriza por la satisfacción del interés general "... entendido como aquel que supera los intereses de los habitantes individualmente considerados para referirse al interés de la comunidad en su conjunto..."

(Dictamen C-152-2000 del 7 de julio del 2000). El servicio público satisface necesidades "... que sobrepasan los intereses puramente individuales para alcanzar naturaleza de colectivos, circunstancia que determina su configuración como servicios destinados al público en general en los que el respeto al principio de igualdad, tanto en el acceso como en la prestación, adquiere una mayor relevancia" (Julián Valero Torrijos, Universidad de Murcia, El concepto de Servicio Público a la Luz de la Constitución, www.law.unican.es/administracion/ESTU/96002t). Pero una vez declarada la actividad como servicio público surge el correlativo derecho de los administrados a la obtención del servicio en

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

cuestión. Luego, la Administración se encuentra obligada a garantizar la satisfacción de los intereses generales a través de la adecuada prestación del servicio; y los habitantes, por su parte, ostentan un derecho frente al Estado a obtener un servicio oportuno, eficiente y de calidad, entre otras cosas.

Finalmente, debe señalarse que la Administración ostenta la titularidad del servicio público aun y cuando su prestación sea indirecta, o sea, a través de terceros. A diferencia de la gestión directa del servicio en la que la Administración asume su explotación, en la gestión indirecta se delega la prestación del servicio público en particulares, para lo que se requiere una habilitación especial de la Administración en tal sentido. En todo caso, la Administración debe velar porque la prestación del servicio se adecue a los estándares de cantidad, calidad y eficiencia pertinentes en tanto ostenta su titularidad. Titularidad ésta que a su vez fundamenta la potestad de la Administración de rescindir los contratos de delegación para la explotación de servicios públicos, ante la constatación del incumplimiento de las condiciones básicas en la prestación del servicio (establecidas legal o contractualmente).

En síntesis, el servicio público es una actividad de interés general, el cual se manifiesta en el carácter esencial de la actividad para el desenvolvimiento del Estado o porque satisface un interés o necesidad colectiva que contempla, a su vez, la cobertura de las necesidades particulares de los usuarios. La declaración de una actividad como servicio público determina que ésta es de naturaleza pública, de modo que la titularidad del servicio público corresponde a una Administración Pública. Por ende, los particulares requieren de una habilitación especial de la Administración titular para poder gestionar la prestación de un servicio público, por lo que puede haber un 'desdoblamiento' entre titularidad y gestión, en cuyo caso la Administración conserva siempre determinados poderes respecto de la prestación del

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

servicio (ver dictámenes C-009-2000 del 26 de enero del 2000 y C-152-2000 del 7 de julio del 2000).

2. - El Transporte Remunerado de Personas

El transporte remunerado de personas es un servicio público. La titularidad administrativa del transporte remunerado de personas está destinada a garantizar la satisfacción plena de los intereses generales, mediante la adecuada supervisión de las condiciones de prestación del servicio de transporte.

El transporte público sobrepasa el interés particular de cada habitante de contar con un medio adecuado y seguro para su movilización, en tanto constituye, además, uno de los mecanismos para asegurar el funcionamiento económico del país desde todo punto de vista -laboral, turístico, etc.-. Se trata, precisamente, de que la calidad, continuidad, eficiencia, confiabilidad y oportunidad del servicio se traduzca no sólo en el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad costarricense, sino en instrumento para el avance y desarrollo socio-económico del país. No puede obviarse el hecho de que el transporte público en un determinado país se constituye en un indicador de su nivel de desarrollo.

La publicatio del transporte remunerado de personas se da en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley No. 7593 del 9 de agosto de 1996, que en sus artículos 3 y 5 dispone:

"ARTÍCULO 3. - Definiciones: Para los efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:

a) Servicio Público, el que por su importancia para el desarrollo

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

sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley"

"ARTÍCULO 5. - Funciones

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

... f) Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo..."

(el subrayado no es del original)

Debe, no obstante, hacerse la aclaración de que la enumeración de los servicios públicos realizada en el artículo 5 de la Ley No. 7593 no es taxativa. Existen otras actividades de interés general cuya "publicatio" se ha realizado en diferente normativa, pero que al no estar enumeradas en la Ley No. 7593 no caen dentro de su ámbito normativo. La Ley No. 7593 lo que hace es señalar cuáles servicios públicos quedan sometidos a la competencia de la Autoridad Reguladora, con lo que los sujeta a las disposiciones específicas de su ley.

Para los fines de la Ley No. 7593, el transporte público remunerado de personas -salvo el aéreo- constituye un servicio público. Así el transporte público remunerado de personas ya sea a través de vehículos automotores, taxis, ferrocarriles o cabotaje, queda sujeto a la potestad tarifaria de la Autoridad Reguladora, así como a su fiscalización y vigilancia sobre las condiciones de prestación del servicio o, lo que es lo mismo, a su conformidad con las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad y

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

oportunidad del servicio, entre otras (artículos 5 y 25).

Ahora bien, dado que el transporte remunerado de personas se encuentra sujeto a la Ley No. 7593, la explotación del servicio por particulares únicamente podrá realizarse previa autorización del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) (inciso f del artículo 5). Autorización ésta que consistirá en concesión o permiso otorgado por la Administración competente:

"Artículo 9. - Concesión o permiso

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

Así, una vez aclarada la normativa general que regula el transporte público remunerado de personas, procede hacer referencia a la regulación del transporte público remunerado de personas por vehículos automotores que es el asunto específico que dio origen a la consulta que se analiza.

B.-

EL TRANSPORTE PÚBLICO EN VEHÍCULOS AUTOMOTORES

El transporte remunerado de personas en vehículos automotores colectivos (en adelante transporte en vehículos automotores colectivos) es una de las categorías encuadradas dentro del más amplio concepto de "transporte remunerado de personas". La Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Automotores, Ley No. 3503 del 10 de mayo de 1965, declara esta actividad como servicio público:

"Artículo 1. - El transporte remunerado de personas en vehículos automotores colectivos, excepto los automóviles de servicio de taxi regulado en otra ley, que se lleva a cabo por calles, carreteras y caminos dentro del territorio nacional, es un servicio público regulado, controlado y vigilado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes..."

La publicatio del transporte en vehículos automotores colectivos se da con la Ley No. 3503. De modo tal que la declaración de servicio público de la categoría más general denominada "transporte remunerado de personas" realizada posteriormente mediante la Ley No. 7593, reitera el carácter de interés público de la actividad en cuestión, además de que la somete a la Autoridad Reguladora, así como a las disposiciones específicas de su Ley.

Ahora bien, a efectos de responder a la pregunta que realiza el Consejo de Transporte Público, o sea, a la aplicación del artículo 11 en relación con el 14 de la Ley, debe previamente hacerse referencia a la modalidad de explotación de servicio de transporte en vehículos automotores colectivos, para posteriormente clarificar si lo que se da en concesión es la línea o la ruta, dada la confusión de conceptos en la consulta presentada ante esta Procuraduría.

1. - Un Servicio Delegado en los Particulares

El transporte público remunerado de personas por vehículos automotores colectivos (en adelante transporte por vehículos automotores colectivos) es un servicio delegado en los particulares por el MOPT, según disposición expresa del artículo 1 de la Ley No. 3503:

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"...la prestación es delegada en particulares a quienes autoriza expresamente, de acuerdo con las normas aquí establecidas... " (el subrayado no es del original).

La explotación del servicio de transporte por vehículos automotores colectivos, tales como autobuses, busetas, microbuses o similares, se realizará mediante concesión, de conformidad con lo dispuesto expresamente por la Ley (artículos 1 y 3). De esta forma, el Estado, como titular de los servicios, siempre será responsable de su adecuada prestación por parte de los concesionarios o permisionarios.

Interesa en este punto destacar que la concesión es un contrato intuitu persona en el que el concesionario es seleccionado por la Administración debido a sus características específicas -técnicas y morales-. Con el acto de adjudicación la Administración elige al co-contratante cuya oferta presenta los mayores beneficios para comunidad, lo que incluye la valoración cuidadosa no sólo de sus aspectos financieros, sino también de la capacidad técnica y moral del co-contratante, puesto que la misma es garantía fundamental del adecuado cumplimiento contractual.

El adjudicatario debe, entonces, ejecutar el contrato personalmente y no se encuentra autorizado para subcontratar dicha ejecución. En tanto la selección del concesionario observa a su propia personalidad, la prohibición de la cesión del contrato o de la subcontratación, sin previa autorización de la Administración - cuando así lo permita la ley- no es más que el mecanismo para el adecuado resguardo del interés público. El concesionario es elegido porque ante los ojos de la administración su oferta satisface adecuadamente el interés público, de allí que sea improcedente la pretensión posterior del adjudicatario de ceder el contrato o de subcontratar parte de su ejecución sin contar con la autorización previa de la Administración correspondiente:

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

"...Es en razón del interés público implícito en el servicio público que la Administración debe valorar la capacidad del oferente para brindar el servicio que se licita, y no puede desentenderse de esta obligación. De ahí que, habiéndose aceptado como concesionario a una persona determinada, de antecedentes satisfactorios, dicha persona no puede transferir su contrato, todo o en parte, cediendo o subcontratando, sin la anuencia de la Administración, pues ésta tiene un indiscutible derecho -e incluso una obligación- de saber quién será su colaborador y si los antecedentes personales de éste aconsejan o no relacionarse con él. Aquí no está en juego únicamente la idoneidad técnica o financiera del eventual cesionario, sino también la estructura moral de éstos; de manera que aparte del aspecto ético o moral para ser aceptado por la Administración como concesionario, el heredero ha de reunir condiciones de capacidad técnica y financiera. El carácter personalísimo de los contratos administrativos de obra, gestión de servicios -como el caso en estudio- y suministros, se comprende si se considera en la finalidad del servicio público que siempre encierra la contratación administrativa o de cumplimiento de funciones esenciales del Estado que le incumbe, es decir, de fines públicos propios del Estado...

...De lo anterior se concluye que, del carácter intuitu personae se deriva la prohibición de todo traspaso de las concesiones, o en su caso, establece la obligación de que, previa autorización mediante ley, se someta al consentimiento administrativo la cesión propuesta. En otras palabras, el concesionario carece de libertad para ceder su contrato a un tercero -en razón de que la titularidad de la acción corresponde a la Administración, de manera que la concesión únicamente transmite el derecho de explotación del servicio público-; y en el mejor de los casos, esa transmisión dependerá de que el ordenamiento jurídico así lo permita, con la anuencia previa de la Administración..." (Sala

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

Constitucional, Voto No. 5403-95 de las dieciséis horas seis minutos del tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco)

Debe reiterarse, entonces, que en tanto la concesión es un contrato intuitu personae su traspaso a terceros únicamente es factible si la ley así lo permite. En todo caso, la validez del traspaso o cesión estará condicionada a la previa autorización de la Administración concedente, puesto que ésta es la titular del servicio que se contrata y, como tal, debe valorar la capacidad financiera, técnica y moral del cesionario para no sólo garantizarse la adecuada ejecución contractual sino la plena satisfacción de los intereses generales en juego.

2. - Las "líneas" son el mecanismo para la explotación del servicio de transporte público sobre las "rutas" del país

La Ley No. 3503 define el concepto de "ruta" como "el trayecto que recorren entre dos puntos llamados terminales, los vehículos dedicados al transporte remunerado de personas", mientras que por "línea" entiende "el servicio de transporte que presta en determinada ruta" (artículo 1). En este sentido, se dispone que lo que se da en concesión es la línea, y no la ruta, pues lo cierto es que el concepto de línea fue utilizado por el legislador como sinónimo de servicio de transporte que se presta en una determinada ruta.

Así, la Ley dispone que la concesión se otorga para la explotación de una línea:

"Artículo 1. -

...Concesión: Derecho que el Estado otorga, previo trámite de licitación pública, para explotar comercialmente una línea por medio de uno o varios vehículos colectivos, tales como autobuses, busetas, microbuses o similares..."

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

Artículo 3. -

... Será necesaria concesión:

a) Para explotar las líneas que se establezcan en nuevas rutas de tránsito en el territorio de la República;

b) Para explotar nuevas líneas en las rutas existentes; y

c) Para continuar explotando las líneas de transporte en operación...

Artículo 4. - La concesión para explotar una línea se adquirirá por licitación, a la cual los interesados concurrirán libremente.

Sólo se licitará la explotación de una línea cuando el Ministerio de Obras Públicas y Transportes haya establecido la necesidad de prestar el servicio, de acuerdo con los estudios técnicos aprobados por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; además, deberán probar que no se está creando una competencia ruinosa en contra de los concesionarios establecidos. (el subrayado no es del original)"

Aun y cuando es clara la equiparación realizada por el legislador entre el concepto de "línea" y servicio de transporte en una determinada "ruta", es necesario realizar una serie de precisiones al respecto. En primer lugar, por todos es conocido que lo que se da en concesión es el servicio público y el concesionario deberá explotarlo de conformidad con las disposiciones de la Ley y del contrato de concesión. En el caso del transporte por vehículos automotores colectivos, el legislador limitó cada una de las concesiones a una línea, entendida como el servicio de transporte que se brinda sobre una determinada ruta.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Por su parte, la ruta -que es el trayecto que recorren los vehículos de servicio público entre dos puntos terminales- puede estar conformada por varias líneas. Así, la Ley dispone que la licitación de una nueva línea en las rutas existentes procede únicamente cuando el MOPT haya establecido que es necesaria para la prestación adecuada del servicio público, de conformidad con los estudios técnicos realizados al efecto, los que a su vez deben ser aprobados por la ARESEP (inciso b del artículo 3 en relación con el párrafo 2 del artículo 4). Resulta, entonces, que bien puede hablarse de la "explotación" de una ruta o, lo que es lo mismo, de la explotación de un determinado trayecto, en el entendido de que la misma puede realizarse a través de una o varias líneas.

Ahora bien, en tanto la línea constituye el servicio de transporte público que puede ser brindado sobre una determinada ruta, debe entenderse que el concepto de línea se encuentra indisolublemente referido a la persona o empresa autorizada para prestar el servicio público. En efecto, cuando el MOPT saca a licitación la explotación de una determinada línea (artículo 4) lo que realmente está licitando es la explotación del servicio de transporte sobre una determinada ruta. Explotación que se realizará de conformidad con los términos del contrato de concesión, en el cual se definirá el número de vehículos que utilizará el concesionario para prestar el servicio, así como los respectivos itinerarios, y horarios, entre otras cosas (artículo 13 de la Ley). Luego, la concesión de una línea no es más que la concesión que se realiza a una determinada persona o empresa para que explote el servicio público de transporte sobre una determinada ruta. Y de allí, precisamente, que el legislador haya previsto la posibilidad de que se concesionen nuevas líneas sobre rutas existentes, pues lo cierto es que el normal aumento de la población en los distintos lugares del país requerirá de un aumento de la flotilla de autobuses, busetas y microbuses puestos a disposición del público. Aumento éste que sólo podrá lograrse

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

mediante una nueva concesión que venga a complementar la concesión o concesiones existentes sobre la misma ruta y en la que se deberá definir, entre otras cosas, el número de vehículos que se pondrá a disposición del público para explotar la ruta en cuestión (artículo 10 de la ley).

Así, con la emisión de la Ley No. 3503 el legislador tuvo como fin garantizar la adecuada prestación del servicio de transporte público mediante la posibilidad de concesionar la explotación de las diferentes rutas del país a una o varias personas físicas o jurídicas (líneas), según las necesidades demostradas al efecto en los respectivos estudios técnicos (artículo 4 de la Ley).

3. - El párrafo 4 del artículo 14 es una excepción a la aplicación del artículo 11 de la Ley No. 3503

Tal y como se observó líneas atrás, la concesión es un contrato intuitu personae y, de allí, la necesidad de que sea ejecutada por la persona física o jurídica contratada al efecto. Las cualidades técnicas y morales específicas del concesionario son las que determinan su selección entre los distintos oferentes, de allí que no pueda menos que exigirse que la ejecución contractual sea realizada de forma personal por el adjudicatario.

Ahora bien, la consulta formulada a esta Procuraduría hace referencia "a la aplicación del numeral 11 en relación al (sic) 14 de la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas, No 3503..."

, específicamente en lo relativo al traspaso de las concesiones intervivos, así como a la posibilidad de que el MOPT autorice la asociación de diversas empresas concesionarias bajo las figuras de la fusión, el consorcio operativo o la corporación de transporte.

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

Al efecto, la normativa en cuestión dispone lo siguiente:

"Artículo 11. - Una misma persona no podrá ser dueña de más de dos empresas, ni socio mayoritario de más de tres empresas que operen en diferentes rutas. Queda prohibido otorgar concesiones o permisos a personas o empresas afiliadas, subsidiarias, intermediarias o en cualquier otra forma ligadas a otro concesionario; Si se violare la prohibición establecida en este artículo, los respectivos permisos o concesiones serán cancelados. La calificación la hará el Ministerio de Transportes."

"Artículo 14. -

Las concesiones que otorga esta ley son inembargables y en principio intransferibles total o parcialmente; Sin embargo, este derecho podrá cederse previa autorización del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, siempre y cuando el concesionario cumpla los requisitos para optar a la concesión. El órgano competente verificará el cumplimiento de estos requisitos. ...

De comprobarse que estas previsiones han sido incumplidas o se trata de alguna forma directa o indirecta de actuar, el órgano competente deberá caducar los derechos concesionados.

El órgano competente podrá autorizar a la empresa operadora del servicio su agrupamiento bajo esquema de consorcios operativos o el de fusión de empresas o corporaciones de transportes, con el propósito de salvaguardar los intereses de los usuarios y mayor ordenamiento técnico del servicio, cuando por razones de interés público la operación del servicio lo requiera."

La simple lectura del artículo 11 refleja la voluntad expresa del legislador de evitar la concentración de las líneas en manos de pocas personas. En realidad, con la emisión de la Ley No. 3503 existía la voluntad de evitar los monopolios en el campo del

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

transporte público por vehículos automotores colectivos. Se trataba de garantizar la democratización del servicio al permitir que las concesiones estuvieran en manos de diferentes personas. Sin embargo, este principio no es exclusivo de la Ley No. 3503, sino que más bien tuvo su origen en la Ley No. 1277 del 26 de abril de 1951, derogada por la primera. Ahora bien, la única excepción a la concentración de las empresas de transporte público, en el momento de emisión de la Ley No. 3503, se dio con la creación de las cooperativas de servicio público de transporte, cuyo impulso buscaba lograr un desarrollo más ordenado del servicio de transporte (ver en este sentido Carlos Herrera y otro, Los Problemas del Transporte Remunerado de Personas, Tesis para optar por el Título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, p. 94 y ss.).

El artículo 14 de la Ley No. 3503 en el texto vigente hoy en día, fue modificado mediante la Ley No. 7964 del 21 de diciembre de 1999 que autorizó la transferencia de las concesiones intervivos, así como el agrupamiento de las empresas operadoras de los servicios públicos bajo los esquemas de consorcios operativos, fusión de empresas o corporaciones de transporte. En la discusión legislativa de la Ley No. 7964, si bien se hizo referencia expresa a la autorización del traspaso de las concesiones intervivos como un mecanismo necesario para legalizar los traspasos a la "sombra" o ilegales que se realizaban entre permisionarios y concesionarios (folio 071 del expediente legislativo), no se mencionó de forma alguna los motivos que dieron origen a la autorización de fusiones o agrupamientos de empresas de transporte bajo esquemas de consorcios operativos o corporaciones de transporte. No obstante, esta omisión en el debate legislativo, no impide que la voluntad del legislador en lo relativo a la asociación o agrupamiento de empresas de transporte, pueda extraerse claramente de la simple lectura del párrafo 4 del artículo 14. En efecto, el párrafo en cuestión faculta al MOPT a autorizar, por razones de interés público, el agrupamiento de las empresas de transporte público

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

bajo "esquema de consorcios operativos o el de fusión de empresas o corporaciones de transportes". Esta autorización realizada por el legislador es contraria al espíritu de la Ley No. 3503, según fue emitida originalmente, ya que la autorización del agrupamiento de las empresas de transportes, lejos de fomentar que las concesiones del servicio se encuentren en manos del mayor número de personas, se orienta a permitir su concentración bajo diferentes esquemas organizativos, cuando razones de interés público así lo requieran.

Ahora bien, a fin de comprender el contenido exacto del párrafo final del artículo 14, deben clarificarse los conceptos de los esquemas organizativos allí enumerados. Estos conceptos no fueron definidos en ninguna parte por la Ley No. 7964 y sobre ellos no existió debate alguno en la Asamblea Legislativa al momento de la discusión del proyecto. Debido a lo anterior se recurre a las definiciones que sobre el concepto de fusión y consorcio se dan en los distintos diccionarios jurídicos:

"Fusión de sociedades:

...se trata de 'una operación jurídica que afecta a dos o más sociedades, que conduce a la extinción de todas o de algunas de ellas y a la integración de sus respectivos patrimonios y socios en una sola sociedad ya preexistente o de nueva creación'" Uría, citado en Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. I, Editorial Civitas, 1995, p. 3210.

"Consortio:

Forma de asociación en que dos o más empresas se reúnen para actuar unidas, bajo una misma dirección y reglas comunes, aunque conservando su personalidad e independencia jurídica" (G. Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, T. I, 1974, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, p. 484).

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

Como puede observarse, el concepto de fusión conlleva a la desaparición de la personalidad jurídica de cada una de las empresas para transformarse en una sola entidad. Bajo el manto de una sola empresa con personalidad jurídica propia se cobijan las empresas fusionadas las cuales, al entrar en este esquema organizativo, desaparecen como entidades jurídicas. De allí, precisamente, que una vez efectuada la fusión, los socios y el patrimonio de las empresas fusionadas sean parte de la nueva persona jurídica.

A diferencia de la fusión, en la que las empresas fusionadas pierden su individualidad jurídica, el consorcio se constituye en una mera forma de asociación para la actuación conjunta de varias empresas que, no obstante lo anterior, conservan su personalidad jurídica. Se trata de un agrupamiento organizado a fin de establecer reglas comunes en la orientación de las empresas integrantes. Y es éste, precisamente, el concepto al que el legislador recurrió al consagrar el concepto de "consorcio operativo". Se trata de consorcios destinados a la operación o puesta en marcha de los servicios públicos concesionados a diferentes empresas.

Por último, aun y cuando no existe una definición estricta del concepto de "corporación de transporte", la misma no puede más que entenderse referida a un agrupamiento de empresas. Ahora bien, si el agrupamiento se realiza en los mismos términos de la fusión, se estaría ante el fenómeno del surgimiento de una nueva entidad jurídica y de la desaparición de las empresas fusionadas. Por el contrario, si el agrupamiento se realiza con pleno respeto de la personalidad jurídica de cada una de las empresas, se estaría frente a una figura similar a la del consorcio, en la que la razón de ser de la asociación radica en el establecimiento de reglas comunes que guíen el accionar de las diferentes empresas. De esta forma, los efectos jurídicos de la constitución de una corporación

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

de transporte dependerán de si la misma se configura como una nueva empresa o como una mera asociación de diferentes empresas.

Así, una vez determinada la autorización del legislador para la concentración de empresas concesionarias del servicio de transporte debe analizarse su relación con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley No. 3503.

El artículo 11 consagra dos hipótesis diferentes. La primera frase de la norma se refiere a la prohibición de que una persona sea dueña "de más de dos empresas, ni socio mayoritario de más de tres empresas que operen en diferentes rutas". El término "persona" en este caso se refiere tanto a las personas físicas como jurídicas pues, como se mencionó, el objetivo de la Ley era evitar la concentración de las concesiones en pocas manos -ya sean personas físicas o jurídicas-. Ahora bien, la segunda frase de la norma prohíbe al MOPT "... otorgar concesiones o permisos a personas o empresas afiliadas, subsidiarias, intermediarias o en cualquier otra forma ligadas a otro concesionario..."

. Normativa ésta orientada en el mismo sentido de evitar o impedir la conformación de monopolios u oligopolios en el sector.

En la primera hipótesis del artículo 11, el legislador limitó el número de "empresas" que puede poseer una sola persona, sea física o jurídica, aun y cuando en ninguna parte de la ley No. 3503 se indicó qué se entiende por "empresa". Sin embargo, como se mencionó anteriormente, de la interpretación de la ley se deriva que el concepto de "empresa" se encuentra indisolublemente ligado al concepto de "línea". En efecto, la línea es el servicio de transporte que se presta sobre una ruta, y este servicio sólo puede ser brindado por una "empresa", ya sea que ésta se identifique con la persona física a quien se le otorgó la concesión o que pertenezca a una persona jurídica.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Entonces, una vez determinado que la intención de esta norma es evitar la concentración de las concesiones, el artículo 14 se constituye en una excepción a la misma. Aun y cuando el artículo 14 no establece límite alguno sobre el número de empresas que pueden fusionarse, lo cierto es que la definición de fusión refiere a la "operación jurídica que afecta a dos o más sociedades, que conduce a la extinción de todas o de algunas de ellas y a la integración de sus respectivos patrimonios y socios en una sola sociedad", como se señaló anteriormente. Y en tanto el concepto de fusión, aplicado a la ley No. 3503, sólo se puede interpretar como la operación jurídica que afecta a dos o más empresas concesionarias, el párrafo 4 del artículo 14 se configura en una clara excepción al principio general del artículo 11, según el cual ninguna persona puede ser propietaria de más de dos empresas o socia mayoritaria de más de tres empresas que operen en diferentes rutas.

En el caso del consorcio operativo o de la corporación de transportes, cuando ésta última no implique el nacimiento de una nueva persona jurídica con la consecuente extinción de las sociedades que la conformaron, no se produce excepción alguna a la primera frase del artículo 11, puesto que en este caso no se estaría ante un "dueño" o "propietario". Como se mencionó, estos agrupamientos únicamente tienen por objetivo centralizar el control y la dirección de las empresas, sin que surja a la vida jurídica una nueva sociedad con patrimonio propio.

Ahora bien, la segunda hipótesis del artículo 11 prohíbe expresamente el otorgamiento de concesiones a personas o empresas "... afiliadas, subsidiarias, intermediarias o en cualquier otra forma ligadas a otro concesionario..."

con lo que, al igual que en la hipótesis anterior, la intención inicial del legislador era "democratizar" la prestación del servicio, en el entendido de que las concesiones del servicio

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

debían estar bajo un número amplio de personas. Sin embargo, con la promulgación de la Ley No. 7964, que modificó el artículo 14 de la Ley No. 3503, la prohibición anteriormente referida fue excepcionada por la expresa voluntad del legislador al autorizarse el agrupamiento de empresas operadoras del servicio bajo esquemas de consorcios operativos y corporaciones de transportes, por razones de interés público.

En efecto, con el establecimiento de un consorcio operativo o de una corporación de transportes necesariamente se produce un vínculo entre las empresas que los conforman. Ambas figuras jurídicas, como se mencionó anteriormente, buscan la centralización del control y la dirección de la prestación del servicio de las diferentes empresas, razón por la cual éstas se encuentran vinculadas entre sí ya sea por afiliación o integración. Pero esta vinculación o ligamen entre las empresas es autorizada por el legislador cuando concurren los requisitos del párrafo 4 del artículo 14, razón por la cual en estos casos no sería factible aplicar la sanción del artículo 11, o sea, la cancelación de los respectivos permisos o concesiones.

Por último debe señalarse que la posibilidad con que cuenta la Administración para autorizar la fusión de empresas o la creación de corporaciones de transporte, en el entendido de que se crea una nueva persona jurídica, se constituye en una autorización legal para el traspaso de las concesiones del servicio de transporte. Así, por ejemplo, al fusionarse una empresa concesionaria se produce su desaparición como entidad jurídica independiente. Entonces, la concesión pasa a pertenecer a la sociedad creada con la fusión, una empresa con personalidad jurídica propia, totalmente independiente de la desaparecida concesionaria. Y ello implica, simplemente, la cesión o traspaso de la concesión de una persona a otra. Debe, no obstante, aclararse que de conformidad con lo dispuesto expresamente por la Ley No. 3503, la Administración debe autorizar tanto la cesión de las concesiones

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

(artículo 14, párrafo 1), como cualquier forma de agrupamiento entre empresas concesionarias del servicio de transporte público (artículo 14, párrafo 4).

Valga aquí reiterar el criterio expuesto por la Sala Constitucional en lo relativo a la cesión de las concesiones:

"...sin autorización expresa de la Administración, el concesionario no puede "ceder" o "transferir el contrato, introduciendo o colocando a un "tercero" en lugar suyo; todos los contratos de la Administración se conciertan "intuito personae", por lo que, por regla general, no se pueden ceder a terceros, ni transmitirse a los causahabientes los derechos y obligaciones que dimanen de ellos, sin autorización expresa de la Administración. Asimismo, tampoco puede, sin la autorización de la Administración Pública, subcontratar recibiendo la colaboración de un tercero. La necesidad de previa autorización en la transmisión inter vivos o mortis causa no es un requisito meramente formal, sino un requisito ad solemnitatem, ya que hacen ineficaz y sin efecto alguno para la propia Administración la transmisión que no cuenta con la anuencia de la Administración..."

(Voto No. 5403-95)

De allí que, con la promulgación de la Ley No. 7964, el legislador autorizó la cesión de las concesiones del servicio de transporte público mediante la conformación de las figuras jurídicas de la fusión o la corporación de transportes, previa autorización de la autoridad administrativa competente, cuando por razones de interés público la operación del servicio así lo requiera.

Valga finalmente señalar que la anterior argumentación también responde a las preguntas formuladas por el Consejo de Transporte Público, mediante el oficio CTE-SE-01-001503 del 27 de agosto del año en curso.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

CONCLUSIONES

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

1. El párrafo cuarto del artículo 14 constituye una excepción a la frase primera del artículo 11 de la Ley No. 3503. Quiere ello decir que si la autoridad competente autoriza una fusión de empresas o una corporación de transportes, en el entendido de que con el referido agrupamiento surge una nueva persona jurídica y desaparecen las empresas fusionadas, no existe limitación alguna del número de concesiones que pueda poseer la persona jurídica en cuestión. No debe olvidarse que la autorización que en este sentido realice la autoridad competente debe fundamentarse en razones de interés público.

2. Excepto en el caso de la fusión de empresas o de las corporaciones de transportes en los términos anteriormente señalados, subsiste la prohibición de que una persona física o jurídica sea propietaria de más de dos empresas o socia mayoritaria de más de tres empresas que operen en diferentes rutas.

3. Los consorcios operativos y las corporaciones de transportes, cuando se constituyen como agrupamientos entre las empresas para centralizar su control en la prestación del servicio público, en cumplimiento de los requisitos del párrafo 4 del artículo 14, constituyen una excepción a la segunda frase del artículo 11. Consecuentemente, es improcedente la cancelación de las concesiones otorgadas a las empresas afiliadas a estos consorcios o corporaciones.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

4. Tanto la cesión de las concesiones como el agrupamiento de las empresas concesionarias bajo la figura de la fusión, el consorcio o la corporación, requieren de la previa autorización de la Administración competente.

LOS SERVICIOS AERONÁUTICOS: UNA ACTIVIDAD DE SERVICIO PÚBLICO

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]¹³

LOS SERVICIOS AERONÁUTICOS: UNA ACTIVIDAD DE SERVICIO PÚBLICO

El servicio público se define por la publicatio, es decir, la declaración de que una actividad es un servicio público o de interés público. Declaración que se afirma respecto de los servicios aeronáuticos y en concreto de los denominados por la ley servicios auxiliares de la navegación aérea

1.-

Los servicios aeronáuticos

Los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de carácter general. Y como estas necesidades son, han sido y serán valoradas de forma diferente por la humanidad, en el transcurso de la historia, su relevancia jurídica estará definida por el reconocimiento que en tal sentido realice el legislador o el constituyente en un momento determinado. La declaración de una actividad como servicio público o publicatio no sólo reconoce la existencia de esas necesidades sino la correlativa obligación del Estado de proceder a satisfacerlas. Con la declaración de servicio público o de interés público, el Estado asume la titularidad de la actividad con lo que, a su vez, se generan dos efectos: la

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

obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para la satisfacción del interés general y el derecho de los habitantes de exigirle al Estado la prestación adecuada del servicio.

Para que se produzca la publicatio no es necesaria la calificación expresa de la actividad como servicio público. Basta que la actividad sea declarada de interés público, que es el reconocimiento del interés general en la actividad o, lo que es lo mismo, del interés de la comunidad en su conjunto entendido como la suma de concordantes intereses individuales y sea atribuida a un ente público.

La titularidad de la actividad en manos del Estado, acaecida mediante la publicatio, exige su responsabilidad en la adecuada prestación del servicio. No interesa si la prestación del servicio es directa -gestión directa de la Administración- o indirecta -como ocurre en las concesiones, gestiones interesadas, etc.-, ya que en ambos casos el Estado asume la responsabilidad. La titularidad de la actividad "...determina que la Administración mantiene el poder organizador y director correspondiente y la responsabilidad derivada de la vigilancia sobre la correcta prestación del servicio", tal y como lo ha indicado esta Procuraduría en ocasiones anteriores (OJ-120-2001 del 3 de setiembre del 2001).

Puesto que se trata de actividades cuyo titular es el Estado, la prestación de los servicios públicos por parte de los sujetos privados requiere de una habilitación especial de la Administración titular. Ya se trate de una concesión, gestión interesada u otra forma de delegación, la prestación del servicio se encuentra sometida a la vigilancia de la Administración. Por ello, puede ser revocada si se constata el incumplimiento de los deberes del concesionario, la inadecuada prestación del servicio o si razones de interés público así lo requieren.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

En síntesis, tal y como lo ha manifestado esta Procuraduría en ocasiones anteriores, el concepto de servicio público presenta las siguientes características:

* Es una actividad de interés general.

* Este interés general se manifiesta en el carácter esencial de la actividad para el desenvolvimiento del Estado o porque satisface un interés o necesidad colectiva.

* La declaración de una actividad como servicio público determina que ésta es de naturaleza pública. La titularidad del servicio público corresponde a una Administración Pública, lo que se justifica por el interés público presente en la actividad y porque es la Administración Pública la encargada de tutelar ese interés público.

* Los particulares requieren de una habilitación especial de la Administración titular para poder gestionar la prestación del servicio público. Por ende, puede haber un 'desdoblamiento' entre titularidad y gestión, en especial cuando se trata de servicios industriales y comerciales.

* La Administración titular conserva siempre determinados poderes respecto de la prestación del servicio, aun cuando éste sea explotado por particulares.

* La prestación en que consiste el servicio debe estar destinada a satisfacer necesidades de los usuarios (dictamen C-009-2000 del 26 de enero del 2000).

Ahora bien ¿pueden calificarse los servicios aeronáuticos como una actividad de servicio público? Para ello debe, en primer lugar, definirse el concepto de aeronáutica. La Real Academia define el término aeronáutica como:

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

"Ciencia o arte de la navegación aérea. // 2. Conjunto de medios (aeronaves, instalaciones, servicios, personal, etc.) destinados al transporte aéreo. " (p. 49)

Como se observa, la aeronáutica es la ciencia de la navegación aérea y, en tal sentido, abarca los bienes, servicios y recursos humanos necesarios para poder desarrollarse. Los servicios aeronáuticos, al igual que la salud y la educación, satisfacen intereses de carácter general en tanto permiten el transporte de personas vía aérea lo que, además, constituye un elemento fundamental del progreso de los países, así como un indicador de la calidad de vida de los habitantes en el tiempo presente.

Debe, además, señalarse que los servicios aeronáuticos se encuentran regulados detalladamente, tanto a nivel nacional como internacional, dada la soberanía exclusiva de los países sobre el espacio aéreo de sus territorios nacionales. El control de cada país sobre el espacio aéreo nacional es el ejercicio de un derecho soberano, principalmente en tiempos donde los avances tecnológicos son, con mayor frecuencia, utilizados para fines ilícitos tales como el tráfico de drogas y armas, entre otras cosas. Pero, además, la regulaciones internacionales (OACI) y nacionales en la materia se orientan al ordenamiento de las reglas del tráfico aéreo, necesarias para que se realice de forma segura, evitando o disminuyendo el riesgo contra la vida de las personas o contra la propiedad de las cosas que se transportan, independientemente de su nacionalidad u origen.

La necesidad de regular y controlar el tráfico aéreo en atención a los intereses de carácter general presentes en la materia, incluida la protección de la soberanía de los Estados, justifica el reconocimiento en los distintos ordenamientos del carácter de servicio público de determinados servicios que se desarrollan en los aeropuertos públicos.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

El punto es si nuestro ordenamiento jurídico permite calificar los servicios aeronáuticos como actividades de interés público y por ende, servicios públicos. Al respecto, debe tomarse en cuenta tanto lo dispuesto por la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos como por la propia Ley de Aviación Civil.

La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), Ley No. 7593 del 9 de agosto de 1996, dispone en lo que aquí interesa: "ARTÍCULO 3.-
Definiciones

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

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

"ARTÍCULO 5.-
Funciones

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

(...)

f) Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo.

g) Los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales.

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

h) Transporte de carga por ferrocarril (...)" . La negrilla y el subrayado no son del original.

Ahora bien, en materia de servicios aeronáuticos, la ley excluye de la competencia de la ARESEP los servicios de transporte público remunerado de personas y carga vía aérea. Con la referida exclusión, la ley exime a los servicios de transporte vía aérea del control así como de la potestad tarifaria de la ARESEP. Lo que no significa que el transporte aéreo no sea un servicio público. En efecto, la exclusión significa únicamente que estos servicios no están sujetos a la función reguladora propia de la ARESEP. Y es que el carácter de servicio público del transporte aéreo deriva de la calificación hecha por el legislador. En efecto, la Ley General de Aviación Civil en su artículo 164 inciso a) se refiere al interés público en materia de transporte remunerado de personas y mercancías vía aérea, por lo que debe ser prestada de forma adecuada, eficiente y en atención a la máxima seguridad de las personas y cosas que se transportan. Interés público al cual se refieren también los numerales 148 inciso e y 157). Establecen dichos artículos :

"Artículo 164.-

Al ejercer el Consejo Técnico de Aviación Civil sus facultades respecto a la fijación y aplicación de tarifas para el transporte aéreo, tomará en consideración, entre otros, los siguientes factores:

1. El interés público de garantizar al transporte su ejecución adecuada, eficiente y con la máxima protección de seguridad posible para las personas y mercancías (...)" .

"Artículo 148.-

Los certificados de explotación para transporte aéreo especificarán, además de lo indicado en el artículo anterior:

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

(...)

5. Condiciones y limitaciones que el interés público puede requerir".

"Artículo 157.-

El Consejo Técnico de Aviación Civil, a solicitud de parte interesada o por propia iniciativa, puede alterar, enmendar, modificar, suspender o cancelar con la aprobación del Poder Ejecutivo si se trata de servicios internacionales, cualquier certificado de explotación en todo o en parte, tomando en cuenta la necesidad o conveniencia de los interesados, debidamente comprobada. Así mismo podrá modificar y cancelar el certificado por razones de interés público o por el incumplimiento del concesionario de los términos de la ley, de la concesión o de los reglamentos respectivos. (...)."

Pero no sólo el transporte aéreo de personas y carga es servicio público. El inciso g) del artículo 5 de la Ley de la ARESEP califica los servicios aéreos en los puertos nacionales como servicios públicos y los somete a la competencia de la ARESEP. Aun y cuando la terminología utilizada por la ley es imprecisa, tal y como se indicó en la Opinión Jurídica OJ-127-2001 del 14 de setiembre del 2001, lo cierto es que por "servicios aéreos" en los puertos nacionales no pueden más que entenderse los servicios de naturaleza pública que se prestan en los aeropuertos nacionales o servicios públicos aeroportuarios o aeronáuticos.

No es nuestro interés realizar en este dictamen una enumeración exhaustiva de los servicios aeronáuticos. Sin embargo, dados los términos de la consulta resulta necesario referirnos a los servicios auxiliares para la navegación aérea.

2.-

Los servicios "auxiliares" para la navegación aérea

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

El Título Tercero de la Ley General de Aviación Civil está consagrado a los distintos servicios aéreos, comprendiendo en el Capítulo VII los llamados por la Ley "servicios auxiliares para la navegación aérea". Se dispone al efecto:

"Artículo 127.-

Son servicios auxiliares de la navegación aérea los que garantizan su seguridad y regularidad, tales como el control de tránsito aéreo, el establecimiento de aerovías, las radiocomunicaciones aeronáuticas, las telecomunicaciones aeronáuticas, ya sean tráfico clase A o B, los informes meteorológicos, las facilidades de radio navegación y los servicios de balizamiento diurno o nocturno.

Artículo 128.-

Es atribución de la Dirección General de Aviación Civil el control de los servicios auxiliares de la navegación aérea. En el ejercicio de esta atribución dictará las medidas que sean convenientes para la mayor seguridad y eficiencia de los vuelos con el fin de proteger la vida humana y la propiedad.

Asimismo, cuando convenga al interés público, el Consejo Técnico de Aviación Civil podrá, por medio del Poder Ejecutivo, contratar directamente la prestación de dichos servicios con entidades técnicamente capacitadas, o bien otorgar permisos con el mismo fin a empresas costarricenses que para tal efecto no persigan fines de lucro. En uno y otro caso, el servicio deberá prestarse en beneficio de la navegación aérea en general y bajo la supervigilancia de las autoridades de aviación civil."

Los servicios llamados por la Ley "auxiliares" son los que garantizan la "seguridad y regularidad" de la navegación aérea, razón por la cual son de competencia del Estado, a través de la Dirección General de Aviación Civil. Se trata de actividades indispensables para el ordenado desarrollo de la navegación aérea

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

y, en tal sentido, constituyen una garantía de protección de las vidas humanas y de las mercancías que se transportan por esa vía. Por consiguiente, más que ante actividades "auxiliares", estamos en presencia de actividades esenciales para la navegación aérea; por eso no es de extrañar que tanto regional como internacionalmente se les llame "servicios para la navegación aérea".

En efecto, el control del tránsito aéreo, el establecimiento de aerovías, las radiocomunicaciones aeronáuticas, las telecomunicaciones aeronáuticas, los informes meteorológicos y las facilidades de navegación, entre otros, son todas actividades indispensables para que los vuelos se realicen ajustados a los parámetros de seguridad necesarios para garantizar la integridad de las personas, así como de las mercancías que se transportan vía aérea. Por lo que no es de extrañar que el artículo 18 inciso XVII de la Ley imponga a la Dirección General de Aviación Civil la obligación de velar por la seguridad de la navegación y transporte aéreo, para lo que debe emitir y revisar periódicamente las "normas y procedimientos aplicables al tránsito de aeronaves, en rutas aéreas, aeropuertos y aeródromos del país", así como las "normas y procedimientos aplicables a los servicios auxiliares de la navegación aérea comprendiendo telecomunicaciones, radionavegación, meteorología aeronáutica, señalamiento de rutas y aeródromos, aerovías, así como los trabajos de búsqueda y salvamento" (apartados d y e).

Conforme lo anterior, no cabe duda de que los servicios "auxiliares" para la navegación aérea son una actividad de interés general en tanto satisfacen los intereses de la comunidad en su conjunto. Es decir, la suma apreciable de concordantes intereses de carácter individual: el interés de que los servicios de navegación aérea se presten de forma adecuada y segura para la protección de la vida de las personas así como de las mercancías que se transportan. Además, es una actividad cuya titularidad

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

radica en una Administración Pública: se encuentra sometida al control de la Dirección General de Aviación Civil y a la "supervigilancia" de las autoridades de aviación civil en el caso de que sea delegada en terceros.

Se encuentra dentro de la categoría de servicios "auxiliares" el servicio de información aeronáutica. A este respecto debe tomarse en cuenta lo dispuesto internacionalmente. El Anexo 15 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, denominado "Servicios de Información Aeronáutica" define los referidos servicios de la siguiente manera:

"Servicios de información aeronáutica. Servicio establecido dentro del área de cobertura definida encargada de proporcionar la información y los datos aeronáuticos necesarios para la seguridad, regularidad y eficiencia de la navegación aérea" Décima Edición – julio de 1997, Organización de Aviación Civil Internacional, revisión No. 31, p. 4

Los servicios de información aeronáutica (conocidos por sus siglas en inglés AIS) constituyen un elemento esencial para que el transporte aéreo se realice de manera eficiente y segura, ya que su objeto es generar y poner en conocimiento de los operadores de vuelo la información y datos aeronáuticos relativos a un área de cobertura específica.

Debido a la importancia de estos servicios, el Anexo 15 del Convenio establece las Normas y Métodos recomendados para los servicios de información aeronáutica, que deben ser aplicados de manera uniforme por los países, a fin de garantizar la máxima seguridad en la navegación aérea:

"...2.1 La necesidad de proceder a la aplicación uniforme y consistente, a escala mundial, de los SARPS (Normas y Métodos recomendados) pertinentes siempre ha sido un elemento básico, ya

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que la información proporcionada por el servicio AIS (servicio de información aeronáutica) es esencial para la operación de las aeronaves. La necesidad de que la presentación de la información sea uniforme reviste importancia para que pueda accederse fácilmente a la información en todo el mundo y recientemente, a raíz de la introducción de la automatización en el servicio AIS, se ha convertido en un aspecto fundamental para el intercambio y recuperación de la información.

2.2 La función e importancia de la información/datos aeronáuticos aumentó notablemente al implantarse la navegación de área (RNAV), la performance de navegación requerida (RNP) y los sistemas de navegación computadorizados de a bordo. Cuando la información/datos aeronáuticos están alterados o son erróneos puede verse afectada la seguridad de la navegación aérea. Debido a eso, existe una mayor necesidad de exactitud, resolución e integridad al suministrar la información aeronáutica. En consecuencia, en el Anexo 15 se introdujo el requisito de un sistema de calidad AIS, con arreglo a normas ISO 9 000, a fin de proporcionar un marco básico para un programa de garantía de calidad." (Documento CAR/SAM/3-WP/45, 27/7/99, Organización de Aviación Civil Internacional, <http://www.icao.int/icao/en/ro/samx/carsam3/docs.htm>).

Se establece, así, la importancia de los servicios de información aeronáutica en la navegación aérea. Pero. ¿cuál es esa información aeronáutica? Esta comprende la publicación de información aeronáutica (AIP), los suplementos AIP, los boletines de información previa al vuelo, las circulares de información aeronáutica (AIC), las listas de verificación y resúmenes y los NOTAM. Por ende, los servicios de información aeronáutica son los relativos a esta información. (Publicación de Información Aeronáutica (AIP), Servicios de Información y Cartografía Aeronáutica, Dirección General de Aviación Civil, Ministerio de Obras Públicas y Transportes, San José, p. GEN 0.1-4).

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Los NOTAM (Notices to Airmen o avisos a las tripulaciones de vuelo) son definidos de la siguiente manera:

"NOTAM. Aviso distribuido por medios de telecomunicaciones que contiene información relativa al establecimiento, condición o modificación de cualquier instalación aeronáutica, servicio, procedimiento o peligro, cuyo conocimiento oportuno es esencial para el personal encargado de las operaciones de vuelo". Anexo 15-Servicios de Información Aeronáutica, Op. Cit., p. 3

Dado que los NOTAM son necesarios para la seguridad del tráfico aéreo se encuentran regulados a nivel internacional. Estos instrumentos han sido objeto de estudio en el marco de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) ya que su emisión y comunicación a los operadores ha generado problemas debido a errores en los formatos utilizados por los Estados, así como a retrasos en su comunicación, entre otros. El análisis de esta temática a nivel de la OACI tiene como objetivo que los Estados Miembros utilicen de manera uniforme y oportuna los NOTAM. Aspecto que se enmarca dentro del más amplio objetivo de la OACI de lograr la aplicación efectiva y uniforme de todas las Normas y Métodos recomendados en el Anexo 15 del Convenio de Chicago en tanto "... la información proporcionada por el servicio AIS (servicio de información aeronáutica) es esencial para la operación de las aeronaves" (Documento CAR/SAM/3-WP/45. Op. Cit.)

Como se indicó, los NOTAM son reportes de información para las tripulaciones de vuelo, distribuidos por medio de telecomunicaciones, que contienen información esencial para las operaciones de vuelo. En el caso de Costa Rica, se trata de información que emite la Dirección General de Aviación Civil como órgano regulador de la Aviación Civil en el territorio nacional. Los NOTAM constituyen, así, información oficial que emite el Estado costarricense y que es necesaria para garantizar la

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

seguridad y regularidad de la navegación aérea. Esta información es remitida a COCESNA, entidad que presta el servicio de telecomunicaciones aeronáuticas a nivel regional -en virtud de su Convenio de constitución- y que se encarga de transmitirlos a través de la red de telecomunicaciones.

No obstante, se ha afirmado que la Ley de Aviación Civil no regula expresamente los NOTAM. Al efecto, es necesario recordar que la enumeración de los servicios auxiliares que realiza el artículo 127 de la Ley no es taxativa sino ilustrativa, razón por la cual pueden existir servicios no mencionados de forma expresa, pero que se encuentran regulados por la normativa en cuestión. Recuérdesse que el legislador define los servicios auxiliares en razón de su finalidad (los que garantizan la "seguridad y regularidad" de la navegación aérea, utilizando la fórmula "tales como" para ejemplificar estos servicios. Corresponde, entonces, al operador jurídico analizar la naturaleza y fines del servicio para determinar la normativa aplicable y, por ende, si resultan aplicables las disposiciones del Capítulo VII de la Ley. Dicho análisis es el que permite concluir que los NOTAM constituyen servicios auxiliares en los términos de la ley, aunque expresamente no sean mencionados en el artículo 127. En efecto, no podría considerarse que un servicio que tiende a asegurar que se distribuya la información necesaria para la seguridad, regularidad y eficiencia de la navegación aérea, ya sea nacional o internacional, no esté comprendido dentro del fin de garantizar la seguridad y regularidad de la navegación aérea.

El anterior razonamiento se encuentra respaldado por la función, atribuida a la Unidad de la Sección de Tránsito Aéreo de la Dirección General de Aviación Civil, de brindar y coordinar la prestación del servicio de información aeronáutica (ARO/AIS), de la cual forma parte el servicio NOTAM (Decreto NO. 28321-MOPT).

Ahora bien, el punto es si estos servicios auxiliares deben

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ser prestados exclusivamente por la Administración o si ésta puede delegar su gestión.

B.-

REGIMEN DE EXPLOTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INFORMACIÓN

La declaración de una determinada actividad como servicio público determina que su titularidad corresponde a la Administración, por lo que es a ella, en principio, a quien corresponde prestar el servicio. No obstante, en relación con los servicios públicos de naturaleza industrial o comercial e incluso respecto de algunos servicios administrativos, el ordenamiento puede reconocer la posibilidad de que su prestación sea encargada a terceros. En todo caso, como ya se ha indicado, los particulares no son libres para explotar esos servicios sino que requieren de una habilitación especial de la Administración titular. El punto es si esa habilitación ha sido prevista por nuestro ordenamiento. A fin de determinarlo, consideramos conveniente referirnos a lo dispuesto tanto en la Ley General de Aviación Civil como en el Convenio Constitutivo de COCESNA. Asimismo, por tener incidencia en el asunto, corresponde referirnos al aspecto relativo a la utilización de un espacio en el aeropuerto nacional.

1. La Ley permitiría la explotación por los particulares

No obstante que los servicios de información aeronáutica, incluyendo los NOTAM, pueden ser considerados como servicios públicos de carácter administrativo, es lo cierto que la Ley permite a la Administración que delegue su prestación en terceros. En efecto, la Ley General de Aviación Civil prevé la gestión indirecta de los servicios auxiliares en el segundo párrafo del artículo 128 antes transcrito. Dicho párrafo autoriza, en efecto, al Consejo Técnico de Aviación Civil a contratar directamente la prestación de los servicios auxiliares, sin diferenciar entre estos, "cuando convenga al interés público". De conformidad con la

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

norma, la habilitación para la prestación de los servicios públicos puede tener lugar por contratación o por medio de permiso. En el caso del permiso, la Administración tendrá la obligación de tener por acreditada la nacionalidad de la empresa y que ésta no persiga fines de lucro, lo que implica que una sociedad comercial no puede verse beneficiada con el permiso de mérito. Además, de previo la Administración también deberá haber valorado que el otorgamiento de los permisos para la explotación de los servicios convenga el interés público.

En el caso de la contratación directa, el factor fundamental es que se trate de una "entidad técnicamente capacitada", para lo cual será necesario que la Administración realice una evaluación de la empresa seleccionada a fin de garantizar su capacidad técnica para la prestación de los servicios. Caso contrario, se incurriría en una causal de invalidez de la contratación. No debe olvidarse, además, que la Administración debe tener por demostradas las razones de interés público que justifiquen esta contratación. Es de advertir, por demás, que la autorización para contratar en forma directa es dudosamente constitucional. En efecto, conforme lo dispuesto por el artículo 182 de la Constitución Política y ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional, para contratar la Administración Pública debe sujetarse al procedimiento de licitación, según corresponda.

Ahora bien, tal y como se indicó, el inciso II del artículo 10 también regula lo relativo a la gestión de los servicios auxiliares de navegación aérea por terceros. Indica la norma en cuestión:

"Artículo 10.-

Son atribuciones del Consejo Técnico de Aviación Civil:

(...)

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

II. El otorgamiento, prórroga, suspensión, caducidad, revocación, modificación o cancelación de permisos o concesiones para el funcionamiento de aeródromos, aeropuertos, servicios de despacho aéreo, comunicaciones aeronáuticas, radio ayudas para la navegación aérea y demás instalaciones aeronáuticas y servicios auxiliares de la aeronavegación (...)." (el subrayado y la negrilla no son del original).

De acuerdo con dicho artículo, forma parte de la competencia propia del Consejo Técnico de Aviación Civil el otorgar permisos o concesiones para el funcionamiento de servicios calificados por la ley como auxiliares de la aeronavegación. Empero, el 128 de la Ley se refiere al Consejo por medio del Poder Ejecutivo. Dado que existen dos disposiciones que regulan la misma situación fáctica en la Ley General de Aviación Civil, o sea, la competencia para decidir sobre la gestión indirecta de los servicios auxiliares de navegación aérea, es necesario realizar una interpretación integral y coherente de la normativa. La aparente contradicción entre las disposiciones señaladas desaparece al interpretarse que el otorgamiento de las concesiones en materia de servicios auxiliares de la navegación aérea compete al Consejo Técnico de Aviación Civil, pero a través del Poder Ejecutivo, tal y como lo dispone el artículo 128. De modo que el acto lo emite formalmente el Poder Ejecutivo, pero la decisión correspondiente la adopta el Consejo Técnico. Debe recordarse, por demás, que el Poder Ejecutivo es el encargado de la regulación de la Aviación Civil, aun y cuando dicha función se realice a través del Consejo Técnico de Aviación Civil y de la Dirección General de Aviación Civil (artículo 2 de la Ley).

Por otro lado, la autorización genérica que se otorga en el inciso II del artículo 10 para el otorgamiento, prórroga, suspensión, caducidad, revocación, modificación o cancelación de permisos o concesiones para el funcionamiento, entre otros, de las

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"...comunicaciones aeronáuticas, radio ayudas para navegación aérea y demás instalaciones aeronáuticas y servicios auxiliares de la aeronavegación", debe precisarse en los términos dispuestos por el párrafo 2 del artículo 128. Quiere ello decir que la delegación de los servicios podrá realizarse por contratación directa con "entidades técnicamente capacitadas" o por autorización mediante permiso otorgado "a empresas costarricenses que para tal efecto no persigan fines de lucro"; siempre y cuando ello convenga al interés público. El artículo 128 es una norma específica sobre la regulación de los servicios auxiliares de navegación aérea que viene a precisar la atribución genérica consagrada en el inciso II del artículo 10 referido.

De conformidad con lo anterior, es claro que la explotación del servicio de información aeronáutica, incluidos los NOTAM, por sujetos privados, ya sea desde el punto de vista de su comunicación a los usuarios del servicio, únicamente puede autorizarla el Consejo Técnico de Aviación Civil, por medio del Poder Ejecutivo, bajo la previa demostración de la "conveniencia al interés público". Por consiguiente, estas mismas reglas resultarían aplicables para servicios tales como los informes meteorológicos que son servicios auxiliares para la navegación aérea, según disposición expresa de la Ley General de Aviación Civil.

Dadas las disposiciones de la Ley de Aviación Civil, puede concluirse sin lugar a dudas que ésta no contempla la "autorización de operación" como un acto de habilitación de la gestión indirecta de los llamados servicios auxiliares. Si se pretendiera identificar "autorización de operar" con permiso para prestar el servicio, debe considerarse no solo la particularidad de este tipo de acto administrativo, sino ante todo que un permiso sólo puede ser otorgado cuando satisfaga el interés público y el permisionario sea una entidad costarricense sin fines de lucro. Por consiguiente, no es un mecanismo válido para delegar la

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

prestación de servicios de información aeronáutica.

2.-

Empero, respecto de los servicios auxiliares debe tomarse en cuenta el Convenio de COCESNA

El Convenio Constitutivo de la Corporación Centroamericana de Servicios de Navegación Aérea (COCESNA), aprobado mediante Ley No. 3240 del 20 de noviembre de 1963, crea un "organismo de servicio público" que tiene el carácter de "institución de utilidad pública", para que se encargue de la prestación de determinados servicios de navegación aérea en Centro América. El Convenio dispone al efecto:

"Artículo 1.-

Créase un Organismo de servicio público que se denominará 'Corporación Centroamericana de Servicios de Navegación Aérea', en lo sucesivo denominada 'la Corporación' y cuyas finalidades se determinan en este Instrumento (...)

"Artículo 3.-

La Corporación gozará de personalidad jurídica; podrá ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representada judicial y extrajudicialmente, para llenar sus fines, tendrá el carácter de institución de utilidad pública."

La creación de la Corporación como organismo de servicio público se da en función de las actividades que le son propias, entre otras, la prestación "exclusiva" de los servicios de tránsito aéreo, telecomunicaciones aeronáuticas y radio ayudas para la navegación aérea sobre los territorios de las Partes Contratantes. Servicios que en la Ley General de Aviación Civil reciben la denominación de servicios auxiliares de la navegación aérea (artículo 127). Dispone el Convenio en su artículo 2:

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

"1) La Corporación tendrá derechos exclusivos sobre la prestación de los servicios de tránsito aéreo, de telecomunicaciones aeronáuticas y de radio ayudas para la navegación aérea en los territorios de las Partes Contratantes:

1. Proporcionará los servicios y ayudas antedichas, previstas en el plan regional de la Organización Civil Internacional, en los territorios de las Partes Contratantes y en aquellas otras áreas que se les hayan confiado en virtud de un Acuerdo Internacional;

2. Podrá proporcionar a otros Estados, mediante convenio, los antedichos servicios y ayudas previstos en el plan regional de la Organización de Aviación Civil Internacional;

3. Podrá proporcionar dentro de los territorios de las Partes Contratantes, por medio de contratos con entidades públicas o privadas, los servicios y ayudas antedichos que no estén previstos en el plan regional de la Organización de Aviación Civil Internacional.

2. La Corporación podrá proporcionar servicios aeronáuticos estipulados en el plan regional de la Organización de Aviación Civil Internacional, distintos de los antedichos, previa autorización escrita de las autoridades competentes de todas las Partes Contratantes.

3. La Corporación tendrá las atribuciones siguientes:

1. Estudiar y proponer a las Partes Contratantes, en base a las Normas y Métodos Recomendados de la Organización de Aviación Civil Internacional, la uniformidad de las normas nacionales que regulan el tránsito aéreo y de las medidas que adopten los servicios encargados de organizarlos y de lograr su seguridad;

2. Tomar todas las medidas necesarias para la capacitación

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

adecuada del personal.

3. Fomentar y coordinar los estudios concernientes a los servicios e instalaciones de navegación aérea, teniendo en cuenta la evolución técnica y, dado el caso, proponer a las Partes Contratantes las enmiendas al plan regional de navegación aérea que hayan de someterse a las Organización de Aviación Civil Internacional, respecto a las atribuciones a que este Artículo se refiere". La cursiva es propia.

Como se observa, el Convenio regula específicamente los servicios de tránsito aéreo, de telecomunicaciones aeronáuticas y de radio ayudas para la navegación aérea, previstos en el plan regional de navegación aérea de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI). Sobre la prestación de estos servicios el Convenio le otorga "derechos exclusivos" a la Corporación:

"...la Corporación tiene 'derechos exclusivos' para la prestación de servicios. Sobre este punto debe tomarse en cuenta que se está en presencia de servicios cuya titularidad corresponde al Estado y que, por consiguiente, no están en el comercio de los hombres, de manera que no cualquier individuo o empresa pueda prestarlos directamente. Para ello se requiere un acto estatal (ley o en su caso, acto administrativo conforme a la ley) que le habilite la prestación o explotación del servicio. En el caso de la Corporación ese acto es el Convenio. No obstante, puesto que la prestación se hace con carácter de exclusividad, según se deriva de la frase 'derechos exclusivos' podría pensarse que se está creando un monopolio. Ante lo cual cabe reiterar que la titularidad del servicio corresponde al Estado y éste lo que transfiere es la prestación. Por la índole de los servicios se comprende que en tanto el Convenio esté vigente y COCESNA preste los servicios lo haga con criterio de exclusividad. De la misma forma que, por ejemplo, si se encarga a un tercero la construcción o reparación de un aeropuerto con determinados servicios, este

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

tercero explote esos servicios con exclusividad." (Opinión Jurídica OJ-150-2001 del 16 de octubre del 2001)

Además de las anteriores regulaciones, el Convenio autoriza a la Corporación a prestar los servicios de tránsito aéreo, de telecomunicaciones aeronáuticas y de radio ayudas no previstos en el plan regional de navegación aérea de la OACI (artículo 2, inciso 1;c), así como los servicios aeronáuticos distintos a los anteriores pero establecidos en el plan regional de navegación aérea de la OACI "previa autorización escrita de las autoridades competentes de todas las Partes Contratantes".

Con base en lo anterior, Costa Rica, al igual que los otros países miembros de COCESNA, delegó por acuerdo, en la dependencia que forma parte de la Gerencia de Operaciones de dicha entidad, y a partir del 5 de noviembre de 1998, "...la autoridad de suministrar el Servicio de Información Aeronáutica de la Oficina NOTAM Internacional (NOF) para la Región de Información de Vuelo (FIR) Centroamericana (MHTG)" (http://www.cocesna.hn/info_aeronautica.htm). La oficina NOTAM internacional es la "oficina designada por un Estado para el intercambio internacional de NOTAM" (Anexo 15 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, Op. Cit.). En este caso, se delegó la prestación del servicio -el intercambio internacional de NOTAM- y no su titularidad.

En la medida en que un determinado servicio esté incluido dentro de los servicios a que se refiere el primer párrafo del artículo 2 del Convenio; es decir, que se trate de tránsito aéreo, de telecomunicaciones aeronáuticas y de radio ayudas para la navegación aérea en los territorios de las Partes Contratantes, dicho servicio no puede ser delegado en otra entidad por parte del Poder Ejecutivo. El disfrute de un "derecho exclusivo" a la prestación de esos servicios por parte de COCESNA deriva de una norma de rango superior a la ley. Por consiguiente, esos "derechos

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

exclusivos" se constituyen en un límite a la competencia del Consejo Técnico de Aviación Civil y del Poder Ejecutivo para decidir contratar directamente u otorgar un permiso para la explotación de dichos servicios. En consecuencia, puede considerarse que lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 128 de la Ley de Aviación Civil no resulta aplicable a los servicios cuya explotación ha sido confiada a COCESNA.

De estarse en presencia de servicios distintos de los de tránsito aéreo, de telecomunicaciones aeronáuticas y de radio ayudas para la navegación aérea, bien podría el Consejo Técnico de Aviación Civil, por medio del Poder Ejecutivo, valorar si procede habilitar a una empresa privada para la prestación del servicio público. Para lo cual debe sujetarse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley antes transcrito, particularmente en su segundo párrafo

Por demás, está claro que si el Estado costarricense ha delegado la prestación de un servicio distinto de los antes indicados en COCESNA podría revocar dicha delegación (para lo cual deberá seguir los procedimientos correspondientes) y, si el interés público lo justifica, recurrir a mecanismos diferentes o alternativos para brindar la información a los usuarios del servicio. Lo anterior debe ser tomado en cuenta por cuanto en virtud de un acto de delegación, COCESNA se constituyó en la oficina NOTAM internacional para la región centroamericana, y en tal sentido es actualmente la entidad oficial reconocida por el Estado costarricense para realizar las funciones del intercambio internacional de NOTAM.

En último término, cabe señalar que si el servicio de que se trata no puede ser calificado de servicio auxiliar de la navegación aérea, por no estar destinado a garantizar la seguridad y regularidad de esta navegación, Aviación Civil no podría recurrir a lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley para DELEGar

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la prestación del servicio. Por el contrario, si se trata de un servicio a ser prestado en un aeropuerto internacional, debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 94, in fine, de esa Ley, a cuyo tenor:

"El Consejo Técnico de Aviación Civil podrá otorgar en ellos (aeropuertos internacionales) concesiones para la explotación de los servicios que estime convenientes, conforme a tarifas, renta o derechos que al efecto indique el respectivo reglamento y mediante el trámite regular de licitación pública en los casos que no lo fueran por Certificado de Explotación." (el subrayado no es del original)." (el subrayado y la negrita no son del original).

Por otra parte, si no se está en presencia de aeropuertos internacionales tendría que sujetarse estrictamente a lo dispuesto en la Ley de la Contratación Administrativa. Lo cual implica someterse a los procedimientos de contratación que resulte aplicable según el objeto y monto de la contratación.

3.-

El uso del dominio público

De conformidad con lo que se desprende en el oficio de consulta y la documentación adjuntada, la Administración ha tenido dudas sobre el procedimiento para otorgar un espacio dentro del aeropuerto para la prestación de un servicio de información a los pilotos. Por ello es conveniente referirnos al régimen de uso de los aeropuertos nacionales en tanto bienes demaniales.

Los bienes demaniales o bienes del dominio público son las cosas públicas, o sea, aquellos bienes que se encuentran fuera del comercio de los hombres y que, como tales, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Se trata de los bienes destinados al uso público.

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

La declaratoria de un bien como de dominio público compete al constituyente o al legislador. El artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política establece entre las atribuciones de la Asamblea Legislativa el "decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación". No obstante lo anterior, la misma disposición constitucional define como bienes de dominio público las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas, los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarbурadas, así como los depósitos de minerales radioactivos, los servicios inalámbricos y los ferrocarriles, muelles y aeropuertos en servicio.

Pero la norma constitucional no sólo realiza la declaratoria de los referidos bienes como de dominio público sino que los somete a un régimen especial, dependiendo de la naturaleza del bien. En el caso que nos interesa, sea el de los aeropuertos nacionales en servicio, la norma dispone que no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado.

Ahora bien, el anterior régimen constitucional no implica la imposibilidad de realizar una utilización o una explotación privativa del bien, pues tal uso será posible mediante una concesión o permiso de uso, de conformidad con la normativa correspondiente. La Sala Constitucional se ha referido a la concesión de uso como instrumento que no transgrede la prohibición constitucional de enajenar, arrendar o gravar los bienes de dominio público:

"El vocablo 'enajenación' importa la transmisión del dominio o propiedad de la cosa o la titularidad de un derecho a otra persona, lo que no sucede con la concesión, pues de acuerdo con los propios términos del Proyecto, el Estado conserva el dominio sobre ellos, al punto de que podría recuperarlos -si por razones de interés público así lo llegara a estimar- previa indemnización

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

al concesionario. Difiere igualmente de la figura del arrendamiento, pues como contrato sinalagmático que es, el arrendante asegura al arrendatario el uso y disfrute de la cosa por un tiempo determinado, mientras que el último se compromete al pago de una suma de dinero; en tanto en la concesión, si bien es cierto existe un plazo para su explotación, el Estado -como se señaló- puede recuperarlo no obstante el plazo fijado, y el beneficio económico que recibe el concesionario, consiste exclusivamente en el canon o suma de dinero que abonan los usuarios. Tampoco implica gravamen del bien, como resulta de los artículos del Proyecto. En otros términos, la obra pública construida será siempre del Estado. De ahí que como bien de dominio público, gozará de las características de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inembargabilidad que le son propias a este tipo de bienes. En consecuencia, dadas las prerrogativas que el proyecto reserva a la Administración, no es razonable entender que los bienes objeto de la concesión salgan o puedan salir -directa o indirectamente- del dominio y control del Estado."

(Voto No. 3789-92 de las 12 hrs. del 27 de noviembre de 1992).

Como lo ha señalado esta Procuraduría en ocasiones anteriores, el hecho de que los bienes demaniales se encuentren sujetos al dominio y control del Estado no genera una prohibición absoluta de su uso por parte de los sujetos privados. Debe más bien entenderse que existe una prohibición relativa de dicho uso o utilización, en tanto la misma únicamente es posible si existe una concesión o permiso de uso otorgado de conformidad con la ley (ver en este sentido C-083-2000 del 28 de abril del 2000).

"El otorgamiento del derecho de uso depende del régimen legal o administrativo del bien, requiriéndose un acto expreso del Estado que reconozca el derecho de uso. Pero, además ese derecho será de uso cuando su objeto sea este: el derecho de usar el bien público en forma privativa. Ese derecho de uso privativo puede ser

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

otorgado por el Estado mediante una concesión que crea en su titular un derecho subjetivo sobre el bien público..." (Dictamen No. C - 061 - 90 del 2 de mayo de 1990).

El otorgamiento de una concesión o permiso de uso en los aeropuertos se encuentra limitado por el giro normal de las actividades o servicios que se realizan en los aeropuertos. Restricción ésta que surge de la interpretación armónica de los artículos 18, 94 y 97 de la Ley General de Aviación Civil, Ley No. 5150 del 14 de mayo de 1973. En efecto, mientras que el inciso X del artículo 18 y el artículo 97 de la Ley le otorgan a la Dirección General de Aviación Civil, la atribución de autorizar las construcciones o instalaciones dentro de los aeródromos y aeropuertos, de conformidad con los planos reguladores y las disposiciones reglamentarias específicas, el artículo 94 sujeta el otorgamiento de las concesiones de uso en los aeropuertos internacionales a los servicios que el Consejo Técnico de Aviación Civil "estime convenientes". De allí que esta Procuraduría ha interpretado que la autorización para el uso privativo de los aeropuertos en servicio deberá estar limitada a las actividades o servicios relacionados con el giro normal de los aeropuertos (ver en este sentido los dictámenes C-103-88 del 14 de junio de 1988 y C-204-92 del 7 de diciembre de 1992). En el primero de ellos se indicó, en efecto, que "la facultad de otorgar concesiones se restringe, desde el punto de vista del objeto, a la explotación de los servicios, comúnmente brindados en un aeropuerto, en este caso internacional".

Cabe discutir si el concurso es necesario cuando el interesado es titular de una autorización para prestar un servicio público en el aeropuerto.

En el dictamen N. 204-92 de 7 de diciembre de 1992, la Procuraduría consideró que el certificado de explotación "se otorga para explotar el servicio de navegación aérea, el cual debe

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

necesariamente prestarse a partir de un aeropuerto o aeródromo, sea público o privado, lo que conlleva el uso de terrenos e instalaciones dentro de ese bien. Es por ello que en la solicitud de certificado de explotación debe indicarse: "los aeródromos e instalaciones auxiliares que pretenden utilizar" (artículo 147, g). Se estimó que si se autoriza la explotación de un servicio aéreo que implica la utilización de los aeropuertos públicos, desde un punto de vista lógico, no puede denegarse a la empresa explotante el derecho de usar el dominio público: "... Para la construcción de las instalaciones necesarias se deberá facultar el uso correspondiente, por el plazo de vigencia del certificado de explotación y en el tanto en que se encuentre vigente. Facultad que podrá establecerse en el certificado de explotación y, solo en su defecto, otorgarse por medio de un permiso de uso. ...". De modo que la titularidad de un certificado de explotación debería implicar el derecho de uso del dominio público.

El certificado de explotación ampara determinados servicios: servicios de transporte aéreo, de aviación agrícola, de talleres de mantenimiento de aeronaves, fábricas de piezas o partes de las mismas, de escuelas para la enseñanza aeronáutica en sus diferentes ramas. Entre esos servicios no se encuentran los servicios auxiliares para la navegación aérea según resulta de lo antes indicado. No obstante, puede considerarse que si la Administración está facultada para delegar en un tercero la prestación de estos servicios, debe poder también otorgar el uso del espacio del aeropuerto indispensable para la prestación del servicio. Por lo cual debe otorgar la concesión de uso, sin que pueda precisarse que para tal fin deba recurrir al procedimiento de licitación pública. En ese sentido, cabe sostener que la delegación de la prestación del servicio público conlleva "por sí, el uso del bien demanial".

Empero, si se trata de otros servicios públicos no previstos expresamente en la ley (sea por no ser servicios de los que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

requieren certificado de explotación o en razón de su finalidad no constituyen servicios auxiliares para la navegación), la concesión de uso debe ser otorgada mediante el procedimiento de licitación pública, tal como se indicó en el dictamen N. 204-92 antes citado. Es de recordar, por demás, que en razón de la naturaleza del bien de que se trata, el aeropuerto sólo puede ser destinado a la explotación de los servicios comúnmente brindados en un aeropuerto, según lo antes indicado.

CONCLUSIÓN

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

1.-

Los servicios aeronáuticos son servicios públicos y su gestión está sujeta a la normativa específica que rige a cada uno de los servicios concernidos.

2.-

Los servicios auxiliares para la navegación aérea son servicios públicos. Se entienden por tales los servicios que garantizan la seguridad y regularidad de la navegación aérea. Dentro de ellos se encuentran comprendidos los NOTAM y la información meteorológica.

3.-

El Consejo Técnico de Aviación Civil, a través del Poder Ejecutivo, puede gestionar indirectamente la prestación de los servicios auxiliares para la navegación aérea de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 inciso II y 128 de la Ley No. 5150, en los términos interpretados por esta Procuraduría y en tanto no se trate de servicios cuya prestación corresponde a COCESNA.

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

4.-

En efecto, en el caso de los servicios de tránsito aéreo, de telecomunicaciones aeronáuticas y de radio ayudas para la navegación aérea, deben respetarse los "derechos exclusivos" otorgados a COCESNA para la prestación de los servicios, de conformidad con lo dispuesto en su Convenio de creación, aprobado mediante la Ley No. 3240.

5.-

Los aeropuertos son bienes de dominio público, razón por la cual su uso privativo procede previa concesión o permiso de uso según corresponda. La explotación privada de los aeropuertos puede ser autorizada en tanto se refiera a actividades o servicios "comúnmente brindados en un aeropuerto".

6.-

Cuando el uso no tiene como objeto permitir el desarrollo y explotación de los servicios amparados en un certificado de explotación o de un servicio auxiliar para la navegación aérea, se requiere que la concesión sea otorgada por medio de licitación pública.

EL ALMACENAMIENTO Y EXPENDIO DE COMBUSTIBLES: UN SERVICIO PUBLICO

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA]¹⁴

EL ALMACENAMIENTO Y EXPENDIO DE COMBUSTIBLES: UN SERVICIO PUBLICO

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

El almacenamiento y expendio de combustible en los aeropuertos es un servicio público, cuya prestación al consumidor final es gestionada normalmente por los particulares, mediante una autorización administrativa.

1.-

La distribución y suministro de combustible es un servicio público

La consulta que nos ocupa tiene como antecedente la resolución de la Sala Constitucional, Nº 5735-99 de 9:42 hrs. de 23 de julio de 1999, en la cual el Tribunal Constitucional manifiesta que el almacenamiento y expendio de combustibles en los aeropuertos es un servicio general, no un servicio aéreo, por lo que no puede ser prestado con base en un certificado de explotación.

a) Un servicio público definido por ley

Dispone el artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en lo que aquí interesa:

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

"Funciones

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

(...).

d) Suministro de combustibles derivados de hidrocarburos, dentro de los que se incluyen: 1) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados a abastecer la demanda nacional en planteles de distribución y 2) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados al consumidor final. La Autoridad Reguladora deberá fijar las tarifas del transporte que se emplea para el abastecimiento nacional.

(...).

La autorización para prestar el servicio público será otorgada por los entes citados a continuación:

Inciso d.2): Ministerio del Ambiente y Energía.

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

(...)”.

De acuerdo con esa disposición no cabe duda de que el suministro de combustibles derivados de hidrocarburos es un servicio público y ello tanto cuando el expendio se realiza en los planteles de distribución como cuando se realiza al consumidor final.

Dada la calificación legal de servicio público, cabe afirmar que el suministro de combustible es una actividad que se dirige a la satisfacción de una necesidad que se considera de interés general y que está sujeta a un régimen jurídico especial. Sobre ese carácter de necesidad general, la Sala Constitucional ha indicado:

"Una necesidad es de carácter general cuando muchas personas pueden identificar en ella su necesidad individual, o lo que es lo mismo, la necesidad general es "la suma apreciable de concordantes necesidades individuales". Sala Constitucional, N° 10134-99 de 11:00 hrs. del 23 de diciembre de 1999.

Se resalta, así, la satisfacción del interés general como determinante de la declaratoria de una actividad como servicio público.

En el dictamen N° 169-99 de 20 de agosto de 1999, retomado entre otros en los dictámenes Ns. C-152-2000 de 7 de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

julio de 2000, C-002-2002 de 7 de enero de 2002, C-373-2003 de 26 de noviembre de 2003 y más recientemente en el C-231-2005 de 23 de junio del presente año, nos referimos a los aspectos fundamentales del servicio público, enfatizando en el concepto de "publicatio" y en la posibilidad de que la gestión del servicio sea realizada en forma indirecta. En ese sentido, se indicó que:

"Al origen del servicio público encontramos una actuación pública dirigida al público y que tiende a satisfacer una necesidad que - se parte- es sentida colectivamente por la sociedad. Es esa circunstancia lo que justifica la asunción pública de dicha actividad.

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

La "publicatio" de la actividad produce ciertas consecuencias. Una de las más importantes es que un tercero, público o privado, no

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

podría pretender explotar ese servicio si no cuenta con un acto habilitante de la Administración titular del servicio: (...).

Una vez declarado que un determinado sector o actividad es servicio público, los particulares no son libres para ejercerlo. Deben contar con un acto que los habilite a hacerlo, porque la titularidad del servicio corresponde a la Administración. (...)"

De lo anterior se desprende que el servicio público se caracteriza porque:

- La actividad es de interés general.

- Ese interés se manifiesta en el carácter esencial de la actividad para el desenvolvimiento del Estado o porque satisface un interés o necesidad colectiva.

- La declaración de una actividad como servicio público determina que ésta es de naturaleza pública.

- La titularidad del servicio público corresponde a una Administración Pública, lo que se justifica por el interés público presente en la actividad y porque es la Administración Pública la encargada de tutelar ese interés público.

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

· Los particulares requieren de una habilitación especial de la Administración titular para poder gestionar la prestación del servicio público. Por ende, puede haber un 'desdoblamiento' entre titularidad y gestión, en especial cuando se trata de servicios industriales y comerciales.

· La Administración titular conserva siempre determinados poderes respecto de la prestación del servicio, aun cuando éste sea explotado por particulares.

· Puesto que la Administración es la titular del servicio, responde en último término por la prestación del servicio.

· Corresponde a la Administración fijar las condiciones bajo las cuales el gestionante deberá prestar el servicio.

· La prestación en que consiste el servicio debe estar destinada a satisfacer necesidades de los usuarios. No puede considerarse como servicio público la actividad que tiene como objeto único satisfacer las necesidades de la Administración Pública, orgánicamente considerada, salvo disposición legal en contrario.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

· Si bien el servicio público satisface una necesidad de la colectividad, puede ser organizado en relación con un grupo determinado de la población.

Por otra parte, también ha señalado la Procuraduría la competencia del legislador para definir qué se entiende o no por servicio público. Lo anterior no significa que la Asamblea Legislativa deba indicar expresamente que una actividad sea un servicio público; basta con que considere que la actividad está dirigida a la satisfacción del interés general, apreciación que es un aspecto de oportunidad (Sala Constitucional, resolución N° 517-98 de 14:32 hrs. del 26 de agosto de 1998). De lo que se desprende que una actividad puede ser servicio público aún cuando no se encuentre prevista en el artículo 5 de la Ley N° 7593 de cita. Lo que sí es evidente es que en el tanto en que una actividad esté contemplada en dicho artículo será servicio público para sujetarlo a la función de regulación de la Autoridad Reguladora del Servicio Público y al resto de disposiciones y principios que en nuestro ordenamiento regulan los servicios públicos.

Dado que el legislador ha calificado el suministrado de combustibles como un servicio público, la Administración Pública y los particulares deben respetar esa naturaleza y, por ende, sujetarse al régimen de los servicios públicos, salvo disposición en contrario del ordenamiento. El punto es si esa derogación se presenta cuando el suministro de combustible se presenta en los aeropuertos.

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

Debe tomarse en cuenta, además, que al decretarse el monopolio del Estado en la importación, refinación y distribución al mayoreo del petróleo crudo y sus derivados (combustibles, asfaltos y naftas), por Ley 7536 de 24 de agosto de 1993, el legislador determina que esa distribución es un servicio público. Un servicio explotado a través de la Refinadora Costarricense S. A. (artículos 1 y 2). RECOPE, empresa pública, es la concesionaria del servicio de distribución de combustibles al mayoreo, lo cual tiene importancia en tanto se trate del suministro de combustibles a las aeronaves.

Por demás, de acuerdo con el Decreto Ejecutivo N° 31257 de 28 de mayo de 2003, el Poder Ejecutivo definió los volúmenes mínimos de venta a partir de los cuales se considera venta al mayoreo de los productos que expende RECOPE. En tratándose de jet fuel se establece, al efecto, que es venta al mayoreo por RECOPE la "venta igual o superior" a 1.800 litros, lo que implica que el comprador puede adquirir de RECOPE cantidades iguales o superiores a ese volumen mínimo.

Para los efectos de la Ley de la ARESEP, RECOPE es concesionario del servicio público (artículo 9 de dicha Ley), en razón de que administra el monopolio del Estado en la distribución al mayoreo del petróleo crudo y sus derivados, conforme la Ley N° 7536 antes citada. En su condición de concesionario, RECOPE se sujeta a los principios y normas que rigen el servicio público.

b) Esa naturaleza no varía por el uso a que se destine el combustible

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

La Dirección General de Aviación Civil discrepa del criterio sostenido por la Sala Constitucional en orden al expendio de combustibles en los aeropuertos nacionales. La discrepancia se funda en criterios técnicos que tienden a relacionar la prestación de esos servicios con la actividad aeronáutica.

En la resolución N° 5735-99 de 9:42 hrs. de 23 de julio de 1999, a que se refiere la Dirección General de Aviación Civil, la Sala Constitucional manifestó:

"III.-

A los efectos que nos ocupan la Sala estima necesario, en primer término, indicar que el almacenamiento y el expendio de combustibles NO es una actividad aérea, en los términos que lo contempla el numeral 143 de la Ley General de Aviación Civil. Ninguna duda cabe a la Sala sobre que la especialización de los servicios aéreos es lo que llevó al legislador a exigir el denominado "certificado de explotación", sin embargo, lo atinente a la construcción de un plantel y suministro de combustible excede lo que pueda considerarse servicio aéreo para convertirse, más bien, en un servicio de carácter general requerido por todos los vehículos con independencia de su tipo. La construcción de los tanques de almacenamiento de combustible - con independencia del vehículo al que se suministre ese combustible- es delicada y para su construcción y manejo no resulta preciso ser proveedor actual de servicios aéreos".

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

La Sala señala que el almacenamiento y expendio de combustible no es un servicio aéreo, por lo que no debe someterse a las disposiciones establecidas para prestar un servicio aéreo. Si nos ajustamos a la definición legal del servicio aéreo la resolución de la Sala es intachable. En efecto, legalmente el servicio aéreo es el servicio de transporte aéreo, según resulta de diversas disposiciones de la ley, dentro de las cuales sobresale lo dispuesto en el artículo 100, al clasificar los referidos servicios:

"Artículo 100.-

Los servicios aéreos se clasifican en:

- a) Servicios aéreos de transporte público.
- b) Aviación agrícola.
- c) Aviación particular.
- d) Vuelos especiales".

Es claro, entonces, que el servicio de suministro de combustible no configura ninguno de los servicios que pueden ser calificados legalmente como servicios aéreos.

Ahora bien, alrededor del transporte aéreo se desarrollan diversas actividades que pueden ser consideradas como servicios aeronáuticos, incluso servicios públicos aeroportuarios.

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

En el dictamen N° C-118-2002 de 14 de mayo de 2002 nos referimos a estos servicios en relación con los servicios de información aeronáutica. Indicamos en dicha ocasión que nuestra Ley General de Aviación Civil contempla los llamados "servicios auxiliares para la navegación aérea". Se dispone al efecto:

"Artículo 127.-

Son servicios auxiliares de la navegación aérea los que garantizan su seguridad y regularidad, tales como el control de tránsito aéreo, el establecimiento de aerovías, las radiocomunicaciones aeronáuticas, las telecomunicaciones aeronáuticas, ya sean tráfico clase A o B, los informes meteorológicos, las facilidades de radio navegación y los servicios de balizamiento diurno o nocturno.

Artículo 128.-

Es atribución de la Dirección General de Aviación Civil el control de los servicios auxiliares de la navegación aérea. En el ejercicio de esta atribución dictará las medidas que sean convenientes para la mayor seguridad y eficiencia de los vuelos con el fin de proteger la vida humana y la propiedad.

Asimismo, cuando convenga al interés público, el Consejo Técnico de Aviación Civil podrá, por medio del Poder Ejecutivo, contratar directamente la prestación de dichos servicios con entidades técnicamente capacitadas, o bien otorgar permisos con el mismo fin a empresas costarricenses que para tal efecto no persigan fines de lucro. En uno y otro caso, el servicio deberá prestarse en beneficio de la navegación aérea en general y bajo la supervigilancia de las autoridades de aviación civil."

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Por lo que se indicó:

"Los servicios llamados por la Ley "auxiliares" son los que garantizan la "seguridad y regularidad" de la navegación aérea, razón por la cual son de competencia del Estado, a través de la Dirección General de Aviación Civil. Se trata de actividades indispensables para el ordenado desarrollo de la navegación aérea y, en tal sentido, constituyen una garantía de protección de las vidas humanas y de las mercancías que se transportan por esa vía. Por consiguiente, más que ante actividades "auxiliares", estamos en presencia de actividades esenciales para la navegación aérea; por eso no es de extrañar que tanto regional como internacionalmente se les llame "servicios para la navegación aérea".(...).

Conforme lo anterior, no cabe duda de que los servicios "auxiliares" para la navegación aérea son una actividad de interés general en tanto satisfacen los intereses de la comunidad en su conjunto. Es decir, la suma apreciable de concordantes intereses de carácter individual: el interés de que los servicios de navegación aérea se presten de forma adecuada y segura para la protección de la vida de las personas así como de las mercancías que se transportan. Además, es una actividad cuya titularidad radica en una Administración Pública: se encuentra sometida al control de la Dirección General de Aviación Civil y a la "supervigilancia" de las autoridades de aviación civil en el caso de que sea delegada en terceros.

No obstante, se ha afirmado que la Ley de Aviación Civil no regula expresamente los NOTAM. Al efecto, es necesario recordar que la enumeración de los servicios auxiliares que realiza el artículo 127 de la Ley no es taxativa sino ilustrativa, razón por la cual

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

pueden existir servicios no mencionados de forma expresa, pero que se encuentran regulados por la normativa en cuestión. Recuérdese que el legislador define los servicios auxiliares en razón de su finalidad (los que garantizan la "seguridad y regularidad" de la navegación aérea, utilizando la fórmula "tales como" para ejemplificar estos servicios. Corresponde, entonces, al operador jurídico analizar la naturaleza y fines del servicio para determinar la normativa aplicable y, por ende, si resultan aplicables las disposiciones del Capítulo VII de la Ley. Dicho análisis es el que permite concluir que los NOTAM constituyen servicios auxiliares en los términos de la ley, aunque expresamente no sean mencionados en el artículo 127. En efecto, no podría considerarse que un servicio que tiende a asegurar que se distribuya la información necesaria para la seguridad, regularidad y eficiencia de la navegación aérea, ya sea nacional o internacional, no esté comprendido dentro del fin de garantizar la seguridad y regularidad de la navegación aérea".

En el mismo orden de ideas, en el dictamen C-104-2002 de 23 de abril del 2002 se indicó:

"... Sin embargo, es evidente que no se puede extender la forma del "Certificado de Explotación" a toda la actividad del reparto administrativo.

Lo anterior se desprende del contexto del Ordenamiento Jurídico Costarricense, dentro del cual tenemos un Régimen General de Contratación Administrativa (Ley N°7494 del 2 de mayo de 1995 - Ley de Contratación Administrativa), y del mismo contexto de la Ley General de Aviación Civil, especialmente según las normas que se expresan en los artículos siguientes: (...).

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

De conformidad con lo expuesto, es evidente que el establecimiento legal y la aplicación de los "Certificados de Explotación", responde a una clara valoración de la especialidad del servicio aéreo que podemos ver reflejada en el mismo contenido de la Ley General de Aviación Civil y, especialmente, en algunas de sus normas, v.g. en la expresada mediante su artículo 20..."

El suministro de combustible es indispensable para el transporte aéreo y en tal medida permite que se preste regularmente. Forma parte de la operación de la aeronave. Empero, no puede considerarse ni un servicio aéreo, por lo antes dicho, ni tampoco un "servicio auxiliar" en los términos de la Ley. Es de advertir, que si bien a nivel internacional se ha regulado el almacenamiento y expendio de combustibles, ello no permite considerar que las actividades del almacenamiento y suministro sean en sí mismas un servicio aeronáutico, como puede decirse de los servicios de información aeronáutica, servicio de atención de emergencias o extinción de incendios, mantenimiento de ayudas visuales, que han sido objeto de un tratamiento especial en el seno de la OACI. Tampoco podría considerarse que el suministro de combustible a las aeronaves deba ser un servicio a cargo de la autoridad aeronáutica, como puede decirse de los servicios auxiliares asegurados para garantizar la seguridad y regularidad de la navegación aérea. Por ende, no se está en presencia de un servicio aéreo propiamente dicho a ser prestado por el titular de un certificado de explotación ni de un servicio auxiliar.

Tomamos en cuenta, además, que el Reglamento Aeronáutico Costarricense, RAC 139, emitido por el Decreto Ejecutivo N° 31803 de 15 de marzo de 2004, incorpora el servicio

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

de abastecimiento de combustible como un servicio de asistencia técnica a la aeronave. En efecto, dispone el numeral 139.100:

"Los usuarios y proveedores de servicios del aeropuerto, servicios de salvamento de extinción de incendios, empresas de asistencia técnica de aeronaves (despacho, servicio de línea, abastecimiento de combustible, suministros de alimentos y bebidas, manejo de carga) y demás organizaciones que realicen actividades en forma independiente, deben ajustarse a los requisitos de seguridad y operación establecidos por el operador del aeropuerto y aceptar las auditorías e inspecciones que el operador efectúe para garantizar la seguridad operacional". La cursiva no es del original.

La naturaleza del servicio que nos ocupa tiene consecuencias en orden al procedimiento para delegar su gestión. El artículo 10 de la Ley General de Aviación Civil otorga competencia al Consejo Técnico de Aviación Civil para el otorgamiento, prórroga, suspensión, caducidad, revocación, modificación o cancelación de certificados de explotación. Los cuales pueden ser otorgados en relación con los servicios aéreos (inciso I) o bien para servicios auxiliares de aeronavegación (inciso II).

Ahora bien, el inciso I de dicho artículo también indica que el certificado de explotación puede ser otorgado "para cualquier actividad lucrativa que el Poder Ejecutivo juzgue necesario que debe contar con la posesión de un certificado de explotación o permiso provisional". Lo que podría hacer suponer

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

que el Poder Ejecutivo es libre para permitir la explotación de cualquier actividad dentro del aeropuerto, mediante un certificado de explotación. Sin embargo, lo cierto es que el artículo 143 y siguientes dirigidos exclusivamente a regular el referido certificado se refieren a los servicios aéreos y de auxiliares, sin comprender "actividades lucrativas". Preceptúa el 143 de mérito:

"Artículo 143.- Para explotar cualquier servicio aéreo, se requiere un certificado de explotación que otorgará el Consejo de Aviación Civil y será aprobado por el Poder Ejecutivo cuando se trate de servicios aéreos internacionales.

En forma simultánea, la Dirección General de Aviación Civil tramitará el otorgamiento de un certificado operativo o certificado de operador aéreo, mediante el cual se demostrará la idoneidad técnica para prestar el servicio".

Por lo que no podría considerarse que el certificado de explotación pueda ser otorgado en relación con cualquier actividad privada de carácter lucrativo. Además, no obstante que el suministro de combustible es un servicio público de naturaleza industrial y comercial, podría cuestionarse si constituye una "actividad lucrativa" en los términos del artículo 10 de la Ley.

Asimismo, en tratándose de un servicio público, debe tomarse en cuenta las disposiciones que regulan estas actividades. En particular, las normas que regulan la prestación del servicio.

2.-

El suministro de combustibles por particulares

La declaración de una determinada actividad como servicio público determina que su titularidad corresponde a la Administración, por lo que es a ella, en principio, a quien corresponde prestar el servicio. No obstante, en relación con los servicios públicos de naturaleza industrial o comercial e incluso respecto de algunos servicios administrativos, el ordenamiento puede reconocer la posibilidad de que su prestación sea encargada a terceros. En todo caso, como ya se ha indicado, los particulares no son libres para explotar esos servicios sino que requieren de una habilitación especial de la Administración titular

a) Una autorización de la gestión privada

La Administración titular del servicio público puede decidir prestarlo directamente o bien en forma indirecta. La prestación de los servicios públicos por parte de los sujetos privados requiere de una habilitación especial de la Administración titular, para lo cual ésta puede acudir a los diversos procedimientos que el ordenamiento prevé como constitutivos de una gestión indirecta: la concesión de servicio, la gestión interesada, el permiso, la constitución de sociedades mercantiles o cooperativas, el concierto, el arrendamiento, según lo previsto por el ordenamiento respectivo. Supuestos que llevan implícito no sólo la titularidad del servicio en la Administración

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

sino la potestad de ésta para vigilar y dirigir la prestación del servicio, en razón precisamente de la publicatio y de la obligación de tutela del interés general. Por consiguiente, la responsabilidad última del servicio corresponde a la Administración que, reiteramos, debe reglamentar la prestación del servicio, verificar su ejecución y controlar que el servicio mantenga su naturaleza "pública", sujetándose a régimen propio de los servicios públicos, particularmente en orden a los principios generales que lo rigen.

En el caso de los servicios públicos regulados por la Ley de la ARESEP el principio es que la delegación de la gestión del servicio en los particulares tiene lugar por medio de una concesión o de un permiso. En efecto, al definir el término prestatario de servicio público, el artículo 3 de la Ley N. 7593 señala que es el sujeto que presta servicios públicos por "concesión, permiso o ley", en tanto que los artículos 9 y 10 disponen:

"Artículo 9: Concesión o permiso

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

Sin embargo, todos los prestatarios estarán sometidos a esta ley y sus reglamentos. La Autoridad Reguladora continuará ejerciendo la competencia que la Ley No. 7200 y sus reformas, del 28 de

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

setiembre de 1990, le otorgan al Servicio Nacional de Electricidad".

"ARTICULO 10.-

Competencia del prestatario

El ente encargado de otorgar el permiso o la concesión para prestar un determinado servicio público, establecerá el ámbito de competencia del prestatario. Por la naturaleza del servicio, se puede otorgar la prestación exclusiva; sin embargo, esta disposición podrá variarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.(...)".

No obstante, en tratándose del servicio de suministro de combustible, por disposición reglamentaria, dicha gestión se realiza a partir de una autorización. Acto administrativo que, indudablemente, es de carácter unilateral que genera obligaciones para el operador del servicio.

En efecto, es el Reglamento para la Regulación del Sistema de Almacenamiento y Comercialización de Hidrocarburos, Decreto Ejecutivo N° 30131 de 20 de diciembre de 2001, la norma que regula el establecimiento de estaciones de almacenamiento y suministro de hidrocarburos y establece el procedimiento para esa explotación. De acuerdo con dicha norma, la prestación del servicio requiere una autorización de funcionamiento y una autorización de prestación del servicio público. La delegación del servicio público se da, entonces, por autorización. Se dispone en lo que aquí interesa:

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

"Artículo 41.-Permisos de Funcionamiento. Realizada la inspección final se emitirá el informe correspondiente y en caso de ser favorable, el Director de la DGTCC, previa constatación del permiso del Ministerio de Salud, otorgará la autorización de funcionamiento a la estación de servicio, en un plazo de treinta días. De igual forma emitirá la recomendación de autorización para la prestación del Servicio Público de suministro de combustibles derivados de hidrocarburos. El jerarca de la institución dictará en el plazo de treinta días la resolución que autorice la prestación del servicio público.

Artículo 42.-De la Vigencia y de la prórroga. La vigencia de la autorización de funcionamiento de una estación de servicio será por un plazo de cinco años durante los primeros quince años y luego cada tres hasta completar la vida útil del tanque. El MINAE consultará a la ARESEP, los resultados de la evaluación del operador de la estación de servicio, debiendo esta pronunciarse en el término de diez días".

Para obtener la autorización administrativa, el particular debe sujetarse a una serie de trámites, dirigidos a tutelar el interés público. Empero, estos trámites no implican un procedimiento de concurso. En efecto, la explotación del servicio de suministro de combustible se autoriza dentro de un procedimiento administrativo, distinto del procedimiento de contratación administrativa. Se sigue de ello la no sujeción a los procedimientos concursales propios de dicha contratación. Aspecto que retomaremos más adelante.

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

Es de advertir que las regulaciones del Reglamento de mérito están enmarcadas por la realidad en que operan las estaciones de servicio en el ámbito costarricense. Si bien dichas estaciones se sujetan a una regulación estricta dirigida a proteger el ambiente, la salud y la seguridad de las personas y los bienes, tanto en orden a la construcción de la estación como en su funcionamiento, lo cierto es que la prestación del servicio depende de la iniciativa privada. El Estado no convoca a concurso para establecer una determinada estación de servicio; es el mercado y las expectativas de las empresas privadas las que las llevan a decidir explotar el servicio en un determinado lugar y es con base en su apreciación del mercado y sus propias expectativas que se someten a la regulación establecida por el Poder Ejecutivo a efecto de obtener el permiso de construcción, la autorización de funcionamiento y luego, la autorización del servicio. Contribuye a ese esquema de funcionamiento el hecho de que la instalación se hace en propiedad privada.

En ese sentido, el suministro de combustible al consumidor final más que como servicio público opera como una actividad reglamentada, reglamentación que se aplica tanto a la instalación de la estación del servicio como durante todo su funcionamiento.

No obstante que la Procuraduría considera que esa circunstancia es diferente al establecimiento para prestar el servicio dentro de una propiedad pública y en relación con un mercado claramente delimitado, lo cierto es que las disposiciones

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

del Reglamento de mérito tienen como objeto regular el almacenamiento y expendio de combustibles en los aeropuertos nacionales. Conforme el artículo 60 del Reglamento sus disposiciones, incluido el requisito de la autorización, se aplican a las estaciones de servicio para aeronaves.

Empero, la sujeción al Reglamento para la Regulación del Sistema de Almacenamiento y Comercialización de Hidrocarburos implicaría que la delegación de la gestión del servicio en los aeropuertos nacionales no se sujetaría a lo establecido por la Sala Constitucional en su resolución N° 5735-99 de cita. En efecto, la Sala consideró improcedente la figura de un certificado de explotación no sólo porque no se está en presencia de un servicio aéreo, como antes se ha demostrado, sino por el hecho de que el certificado de explotación no se otorga siguiendo el trámite de concurso:

"III.-

A los efectos que nos ocupan la Sala estima necesario, en primer término, indicar que el almacenamiento y el expendio de combustibles NO es una actividad aérea, en los términos que lo contempla el numeral 143 de la Ley General de Aviación Civil. Ninguna duda cabe a la Sala sobre que la especialización de los servicios aéreos es lo que llevó al legislador a exigir el denominado "certificado de explotación", sin embargo, lo atinente a la construcción de un plantel y suministro de combustible excede lo que pueda considerarse servicio aéreo para convertirse, más bien, en un servicio de carácter general requerido por todos los vehículos con independencia de su tipo. La construcción de los tanques de almacenamiento de combustible - con independencia del vehículo al que se suministre ese combustible- es delicada y

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

para su construcción y manejo no resulta preciso ser proveedor actual de servicios aéreos.

IV . Reiteradamente la contratación del Estado debe verificarse mediante el procedimiento de licitación, medio idóneo para la selección de su cocontratante, lo que persigue, entre otros fines, proteger los intereses involucrados, principalmente en lo que respecta al control de la Hacienda Pública, para garantizar una sana administración de los recursos financieros... En atención de todo lo expuesto, - y sin entrar a valorar en esta sentencia la constitucionalidad del numeral 143 de la ley 5150- es lo cierto que toda interpretación legal que excluya el procedimiento de licitación pública como la normal forma de elegir al cocontratante de la administración, es de interpretación restrictiva. No puede entonces ampliarse libremente, como lo pretende la accionada, el concepto de "servicio aéreo" a una actividad que por su naturaleza no lo es, pues ello supone una interpretación ampliativa de la ley que va en detrimento de los principios consagrados en el numeral 182 de la Constitución Política. De la simple lectura del numeral 143 ibídem se extrae que para obtener un contrato de explotación no se requiere acudir al trámite de licitación pública y por ello este tipo de contrato no puede extenderse indiscriminadamente. En un procedimiento de licitación pública los interesados podrán combatir los requisitos que se les exijan para participar, posibilidad que NO tienen los interesados actualmente en relación con lo que disponga el Consejo y el Reglamento Administrativo del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, normas de rango inferior que podrían ser anuladas por el órgano contralor -dentro de un proceso de licitación pública- si considera que se exigen requisitos que desconocen los principios que nutren la contratación del Estado, precisamente por ello el asunto que nos ocupa no es de legalidad como lo sugieren los accionados y el coadyuvante sino de constitucionalidad. V.-

La Sala estima innecesario pronunciarse sobre la exigencia de conformar "consorcios" para brindar el servicio del que la

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

amparada se estima ilegítimamente excluida, pues en virtud de lo expuesto en los considerandos anteriores, el recurso debe declararse con lugar ordenando a la administración sacar a licitación pública, dentro de un plazo razonable, lo que atañe a la construcción y operación del plantel de suministro de combustible en el aeropuerto internacional Juan Santamaría. Así las cosas los requisitos que deben cumplir los interesados serán los que se indiquen en el cartel correspondiente. El procedimiento de licitación pública, por su naturaleza, ofrece, a los interesados la posibilidad de combatir los requisitos establecidos en el cartel que estimen sean contrarios a los principios que informan la contratación administrativa, lo que deberá valorarse en la oportunidad correspondiente". El subrayado y la cursiva son del original.

La Sala ordena a la administración sacar a licitación pública, dentro de un plazo razonable, la construcción y operación del plantel de suministro de combustible en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría e indica que esa actividad debe estar sujeta a concurso. Aspecto que retomaremos más adelante.

b) La competencia de MINAE

Conforme el artículo 5 de la Ley de la ARESEP la autorización para que particulares puedan explotar el suministro de combustibles corresponde al MINAE. Una competencia que deriva de su Ley de creación y la Ley del Ambiente. De acuerdo con dichas Leyes, el MINAE es el órgano rector de los sectores de energía y minas y, por ende, le compete dictar las políticas en materia de

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

hidrocarburos (ver dictamen C-125-2002 de 21 de mayo 2002). Es de advertir que las leyes antes citadas no contienen excepción alguna. En consecuencia, si del artículo 10 de la Ley General de Aviación Civil pudiera derivarse una competencia del Consejo Técnico de Aviación Civil en la materia, lo cierto es que esa norma de competencia tendría que entenderse derogada en virtud de las disposiciones que hoy día regulan estos servicios y ante todo, la competencia del MINAE.

Competencia que reafirman diversos reglamentos en la materia. Así, el Decreto N° 30131 a que antes hicimos referencia, tiene como objetivo fundamental "reglamentar las competencias del MINAE" (artículo 1) a través de la Dirección General de Transporte y Comercialización de Combustibles"; lo que implica que el Ministerio actúa a través de ese órgano (Dictamen N° C-263-2005 de 20 de julio de 2005). En ese sentido, indica el Reglamento:

"Artículo 5°-Competencia. Corresponde al Ministerio del Ambiente y Energía por medio de la DGTCC, la aplicación del presente Reglamento. Para tal efecto, la DGTCC tendrá entre otras competencias las siguientes:

5.1 Regular, fiscalizar y controlar lo relativo al transporte y comercialización de hidrocarburos, así como los aspectos de seguridad e higiene en la operación y funcionamiento, en coordinación con el MOPT y el Ministerio de Salud, respectivamente.

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

5.2 Verificación de aspectos relacionados con la seguridad y buen funcionamiento de las instalaciones para autoconsumo y de las instalaciones de almacenamiento y distribución de productos derivados de los hidrocarburos.

5.3 Tramitar las solicitudes de instalación, traslado, cambio de titular, remodelación y operación de los establecimientos de autoconsumo o almacenamiento y distribución, así como elaborar la respectiva resolución de recomendación al Ministro del Ambiente y Energía.

5.4 Recomendar al Ministro de Ambiente y Energía la suspensión o la cancelación de las autorizaciones que se regulan en este Decreto Ejecutivo.

5.5 Tramitar el procedimiento administrativo para determinar la suspensión o cancelación de las autorizaciones otorgadas”.

Corresponde, entonces, al Ministro del Ambiente y Energía emitir el acto administrativo que permite al particular almacenar y suministrar combustible dentro del territorio nacional. Se discute, empero, si esa competencia cubre también las estaciones de servicio en los aeropuertos nacionales.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Del artículo 5 antes transcrito en conexión con los numerales 41 y 42 del Decreto se deriva que el Ministro emite la autorización para explotar el servicio, reafirmando que esa autorización es un acto administrativo emitido en un procedimiento administrativo no contractual. Pero, además, de dichos artículos y de lo dispuesto en los numerales 4.4 y 60 se deriva la pretensión de regular el expendio de combustibles en los aeropuertos nacionales. Le correspondería, entonces, emitir la autorización para que el citado servicio sea prestado en el aeropuerto nacional para las aeronaves.

De lo anterior se deriva que la Dirección General de Aviación Civil no tiene competencia para otorgar las autorizaciones antes indicadas. Pero, ¿significa lo anterior que carece de competencia en la materia?

B.-

COMPETENCIA DE AVIACION CIVIL RESPECTO DEL SUMINISTRO DE COMBUSTIBLE EN LOS AEROPUERTOS NACIONALES

En las conclusiones del escrito de consulta se indica que si bien el almacenamiento y comercialización de combustibles en los aeropuertos nacionales no requiere del otorgamiento de un certificado de explotación ni de un certificado operativo en los términos de la Ley General de Aviación Civil, la Dirección General tendrá que emitir un "permiso de operación" para la explotación de los servicios en las infraestructuras aeroportuarias. Lo que deberá permitir a la Dirección hacer las observaciones necesarias

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados - Universidad de Costa Rica

para que se adopten las recomendaciones de OACI, de acuerdo con las cuales debe mantener el control y fiscalización de la seguridad de los aeropuertos nacionales. Además, la Dirección ha tramitado y en algunos casos extendido certificados de explotación para los servicios que nos ocupan. Lo que plantea el problema de su validez y eficacia.

1.-

Un control sobre los aeropuertos nacionales

El almacenamiento y expendio de combustibles para las aeronaves tiene lugar en un bien de dominio público, sujeto a un régimen particular en orden a su uso, control y vigilancia.

a) El aeropuerto: un bien de dominio público

El artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política establece entre las atribuciones de la Asamblea Legislativa el "decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación". No obstante lo anterior, la misma disposición constitucional define como bienes de dominio público las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas, los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarbурadas, así como los depósitos de minerales radioactivos, los servicios inalámbricos y los ferrocarriles, muelles y aeropuertos en servicio.

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

Calificar un bien de dominio público implica someterlo a un régimen jurídico particular, producto de que los bienes se encuentran fuera del comercio de los hombres y que, como tales, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Se trata de los bienes destinados al uso público.

Pero la norma constitucional no sólo realiza la declaratoria de los referidos bienes como de dominio público sino que los somete a un régimen especial, dependiendo de la naturaleza del bien. En el caso que nos interesa, sea el de los aeropuertos nacionales en servicio, la norma dispone que no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado.

Ahora bien, el anterior régimen constitucional no implica la imposibilidad de realizar una utilización o una explotación privativa del bien, pues tal uso será posible mediante una concesión o permiso de uso, de conformidad con la normativa correspondiente. Así como también se considera constitucionalmente válido que el aeropuerto sea dado en concesión en los términos en que lo establece la Ley (ver al efecto Sala Constitucional, resolución N° 3789-92 de las 12 hrs. del 27 de noviembre de 1992). A contrario sensu, resulta prohibido el uso privativo de un bien demanial, incluido el aeropuerto, si no se cuenta con la concesión o el permiso de uso otorgado conforme la Ley (dictámenes N° C - 061 - 90 del 2 de mayo de 1990 y C-083-2000 del 28 de abril del 2000).

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Esa concesión de uso puede ser otorgada, entonces, respecto de un aeropuerto nacional en el tanto en que tenga como objeto las actividades o servicios relacionados con el giro normal del aeropuerto, tal como se indicó en el dictamen N. C-103-88 de 14 de junio de 1988:

“Una interpretación armoniosa de esas normas conduce a la siguiente aseveración: El Consejo Técnico de Aviación Civil está facultado por el ordenamiento jurídico para conceder la explotación de los servicios que estime convenientes, dentro de los límites de los aeropuertos nacionales, mediante el trámite regular de licitación pública. Es decir, la facultad de otorgar concesiones se restringe, desde el punto de vista del objeto, a la explotación de los servicios, comúnmente brindados en un aeropuerto, en este caso, internacional. De manera que no es ilimitada la potestad del Consejo Técnico para otorgar concesiones dentro de los límites del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría.

Así las cosas, resulta improcedente conceder en arrendamiento a una Embajada, hangares, oficinas o cualquier otra instalación u obra física, dentro del perímetro de los aeropuertos, pues el ordenamiento jurídico no lo contempla como parte de la competencia del Consejo Técnico de Aviación Civil, no como parte de la competencia de ningún otro órgano o ente de la Administración Pública, a menos que la Embajada realice actividades complementarias del servicio público al cual está destinado el aeropuerto. Correlativamente le corresponde a la Dirección General de Aviación Civil, el autorizar las construcciones de hangares, talleres, oficinas o instalaciones dentro de los aeródromos y aeropuertos, siempre y cuando dichas construcciones tengan el uso normal por parte del Aeropuerto, o bien, el uso por parte de los

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

concesionarios a que alude el artículo 89 de la Ley General de Aviación Civil”.

Criterio reafirmado en los dictámenes C-204--92 del 7 de diciembre de 1992 y C-118-2002 de 14 de mayo de 2002. En este último dictamen señalamos que la restricción del uso del aeropuerto surge de la interpretación armónica de los artículos 18, 94 y 97 de la Ley General de Aviación Civil, Ley No. 5150 del 14 de mayo de 1973, artículos que establecen la competencia de la Dirección General de Aviación Civil en materia de instalaciones dentro del aeropuerto. Disponen los numerales 18 y 97 de cita:

“Artículo 18.-

Son atribuciones de la Dirección General de Aviación Civil:

(...).

X.-

Autorizar las construcciones de hangares, talleres, oficinas o instalaciones dentro de los aeródromos y aeropuertos, fijando sus condiciones de acuerdo con los planos reguladores y las disposiciones reglamentarias respectivas.

“Artículo 94.- En los aeródromos y aeropuertos civiles la autoridad superior en lo que concierne al régimen interno respectivo, será ejercida por el Consejo Técnico de Aviación Civil y su administración estará a cargo de la Dirección General de Aviación Civil.

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

En los aeropuertos internacionales, la Dirección General de Aviación Civil coordinará las actividades administrativas de las autoridades de migración, aduana, sanidad y de policía, las cuales estarán subordinadas al despacho correspondiente y ejercerán sus atribuciones independientemente.

El Consejo Técnico de Aviación Civil podrá otorgar en ellos concesiones para la explotación de los servicios que estime convenientes, conforme a tarifas, renta o derechos que al efecto indique el respectivo reglamento y mediante el trámite regular de licitación pública en los casos que no lo fueran por Certificado de Explotación”.

Artículo 97.- La construcción de toda clase de obras de instalación en los aeródromos civiles se someterá, en cada caso, a la aprobación y autorización de la Dirección General de Aviación Civil”.

Competencia que la Sala Constitucional ha avalado por medio de varias resoluciones:

"III.-

Efectivamente el otorgamiento de espacios en las terminales aeroportuarias es competencia exclusiva del Consejo Técnico de Aviación Civil, el cual en observancia de dicha normativa los puede dar bajo los siguientes supuestos: primero que se cuente con Certificado de Explotación para el desarrollo de actividades aeronáuticas o conexas, siendo que para documentar dicho permiso debe suscribirse un documento en el que se indiquen claramente las

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

obligaciones del beneficiario del espacio; y segundo, la adjudicación mediante el procedimiento de licitación pública para actividades no aeronáuticas. En el caso subexámene, según lo alegado por los recurridos y que se tiene dado bajo la fe y gravedad del juramento, los Certificados de Explotación otorgados por el Consejo Técnico, no disponen que las empresas puedan efectuar trabajos de paletizaje y despaletizaje, consolidación o desconsolidación de mercancías, pues estos trabajos causan inseguridad, situación que con el traslado a la Nueva Terminal de Carga, se pretende erradicar. Conforme a la aplicación de la Ley General de Aduanas, para el paletizaje y despaletizaje se crearon los Depósitos Fiscales y Terminales de Carga de Exportación, que deben ser autorizadas como Zona de Operación por la Dirección General de Aduanas. Así, la Dirección General de Aviación Civil ordenó a las empresas aéreas, que los trabajos de paletizaje y despaletizaje dentro del área de operación, se realizaran fuera de dicha área, sin incidir, según lo alegan, negativamente en las operaciones del manejo de carga y otras otorgadas en el Certificado de Explotación." Resolución N° 3058-99 de las 17:42 horas del 27 de abril de 1999, reafirmada en la 4951-1999 de las 18:51 hrs. de 23 de junio de 1999.

Resolución que reafirma que cuando no se está en presencia de actividades aeronáuticas, se requiere licitación pública.

El almacenamiento y expendio de combustibles para las aeronaves corresponde, en principio, a un servicio relacionado con el giro normal del aeropuerto. Un servicio que posibilita la operación de las aeronaves. Por lo que se comprende que dentro del aeropuerto existan instalaciones expresamente construidas para el

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

almacenamiento y expendio de combustibles.

La construcción de las instalaciones para tal objeto tiene que ser autorizada por la Dirección General de Aviación Civil y debe someterse a las prescripciones legales y reglamentarias que hayan sido emitidas en relación con la instalación de que se trata, el servicio correspondiente y la naturaleza del bien sobre que se implantan.

De lo anterior se desprende que para construir una estación de servicio para suministro de combustibles a las aeronaves el interesado requiere contar con el derecho de uso del aeropuerto y, además, con la autorización para construir las instalaciones requeridas. Una autorización que debe ser expedida por la Dirección General de Aviación Civil.

El punto es cómo debe acordarse el derecho de uso del aeropuerto. En el dictamen N° C-204- 1992, la Procuraduría consideró que el otorgamiento de un certificado de explotación a efecto de prestar un servicio de navegación aérea conlleva el uso de terrenos e instalaciones dentro del aeropuerto, por lo que si se autoriza la explotación de un servicio aéreo que implica la utilización de los aeropuertos públicos, desde un punto de vista lógico, se autoriza a la empresa explotante el derecho de usar el dominio público. En ese sentido, se consideró que la concesión no requería de una licitación pública.

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

Empero, en el caso que nos ocupa no se está en presencia de un servicio cuya prestación pueda ampararse en un certificado de explotación. Es por esa razón que la Procuraduría considera que la concesión de uso del aeropuerto para el almacenamiento y expendio de combustible debe ser otorgada mediante un concurso público que satisfaga los principios de libertad de participación, igualdad y libre competencia, de manera tal que se satisfaga debidamente el interés público presente en la contratación administrativa. Es de advertir que dicho criterio se mantuvo en el dictamen N° C-118-2002 antes citado. En efecto, se señaló:

“Empero, si se trata de otros servicios públicos no previstos expresamente en la ley (sea por no ser servicios de los que requieren certificado de explotación o en razón de su finalidad no constituyen servicios auxiliares para la navegación), la concesión de uso debe ser otorgada mediante el procedimiento de licitación pública, tal como se indicó en el dictamen N° 204-92 antes citado...”.

Concluyéndose que:

“6.-

Cuando el uso no tiene como objeto permitir el desarrollo y explotación de los servicios amparados en un certificado de explotación o de un servicio auxiliar para la navegación aérea, se requiere que la concesión sea otorgada por medio de licitación pública”.

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

Criterio que debe mantenerse en relación con el uso del aeropuerto para establecer una estación de servicio de almacenamiento y expendio de combustible.

b) Una fiscalización en orden a la seguridad aeroportuaria y aeronavegabilidad

Las autoridades aeronáuticas no tienen una competencia en orden al otorgamiento de la autorización para almacenar y expender combustibles, pero ello no significa que no conserven competencias en relación con esa actividad en tanto se preste en aeropuertos, públicos o privados.

En primer término, la función de fiscalización. De acuerdo con el artículo 18, inciso VI, de la Ley de Aviación Civil, la Dirección General debe fiscalizar los aeropuertos, tanto nacionales como particulares, así como administrar los aeropuertos nacionales. Fiscalización de los terrenos, de las instalaciones, construcciones realizadas dentro del aeropuerto y de los servicios que se prestan dirigidas a mantener la seguridad aeronáutica. Existe una clara obligación legal de velar por la seguridad de la navegación aérea y del transporte aéreo (inciso XVII), lo que impide a la autoridad fiscalizadora desatenderse del estado de las construcciones, del respeto a las disposiciones emitidas en aras de la seguridad aeronáutica. Cabe recordar que:

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"2.1 El funcionamiento efectivo y seguro del sistema aeronáutico depende de un gran número de elementos individuales que incluyen, entre otros, personal, reglamento del aire, información meteorológica, información aeronáutica, cartas aeronáuticas, unidades de medición, sistemas de aeronave, procedimientos operacionales, procedimientos de mantenimiento, procedimientos e instalaciones y servicios de tránsito aéreo, búsqueda y salvamento, aeródromos y sus correspondientes instalaciones y servicios terrestres, requisitos ambientales y procedimientos para la manipulación de mercancías peligrosas.

La seguridad operacional del sistema en su totalidad depende no solamente de cada elemento sino también de la forma en que las personas, procedimientos, tecnologías e información interactúan en la operación del sistema". Seguridad y protección en la gestión del tránsito aéreo (ATM). Sistemas y programas de gestión de la seguridad operacional, Undécima Conferencia de Navegación Aérea, Montreal, 22 de septiembre - 3 de octubre de 2003 (<http://www.icao.org/cgi/goto_m.pl?icao/en/structure_es.pdf>).

Enfoque que remarca la interdependencia entre los componentes del sistema de seguridad, tanto elementos terrestres como de abordaje y que está presente en la exigencia de certificación de los aeródromos y de las aeronaves. Un sistema que explica, además, los requisitos a que deben atenerse los aeropuertos internacionales de todo el mundo en virtud de lo dispuesto en el Anexo 14 del Convenio de Chicago.

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

Esa función de fiscalización es reafirmada por el numeral 88 de la Ley:

“Artículo 88.- Todos los aeródromos y aeropuertos civiles del país están sujetos al control, inspección y vigilancia de la Dirección General de Aviación Civil. Los aeropuertos internacionales funcionarán y serán administrados de conformidad con el reglamento interno que al efecto se expida”.

Por lo que la Dirección General no puede substraerse a la obligación de control, inspección y vigilancia de las instalaciones en que se desarrolle el servicio de almacenamiento y expendio de combustibles dentro del aeropuerto. Máxime que el Decreto Ejecutivo N° 31803, antes citado en el numeral 139.100 dispone la sumisión de las empresas de asistencia técnica a las aeronaves a dicha fiscalización:

“Los usuarios y proveedores de servicios del aeropuerto, servicios de salvamento de extinción de incendios, empresas de asistencia técnica de aeronaves (despacho, servicio de línea, abastecimiento de combustible, suministros de alimentos y bebidas, manejo de carga) y demás organizaciones que realicen actividades en forma independiente, deben ajustarse a los requisitos de seguridad y operación establecidos por el operador del aeropuerto y aceptar las auditorías e inspecciones que el operador efectúe para garantizar la seguridad operacional”. La cursiva no es del original.

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

En tanto que en el numeral 139.345 se regula el reabastecimiento de combustible de las aeronaves en tierra. Se dispone

“139.345 Servicio de las aeronaves en tierra.

b) El operador requerirá y vigilará que el suplidor de combustible o el operador aéreo posea suficiente equipo extintor de incendios, por lo menos para la intervención inicial en caso de que se incendie el combustible, así como de personal entrenado para ello; además, para atender un derrame importante de combustible o un incendio, debe existir el procedimiento para requerir la presencia inmediata de los servicios de SEI. En caso de derrame, el operador aéreo o la empresa abastecedora de combustible debe contar con el material absorbente para remover el combustible derramado.

c) Cuando el reabastecimiento de combustible se haga mientras haya pasajeros embarcando, a bordo, o desembarcando, el equipo terrestre se ubicará de manera que permita:

1. Utilizar un número suficiente de salidas, para que la evacuación se efectúe con rapidez.

2. Disponer de una ruta de escape a partir de cada una de las

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

salidas que han de usarse de emergencia. (...)”.

Disposiciones que deberían ser aplicables a todo aeropuerto nacional.

Del numeral antes transcrito interesa el inciso e) siguiente:

“e) Toda persona u organización que provea servicios de asistencia en tierra requiere de un certificado operativo emitido por la DGAC y de una póliza de seguros que cubra adecuadamente las responsabilidades por los riesgos propios del servicio que presta”.

Puesto que el servicio de abastecimiento de combustible se considera un servicio de asistencia en tierra, se sigue que su operador requiere el certificado operativo correspondiente.

Como se indicó, la Ley General de Aviación Civil diferencia entre el certificado de explotación y el certificado de operación. El certificado de explotación para el servicio aéreo o el auxiliar posibilita la prestación del servicio pero no determina que el particular sea idóneo técnicamente para prestar el servicio. Esta idoneidad debe ser determinada por la Dirección General de Aviación Civil. En efecto, establece el artículo 18:

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

"Artículo 18.-

Son atribuciones de la Dirección General de Aviación Civil:

(...).

IV.-

Otorgar, refrendar, revalidar, suspender y cancelar matrículas y certificados de aeronavegabilidad de las aeronaves nacionales; así como otorgar, suspender, revocar o cancelar, total o parcialmente, los certificados operativos o certificados de operador aéreo (COA).(..."

En tanto que el 144, penúltimo párrafo, dispone respecto del certificado de operación:

"El certificado operativo tendrá una duración igual a la del certificado de explotación y demostrará que el operador cuenta con la organización adecuada, el método de control, la supervisión de las operaciones, el programa de instrucción y de mantenimiento, acordes con la naturaleza y amplitud de las especificaciones de operación. Será aplicable a cualquier servicio relacionado con la seguridad de vuelo; su validez y eficacia dependerán del resultado de las inspecciones técnicas anuales y el cumplimiento de las especificaciones de operación contenidas en los manuales aprobados y la reglamentación técnica aplicable".

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

Pareciera, entonces, que el certificado operativo acompaña el certificado de explotación. No obstante, debe tomarse en cuenta que lo requiere todo servicio relacionado con la seguridad de vuelo. Por lo que podría ser requerido para un servicio para el cual no está previsto expresamente el certificado de explotación.

Ahora bien, lo cierto es que el certificado de operación emitido por la Dirección de Aviación Civil tiene como objeto comprobar la capacidad del operador del servicio, su idoneidad tanto técnica como organizacional para ejercer sus actividades dentro del aeropuerto que se trate, así como la capacidad para cumplir las especificaciones de operación de carácter técnico que resulten aplicables. Una certificación de idoneidad que debe realizarse anualmente.

El Decreto N° 30131 retiene ese requerimiento técnico, al disponer los requisitos para la estación de servicio para aeronaves:

“Artículo 60.-Además de los requisitos pertinentes y del procedimiento establecido en el presente Reglamento para estaciones de servicio, los solicitantes deben aportar lo siguiente:

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

60.1 Autorización de la DGAC sobre la utilización del terreno e indicación del plazo por el cual se otorga la misma.

60.2 La ubicación de la estación de servicio y fotocopia certificada por Catastro Nacional o Notario Publico, del plano catastrado de la propiedad objeto de la solicitud, con la delimitación del área destinada a la estación de servicio.

60.3 Permiso de operación de la DGAC para operar como tal". La cursiva no es del original.

Es de advertir que el permiso de operación no se regula en el Reglamento. Por la índole del servicio de que se trata, tampoco está regulado por el Reglamento de Certificados de Operador Aéreo, (COA, Certificados Operativos y Autorizaciones de Operación (RAC 119), Decreto Ejecutivo N° 28262 de 1 de noviembre de 1999. No obstante, estima la Procuraduría que dicho permiso debe sujetarse a las regulaciones que la Ley General de Aviación Civil contiene respecto al certificado de operación. Además, a las regulaciones que han sido emitidas a efecto de que la Dirección de Aviación realice las comprobaciones necesarias para determinar esa idoneidad técnica y organizacional y, por ende, que regulan la labor de fiscalización propia de la Autoridad Aeronáutica.

Lo importante es que a nivel reglamentario se considera necesario el certificado de operación emitido por la Dirección General, a efecto del suministro de combustible en los

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

aeropuertos. Lo que implica una competencia de la Dirección General en la materia y la posibilidad, como indica la consulta, de que este órgano verifique el cumplimiento de requisitos dirigidos a mantener la seguridad y regularidad de los servicios en el aeropuerto.

Corresponde a esa Dirección, por demás, formular la regulación para el otorgamiento de esos permisos o certificados, regulación que se deberá contener en un Reglamento emitido por el Poder Ejecutivo.

Conforme lo señalado en el escrito de consulta, en el tanto el servicio de expendio de combustible para las aeronaves sea prestado por RECOPE, éste se somete a las facultades de control, inspección y vigilancia de la Dirección de Aviación Civil, debiendo respetar los requisitos que se impongan por el uso del aeropuerto y la explotación del servicio dentro de él.

2.-

La conciliación de lo actuado

De conformidad con la información que ha sido remitida a la Procuraduría, la Dirección de Aviación Civil habría emitido actos que no se ajustan al cuadro normativo indicado. Además, presume la existencia de incoherencias normativas en la materia.

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

a) Los certificados de explotación emitidos o en curso

Consulta la Dirección General de Aviación Civil la situación que se presenta con los certificados de explotación otorgados con base en lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo N° 5144 de 20 de agosto de 1975, así como respecto de las solicitudes que para la prestación de esos servicios se han presentado ante ese Organismo.

Con base en lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de Aviación Civil, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Ejecutivo N° 5144-T de 20 de agosto de 1975, Reglamento Administrativo del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría. Dicho Reglamento estipula que el servicio de "expendio de combustibles, lubricantes, etc" dentro del Aeropuerto será dado por concesión, la cual se regula en los artículos 30 a 34. Dispone el artículo 30:

"Para el expendio de combustibles, lubricantes y similares en el Aeropuerto, será necesario ser titular de un certificado de explotación otorgado por el Consejo que permita ejercer esa actividad, siempre y cuando este servicio no lo preste directamente la Dirección General".

Se impone, así, el requisito de un certificado de explotación a ser otorgado por la Dirección General de Aviación

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

Civil.

En orden a las instalaciones se dispone:

“Artículo 31: La construcción de instalaciones para estos fines en el aeropuerto, así como la remodelación o variación de los ya existentes, deberá ser aprobada por la Dirección General con intervención de las dependencias competentes de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud, para la fijación de las normas mínimas de seguridad e higiene”.

De acuerdo con lo consignado en el oficio de consulta, la Dirección General procedió en su momento a otorgar certificados de explotación para el expendio de combustibles en el Aeropuerto Juan Santamaría. Por lo que se consulta si los actos de otorgamiento y/o renovación de esos certificados deben ser revisados para ajustar sus actividades a Derecho”.

De conformidad con los criterios anteriormente expuestos y lo resuelto por la Sala Constitucional no queda duda de que el Consejo Técnico de Aviación Civil no podía emitir certificados de explotación para la prestación del servicio de almacenamiento o expendio de combustibles para aeronaves.

Puesto que el certificado de explotación no es el

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

instrumento válido para otorgar la explotación de los servicios en cuestión, puede considerarse que su otorgamiento es disconforme con el ordenamiento jurídico. En efecto, aparte del problema de competencia, el contenido y el motivo del acto no se conformarían sustancialmente con el ordenamiento jurídico. Además, está el problema del procedimiento para otorgar tanto el uso del aeropuerto como la explotación del servicio.

Empero, en tanto ese certificado de explotación permite la explotación del servicio, debe ser tenido como un acto declarativo de derechos. Como tal debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. Como es sabido, dicho numeral regula el procedimiento para declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta de un acto declaratorio de derechos, disponiendo que dicha potestad debe ser ejercitada dentro del plazo de los cuatro años contados a partir de la emisión del acto. Si la Administración procediere a declarar la nulidad del acto fuera de ese plazo, la declaratoria correspondiente sería absolutamente nula.

Es de advertir, además, que dicho plazo resulta igualmente aplicable en tratándose de la nulidad absoluta sin ser evidente y manifiesta y en los casos de nulidad relativa (artículo 175).

Situación diferente se presenta cuando la Administración se enfrenta a un problema de incumplimiento de las obligaciones derivadas del certificado de explotación o de su ineficacia por otros motivos.

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

Recuérdese que la Ley General de Aviación Civil establece disposiciones en ese orden de ideas. En efecto, el artículo 10 reconoce competencia al Consejo Técnico de Aviación Civil para declarar caduco, modificar o cancelar el certificado de explotación. Potestades que son desarrolladas por los artículos 153 y siguientes. Se dispone al efecto:

“Artículo 153.- Las empresas deberán iniciar sus operaciones dentro de los noventa días siguientes al otorgamiento definitivo de su certificado.

De no iniciarse los servicios dentro de ese plazo, el Consejo Técnico de Aviación Civil podrá revocar el certificado respectivo”.

Es de advertir, sin embargo, que el término “revocar” está mal empleado. Si la empresa no inicia sus operaciones en el plazo establecido, se produce un incumplimiento de una obligación legal que determina la caducidad del certificado, no su revocación.

Se dispone, además:

“Artículo 157.- El Consejo Técnico de Aviación Civil, a solicitud

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

de parte interesada o por propia iniciativa, puede alterar, enmendar, modificar, suspender o cancelar con la aprobación del Poder Ejecutivo si se trata de servicios internacionales, cualquier certificado de explotación en todo o en parte, tomando en cuenta la necesidad o conveniencia de los interesados, debidamente comprobada. Asimismo podrá modificar y cancelar el certificado por razones de interés público o por el incumplimiento del concesionario de los términos de la ley, de la concesión o de los reglamentos respectivos.

En todo caso la resolución se tomará en audiencia de las partes a quienes se concederá un término razonable, no mayor de quince días a fin de que dentro del mismo aduzcan las pruebas respectivas”.

“Artículo 158.- La cancelación total o parcial de un certificado de explotación, verificada de acuerdo con las disposiciones anteriores, no acarreará al Estado responsabilidad de ningún género”.

Disposición que tiene sentido en tanto la cancelación se motive en el incumplimiento del concesionario de las obligaciones establecidas.

Sobre estas facultades, ha indicado la Sala Constitucional:

“IV.-

Ahora bien, debe indicarse que de la Ley General de Aviación Civil

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

(artículos 138 y siguientes), se desprende con claridad que ese certificado de explotación tiene la naturaleza jurídica de un contrato-concesión y los derechos de él derivados, como podría ser el derecho a usar un hangar en aeropuertos del Estado, se encuentran sujetos a las limitaciones del derecho administrativo siendo aquél un acto habilitante para la explotación de servicios públicos, en los términos y condiciones que establece la ley. Asimismo, señala el numeral 149 de esa ley que "ningún certificado conferirá propiedad o derecho exclusivo en el uso de espacios aéreos, aerovías, rutas, aeropuertos, aeródromos, facilidades o servicios auxiliares de navegación". En virtud de la naturaleza que ostenta esta clase de certificados, y por el claro interés público que existe de por medio, es que la legislación le confiere potestades al Consejo Técnico de Aviación Civil incluso para alterar, suprimir o cancelar el certificado a cualquier beneficiario, de comprobarse el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, dentro de los términos, claro está, de la propia normativa sobre la materia, y en atención a razones de interés público y por ende, una vez cancelado ese permiso, se cancelan los derechos inherentes a él como el uso de hangares, tal y como se indicó supra. Se trata entonces de una habilitación especial que concede la Administración al particular para el ejercicio de una determinada actividad de servicio público y de interés de la colectividad. Por estas razones, resulta del todo improcedente el alegato que pretende el recurrente esgrimir en esta sede en el sentido de que al haber sido su representada desalojada del hangar 14 que estaba ocupando en el Aeropuerto Internacional Tobías Bolaños, se le estén lesionando sus derechos pues queda claro que tal habilitación no se trata de un derecho susceptible de incorporarse de manera intangible a su patrimonio sino que, por el contrario, es un derecho de naturaleza precaria que en este caso había fenecido desde el trece de mayo del dos mil dos cuando expiró el certificado de explotación con que contaba y al amparo del cual se le permitió el uso del referido hangar, de manera que si actualmente no cuenta con ningún certificado de explotación

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

vigente, la Administración en uso de su potestad de control y vigilancia de los espacios públicos de los aeropuertos, podía proceder a desalojar el hangar que, como bien de servicio público, no puede pretender la amparada tener ningún derecho sobre él. Ahora bien, precisamente por la naturaleza de ese bien y porque desde el año dos mil dos la amparada lo continuó poseyendo aunque no utilizándolo y no lo devolvió al Estado como correspondía, bien podía la Administración, sin previo cumplimiento del debido proceso, proceder a desalojarlo y a decidir darle el uso que mejor convenga a los intereses de la Administración. Sala Constitucional, resolución N° 14583-2004 de 16:11 hrs. de 21 de diciembre de 2004

En el dictamen N° C-233-98 de 6 de noviembre de 1998 manifestamos sobre una situación de incumplimiento de las condiciones para el disfrute del derecho:

"El "dar por terminado" el "contrato" por incumplimientos de la empresa constituye una condición resolutoria. Condición resolutoria que significa que se mantiene la vigencia del acto mientras la empresa cumpla, pero que ese acto deviene en ineficaz cuando se presente el incumplimiento del destinatario. Parafraseando a la Sala Constitucional al referirse a la caducidad de concesiones (resolución N° 3136-95 de 14 de junio de 1995), la continuidad del acto de favor está condicionada al cumplimiento puntual de las obligaciones propias de la empresa. De allí que quepa aceptar que el efecto de la condición resolutoria es la decadencia de la eficacia del acto.

Ahora bien, a pesar del abandono real o implícito del proyecto, la ineficacia debe ser declarada por la Administración a fin de

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

evitar situaciones de incerteza. Debe, entonces, la Comisión Reguladora declarar la caducidad operada, emitiendo el acto correspondiente. Por ello, debe determinarse el procedimiento a seguir y el plazo para emitirlo.

Sobre el primer punto, es necesario recalcar que si bien la caducidad aquí considerada (extinción por incumplimiento de las condiciones esenciales por el destinatario del acto) es un instituto diferente de la sanción (ver sobre este punto, F. VELASCO CABALLERO: Las cláusulas accesorias del acto administrativo, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 86 y siguientes), sí constituye un acto de supresión de derechos, por lo que resulta obligado el acudir al procedimiento establecido en el artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública”.

Por otra parte, la Ley General de Aviación Civil permite en su artículo 144 la renovación de los certificados de explotación. Empero, el concesionario no tiene un “derecho” a esa renovación. El artículo dispone en su párrafo tercero:

“Las renovaciones se concederán a juicio del Consejo Técnico de Aviación Civil, siempre que se justifique la continuidad del servicio y la empresa interesada demuestre haber cumplido satisfactoriamente todas sus obligaciones”.

La decisión debe ser tomada previa audiencia a los interesados. Término que se refiere no solo al concesionario sino a quienes puedan tener un interés en la materia. Dispone el párrafo quinto de ese artículo:

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

"Antes de otorgar o renovar un certificado de explotación, se dará audiencia a los interesados por un término mínimo de quince días, contado a partir de la publicación en La Gaceta".

En los supuestos en que no es factible iniciar un procedimiento administrativo dirigido a declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del certificado de explotación otorgado para el expendio de combustible o bien, para declararlo lesivo (por haber caducado la potestad correspondiente) y tampoco proceda la caducidad por incumplimiento de las obligaciones, la Administración deberá respetarlo por el término establecido en el certificado. No obstante, por las razones expuestas, considera la Procuraduría improcedente la pretensión de renovar, prorrogándolo, un certificado de explotación expedido para el almacenamiento y expendio de combustible para aeronaves.

Según se indica, la Administración tiene pendientes de resolución solicitudes para el otorgamiento de certificados de explotación para el servicio que nos ocupa. En relación con este punto, ha sido criterio de la Procuraduría que la presentación de una solicitud no otorga un derecho al otorgamiento del acto o beneficio de que se trate. La solicitud no es sí misma un acto generador de derechos. Así, en dictamen N° C-165-1992 de 14 de octubre de 1992 indicamos:

"No puede, entonces, concluirse que la simple presentación de la

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

solicitud origina en el solicitante un derecho subjetivo al otorgamiento de las exoneraciones previstas por el orden jurídico”.

En el mismo sentido, el dictamen C-061-2000 de 31 de marzo del 2000 manifiesta:

“En el caso consultado, refiriéndonos a los beneficios que otorgaba el artículo 87 de la Ley Forestal No. 7174 del 16 de julio de 1990, podemos afirmar que la presentación de la solicitud no origina una situación jurídica consolidada para el administrado”.

“No se consolida una situación jurídica ni se adquiere un derecho subjetivo con la presentación de la solicitud de un permiso de construcción, porque tal cosa sólo podría ocurrir con el dictado del acto final en el procedimiento para la obtención de la autorización, esto es, con el otorgamiento del permiso de construcción”. Dictamen N° C-357-2003 de 13 de noviembre de 2003.

Ello implica que los solicitantes del certificado deben someterse plenamente a las disposiciones actualmente vigentes en orden a la explotación del expendio de combustible y del uso del aeropuerto nacional. Por consiguiente, deben someterse al trámite de licitación pública para el uso del aeropuerto y a los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización por parte del MINAE.

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

Puesto que los solicitantes no tienen un derecho adquirido ni una situación jurídica consolidada para la prestación del servicio que nos ocupa, ello implica que sólo podrían devenir concesionarios del servicio si son adjudicatarios de un concurso público.

No desconoce la Procuraduría que podría generarse una discusión en torno al principio de igualdad y libertad de participación, así como eventualmente en relación con el principio de libre competencia. Para devenir operador del servicio, los interesados tendrían que someterse a reglas diferentes a aquéllas que se aplicaron a quienes son titulares de un certificado de explotación. Empero, esa circunstancia sería producto de la caducidad de la potestad de declarar nulos los actos administrativos o en su caso, declarar la lesividad del certificado de explotación que ampara la prestación correspondiente. Por demás, parte la Procuraduría que el certificado de explotación que haya sido emitido no establece la exclusividad en la prestación del servicio. Ello por cuanto las reglas contenidas en la Ley General de Aviación Civil claramente establecen que el certificado no otorga un derecho exclusivo (artículo 154). Por lo que en el Aeropuerto Juan Santamaría (único para el cual se había previsto el certificado de explotación) jurídicamente podrían operar dos o más operadores. Y decimos jurídicamente porque habría que determinar la viabilidad económica de esa competencia y las posibilidades reales de instalar dos o más estaciones de servicio en el área del aeropuerto.

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

b) La coherencia del ordenamiento

En sus Conclusiones, el oficio de la Dirección General plantea la necesidad de verificar si el Decreto N° 30131 es conforme con las recomendaciones de la OACI, o si requiere de modificaciones o bien, si debería existir un reglamento especial que regule estos específicos servicios en orden a su prestación en infraestructuras aeroportuarias. Asimismo, se afirma la vigencia del Decreto N° 5144.

A lo largo del escrito de consulta, la Dirección General de Aviación afirma la procedencia del certificado de explotación con base en lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo N° 5144 de 20 de agosto de 1975, Reglamento Administrativo del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría. Como se indicó, los artículos 30 y siguientes de ese Reglamento regulan el servicio de expendio de combustible dentro del aeropuerto. La lectura de sus disposiciones no deja margen de duda en cuanto que se contraponen a lo dispuesto en leyes y normas secundarias emitidas con posterioridad a su emisión.

En primer término, porque a partir de la emisión de la Ley Orgánica del Ministerio del Ambiente y Energía, Ley N° 7152 de 5 de junio de 1990, este Ministerio asume la competencia para "tramitar y otorgar los permisos y concesiones referentes a la materia de su competencia" (artículo 2). Competencia que en materia de suministro de combustibles es reafirmada por el artículo 5 de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, según lo antes indicado. Ninguna de las dos leyes

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

establece excepciones a esa competencia, de manera que pueda considerarse que la Dirección General de Aviación Civil está facultada para otorgar concesiones para ese servicio en los aeropuertos. Existiendo una clara definición de la competencia en la materia y siendo esa definición de rango legal, se sigue como lógica consecuencia que la norma reglamentaria que disponga en sentido contrario ha quedado tácitamente derogada por la norma superior: Aspecto que es consecuencia del principio de jerarquía normativa.

En segundo término, dado que el Decreto N° 30131 comprende las estaciones de servicio en los aeropuertos se sigue necesariamente que esta disposición deja sin efecto los artículos 30 a 34 del Reglamento Administrativo del Aeropuerto Juan Santamaría. Ciertamente, el Decreto de mérito regula en forma genérica la construcción y funcionamiento de estas estaciones. Empero, el problema es que Reglamento del Aeropuerto regula esa construcción de las instalaciones en forma tan escueta, que podría decirse que es inexistente. En consecuencia, en el estado actual del ordenamiento tendría que determinarse que el Decreto de mérito deja sin efecto los artículos 30 a 34 del Reglamento del Aeropuerto Juan Santamaría.

El Decreto Ejecutivo N° 30131 regula en forma detallada los requisitos que deben cumplirse para efecto de la construcción y funcionamiento de una estación de servicio para almacenamiento y expendio de combustible. El artículo 60 del Reglamento parte de que esas disposiciones son aplicables a las estaciones para expendio de combustible a aeronaves. En ese sentido, pareciera que no se ha considerado que estas estaciones presenten particularidades que ameriten una regulación especial.

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

El Convenio Internacional sobre Aviación Civil se complementa con diversos Anexos que establecen regulaciones específicas en torno a los servicios aéreos y en torno a la aeronavegabilidad. Entre esos Anexos se encuentra el N° 14, que de acuerdo con la información que consta en la página web de la OACI, está dirigido a regular diversos aspectos en torno a los aeropuertos: su planificación y diseño, los requisitos de las instalaciones en orden a sus características físicas, la explotación y mantenimiento de los aeropuertos, la seguridad de los equipos instalados, servicio de salvamento y extinción de incendios y la información que sobre estos debe darse a las líneas aéreas. Disposiciones que se considera deben ser aplicables en condiciones uniformes a todos los aeropuertos del mundo, según lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio. Uniformidad que reafirma el artículo 37 del mismo cuerpo normativo, al disponer que cada Estado Contratante se compromete a lograr el más alto grado de uniformidad en las reglamentaciones, normas, procedimiento y organización, lo que comprende las reglamentaciones sobre características de los aeropuertos, así como todas las disposiciones referidas a la seguridad, regularidad y eficiencia de la navegación aérea.

En ese sentido, se requiere que las disposiciones emitidas en el seno de la OACI sean incorporados en nuestro ordenamiento. De no darse esa incorporación, las disposiciones allí contenidas no tendrán carácter vinculante, debiendo ser entendidas como normas técnicas producto de un proceso de normalización.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Una vez que hayan sido incorporadas, dichas disposiciones resultarán obligatorias en orden al uso del aeropuerto y de los servicios que en él se prestan. Las disposiciones que se emitan resultarán también obligatorias a los prestatarios de servicio. En ese sentido, será necesario determinar la conformidad de la regulación general establecida por el Decreto N° 30131 respecto de las estaciones de servicio con las regulaciones específicas para los aeropuertos, de manera tal que se dé debida cuenta de la especificidad de esas estaciones de servicio en razón del consumidor final y sobre todo de la especificidad del bien en que la estación se encuentra instalada.

No obstante, considerando que el almacenamiento y suministro de combustible para las aeronaves se produce en el aeropuerto, bien demanial, cuyo uso, por principio, debe ser licitado, lo conveniente es que el Poder Ejecutivo emita un reglamento especial para estas actividades dentro del aeropuerto, de manera tal que se contemplen no solo los objetivos de protección del ambiente y la salud, presentes en el Decreto Ejecutivo N° 30131 sino también los de seguridad aeronáutica.

CONCLUSIÓN

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

1. El suministro de combustibles derivados de hidrocarburos es un servicio público y ello tanto cuando el expendio se realiza en los planteles de distribución como cuando se realiza al consumidor final.

2. El almacenamiento y expendio de combustible no es un servicio aéreo, por lo que no debe someterse a las disposiciones establecidas para prestar esos servicios. Tampoco constituye un "servicio auxiliar" en los términos de la Ley.

3. Por consiguiente, no se está en presencia de un servicio cuya prestación pueda derivar de un certificado de explotación emitido por el Consejo Técnico de Aviación Civil.

4. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley Reguladora de los Servicios Públicos, el servicio de suministro de combustibles puede ser delegado en los particulares por medio de una concesión o permiso. Esa concesión puede darse por medio de un acto administrativo.

5. El Reglamento para la Regulación del Sistema de Almacenamiento y Comercialización de Hidrocarburos, Decreto Ejecutivo N° 30131 de 20 de diciembre de 2001, regula el establecimiento de estaciones de almacenamiento y suministro de hidrocarburos y establece el procedimiento para esa explotación.

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

6. De acuerdo con dicha norma, la prestación del servicio requiere una autorización de funcionamiento y una autorización de prestación del servicio público. Esa autorización no se otorga en un concurso público.

7. Esta situación se justifica en el modo de operar del servicio de suministro de combustible al consumidor final, el cual depende de la iniciativa privada y se brinda en locales privados instalados en terrenos propiedad privada. Lo que no excluye que los particulares deban sujetarse a una regulación estricta dirigida a proteger el ambiente, la salud y la seguridad de las personas y los bienes.

8. Dicho Reglamento tiene la pretensión de regular las estaciones de servicio para aeronaves.

9. No obstante, el otorgamiento del expendio de combustible para las aeronaves debe contemplar la especificidad del bien en que se presta el servicio, en particular si se trata de los aeropuertos nacionales.

10. Los aeropuertos son bienes de dominio público, razón por la cual su uso privativo procede previa concesión o permiso de uso según corresponda. La explotación privada de los aeropuertos puede ser autorizada en tanto se refiera a actividades o servicios "comúnmente brindados en un aeropuerto".

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

11. El almacenamiento y expendio de combustibles para las aeronaves es un servicio relacionado con el giro normal del aeropuerto, en tanto posibilita la operación de las aeronaves. Por lo que se comprende que dentro del aeropuerto existan instalaciones expresamente construidas para el almacenamiento y expendio de combustibles.

12. El uso del espacio correspondiente debe ser otorgado por medio de un concurso público, que satisfaga los principios de igualdad y libertad de participación y libre concurrencia propios de la contratación administrativa.

13. Corresponde a la Dirección General de Aviación Civil autorizar la construcción de instalaciones dentro del aeropuerto. Dichas instalaciones deben respetar las prescripciones legales y reglamentarias que hayan sido emitidas en relación con la instalación de que se trata y el servicio que allí se preste.

14. En ejercicio de su competencia de fiscalización del aeropuerto, la Dirección General de Aviación Civil debe velar por el uso de la infraestructura aeroportuaria, incluida las instalaciones que se construyan para el suministro de combustible a las aeronaves y la prestación de ese servicio en el aeropuerto, a efecto de asegurar la seguridad de la navegación aérea y del transporte aéreo.

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

15. En el tanto el servicio de expendio de combustible para las aeronaves sea prestado por RECOPE, éste se somete a las facultades de control, inspección y vigilancia de la Dirección de Aviación Civil, debiendo respetar los requisitos que se impongan por el uso del aeropuerto y la explotación del servicio dentro de él.

16. Lo anterior no excluye la autorización expedida por el MINAE para la explotación del servicio de suministro de combustible, derivada del artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio del Ambiente y Energía y 5 de la Ley Reguladora de los Servicios Públicos.

17. Para el otorgamiento de esa autorización, el particular debe contar con un permiso de operación emitido por la Dirección de Aviación Civil. Dicho certificado comprueba la capacidad del particular para prestar el servicio dentro del aeropuerto, respetando las especificaciones de operación de carácter técnico que resulten aplicables.

18. El otorgamiento de un certificado de explotación para amparar la prestación del servicio de suministro de combustibles a las aeronaves resulta disconforme con el ordenamiento jurídico. Disconformidad que debe ser declarada con sujeción a lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública.

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

19. De haber caducado los plazos para declarar la nulidad absoluta, evidente o manifiesta y no ser posible recurrir a la declaratoria de lesividad tendría que mantenerse los certificados de explotación emitidos. Se exceptúa el supuesto de incumplimiento de las obligaciones del concesionario, en que constatado el incumplimiento procederá la declaratoria de caducidad de la concesión.

20. La simple presentación de una solicitud para el otorgamiento de un certificado de explotación no genera un derecho en cabeza del solicitante.

21. Los artículos 30 a 34 del Reglamento Administrativo del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, Decreto Ejecutivo N° 5144-T de 20 de agosto de 1975, han quedado sin efecto por la emisión posterior de disposiciones de rango legal y reglamentario que regulan en forma diversa el suministro de combustible en los aeropuertos nacionales. Además, porque legalmente es improcedente la emisión de un certificado de explotación para ese servicio.

22. Considera necesario la Procuraduría General que los Ministerio de Obras Públicas y Transporte y del Ambiente y Energía preparen un reglamento conjunto que regule en forma específica el servicio que nos ocupa y, por ende, satisfaga en forma plena los imperativos de seguridad aeroportuaria, protección al ambiente y a la salud.

FUENTES CITADAS

- 1 CICERO Nidia Karina. Servicios Públicos Control y Protección. Ediciones Ciudad Argentina. 1996.pp 19.20.
- 2 Vega Clavo Johnny. Régimen jurídico de la Prestación de Servicios Públicos Locales. *REVISTA DE LA CONTRALORÍA GENERAL.*(2).1967.PP.34.35.36.
- 3 Ley N° 7593. LEY DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ARESEP) . Costa Rica, del 09/08/1996.
- 4 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .Resolución N° 2005-10459, de las once horas con trece minutos del doce de agosto del dos mil cinco
- 5 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°2004-14219, de las quince horas con veintidós minutos del catorce de diciembre del dos mil cuatro.
- 6 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .Resolución N°2005-03880, de las dieciséis horas con cincuenta y siete minutos del trece de abril del dos mil cinco.-
- 7 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .Resolución N°2005-04190, de las dieciséis horas con cuarenta y dos minutos del veinte de abril del dos mil cinco.
- 8 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .Resolución N°2005-05060, de las catorce horas con trece minutos del veintinueve de abril del dos mil cinco.-
- 9 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.Dictamen : 128 del 24/05/2002 .
- 10 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA .Dictamen : 293 del 20/07/2006 .
- 11 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA .Dictamen N° 190, del 27/11/1996.
- 12 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA.Dictamen N° 254, del 21/09/2001.
- 13 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Dictamen : 118, del 14/05/2002 .
- 14 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Dictamen N° 389 del 14/11/2005.