

PROPIEDAD Y URBANISMO EN COSTA RICA: EVOLUCION Y TENDENCIAS

EDUARDO ORTIZ ORTIZ

Profesor de Derecho Administrativo.
Universidad de Costa Rica.

I. PROPIEDAD Y CONSTITUCION

1) *El Art. 45 de la Constitución y su alcance*

Rige hoy en Costa Rica la Constitución de 7 de noviembre de 1949, que es de corte liberal y conservador, aunque avanzada en algunos de sus preceptos. No es uno de éstos el Art. 45 de la Carta, que dispone:

Art. 45. La propiedad es inviolable, a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia. Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

Esta norma contiene tres disposiciones fundamentales, a saber:

- a) Consagra la "inviolabilidad" (y no sólo la garantía) de la propiedad privada.
- b) Establece la potestad de expropiación de la propiedad privada contra pago previo de una indemnización.
- c) Establece la potestad legislativa —que hará de ejercerse con una mayoría calificada de, al menos, dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa— de imponerle a la propiedad limitaciones de interés social, por motivos de necesidad pública. Contra lo que se ha afirmado no hay contradicción

ni disociación entre el párrafo primero y el segundo de la norma, pues la idea de una propiedad inviolable sólo puede ser admitida simultáneamente con la de límites para o sobre la misma.¹ La hipótesis de un derecho ilimitado es imposible, por contradicción lógica con la naturaleza misma del Derecho que lo crea, que es, por esencia, definición y ordenación de esferas de interés y de poder.² Y no la hay tampoco cuando se emplean los dos giros "motivos de necesidad pública" y "limitaciones de interés social", pues a nivel constitucional se pueden equiparar y emplear indistintamente, aunque a nivel técnico y para el Derecho Administrativo, Agrario o Urbanístico pueda establecerse distinción tajante entre unos y otros.³ Es indudable que ambos conceptos caben dentro del más genérico e implícito de "interés público", que pueden ser cualquiera, de grupos y hasta de individuos, si es coincidente con el de grupo.⁴ Cabe más bien estudiar brevemente el alcance de cada una de las instituciones consagradas, tal y como resultan del texto constitucional.

A) *Inviolabilidad de la propiedad*

A diferencia de otras Constituciones, que se limitan a consagrar la garantía, el Art. 45 de nuestra Carta establece la "inviolabilidad" de la propiedad.⁵ Con esto no sólo consagra la prohibición de su eliminación sino también un contenido mínimo de lo que garantiza, que de otro modo no podría ser inviolable. La tendencia no es, contra lo que parece, aislada ni caduca, sino actualizada o por recientes Constituciones⁶ o por reciente jurisprudencia constitucional.⁷ Ello supone un límite sobre todo para el legislador, que permite eventualmente anular la ley que viole lo "inviolable" o, en todo caso, saldar la violación con el cobro de una indemnización. Se crean por esta vía las llamadas "expropiaciones legis-

-
1. Vicente Montes: *La Propiedad Privada en el Sistema del Derecho Civil Contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 82 y 83.
 2. Eduardo García de Enterría y Luciano Parejo Alonso: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, vol. 1, p. 409.
 3. Virgilio Calvo Murillo: "Derecho de Propiedad, Derecho Urbanístico y Limitaciones a la Propiedad Privada", *La Propiedad* (obra colectiva), Universidad de Costa Rica, San José, 1981, Tomo II, pp. 30 a 32.
 4. Art. 113. Ley General de Administración Pública, N° 6227, de 2 de mayo de 1978, que define el interés público "como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados".
 5. Art. 42, Constitución italiana de 22 de diciembre de 1947; Art. 14, Constitución de Bonn de 23 de mayo de 1949.
 6. Dispone el Art. 19.2, Constitución de Bonn: "En ningún caso puede ser afectado un derecho fundamental en su contenido esencial"; dispone el Art. 53.1 de la Constitución española de 1978: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...".
 7. Ver sentencia de la Corte Constitucional de Italia, N° 55, de 1968.

lativas", cuya estructura presenta un derecho subjetivo constitucional de contenido "pétreo", que la ley ordinaria puede regular sólo limitadamente, y una ley que ha superado ese límite, regulando lo no regulable.

El problema radica en que nuestra Constitución no fija cuál es ese contenido mínimo y en que, consiguientemente, sólo la Corte Suprema puede hacerlo, como Juez Constitucional. La Corte ha optado por solución exactamente inversa y ha interpretado que la propiedad inviolable que la Constitución consagra carece de contenido constitucional y puede ser ilimitadamente regida por la ley ordinaria, por delegación en blanco operada en el Art. 45, al omitir toda referencia a potestades y deberes que definen el contenido del derecho subjetivo. Ha dicho la Corte al respecto:

El Art. 45 de la Constitución Política reconoce y garantiza el régimen de propiedad individual, pues dispone que éste es inviolable y que a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. Pero ni el Art. 45, ni en ninguna otra regla constitucional, se encuentran establecidos los principios que rigen el derecho de propiedad, ni tampoco se ocupa el citado texto —ni otro de la misma categoría— de señalar las condiciones en que ese derecho puede adquirirse ni la forma de comprobarlo (sesión extraordinaria C.S.J., 10 horas del 9 de diciembre de 1971).

De este modo, la propiedad es inviolable únicamente para la Administración Pública, no para el legislador que, por ser soberano en su definición, está imposibilitado para dañarla, salvo si al regularla incurre en violación de otra norma constitucional. Las potestades y deberes que forman el llamado "haz material" del derecho de propiedad provienen totalmente de la ley y pueden ser modificados por ésta sin otras limitaciones que las provenientes de otras normas constitucionales. Es evidente que en tal enfoque, no hay derechos adquiridos ni situaciones jurídicas consolidadas del propietario frente a la legislación, ni puede haber, consiguientemente, anulación de una ley por violatoria del Art. 45, ni mucho menos indemnización por los daños que infrinja a los propietarios, al suprimir o disminuir potestades y beneficios jurídicos incorporados, hasta ese momento, al estatuto legal de la propiedad. La nueva ley de la propiedad no podría tampoco violar, por ello mismo, el Art. 34 de la Carta, que establece la garantía de la irretroactividad de la ley frente a derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas. Operaría en favor de la constitucionalidad de la ley en cuestión la distinción entre aplicación inmediata y retroactividad,⁸ según la cual la vigencia de la nueva ley para el futuro y desde su existencia como norma obligatoria, no es retroactiva, a condición de que sea también de origen legal y

8. Paul Roubier: *Droit Transitoire*, Sirey, Paris, 1960, pp. 178 a 183.

de alcance general el régimen preexistente de la misma situación jurídica. Y así como no hay retroactividad cuando se modifican legislativamente los derechos y obligaciones de los cónyuges, porque estaban regidos por ley, tampoco puede haberla si se modifican y suprimen por igual vía los del propietario, que también están determinados por ley. El eco de las viejas voces de Duguit y de Jeze es más que sonoro.⁹ Dentro de este contexto, hay una sola posibilidad de tacha constitucional contra la ley ordinaria que regule el derecho de propiedad, y lo es por violación del Art. 33 C. Política, que consagra la garantía de la igualdad ante la Ley. Una ley sería inconstitucional si, al regular la propiedad, creara regímenes diversos para situaciones de tenencia sustancialmente iguales, por la clase de bien, por los problemas que suscita su titularidad, o su distribución social, etc. Si, a la inversa, esos regímenes correspondieran a diferencias razonables y comprobadas, desde esos criterios de valor, el régimen de propiedad sería constitucional y de aplicación inmediata, con acomodamiento a su mandato de todas las situaciones preexistentes, hacia el futuro. El Art. 33 C. Política se ha convertido, por obra de la jurisprudencia constitucional, en la única garantía indiscutida de la propiedad privada en Costa Rica. Si ésta llegara a eliminarse totalmente, con respecto para el Art. 33, la instauración de un régimen colectivista de propiedad "privada" en Costa Rica podría darse amparado a su "inviolabilidad", que podría reputarse compatible con ese régimen, si se atiende a aquella jurisprudencia constitucional, pues la Constitución ciertamente no define expresamente cuál propiedad —individual o colectiva— es inviolable.

B) *La expropiación*

Radica ésta, como la contempla el Art. 45, no en una transferencia forzosa del dominio, con cambio de titularidad, sino en la supresión de un derecho, aunque ni el Estado ni sujeto alguno resulten sucesores en esa titularidad. De este modo, puede haber expropiación cuando se priva de un derecho parte de otro, aunque el derecho total o comprensivo permanezca en cabeza de su titular originario. La privación de los derechos del dominio es expropiación, aunque el propietario siga siendo tal.

No define la Constitución si el acto de expropiación puede ser una ley o un acto administrativo, pero pareciera, según la jurisprudencia citada de la Corte Suprema, que no puede ser una norma legislativa, aunque puede ser un acto de la Asamblea Legislativa.¹⁰ En efecto: si es una norma legislativa la que priva del derecho o de parte del mismo, se tratará de un cambio de régimen jurídico no in-

9. León Duguit: *Traité de Droit Constitutionnel*. Tomo I, pp. 307 a 315, 3ª edición, 1927, París, Ancienne Librairie Fontemoing-Editeur, Gastón Jeze: *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, tomo I, pp. 15 a 29.

demnizable, desde luego que son las normas las que fijan el contenido y alcance de la propiedad, sin respeto para derechos que nunca pueden consolidarse ni adquirirse en contra de ella, según todo lo dicho. No puede haber derecho adquirido a un régimen jurídico de la propiedad, como tampoco a la inmutabilidad de la ley que lo crea, tal es el principio de sustento. Puede haber expropiaciones generales, pero no normativas, si se refieren a bienes determinados en manos de un grupo también determinado, como ha ocurrido con las nacionalizaciones, en Costa Rica y fuera de ella (hipótesis de la nacionalización de la banca privada en Costa Rica). En esta hipótesis el acto es general, por referirse a un número indeterminado (pero determinable) de personas (todos los que tengan bienes de una cierta categoría o clase), pero no es normativo, por referirse a una situación de hecho única e irrepitable, que es la titularidad de esos bienes por esas personas, y no una titularidad hipotética y futura. Habría norma, y no acto general, a la inversa, si la disposición se refiriera al futuro y no sólo a los propietarios existentes, a modo de regulación abstracta que prohibiera la propiedad privada sobre una determinada categoría de bienes, no una propiedad privada sobre bienes determinados. Si la disposición es normativa, no hay expropiación ni indemnización; si es acto general, las hay. La sola enunciación de la conclusión hace cuestionable el principio en que se funda: se trata de reducir un daño económico real y eventualmente ruinoso a un problema semántico. El carácter repetible, o no, de una hipótesis legislativa no puede depender de su formulación, sino de la realidad: aunque se prohíba en abstracto la propiedad privada sobre una categoría de bienes, se lesiona el derecho concreto y existente de todos y de cada uno de los propietarios de esos bienes, que, como en el caso de los inmuebles pueden ser, además un número determinado y único. El suelo no es recurso natural renovable. Una norma perfectamente abstracta en su texto, referida a una hipótesis repetible al infinito, esconde mal su carácter de acto concreto e irrepitable cuando su destinatario es perfectamente identificable en la realidad (hipótesis de las "leyes fotográficas").

C) *Las limitaciones (a la propiedad) de "interés social", por motivos de "necesidad pública"*

En forma coherente con todo lo dicho, la figura de la "limitación de interés social" se contrapone en el texto a la expropiación. Pareciera, incluso, que es limitación lo que no es expropiación, y a la inversa, y la afirmación parece fundada en el texto constitucional, si se interpreta ésta a la luz del nominalismo jurídico de la jurisprudencia constitucional costarricense. Sería limitación —y

10. Es doctrinariamente admisible la posibilidad para la Asamblea Legislativa de dictar leyes concretas, con régimen de tales y no de actos administrativos, sin límite por razón de la materia; véase Constantino Mortati: *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo I, pp. 77 y 99, Cedam, Padova, Sétima edición, 1967.

no expropiación— la restricción normativa impuesta por la ley (con la mayoría constitucional calificada) al derecho de propiedad. La restricción tiene que reunir, por lo pronto, tres notas esenciales: ser legislativa, acto de mayoría calificada como la prevista, y ser normativa (es decir: de aplicación repetible al infinito, para lo cual normalmente debe ser general y referirse a una hipótesis de hecho abstracta, no a un hecho de propiedad o titularidad real e identificado). En razón de tales, notas, la limitación define el régimen de la propiedad y, de consiguiente, no la cercena por "privación", que es lo típico de la expropiación. Corolario decisivo en la distinción es el hecho de que la limitación no exige ni causa indemnización, incapaz como es, por su función y efecto, para cercenar o privar de la propiedad o de sus partes. No hay jurisprudencia constitucional costarricense que así lo defina, pero el Derecho Comparado es casi unánime al respecto.¹¹ Sin embargo, la materia no es del todo clara y la norma suscita serias interrogantes:

C-1) ¿En qué consisten el "interés social" (objetivo) y la "necesidad pública" (motivo) de la limitación?; C-2) ¿Qué relación guardan con el interés del propietario?; C-3) ¿Qué relación guardan con los derechos y deberes del propietario?; C-4) ¿Es absoluta o es relativa la reserva de ley sobre las "limitaciones" que contiene el Art. 45?

Creemos conveniente insistir en la afirmación de que el Art. 45 ha autorizado la limitación por y para toda clase de intereses que el legislador juzgue de "necesidad pública" o de "interés social", sin limitaciones. No es posible establecerlas sólidas y fundadas al respecto, pues hoy existe un trasvasamiento de las fronteras entre lo público y lo privado, en favor de lo público, cuya constatación es tópica.¹² Salvo el caso de intereses personales del legislador (hipótesis académica por referirse a un cuerpo, y no a un individuo, deliberante), que pueden ser también los de terceros amigos o enemigos, pareciera que cualquier otro puede ser invocado como público, con la agravante de que, como veremos, por ser relativa la reserva de ley, el juicio final al respecto puede bien ser delegado en la Administración Pública, como lo ha sido en forma prácticamente total en Costa Rica. No parece tampoco haber dudas serias sobre el carácter no absoluto de la reserva de ley contemplada en el Art. 45, en punto a limitaciones a la propiedad. Nuestra jurisprudencia constitucional ampara las delegaciones legislativas, aun en materia reservada como la tributaria, a condición de que las

11. Eduardo García de Enterría: *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1977, tomo II, pp. 105 y 106; Miguel Marienhoff: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, tomo IV, p. 60, con bibliografía ahí citada.

12. Benjamín Villegas Vasabilvaso: *Derecho Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, tomo V, p. 88; Paul Bernard: *La Notion d'Ordre Public en Droit Administratif*, L. G. D. J., Paris, 1962, pp. 49 y 50.

mismas estén bien hechas y contengan —como es lo necesario para evitar claudicaciones en la función— bases y límites, que orienten al administrador y sobre todo, al Juez administrativo o constitucional sobre la voluntad legislativa respecto a la regulación delegada, y permitan hacer de ésta, si se observan, un caso más de reglamentación ejecutiva (por desarrollo de directrices, aunque no de preceptos materiales).¹³ Si tal jurisprudencia constitucional se mantiene,¹⁴ pareciera fundado sostener que la ley puede delegar en la Administración Pública y en disposiciones reglamentarias la creación de las limitaciones a la propiedad, a condición de que fije aquellos límites y bases que exija la materia, en forma suficientemente fundada, clara y precisa, como para que puedan ser observados por la Administración y aplicados por el Juez. No es compatible con la reserva de ley en examen un sistema en el que se opere una delegación normativa en la Administración sin bases ni límites precisos o para que la Administración actúe a través de actos discrecionales por su contenido, que así se vuelve imprevisible y no anticipable. El carácter reglado del acto de intervención es necesario tanto para permitir y medir el alcance de esta última antes de que se produzca, en bien de la seguridad jurídica, como para evitar discriminaciones odiosas, en bien de la igualdad, pues sólo la generalidad del reglamento y su inderogabilidad singular garantizan la imparcialidad administrativa. Pero ello no es todo, pues resta por establecer la incidencia precisa de la limitación sobre el derecho de propiedad, su estructura y su función.

Según una autorizada doctrina,¹⁵ es posible distinguir entre delimitación y limitación del derecho subjetivo. Se delimita la propiedad cuando se fija su contenido normal, en función de los intereses a los que va principal o naturalmente dirigido, según el ordenamiento.

Si a la par de intereses privados y egoístas del propietario, el ordenamiento ha considerado y aceptado otros públicos como destino normal del derecho en

13. Eduardo Ortiz Ortiz: "La Potestad Reglamentaria en Costa Rica, Régimen Actual y Perspectivas", *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 17, San José, Costa Rica, Imprenta Lehmann, pp. 153 y 154.

14. Votación de Corte Plena, Corte Suprema de Justicia, sesión extraordinaria de 8 horas del 29 de noviembre de 1973, declaró posible la delegación de la potestad legislativa tributaria, reservada exclusivamente a la Asamblea Legislativa, siempre y cuando la delegación fijara límites, por ejemplo, a las variaciones de la tarifa del impuesto operables por decreto ejecutivo. Pero por votación de 11 horas del 14 de julio de 1981, declaró inconstitucionales varias disposiciones de la Ley Orgánica del Banco Central y de la Ley de la Moneda, que contenían delegaciones en favor del Poder Ejecutivo para que éste suspendiera la paridad legal del colón con el dólar de Estados Unidos y lo dejara "flotar" según el libre mercado, e invocó, para hacerlo, el único hecho de que la materia monetaria está exclusivamente reservada a la Asamblea Legislativa por nuestra Constitución. Este último fallo dejó abierta y sin respuesta la cuestión fundamental de ambos precedentes: ¿puede delegar (la ley), materia que le está constitucional y exclusivamente reservada, y, si lo puede hacer, en qué condiciones?

15. García de Enterría-Parejo Alonso, *op. cit.*, pp. 408 y 409.

cuestión, con igual o superior importancia para configurarlo, entonces todos los deberes impuestos como medio para alcanzar esos intereses públicos y, todavía más, los cercenamientos operados —con igual mira— de preexistentes potestades normativas, pueden reputarse como condición de existencia o parte integrante del contenido normal de ese derecho, y no limitaciones ni restricciones conflictivas con su haz de facultades. Esto es delimitar o, mejor decir, configurar un derecho. Si, además, se ha tomado en cuenta el conflicto ocasional y confinado de ese derecho y sus fines con intereses distintos u opuestos, que no son su función ordinamental, y se ha optado, para resolver el conflicto, por subordinar los intereses del propietario, imponiéndole con ese objeto obligaciones de cualquier tipo (de dar, hacer, no hacer o soportar), surgen las llamadas limitaciones, que así consisten en los deberes del propietario favorables a intereses extraños y superiores a la propiedad y su función social, como medio para la composición de conflictos episódicos entre ambos. El ordenamiento puede optar —como se dijo— por subordinar el interés del propietario a otro, de la colectividad o de la Administración, como función normal y principal del derecho en cuestión. Esto se logra sujetando la propiedad o potestades administrativas, normativas o no, que le permiten a la Administración determinar el disfrute de la propiedad según sus decisiones, en lugar del propietario. El propietario recoge los frutos, pero la Administración regula la explotación.¹⁶ Esta queda sujeta a reglamentos, órdenes y directrices de la Administración, que le garantizan la mejor explotación posible del bien en función de fines que son de la Administración y no del propietario. Aun en la hipótesis de que tales potestades administrativas sean regladas y predeterminadas y anticipable su contenido, cabe indagar por la compatibilidad de tal hipótesis y de las regulaciones, órdenes y directrices correspondientes, con el Art. 45 C. Política. La hipótesis no es académica, sino propia de todas las formas de propiedad a uso controlado (Giannini), o de propiedad vinculada (Leguina Villa), o planificada (Mazzioti).¹⁷ Es decir: ¿permite nuestro Art. 45 la planificación del suelo, entendida como vinculación de la propiedad privada a fines públicos predominantes? ¿Podrá equipararse la planificación a una limitación de interés social de las previstas por el Art. 45? ¿O será, más bien, una forma de “delimitación” de la propiedad, no mencionada, pero conforme con el Art. 45?

Creemos que la respuesta está dada, no obstante su obvia drasticidad: si la propiedad inviolable carece de contenido y perfil constitucionales, según la jurisprudencia citada, es constitucionalmente posible que venga sujeta ilimitadamente a fines impuestos al propietario y éste a órdenes, directrices y normas de origen administrativo, con la única condición de que todas sean obedientes a la ley, di-

16. Massimo Severo Giannini: *Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, Bologna, 1977.

17. Massimo Severo Giannini: *I Beni Pubblici*, Bulzoni Mario, Editore, 1963, 127 a 130 y 153 a 155.

recta o indirectamente, para salvar la reserva de la materia en favor de esta última. Si la ley es soberana en la materia, la ley puede crear propiedades vinculadas, planificadas y de uso positivamente controlado, en beneficio de la comunidad o de la Administración. Imponer un fin público preponderante y principal a la propiedad privada, es delimitar su contenido, integrando al mismo su función social, que así deviene no sólo en sustento sino también en sustancia de su haz de potestades. La planificación y la sujeción, en general, de la propiedad privada o potestades administrativas que la ordenan y determinan en función de fines que no son del propietario, no es, en absoluto, una limitación de interés social, sino una definición de su contenido y función naturales y principales. Es evidente que la anterior conclusión sólo puede radicarse en la jurisprudencia constitucional antes citada, creadora de lo que hemos llamado en otra ocasión la "propiedad en blanco", no en el texto ni en el espíritu de nuestra Carta. El Art. 45 consagra un núcleo esencial e implícito de la propiedad, consistente en la posibilidad de gozar del bien y de adoptar las decisiones que ello exige, sin lo cual la propiedad privada podría confundirse con cualquier otro derecho real y aun con su negación, la propiedad estatal o pública. Para que haya propiedad el interés del propietario, personal y exclusivo, ha de ser, si no preponderante, al menos igual en rango que otros intereses concurrentes en la explotación. Cuando éstos se convierten en normales y en decisivos contra aquél, la propiedad individual deja de ser tal. No importa aquí cuál podría ser, entonces, su naturaleza y contenido, que podrían variar al infinito. Importa subrayar, en cambio, que obviamente ese nuevo modelo de propiedad individual funcionalizada en favor de intereses extraños y superiores a los del propietario choca de frente con el Art. 45 y responde más bien a un tipo residual, consistente en lo que queda después de la regulación legal, cualquiera que esta sea. Queda claro, ello no obstante, que la jurisprudencia constitucional ha volcado ese texto en sentido inverso y hecho posible cualquier tipo de propiedad en Costa Rica, incardinada en la misma titularidad de la propiedad que seguiría llamándose privada.

2) *El Art. 46 C. Política: la "libertad de empresa en blanco"*

La toma de posición de la Corte Suprema de Justicia contra los contenidos constitucionales pétreos ha significado también un vuelco decisivo en daño del otro derecho económico fundamental del hombre, su libertad de empresa, consagrada por el Art. 46 *ibidem*. Dispone éste:

Art. 46. Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica de tendencia monopolizadora.

Las empresas constituidas en monopolio de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

El párrafo primero prohíbe "cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria". Se trata de una clara consagración de un contenido constitucional pétreo —aunque indeterminado— de la garantía en cuestión, por encima de textos legislativos opuestos. Ello no obstante, nuestra Corte Suprema ha dicho:

la garantía que otorga el Art. 46 de la Constitución se refiere al comercio lícito y no al que prohíbe la ley" (votación de sesión extraordinaria de Corte Plena N° 34, de 15 de julio de 1954).

Ha desaparecido la garantía constitucional contra las prohibiciones infundadas o arbitrarias e irrazonables de giros y de empresas, pues lo que está legalmente prohibido no puede estar constitucionalmente protegido, según tal jurisprudencia.

Esta llega más allá, pues no sólo se halla sujeta la libertad constitucional de empresa a cualesquiera prohibiciones de la ley en el momento inicial de escoger el empresario su giro y ramo de actividad, sino que lo está también a intervenciones o limitaciones a la actividad de alcance indeterminado, una vez puesta la empresa en marcha. Dice fallo de Corte Suprema (sesión ext., N° 34, de 9 de julio de 1953):

La libertad de comercio que existe como garantía constitucional es un derecho que cualquier persona tiene para escoger sin restricciones la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus intereses, pero ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establezca, como sería la fijación de precios para el consumidor, la de pagar determinados salarios a los trabajadores y eventualmente la limitación de ganancias que se estime conveniente, de modo que el ejercicio del comercio no conlleva el derecho a una libertad irrestricta, máxime cuando se está en presencia de una regulación que se considera de interés público general.

Coincidimos netamente con los ejemplos, pero no con su justificación en el fallo. No basta decir que "ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establezca", sin indicar ni cuáles ni sus lí-

mites, y menos todavía que ello es así "máxime cuando se está en presencia de una regulación que se considera de interés público general", sin puntualizar la relación y el rango que debe guardar este último con el interés del propietario. Lo que queda de ambos precedentes es la conclusión de que la garantía constitucional de empresa depende exclusivamente de la ley para la definición de su contenido y alcance, y que, de consiguiente, puede ser también legalmente funcionalizada en favor de intereses públicos o estatales, sin límites de grado ni de intensidad.

3) *El régimen constitucional acumulativo de la propiedad*

Este paso ulterior hacia el vaciamiento de las garantías económico-constitucionales resulta decisivo en el tema del urbanismo, por la dificultad que presenta la distinción entre afectaciones de la actividad y de la propiedad. Los bienes inmuebles y el suelo en general interesan por su explotación y el cambio más importante en su régimen introducido por el Derecho Urbanístico está en la consideración de la actividad edificatoria y urbanizadora por encima de la titularidad estática del suelo; lo que importa es el volumen a edificar y a equipar, no la tierra. Y si bien puede dudarse de que el Derecho Urbanístico sea derecho de empresa, bien puede decirse que tiene en común con éste el ser un derecho de actividad más que de cosas, por lo que los instrumentos jurídicos para su régimen son iguales tratándose de inmuebles que de empresas. En ambas situaciones se utilizan técnicas de regulación y dirección como los planes, las autorizaciones, las órdenes, la ablación parcial de facultades, las concesiones y las aprobaciones, la vinculación a giros o destinos legales, etc., si bien es claro que en el Derecho Urbanístico todo depende de la cualidad jurídico-objetiva, impresa por el derecho de inmueble urbano, urbanizable o agrícola, y no de la actividad misma, como sí ocurre con la empresa. Ello no obstante, es indudable que los principios del Derecho Público de la Economía son comunes para el suelo y para la empresa en relación con técnicas iguales o similares de regulación de ambos fenómenos. Y que, de consiguiente, será el mismo el régimen constitucional de ambos en esos puntos de coincidencia. El propietario tendrá todas las limitaciones, sujeciones y obligaciones constitucionales para la explotación de la tierra y del suelo que el empresario, salvo evidencia en contrario, procurada por la norma o por disparidad tajante de situaciones reales. Del propietario puede decirse en Costa Rica que, como el empresario con su giro, sólo tiene su propiedad constitucionalmente garantizada cuando es legalmente permitida y que, una vez en titularidad, quedará sometido a cualesquiera regulaciones impuestas por el orden público y por intereses extraños, en forma ilimitada, si así lo impone la ley.

II. PROPIEDAD Y LEY

1) *Código Civil*

Nada más alejado de la jurisprudencia constitucional examinada que el régimen civil de nuestra propiedad privada y, por ello mismo, nada tan alejado también de la realidad actual del país. Veámoslo brevemente en el Código Civil, que data de 26 de abril de 1886.

El Art. 264 dispone en perfecto acuerdo con su época:

Art. 264. El dominio o propiedad absoluta sobre una cosa comprende los derechos:

1. De posesión.
2. De usufructo.
3. De transformación y enajenación.
4. De defensa y exclusión, y
5. De restitución e indemnización.

El Art. 266 *ibidem* precisa el carácter absoluto que a la propiedad atribuye el artículo 264, cuando dice:

Art. 266. La propiedad y cada uno de los derechos especiales que comprende, no tienen más límites que los admitidos por el propietario y los impuestos por disposiciones de la ley.

Queda bien acentuada la reserva de ley de las limitaciones que no provengan de acto voluntario del propietario, categorías que agotan todas las posibles sobre la propiedad.

Las limitaciones negativas son las servidumbres voluntarias, que regulan los Arts. 360 y ss., cuya definición y régimen civil son de sobra conocidos. Baste resaltar aquí que también las hay legales o forzosas en el Derecho Privado y que en el Derecho Público la servidumbre exige únicamente fundo sirviente, sin necesidad del dominante, que puede no existir, como ocurre con la señalización para evitar accidentes de aviación contra torres o puntos salientes.¹⁸ Es posible reputar como servidumbre gran cantidad de limitaciones urbanísticas, sobre todo cuando hay protección de dominio estatal, público o privado, pero en este campo predomina más que en otros el interés público perseguido, del cual el fundo dominante cuando existe, no es otra cosa que manifestación; de consiguiente, hay la

18. N. Piquemal: *Droit des Servitudes Administratives*, Berger-Levrault, Paris, 1967, p. 40; Manuel María Díez: *Derechos Administrativos*, Omega, Buenos Aires, 1969, vol. IV, p. 202.

tendencia a no reputar tales hipótesis como servidumbres, sino como meras limitaciones o "delimitaciones" de la propiedad afectada.¹⁹ Ello no obstante, si se da también fundo dominante, debe preferirse la calificación del servicio como servidumbre y aplicarse su régimen, que —como veremos— exige su indemnización.

Las limitaciones impuestas por la ley se subdividen, a su vez, en las que motiva el interés privado del vecino y en las que motiva el interés público, según el Art. 383, Código Civil, que dispone:

Art. 383. La propiedad privada sobre inmuebles está sujeta a ciertas cargas u obligaciones que la ley le impone en favor de los predios vecinos, o por motivos de pública utilidad.

En curiosa y frontal contradicción con el Derecho Urbanístico surgido posteriormente, el Art. 292, Código Civil, preceptúa:

Art. 292. Los derechos de transformación y enajenación son inherentes a la propiedad y ningún propietario puede ser obligado a transformar o no transformar, a enajenar o no enajenar, sino en los casos y en la forma que la ley lo disponga.

Nuevamente sale a relucir aquí la reserva de ley, pero sujeta a igual calificación de "relativa" que la constitucional creada por el Art. 45, antes examinado, y perforable por reglamentos delegados, siempre dentro de límites congruos. La disposición viene derogada por la Ley de Planificación Urbana, de que se dirá, en la medida en que ésta permite la "zonificación" y, en general, regula el uso del suelo haciéndolo vario y eventualmente incompatible con la edificación en sí, o con la edificación libre e irrestricta. El planeamiento urbano consiste precisamente en imponer al propietario, mediante el plan, no sólo las cargas y deberes de cuyo cumplimiento depende la existencia o el ejercicio de la potestad de edificar y transformar el fondo, sino también la forma en que debe hacerlo, por volumen, dimensiones, destino, estilo, etc. En la planificación urbana lo que no hay nunca es precisamente lo que garantiza el Art. 292, Código Civil, la titularidad inherente de la potestad de edificar o transformar el fundo y menos todavía inmunidad a la obligación de hacerlo o de no hacerlo, pues una u otra pueden (cuando no tienen que) ser previsiones esenciales del plan para alguna de las partes del área planificada.

El conflicto entre ambas normas, con la indudable derogación del Art. 292 en comentario (en punto a urbanismo), permite puntualizar los alcances del Art. 45, C. Política, tal y como ha quedado expuesto, en relación con la eventual reparación de los daños causados al propietario por virtud de nuevas leyes o dis-

19. Marienhoff, *op. cit.*, vol. IV, pp. 78, 90 y 91.

posiciones normativas sobre el uso del suelo. En efecto: las servidumbres en interés público o públicas deben indemnizarse, sea cual sea su origen y aun si éste es legal o imperativo, por tratarse de cercenamiento individualizado de la sustancia o integridad jurídicas de un inmueble determinado en beneficio de otro;²⁰ la supresión de la potestad de edificar o la disminución de su alcance (en volumen o altura) por obra de un nuevo plan regulador o de las reformas de éste, en tanto que "limitación" o "delimitación" normativas y normales del derecho de propiedad, lo mismo que la obligación de construir o no construir, no deberían ser indemnizadas, en lo que también está de acuerdo la doctrina dominante.²¹ Esto debería ser así, como se vio, porque el plan regulador es una norma y los derechos fundados en ella, como en cualquier otra, ceden con ella misma, puesto que no hay derecho a que las normas permanezcan iguales. Unica limitación al respecto es que la derogación o reforma tengan lugar por vía legítima y con respecto al principio del *contrarius actus*, según el cual una norma sólo puede ser derogada por otra de igual rango, directamente o por delegación. La consecuencia es que carecería de resarcimiento la conversión de áreas edificables, según la norma preexistente al plan, en áreas no edificables, pues el destino del suelo es dado por el plan, que igualmente puede suprimirlo.

2) Propiedad y leyes especiales

Ha quedado visto y explicado el concepto y notas de la limitación. Enumeramos de seguido algunas de las más importantes existentes en nuestro ordenamiento, caracterizadas todas —según se vio— por consagrar normativamente deberes del propietario para con otros sujetos determinados (titulares de un correlativo derecho subjetivo frente a él) o, genéricamente, para con un cierto interés público, distinto del que orienta el derecho de propiedad, como normal o principal. Son las más importantes:

a) Ley General de Salud (Nº 5395, de 30 de octubre de 1973): Ver Arts. 39, 270, 276, 281, 282, 287, 288, 304, 322, 324 y 325. Consagran obligaciones, generalmente de hacer, del propietario, ocupante o usuario de un edificio o construcción, tendentes a evitar daños a la salud pública. Importan especialmente, sin embargo, los Arts. 308 a 321, que regulan los aspectos sanitarios e higiénicos del urbanismo, especialmente los siguientes: Art. 308 (aprobación por el Ministerio de Salud para todo plan de formación de nuevas ciudades o poblados, con obligación del responsable de construir, previamente a los edificios, los desagües, alcantarillados, cañerías de agua potable y la nivelación de terrenos, que eviten

20. Giannini: *I Beni Pubblici*, op. cit., p. 175.

21. Marienhoff, op. cit., tomo IV, pp. 45 a 49 y 59 a 65; Jean Marie Aubry et Robert Ducos-Ader, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1973, p. 784. García de Enterría-Parejo Alonso, op. cit., p. 413. La regla es universal en el Derecho Urbanístico; ver Art. 22, L. P. U. de Costa Rica y 87.1, Ley del Suelo, de España.

inundaciones o estancamientos); Art. 309 (aprobación por el Ministerio de todo anteproyecto de urbanización, condicionada a la concordancia de éste con la zonificación municipal y, si no la hay, con la ya dictada por el Ministerio, siempre con la carga de construcción previa de los sistemas de aguas indicados en el artículo precedente); Art. 312 (licencia sanitaria del Ministerio para toda construcción, reparación o modificación de cualquier edificio destinado a vivienda, lo mismo que para la ocupación inicial del mismo); Art. 313 (requisitos sanitarios mínimos de toda vivienda, incluyendo lista de los medios de saneamiento básico, consistentes en los sistemas de aguas potables, negras y de excretas, y artefactos sanitarios mínimos); Arts. 320 y 321 (que regulan la declaración de inhabitalidad de un edificio por razones de salud pública).

b) Ley del Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillado (Nº 2726, de 14 de abril de 1961): Ver Arts. 2.a (competencia para dirigir y vigilar todo lo concerniente a la provisión de agua potable, aguas negras y pluviales); c) (carácter vinculante de dictámenes de la Institución en su materia y servicio, incluso para el sector privado); e) (competencia para planificar todas las obras públicas necesarias y aprobar todas las privadas relativas a su materia, lo que naturalmente incluye la aprobación de todos los proyectos de urbanización, públicos y privados). 5.c) (Carácter de utilidad pública y de interés social de las obras a realizar para la prestación del servicio y posibilidad de expropiar los inmuebles requeridos. 5.i) (Deber de soportar en los predios privados las visitas y estudios de la Institución para sus fines propios).

c) Ley General de Aviación Civil (Nº 5150, de 26 de enero de 1977 y sus reformas). Ver Arts. 14.1 (competencia del Consejo de Aviación Civil para reglamentar la construcción de aeropuertos de todo tipo); 10. XIII (competencia para otorgar licencia de construcción de aeropuertos privados); 13. V (competencia Dirección de Aviación Civil para supervisar construcción de aeropuertos privados); 13. VII (competencia de la misma Dirección para autorizar construcciones, instalaciones y plantaciones en las zonas de servidumbre aeronáutica). Esta servidumbre es la creada por el Art. 28 de la Ley de Construcciones, que fija una altura máxima a las edificaciones vecinas a campos de aviación de $1/10^3$ parte de la distancia que las separe de los límites de éstos.

Se relacionan más estrechamente con el uso del suelo, desde puntos de vista también específicos y sólo parcialmente coincidentes con los del urbanismo, las siguientes leyes:

d) Ley de Caminos (Nº 1.851, de 28 de febrero de 1955): Ver Arts. 26 (aprobación escrita del Ministerio de Transportes y Obras Públicas) para toda construcción o edificación a la orilla de la carretera, o de la Municipalidad, si es a orilla de la calle (en el cuadrante urbano); *idem* (deber de lecherías a orillas

de vías públicas de empedrar y proteger adecuadamente las zonas de las mismas que sirven de vía de tránsito para el ganado); *idem* (deber de los expendios de gasolina de tener sección de estacionamientos de vehículos y de reparar el pavimento público que resulte dañado a consecuencia de su giro); *idem* (postes telefónicos, telefónicos o de transmisión eléctrica deben colocarse a distancia determinada del centro de los caminos y su colocación exige autorización del Ministerio o de la Municipalidad, según se trate de carreteras o calles); 13.a) (reservas sobre fincas privadas contiguas, para construcciones de caminos y carreteras sin indemnización, sin que ello se correlacione con los beneficios recibidos de la obra, lo que parece inconstitucional); 27 (servidumbre de deslizamiento de aguas de caminos públicos y deber de mantener limpios los desagües de esos caminos contiguos); 28 (deber de limpieza de los caminos públicos y de las rondas y paredones contiguos, lo mismo que de descuajar los árboles que les den sombra, en la parte fronteriza); 38 (deber de soportar visitas con fines de estudios viales, pero con pago de indemnización si hay daños); 39 (necesidad de autorización del Ministerio de Transportes o del Municipio para cerrar, estrechar o edificar caminos públicos).

e) Ley de Aguas (Nº 276, del 27 de agosto de 1942 y sus reformas): Ver Arts. 146 (prohibición de destruir árboles situados en pendientes, orillas de carreteras y demás vías de comunicación y aquellos explotables sin necesidad de cortarlos, aun en propiedad privada); 148 (obligación de reforestar márgenes de ríos, arroyos o manantiales que atraviesen fincas privadas, a distancia legal y en todo el trayecto de su curso dentro de la propiedad); 149 (prohibición de cortar árboles sitios a menos de 60 metros de los manantiales nacidos en cerros o a menos de 50 metros de los nacidos en llanura); 150 (prohibición de destruir árboles a menos de cinco metros de ríos o arroyos que crucen predios privados). Con mira ecológica y más amplia, la Ley Forestal, Art. 30 y los Arts. 12.c y 45 de su Reglamento, prohíben también la tala de árboles en bosques, salvo permiso de la Dirección Forestal, que deberá concederlo, a no ser que se trate de áreas protectoras de cuencas hidrográficas, riberas de ríos, terrenos de pendiente fuerte o erosionables, y hasta cuando ello pueda servir para proteger la fauna, la flora o valores escénicos.

Fundamental resulta en la Ley de Aguas la reserva de dominio a favor de la Nación —sin mencionar indemnización— de las tierras que circunden sitios de captación de aguas o tomas de agua potable, en un radio de doscientos metros; lo mismo que la zona protectora de los terrenos en que haya infiltración de aguas potables o que dan asiento a cuencas hidrográficas, márgenes de depósito acuífero, fuentes surtidoras o cursos permanentes de las mismas aguas (Art. 31). Los Arts. 99 y ss. de la misma ley crean el régimen de las servidumbres

legales (forzosas) de acueducto, estribo de presa, parada o partididor, abrevadero y saca de agua, las cuales todas exigen indemnización, que fija el Ministerio de Gobernación, según los Arts. 102 y 103, *ibidem*.

Aparecen con más protagonismo urbanista otras leyes que, sin embargo, se limitan a regir aspectos aislados del fenómeno urbano, como las crisis habitacionales (Ley de Inquilinato, Ley de Tugurios) o como la actividad constructiva y edilicia en general (Ley de Construcciones), sin perseguir la totalidad de los objetivos del urbanismo y, sobre todo, sin preocuparse de crear un instrumento global de regulación de éste desde tan múltiple punto de vista. Examinemos brevemente tales disposiciones.

f) Ley de Inquilinato (Nº 6, de 21 de noviembre de 1939 y sus reformas, que son múltiples). Es una ley tutelar del inquilino para asegurar el acceso a la vivienda en épocas de escasez, que tuvo su promulgación en época de la Segunda Guerra Mundial. Ha quedado vigente con múltiples reformas, pero sin perder lo sustancial de su espíritu garantista del inquilino. Es notable sólo el Art. 14 (deber social de conservación de las construcciones para habitación a cargo de ambas partes, con posibilidades de terminación prematura de contrato por abandono o daño injustificados, y responsabilidad del culpable, según consta de su párrafo primero; y necesidad de desahucio judicial para construir nuevo inmueble en la finca, con desalojamiento del inquilino, previo cumplimiento ante el Juez de una serie de onerosos requisitos, como los de que el valor de la nueva obra será "por lo menos tres veces mayor del que tiene la que se propone destruir" y la iniciación inmediata de la construcción, operado el lanzamiento).

g) Ley de Erradicación de Tugurios y Defensa de sus Arrendatarios (Nº 2760, de 16 de junio de 1961): Es posterior a la Ley de creación del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (que llamaremos el INVU). Se hace cargo, de entre todos los males del urbanismo no planificado, del peor y más grave, la existencia del llamado tugurio, cuyo Art. 2 lo define así:

Art. 2. Para los fines de esta ley se entiende por:

Tugurio: Local destinado a vivienda, establecido en un inmueble *objeto de declaratoria oficial de inhabilitabilidad*. Compréndese en ese concepto casa, apartamentos, cuartos y, en general, toda construcción o estructura destinada total o parcialmente al expresado fin, aunque sólo se trate de refugio en sitio no urbano de carácter improvisado.

Ver Arts. 3 (obligación de mantener la habitabilidad de las moradas arrendadas desde los puntos de vista de la higiene, la seguridad, la comodidad y la convivencia familiar y comunal, lo mismo que prohibición de arrendar moradas inhabitables y declaradas como tales por la autoridad competente); 10 (sujeción

del propietario a las órdenes de acondicionamiento del tugurio para hacerlo habitable y derecho del inquilino a depositar el alquiler para responder a ejecución sustitutiva de las reparaciones necesarias y posibles por el INVU); 14, 15 y 16 (sujeción a expropiación de las áreas llamadas a renovación integral para la erradicación del tugurio, previa delimitación municipal de las mismas, y prohibición de reparar, construir o reconstruir en tales áreas sin permiso de la Municipalidad respectiva); 16, 18 y 20 (autorización municipal para fraccionar y urbanizar, y cesión gratuita de las áreas para vías y otros usos públicos, si esas áreas pueden darse, de acuerdo con el plan regulador municipal eventualmente vigente, si lo permite la distribución de los lotes en el proyecto presentado, sin que se indique qué pasa [con esas áreas] si estas últimas condiciones no se dan). Para garantizar la ejecución de la urbanización y las cesiones gratuitas exigibles de acuerdo con el eventual reglamento municipal de urbanizaciones, se crea una responsabilidad quincenal del urbanizador (a partir de la última venta de lotes, si son varias) y se faculta nuevamente a los compradores para depositar judicialmente el importe del precio o del servicio de la deuda respectiva con el objeto de costear la ejecución sustitutiva por la Municipalidad, previa conminación al responsable. La ley no aclara qué ocurre cuando no hay plan regulador ni reglamento municipal de urbanizaciones, y tal pareciera que podría aplicarse, entonces, la insólita disposición del Art. 18, según la cual la autorización municipal es innecesaria para fraccionar y urbanizar frente a calles públicas o carreteras nacionales *en zonas no urbanas*, salvedad hecha del deber municipal, entonces, de dictar y aplicar al caso las regulaciones dirigidas a evitar o erradicar tugurios.

La Ley de Erradicación de Tugurios descubre y anticipa la misma falla fundamental de la futura Ley de Planificación Urbana y de nuestro Derecho Urbanístico todo: la carencia de fe en la emisión y aplicación de los planes reguladores municipales, al mismo tiempo que la inexcusable omisión de no crear ni regular los remedios sustitutivos, que garanticen un mínimo de racionalidad en el uso del suelo, en ausencia de todo plan. La Ley de Erradicación de Tugurios ha quedado derogada por la de Planificación Urbana en la mayoría de sus disposiciones, pero no en las citadas.

h) Ley de Construcciones (Nº 833, de 2 de noviembre de 1949, y sus reformas). Es el antecedente legislativo más orgánico y sistemático de la Ley de Planificación Urbana, aunque también sobradamente deficiente como régimen de un urbanismo integral. Merece un más detenido examen.

La administración de los asuntos locales de cada cantón de la República es competencia constitucional de la respectiva corporación municipal, que es autónoma en su gestión, según mandato expreso de los Arts. 169 y 170 de la Carta, que dicen:

Art. 169. La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley.

Art. 170. Las corporaciones municipales son autónomas.

El Código Municipal (Ley N° 4.574, de 4 de mayo de 1970), define al Municipio como un "conjunto de vecinos de un mismo Cantón de la República, quienes promueven y administran sus propios intereses a través de las municipalidades" (Art. 1), al cual corresponde: "establecer una política integral de planeamiento urbano de acuerdo con la ley respectiva y las disposiciones de este Código, que persigue el desarrollo eficiente y armónico de los centros urbanos" (Art. 4.4). Esta misma norma, acto seguido, enumera los objetivos del urbanismo municipal, como sigue:

Art. 4.4. Eficientes servicios de electrificación y de comunicación; buenos sistemas de provisión de agua potable y de evacuación de aguas servidas, mediante adecuados sistemas de acueductos y alcantarillado; modernos sistemas de iluminación y ornato de las ciudades; eficientes servicios de construcción, reparación y limpieza de calles y otras vías públicas; adecuados programas de parques, jardines y zonas verdes para uso público; programas de vivienda de interés social y en general planes concretos y prácticos para hacer confortable la vida de la población urbana.

Desde antes del C. Municipal, la Ley de Construcciones había venido a confirmar el carácter eminentemente local del urbanismo. En efecto: el Art. 1° de dicha Ley encomienda al Municipio la gestión de lo necesario para garantizar que las ciudades y poblaciones del cantón "reúnan las condiciones necesarias de seguridad, comodidad y belleza en sus vías públicas y en los edificios y construcciones".

El Art. 2 exige ajustar a la ley y reglamentos respectivos todo edificio, estructura o elemento de los mismos, así como toda excavación o demolición en propiedad particular. El Art. 74 sujeta a licencia municipal toda obra relacionada con la construcción que se ejecute en las poblaciones de la República, aunque sea provisional, salvo en la hipótesis de edificios públicos (que estarán sujetos a vigilancia de la Dirección General de Obras Públicas). El Art. 15 exige licencia municipal para fraccionar con fines de urbanización, licencia que deberá tomar en cuenta los reglamentos especiales aplicables, si los hay; y para lograr armonía y durabilidad en los conjuntos edificables, la Municipalidad puede exigir y ordenar determinada calidad en los materiales, imponer el tipo o clase de edificación (Art. 17, *idem*).

La Municipalidad podrá ubicar discrecionalmente los establecimientos insalubres, incómodos o peligrosos, en ausencia de leyes de planificación y zonificación (Arts. 65, 68 y 69).

La Municipalidad tendrá que organizar el sistema viario público para la circulación vehicular y peatonal, lo que genera múltiples potestades en su favor dentro del contexto de la Ley. Así, dicta los alineamientos que demarcan la vía pública de la propiedad privada e indica, consecuentemente, la línea de construcción, expresamente o por silencio positivo después de tres meses de presentada la respectiva solicitud (Art. 18), en cuyo caso la línea de construcción será el "límite de la propiedad con la vía pública". Los propietarios que deban retirarse o retroceder por virtud del alineamiento o de un proyecto de plan oficial, no podrán reparar el edificio afectado ni modificarlo en forma alguna que conduzca a consolidarlo y a perpetuar su estado actual (Arts. 19 y 23). Toda transgresión del alineamiento obligará a la inmediata demolición de lo así construido, bajo sanción de ejecución sustitutiva por la Municipalidad a costa del infractor (Art. 24). La vigencia del alineamiento es indefinida, mientras no se cambie.

En cumplimiento de su cometido vial, la Municipalidad puede decretar los alineamientos y programar las obras para ensanchar vías, formar ochavas en las esquinas, construir islotes de tránsito en protección del peatón, planear y construir el sistema viario ciudadano y, en general, supervisar y dirigir todo lo concerniente a éste en las urbanizaciones, públicas o privadas (Art. 13).

Para la construcción y uso de las vías públicas se sienta la regla meramente procesal y probatoria de que se reputarán públicos y parte del demanio municipal cualesquiera terrenos que aparezcan como vías públicas en planos existentes en archivos municipales, o de la Dirección General de Obras Públicas, o de la Dirección General de Caminos, o en el Catastro, o en cualquier otro archivo, museo o biblioteca públicos, presunción *juris tantum* que admite prueba en contrario, pero que, fundada como estará en decisión ejecutoria congruente del Municipio, apoyando tal calificación del suelo respectivo, llevará normalmente a la consecuencia de que el mismo se deberá tener y usar como tal —tanto por la Municipalidad como por particulares u otras entidades públicas— mientras no recaiga fallo firme que despeje la cuestión en favor del verdadero propietario (Art. 7). La disposición es grave y aplicable con sólo ubicar en un archivo público el plano que indica la ley (Art. 7).

La drástica disposición anterior viene acompañada de un novedoso sistema para operar expeditamente, en favor del Municipio, las cesiones gratuitas de terrenos para vías públicas (y estrictamente para éstas, con exclusión de otras cesiones llamadas a distintos fines comunales), consistente en que el traspaso se tendrá por hecho al aprobarse el plano de la urbanización de acuerdo con los

Reglamentos vigentes, a condición de que la aprobación del caso, con mención de tales áreas así cedidas, se haga en escritura pública inscribible en el Registro Público de la Propiedad, "para los efectos de cancelación de la propiedad particular en lo que se refiere a los terrenos destinados a vía pública". No se exige, al respecto, ni siquiera que la urbanización se lleve a cabo, lo que podría originar graves injusticias si ocurre lo contrario y el interesado resulta cediendo gratuitamente al Municipio el terreno para viales de una urbanización que nunca se llegó a construir. Para evitar tan injusta conclusión, debe sostenerse —lo que tiene precedentes en otros autores y ordenamientos—²² que la cesión gratuita sólo es eficaz si la urbanización llega a realizarse, a modo de contraprestación municipal formada por las plusvalías que ésta genera en favor del propietario o interesado; caso opuesto, tendríamos un traspaso forzoso de bienes privados a un ente público para un fin público a cambio de nada, lo que representaría o una expropiación sin indemnización o, más bien, una confiscación de bienes, constitucionalmente prohibidas (Arts. 40 y 45 C. Política).

3) *Recapitulación*

La evolución hasta ahora descrita nos presenta un ordenamiento que se enfrenta a la propiedad privada en la medida en que la misma provoca conflictos, actuales o potenciales, con intereses públicos distintos de aquellos que motivan y justifican su existencia como tal derecho subjetivo. Las intervenciones permitidas son básicamente para solucionar esos conflictos mediante la subordinación del propietario al interés público en cuestión, a través de una serie de técnicas que afectan esa propiedad inmobiliaria en aspectos parciales de relación con otras instituciones jurídicas, públicas o privadas, y dejan intacta la libertad de uso y explotación de la misma para los demás fines libremente escogidos por el propietario. La propiedad en tal contexto o bien se limita a no ser dañina a la sociedad o bien llega hasta servir designios y planes de ésta, pero sin que ello afecte el número ni el contenido de las potestades clásicas que lo integran en el Código Civil, ni su libre uso, libre en cuanto a la clase, los medios y fines. Hay, incluso, una cierta localización física externa del objeto de tales técnicas tradicionales, que sólo afectan el entorno o el contorno físico de la propiedad, pero no el interior de su suelo, ni de su construcción. Estos los regula el propietario a su antojo. El carácter confinado y parcial de la regulación de la propiedad que queda descrito, es correlativo de un enfoque también fragmentario de los problemas del urbanismo, que impide verlos en toda su amplitud e inhibe la búsqueda de nuevos instrumentos para resolverlos en forma integral. Hasta ahora las técnicas empleadas son, paralelamente, episódicas y

22. Brewer-Carías, Allan Randolph: *Urbanismo y Propiedad Privada*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, pp. 516 y 519.

específicas por naturaleza propia: prohibiciones o deberes legalmente definidos; autorizaciones regladas que levantan esas prohibiciones y agotan la competencia de la autoridad; aprobaciones que anteceden la actividad pero que no habilitan su vigilancia ni su determinación ulteriores; órdenes en relación con fines específicos; servidumbres y limitaciones clásicas, etc. Nuevas formas de intervención hacen progresivamente su aparición con la Ley Forestal y la Ley de Zona Marítimo-Terrestre.

4) *Aparición de la propiedad planificada*

A) *Ley de Zona Marítimo-Terrestre* (Nº 6.043, de 17 de febrero de 1973). El Art. 15 de esta ley contempla la hipótesis de terrenos privados colindantes con la zona marítimo-terrestre, que es dominio público estatal pero sujeto a la custodia y administración del respectivo Municipio (Arts. 1 y 35, *idem*), sobre los cuales es posible realizar construcciones o edificaciones únicamente con permiso de la Municipalidad, previa planificación y reglamentación dictadas por el INVU y el Instituto Costarricense de Turismo (que seguiremos llamando ICT). Quiere decirse que, tal y como resulta de la ley, en propiedad privada colindante con zona marítimo-terrestre no puede haber construcción ni edificación sin plan regulador previo, proveniente de aquellas dos entidades. No aclara la ley si el plan ha de ser acto complejo o compuesto²³ y cuál será, en la primera hipótesis, el valor de cada voluntad concurrente. Pero es claro que la Municipalidad tiene una potestad de licencia condicionada en su ejercicio por la preexistencia de un plan y de sus reglamentos de desarrollo turístico, emanado por aquellas entidades, conforme al cual se dará o se denegará la licencia en cuestión. Aislada y sin ulterior especificación, la norma es uno de los dos casos en el ordenamiento costarricense en el cual el plan, al ser vía necesaria de nacimiento de la potestad de construir, se convierte realmente en su fuente y origen y otorga a la llamada licencia el carácter de una verdadera concesión de la potestad dicha sobre pro-

23. La diferencia fundamental entre acto complejo y compuesto radica, como es sabido, en que en el primero hay coincidencia de naturaleza (actos de representación o de voluntad los dos), de contenido y de fin entre los actos parte; en tanto que en el segundo hay actos desiguales en todo, menos en el fin común, que es contribuir a la producción de un efecto jurídico final, para lo cual un acto sirve de auxiliar al otro, documentándolo. Quien mejor ha estudiado la categoría ha sido Aldo Sandulli, *Il Procedimento Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 235 a 241, para lo cual véase también Renato Alessi, *Principi Di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 330. Los autores entienden que el caso típico del acto compuesto es el acto colegial documentado en acta, sin la cual no existe ni produce su efecto típico. Creemos que es posible encontrar la misma figura en los planes, cuando su parte normativa carezca de vigencia sin los planos, que la documenten y representen gráficamente, no obstante la esencial diversidad de naturaleza normativa y representativa, respectivamente, de ambos componentes. Pero no es el caso de Costa Rica. En Costa Rica, como veremos, el plan tiene una parte reglamentaria que puede regir sin la gráfica, y a la inversa. Los planos son una forma gráfica no constitutiva del acto. El acto compuesto es quizá —sin ser lo mismo— la especie de acto público más similar al plan.

piedad privada. Como toda la planificación, esta no ha tenido lugar en Costa Rica y, fuera del Plan Turístico de Bahía Culebra, que la misma ley crea y regula, no sabemos de ningún otro que dirija la construcción en la zona marítimo-terrestre nacional o en los terrenos aledaños. De hecho, el Municipio y, lo que es peor, el INVU y el ICT, conocen y aprueban urbanizaciones en dichos terrenos caso por caso, sin plan regulador ni reglamentos previos.

B) *Ley Forestal* (Nº 4.465, de 25 de noviembre de 1969). La Ley Forestal regula la propiedad y uso de los bosques y montes del país. Se entiende por terrenos forestales, a este efecto, los que pueden procurar una utilidad económica, ecológica o escénica mayor si no se los dedica a explotación agropecuaria (Art. 4). Bosque es la asociación de árboles o vegetación leñosa (Art. 5) y su conservación, protección y racional aprovechamiento están sujetos a una serie de regímenes diversos con esos fines, de aplicación al dominio del Estado y de particulares, coactiva tanto como voluntariamente, según un ordenamiento de conjunto que se llama Régimen Forestal. Estos regímenes se identifican según las características físicas y funcionales de los bosques y terrenos forestales regulados, desde el punto de vista de los objetivos antes referidos, y son fundamentalmente los siguientes: parques nacionales, reservas forestales, reservas biológicas y zonas protectoras, públicas y privadas (Art. 5). La titularidad sobre las tres primeras formas de dominio forestal —reservas nacionales, forestales y biológicas— es necesariamente del Estado, previa expropiación si fuere el caso, e inscripción en el Registro Público de la Propiedad (Arts. 3, 22 y 27). Pero las zonas protectoras pueden ser privadas (Arts. 27, 71 y 88). Ocurre ello cuando fincas privadas presentan las características naturales que la zona protectora debe tener (Arts. 83, 84, 85 y 86), según enumeración que de las mismas hace la ley, o cuando se dicta decreto ejecutivo que así lo declare respecto de finca privada. Dada la naturaleza de la finca (si coincide con la descripción legal de zona protectora) o el decreto ejecutivo que cree la llamada zona protectora (declaración de certeza, pero no constitutiva), se aplica a la finca privada en cuestión lo que suele llamarse un “vínculo forestal”, consistente en la prohibición de desarrollar actividades agropecuarias y de destruir vegetales, salvo en los casos señalados por reglamento y con sujeción a las normas técnicas que determine la Dirección Forestal (Art. 87). El respectivo Reglamento no ha definido los tipos de explotación permitidos, sino que, en lugar de ello, ha impuesto el requisito de un permiso previo para iniciar la explotación, a dispensar por la Dirección General de Aprovechamientos Forestales, que deberá otorgarlo, salvo que se dé una de las condiciones excluyentes que enumera, diciendo:

Art. 45: La Dirección General Forestal podrá denegar el permiso de deforestación cuando se trate de áreas de protección para cuencas hidrográficas, riberas de ríos, terrenos de pendiente fuerte y susceptibles de erosión,

valores escénicos u otros valores de conservación de flora o fauna en extinción. En este caso, debe estar debidamente justificada la denegación por un informe técnico. Caso de no existir estas condiciones, se otorgará el permiso.

Ahora bien: las condiciones excluyentes indicadas son precisamente las que definen la existencia natural de una zona protectora, que así resulta reglamentariamente sustraída a toda forma de deforestación y, naturalmente, de explotación agropecuaria. El Reglamento ha venido a sentar la regla, más drástica que la legal, de que las zonas protectoras no son deforestables ni explotables, ni para ganadería ni para agricultura, sin excepciones.

Las limitaciones que sufre la finca privada, zona protectora, son más graves y apremiantes. Los Arts. 71 y 88 de la Ley hacen imperativo "el someter obligatoriamente" las zonas protectoras privadas al Régimen Forestal, entendido como conjunto de "reglamentos, decretos y resoluciones" que constituyen el *status* del patrimonio forestal del Estado, según lo dispone el Art. antes citado. Es decir: que tales normas agravan la sujeción de la propiedad al sujetarla no sólo a la ley sino a los reglamentos e, incluso, a las resoluciones concretas de aplicación que dicte a su respecto el Poder Ejecutivo, muchas de las cuales serán discrecionales. Los Arts. 63 y 69 imponen la necesidad de un plan técnico de explotación para las fincas sujetas a Régimen Forestal, bajo la vigilancia de la Dirección General Forestal, en ejercicio de la cual ésta podrá —pues sólo así tiene sentido la vigilancia— dictar las órdenes que garanticen mejor la función protectora de la finca, eventualmente en colisión con el interés de su propietario. Como antes, puede anticiparse que, fuera de hipótesis de discrecionalidad técnica, se darán aquí órdenes auténticamente discrecionales. Es un hecho doctrinario y positivamente reconocido que el sistema de las autorizaciones y de las órdenes discrecionales —sobre todo si conllevan incentivos— son no sólo una forma de policía sino de la planificación, pues pueden acompañarse de todas las modalidades y condiciones de explotación necesarias para sujetar la iniciativa privada a fines estatales y garantizar el éxito.²⁴ Todo ello significa que se ha creado aquí, bajo la figura de la zona forestal protectora de propiedad privada, la figura, íntimamente conexas con la de la propiedad urbana, de una titularidad privada sobre finca cuyo uso y función están sujetos a la regulación y planificación prevalentes del Estado, por encima del interés del propietario. A la inversa de otros ordena-

24. Massimo Severo Giannini: *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 1.100 y 1.109 a 1.112. Es precisamente alrededor del carácter constitutivo y conformativo de las autorizaciones discrecionales productoras de incentivos que se ha formado la doctrina del servicio público virtual en Francia, principalmente bajo la forma del llamado *agrement*; véase George Burdeau: *Les Libertés Publiques*, Paris, L. G. D. J., 1972, p. 47. En España han hecho fino análisis de la figura en su *Curso*, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *op. cit.*, pp. 121 a 123.

mientos,²⁵ donde expresamente se califica tal *status* jurídico de limitación (a la propiedad), para evitar la indemnización consecuente (nota particular del régimen de las limitaciones), los Arts. 71, 72 y 88 de la ley costarricense han dispuesto:

Art. 88. Los bosques y terrenos forestales, declarados zonas protectoras y que sean de propiedad privada, estarán sometidos obligatoriamente al Régimen Forestal, según lo establece el artículo 6º de esta ley. Igualmente gozarán de los beneficios establecidos en los artículos 67 y 68.

Art. 71. Los bosques y terrenos forestales de propiedad privada, que se consideren indispensables para cumplir las finalidades indicadas en el inciso b) del artículo 2º de esta ley, podrán ser sometidos obligatoriamente al Régimen Forestal. El Poder Ejecutivo, mediante decreto elaborado por la Dirección General Forestal, determinará en cada caso, las áreas afectadas por esta disposición.

Art. 72. A los fines del cumplimiento de lo establecido en el artículo anterior, si hay negativa de los propietarios a acogerse al Régimen Forestal, procederá la expropiación de tales bosques y terrenos forestales.

Significa ello que, de no haber aceptación del Régimen Forestal y de imponerse éste como obligatorio, el Estado estará obligado a la expropiación. Podría alegarse nuevamente que el giro "procederá la expropiación", denota opción y deja intacto el carácter discrecional del acto. Pero decirlo sería redundante, porque la potestad de expropiar le viene al Estado de otras leyes y, en último término, de un principio general de Derecho Público. La norma tiene por objeto, a la inversa, convertir en obligatoria la expropiación, por aplicación de un principio más amplio y de más rango, que es el de la responsabilidad por acto legítimo o necesitado. Expliquémoslo, pero despejemos primero el camino de un equívoco desechable.

En efecto: el Art. 72 podría explicarse como el reconocimiento de una falla técnica de la ley. El Régimen Forestal obligatorio a que viene sometida la zona protectora privada está integrado por reglamentos y resoluciones de cuyo contenido y alcances la ley nada dice. No da ésta aparentemente bases, orientaciones ni preceptos que limiten el alcance de ese régimen restrictivo de la propiedad, con posible violación de la reserva de ley creada por el Art. 45, párrafo segundo de la Carta. Esta reserva es aquí imperativa, tanto como cuando se trata de crear limitaciones a la propiedad, pues, por mayoría de razón, las "delimitaciones" también deben observarla, entendida en el sentido técnico preciso antes explicado, de normas de definición del contenido normal y natural del derecho de propiedad. El Art. 45 se entendería mal si un acto administrativo, que no puede

25. Allan-Randolph Brewer-Carías: *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Renovables*, Colección Derecho y Desarrollo, N° 2, Universidad Central de Venezuela, pp. 105 y 109, 1976.

limitar ésta, pudiera, en cambio, fijar ese contenido normal, lo que es mucho más grave. Los Arts. 5, 71 y 88 de la ley podrían juzgarse, a esta luz, como inconstitucionales. Pero creemos que la objeción constitucional en cuestión está salvada por el Art. 64 de la ley, que dispone:

Art. 64. Los aprovechamientos forestales en los bosques y terrenos forestales de propiedad privada, sometidos voluntariamente al Régimen Forestal, podrán hacerse solamente con base a un plan técnico de manejo forestal, aprobado por la Dirección Forestal.

Aquí, nuevamente, surge la figura de un plan previo y necesario para la explotación de un bien, que salva cualquier indeterminación de las normas superiores —ley o reglamento—, relativas a ese aprovechamiento. No es posible el uso sin el plan de uso, técnica típicamente planificadora, consistente —como bien lo ha puesto de relieve la más autorizada doctrina— en un reenvío formal, no recepticio, por virtud del cual la norma superior delega en la inferior la regulación de la materia, sin incorporar a sí ni a su autoridad y fuerza formales la regulación delegada (como ocurre entre ley y reglamento ejecutivo o delegado, y aquí, entre ley plan).²⁶ La violación de la reserva de ley resulta salvada por el citado Art. 64, puesto que éste se aplica también en la hipótesis de Régimen Forestal obligatorio, por una obvia mayoría de razón, radicada en el carácter imprescindible y único de la zona protectora privada para el logro de los fines de la ley, carácter ausente de la finca privada sujeta a Régimen Forestal voluntario. No parece ser el Art. 72, por ello, una compensación indirecta a la inconstitucionalidad de la ley por la tacha antes examinada.

Creemos más bien que el Art. 72 obedece a una óptica distinta de la preconizada por la jurisprudencia negativa del contenido constitucional mínimo de la propiedad privada, aquí tantas veces citada. Por una parte, el vínculo forestal contemplado por el Art. 87 de la ley puede reputarse el cercenamiento, por vía de “delimitación legal”, de una potestad del dominio clásico sobre la propiedad privada en cuestión, que es la potestad de decidir libremente sobre la explotación, transformación y destino de la finca. El vínculo impone hacerlo de acuerdo con el Estado, o prohíbe hacerlo. Y lo mismo podría decirse del sometimiento al Régimen Forestal obligatorio creada por los Arts. 71 y 88, *idem*, pues por su mandato el propietario estará obligado, además, a hacerlo de conformidad con las resoluciones y bajo la vigilancia de la Administración Pública, si bien técnicamente fundadas. Desde este ángulo podría decirse que esta más amplia conexión de la zona protectora privada con el interés público, que puede conducir a órdenes minuciosas y exhaustivas de la Administración para el propietario sobre

26. Eduardo García de Enterría: *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, pp. 117 a 122, especialmente 118 a 120.

la explotación y destino de la finca, configura otra situación jurídica general u objetiva, consistente en una relación de supremacía especial creada por ley, dentro de la cual la Administración gozará de los poderes necesarios para mantener el carácter protector de la finca por encima del interés egoísta del propietario, en beneficio de la colectividad; y podría decirse que crear y reformar esa relación especial de sujeción, como *status* genérico u objetivo de la propiedad forestal en examen, es potestad del legislador, sin límites de ninguna especie y sin responsabilidad del Estado. Esto es lo que diría un sostenedor de la posición asumida por nuestra jurisprudencia constitucional. Pero otro enfoque es posible y es evidentemente el implícito en el Art. 72 de la ley. En ambos casos (Arts. 71 y 88), la ley está sujetando la propiedad y su explotación y destino a potestades administrativas cuyo contenido está dado técnicamente por las necesidades de protección ecológica y las características y usos de la finca. Necesariamente, los actos administrativos en que se concrete esa supremacía especial del interés público sobre el privado, serán formas individualizadas de sustitución del propietario por la Administración, quien decidirá la conducta que aquél debe observar, aunque abandone en su beneficio los resultados económicos de esa conducta. La ley crea una situación jurídica que es objetiva sólo en su origen, pero no en su contenido, que será siempre individual y concreto. Es como si la ley expresamente dispusiera que la explotación y destino de la finca serán determinados por la Administración a través de actos concretos, dependientes de la relación que guarden la ubicación y cualidades de la finca con el interés público cambiante en la protección ecológica buscada, caso por caso. Es decir: que, por un lado, el contenido de esa sujeción es indeterminado y puede ser múltiple con el cambio de circunstancias, aunque no deba ser ni arbitrario ni empírico; y que, por otra parte, la sujeción del caso es necesariamente concreta y de alcance individual para cada propiedad, precisamente por fundarse en las características y usos posibles de cada una. Cuando la zona protectora privada es creada por decreto ejecutivo, todo lo anterior resulta más claro, pero es esencialmente lo mismo cuando existe sin ese decreto, pues en ambos casos la ley habrá sumido al propietario en una situación jurídica subjetiva, que sólo a él lo afecta, y que afecta decisivamente la explotación y destino del inmueble. El impacto sobre el mismo en el mercado correspondiente es devastador siempre: la depreciación que el vínculo forestal produce es perfectamente comprobable como efectiva, valuable económicamente e individualizable en el propietario del caso, notas éstas que son las necesarias para el nacimiento de la responsabilidad pública en la teoría y en el régimen de la misma.²⁷ Se trata de daño netamente confinado a uno o a unos

27. Art. 196, Ley General de Administración Pública de Costa Rica: "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo".

pocos, que puede ser excepcional por su intensidad en perjuicio de ellos y que puede tener eventualmente origen administrativo. El Art. 72 ha optado por reputar que cuando una ley causa un daño de este tipo, la víctima debe ser indemnizada, aun si el origen de su mal es un nuevo *status* legal objetivo de la propiedad, porque la aplicación del mismo a su caso será necesariamente individual y excepcionalmente lesivo. Si el propietario afectado se niega a sufrir gratuitamente tal daño, el Estado debe expropiar. En el caso concreto un dato es decisivo: la radicación de la zona protectora en finca privada no la favorece, ni hay plusvalías compensables que se generen por esa vía. El vínculo y el régimen forestales representan normalmente, salvo prueba en contrario, una pérdida patrimonial neta del propietario afectado, a la inversa de lo que ocurre, como veremos, con la propiedad urbana.

En síntesis: la Ley Forestal es un hito importante en la evolución de las técnicas de regulación de la propiedad privada, por las tres siguientes razones:

i) Porque crea una propiedad privada sujeta a potestades administrativas de determinación imperativa del uso y destino del bien, dando claramente prevalencia al interés público ecológico sobre el privado del propietario.

ii) Porque sujeta ese uso y destino, además, a la existencia previa de un plan de explotación y a los criterios técnicos de la Administración al respecto, con continuidad.

iii) Porque reputa indemnizable tanto el detrimento jurídico así causado en la libertad de decisión del propietario, como el daño económico contra el bien en el mercado de los inmuebles.

Es muy probable que pueda concluirse en que este último rasgo de la propiedad forestal en Costa Rica está fundado sobre el supuesto de que su régimen legal y administrativo produce una pérdida neta, sin compensaciones inherentes al régimen de la propiedad vinculada y planificada así creado.

C) *La Ley de Planificación Urbana* (Nº 4.240, de 15 de noviembre de 1968)

i) Objetivos.

Es la ley que persigue regular el urbanismo como fenómeno integral, que abarque todos los intereses públicos que pone en juego el crecimiento de la ciudad y el uso del suelo. El Art. 2 enumera tales objetivos a nivel nacional cuando dice que la planificación intentará promover:

a) La "expansión ordenada de los centros urbanos"; b) El "equilibrio satisfactorio entre el desenvolvimiento urbano y el rural"; c) El desarrollo eficiente

de las áreas urbanas, con el objeto de contribuir al menor uso de los recursos naturales y humanos, y d) La "orientada inversión en mejoras públicas".

ii) Organización y competencias: Plan Nacional de Desarrollo Urbano (plan director).

El cumplimiento de esos objetivos viene encomendado a dos competencias básicas, la de la Dirección de Urbanismo (del INVU) y de las Municipalidades, esto último, según se vio, en atención a su jurisdicción y autonomía constitucionales en materia de asuntos locales (Arts. 15, 17 y 18). Sin embargo, el P. Ejecutivo es quien aprueba y promulga el Plan Nacional de Desarrollo Urbano y quien resuelve administrativamente en última instancia los recursos contra las resoluciones de la Junta Directiva del INVU, órgano de alzada, a su vez, contra lo resuelto por la Dirección en su campo (Art. 13). La Dirección es órgano integrante de la organización del INVU.

Interesa únicamente aquí las atribuciones de esos centros de acción en el trámite, promulgación, ejecución y aplicación de los planes de urbanismo, lo que se podrá examinar al referirnos a estos últimos, como lo hacemos de inmediato.

La planificación del urbanismo, con los fines dichos, está organizada a través de dos tipos de planes distintos: el Plan Nacional de Desarrollo Urbano y los planes reguladores generales de cada Municipio (Arts. 10.1 y 15).

El Plan Nacional de Desarrollo Urbano es elaborado por la Dirección, propuesto por la Junta Directiva del INVU y aprobado y publicado por el P. Ejecutivo, quien puede reformarlo; e igual trámite se seguirá para introducirle enmiendas (Art. 4), una vez publicado. Síntoma de la ligereza de la ley al considerar la importancia de la planificación, es el carácter facultativo que otorga a la potestad del P. Ejecutivo para comunicar y difundir el Plan Nacional frente a las municipalidades, pues, según ésta, lo "remitirá a las municipalidades e instituciones autónomas y semiautónomas que juzgue conveniente". Quizá para suplir la deficiencia, la ley dispone que dicho Plan Nacional será difundido y presentado directamente a las Municipalidades por el INVU, quien, conjuntamente con la Oficina Nacional de Planificación, se encargará de mantenerlo al día y de informar bimestralmente al P. Ejecutivo sobre el estado de su ejecución y aplicación (Art. 5). El contenido del Plan Nacional es complejo y puede abarcar todos los extremos propios de un plan municipal, pero lo hará a nivel nacional o regional y en forma necesariamente programática y no imperativa. Claramente su destinatario son las Municipalidades, la Asamblea Legislativa y demás entes de la Administración Pública, no los propietarios, y el carácter aparente de sus normas el de meras recomendaciones, sin valor vinculante ni obligatorio inme-

diato frente a las propiedades, tal y como expresamente lo declara el Art. 6, al decir que:

Las recomendaciones del Plan Nacional servirán para orientar a la Asamblea Legislativa y a todos los organismos rectores de la Administración Pública. . .

El Art. 16 se encabeza diciendo que el Plan Nacional se elaborará: “De acuerdo con los objetivos que definan los propios y diversos organismos de gobierno y administración del Estado”, lo que claramente define a los Municipios —y no a los propietarios— como los destinatarios de dicho Plan Nacional, en el que aquellos objetivos vienen definidos. Esto podría justificar una alternativa en cuanto a la naturaleza del Plan Nacional, a saber:

a) Es una recomendación o dictamen, sin ninguna fuerza obligatoria ante el sector público destinatario; b) Es una norma programática o directriz, en el sentido técnico del término, si se entiende por tal la norma que impone objetivos y tipos de medios, pero no actos ni contenidos de conducta, y que abandona la obtención de esos objetivos a la voluntad discrecional del destinatario, con la opción de no obedecer si puede justificarlo razonable y técnicamente. En síntesis: reglas de objetivos o resultados, obligatorias sólo en la hipótesis de que sean convenientes y útiles en el momento en que deben aplicarse.²⁸

Pareciera más aceptable esta última hipótesis que la primera. Ello aparejaría una importante consecuencia: la directriz no integra el ordenamiento general del Estado, sino que es regla interna y aplicable sólo en el ámbito de la relación entre director y dirigido, cuya violación, consecuentemente, no provoca la invalidez del acto violatorio, en este caso: del Plan Regulador. Dado el amplio margen de discrecionalidad ofrecido para su cumplimiento, la violación genera únicamente una eventual responsabilidad disciplinaria del infractor (que puede verse sujeto, incluso, a despido por pérdida de la confianza) y refuerza el deber de obediencia, si no ha habido justificante para la infracción.²⁹

28. Art. 99 L. G. A. PUB: 1. “Habrà relación de dirección cuando dos órganos de administración activa tengan diversa competencia por razón de la materia y uno de ellos pueda ordenar la actividad, pero no los actos, imponiéndole las metas de la misma y los tipos de medios que habrá de emplear para realizarlas, dentro de una relación de confianza incompatible con órdenes, instrucciones o circulares.

“2. La jerarquía implicará la potestad de dirección, pero no a la inversa”.

29. Art. 100 L. G. A. PUB: 1. “Cuando un órgano tenga potestad de dirección sobre otro podrá impartirle directrices, vigilar su cumplimiento y sancionar con la remoción al titular que falte a las mismas en forma reiterada y grave, sin justificar la inobservancia.

“2. El órgano director no tendrá como tal potestad jerárquica sobre el dirigido, y éste tendrá en todo caso discrecionalidad para aplicar las directrices de acuerdo con las circunstancias”.

iii) Competencia y trámite: Planes Reguladores.

El Plan Regulador lo emite la Municipalidad (una por cada cantón y son 83 en la República), por apoderamiento que le confiere el Art. 15, diciendo:

Conforme al precepto del Art. 169 de la Constitución Política, reconócese la competencia y autoridad de los gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional. Consecuentemente, cada uno de ellos dispondrá lo que proceda para implantar un plan regulador, y los reglamentos de desarrollo urbano conexos, en las áreas donde deba regir, sin perjuicio de extender todos o algunos de sus efectos a otros sectores, en que priven razones calificadas para establecer un determinado régimen contralor.

El plan se dicta y reforma según un trámite sencillo, a saber:

a) El Concejo Municipal convoca con no menos de quince días de anticipación, una audiencia pública por medio de la *Gaceta Oficial* para recibir las objeciones y observaciones al proyecto de parte de todos los vecinos o interesados; pero la Ley no dice qué trámite deberá darse a las objeciones, sobre todo si son rechazadas, hipótesis en la que parece que la única vía a emplear por el ciudadano en defensa de su interés sería el recurso de alzada ante la Junta Directiva y finalmente ante el P. Ejecutivo, que señala el Art. 13. La Ley tampoco indica el control de asistencia, sobre todo porque puede participar quienquiera o cualquiera, aun si no es ciudadano municipal, según el Art. 23, que dice:

Art. 23. El vecino, propietario o cualquier otra persona, que se oponga al proyecto que tienda a adoptar un plan regulador o alguno de sus reglamentos, tendrá oportunidad de exponer sus objeciones en la audiencia pública que previene el inciso 1) del artículo 17. Por lo demás, cualquier persona inconforme que invoque ilegalidad y perjuicio propio contra el acto o disposición administrativa que sea, podrá usar todos los recursos que la ley le brinda.

b) El Concejo Municipal obtiene aprobación de la Dirección de Urbanismo, quien sólo podrá negarlo con base en principios legales o técnicos, "cuya vigencia sea de absoluto interés nacional o regional", lo que suscita perplejidad, pues pareciera prohibir el veto del proyecto de plan regulador por razones estrictamente locales, la mayoría de las veces las únicas pertinentes. En todo caso, la objeción de la Dirección modifica el plan de conformidad, sin perjuicio del recurso de la Municipalidad —como el particular— ante la Junta Directiva y el Poder Ejecutivo, en última instancia (Arts. 13 y 18). La solución puede ser tam-

bién el compromiso del diferendo en árbitros conciliadores, pero ello sólo si las partes se ponen de acuerdo después de surgida la cuestión, no antes.³⁰

- c) El Concejo Municipal acuerda la adopción del plan por mayoría simple.
- d) Se publica el aviso de haberse adoptado el plan, no este mismo, lo que es pésimo y deficiente sistema de publicidad.

iv) Naturaleza del Plan Regulador y de sus partes.

La Municipalidad puede dictar los Reglamentos del Desarrollo Urbano, que son cuatro: de Zonificación, de Fraccionamiento y Urbanizaciones, de Mapa Oficial y de Construcciones.

Estos Reglamentos forman parte del Plan Regulador, cuando existe, según definiciones legales tanto de ellos como del Plan (Art. 1), que los involucran como partes del mismo.

Dicen ambas definiciones contenidas en el Art. 1:

Para los fines de esta ley se entenderá que: "Plan Regulador" es el instrumento de planificación local que define en un conjunto de planos, mapas, reglamentos y cualquier otro documento, gráfico o suplemento, la política de desarrollo y los planes de distribución de la población, usos de la tierra, vías de circulación, servicios públicos, facilidades comunales y construcción, conservación y rehabilitación de áreas urbanas.

Por su parte, el Art. 1 define así los Reglamentos de Desarrollo Urbano:

Son cuerpos de normas que adoptan las municipalidades con el objeto de hacer efectivo el Plan Regulador.

De las definiciones anteriores salen claramente varias conclusiones, a saber:

- 1) El Plan Regulador es un acto compuesto, formado por varios elementos dispares, principalmente planos, mapas y gráficos, a la par de Reglamentos de Desarrollo Urbano.
- 2) Es dudoso el carácter normativo de las partes del Plan Regulador distintas de los Reglamentos dichos, concretamente: sus planos, mapas y gráficos.

30. El Art. 27.4 de la L.G.A. PUB, exige aprobación legislativa para transacción y compromiso en asuntos de Derecho Público y dictamen favorable de la Procuraduría de la República en asuntos de Derecho Privado que excedan de cien mil colones. La regla de la Ley es especial y prevalece, en su materia, sobre el Art. 395 del Código de Procedimientos Civiles.

3) La existencia del Plan Regulador es el supuesto de validez de los Reglamentos de Desarrollo Urbano y la ejecución de dicho plan de función de estos últimos.

4) Los Reglamentos de Desarrollo Urbano son claramente tales, es decir: verdaderas normas.

El Plan Regulador, como tal, ¿qué tipo de acto es, cuáles son sus efectos? De la observación de éstos y de su régimen puede extraerse la respuesta. En efecto: el Art. 19 impone el debido acatamiento del plan regulador, cuando dice:

Art. 19. Cada Municipalidad emitirá y promulgará las reglas procesales necesarias para el debido acatamiento del plan regulador y para la protección de los intereses de la salud, seguridad, comodidad y bienestar de la comunidad.

Diversos artículos relativos a los Reglamentos de Desarrollo Urbano, partes eventuales del Plan Regulador, corroboran esta afirmación. Véanse al efecto los Arts. 28 (que prohíbe usos disconformes con la zonificación y exige certificado de conformidad para autorizar actividades sobre el suelo zonificado); Art. 30 (que prohíbe transformar el uso disconforme, salvo para adaptarlo y hacerlo conforme o, al menos, compatible con la zonificación); Art. 38 (que ordena denegar permiso a urbanizaciones antirreglamentarias); y Art. 47 (que prohíbe fraccionar o urbanizar en zonas verdes o de uso público, según el Mapa Oficial).

El Plan debe acatarse y es evidente que es inmediatamente imperativo frente a propiedades y propietarios, públicos o privados, desde el momento en que se promulga, pues su contenido legal, dado por el Art. 16, expresa bien la voluntad de la ley de regular directamente el uso y aprovechamiento del suelo afectado, tanto público como privado: el Plan regulará, según esta norma, "el uso de la tierra que muestre la situación y distribución de los terrenos", tanto para el interés privado como para cualesquiera otros fines públicos (servicios públicos, instalaciones comunales, sistema viario, programas de expansión y de renovación urbana, etc.). La cuestión radica en saber si los elementos no reglamentarios del Plan son igualmente normativos, o si, a la inversa, son simples explicaciones, expresiones de intenciones y proyectos sin ningún valor jurídico para el propietario. La respuesta es de teoría general del derecho: siempre y cuando los elementos del plan no llamados "reglamentos" permitan saber claramente cuál es la voluntad expresada y ésta, por su parte, reúna las notas de lo normativo, no vemos obstáculo serio para reconocer su carácter reglamentario (y normativo). Esto es muy importante porque, como se verá de inmediato, el Plan Regulador y los Reglamentos de Desarrollo Urbano son independientes entre sí y pueden regir el uno sin los otros, y a la inversa. Si se llegare a la conclusión de que el

Plan no tiene efecto jurídico regulador sobre la propiedad privada sin esos Reglamentos, se lo privaría de su valor vinculante y director del urbanismo en la mayoría de los casos, pues, dada la complejidad de los tales Reglamentos, la tendencia es o puede llegar a ser su eliminación, para descansar en la fuerza reguladora de los planos, mapas y gráficos, por sí mismos. No vemos obstáculo para reputar como normativo el valor de las indicaciones y datos contenidos en un plano o mapa. Estos contendrán señas, indicaciones, dibujos y explicaciones carentes de todo valor imperativo, si es evidente que no tienen intención reguladora; pero lo contrario es posible: ¿cómo negar valor de zonificación a un plano donde estén clara y precisamente indicados no sólo los usos globales o genéricos (terreno agrícola o urbano, urbano o urbanizable), sino también los específicos de cada parte del suelo planificado, pormenorizadamente localizados y deslinzados? Es evidente que no podrá extraerse de un gráfico o mapa, en tales condiciones más de lo que éste dice o puede decir, pero sí puede y debe dársele valor normativo a sus indicaciones cuando éstas sean no sólo claras y precisas, sino claramente dirigidas a imponer limitaciones o delimitaciones al uso del suelo correspondiente. Pareciera posible llegar a la conclusión de que el Plan es un acto normativo y regulador en todas aquellas de sus partes que expresen claramente una voluntad de regir para el futuro el contenido y las limitaciones del suelo a que se refieren, indicando qué es lo que el propietario, público o privado, puede hacer o no hacer sobre este último. Las otras partes con valor puramente indicativo o aclaratorio, carecerán de valor normativo en virtud de su contenido mismo. Todo lo cual queda confirmado si nos damos cuenta de que frecuentemente en esta materia las normas promulgadas no son otra cosa que desarrollo *a posteriori* de los planos, mapas y gráficos ya elaborados por los técnicos, a modo de traducción jurídica de exigencias técnicas gráficamente expresadas. Hay y debe haber congruencia entre unas y otras.

v) Urbanismo sin Plan Regulador.

La planificación parece obligatoria en el texto de la Ley. El Art. 4 asigna a la Junta Directiva (del INVU) la elaboración y proposición del Plan Nacional que "aprobará y enviará a las municipalidades e instituciones autónomas y semiautónomas". El Art. 15 preceptúa que cada gobierno municipal "dispondrá lo que proceda para implantar un plan regulador y los reglamentos de desarrollo urbano". Pero la propia ley se encarga de desvirtuar el imperativo al sentar la posibilidad, en otras de sus disposiciones, de que haya construcción, fraccionamientos y urbanizaciones sin plan regulador de base. El contenido de los Reglamentos en cuestión es tan amplio que deja sin órbita propia el Plan. El Art. 32 regula los requisitos que el Reglamento de Fraccionamiento y Urbanizaciones de cada Municipalidad debe exigir para otorgar las autorizaciones respectivas y no

sólo no incluye la existencia de un Plan Regulador sino que, por la naturaleza de tales requisitos, pareciera suponer más bien que éste no existe, pues caso opuesto algunos la indicación de algunos de ellos sobrarían, como la de los accesos a vías públicas, la de la lotificación y el amanzanamiento, las normas mínimas para construcción de calles y aceras, etc. El Art. 38 enumera las hipótesis en que se denegará la licencia de urbanización y no está en ellas la inexistencia del Plan Regulador, exactamente como ocurre con el Art. 36, que regula los casos en que habrá de denegarse la licencia de fraccionamiento, también sin alusión a la inexistencia del Plan. Todavía más: el Art. 38.c) contempla la posibilidad de urbanizaciones fuera de zonificación, obviamente cuando ésta exista, lo que permite concluir en que, incluso cuando hay Plan, puede haber urbanización fuera de sus previsiones.

Es perfectamente fundado concluir en que, si bien es imperativo, so pena de nulidad de actos y responsabilidad por las actuaciones, respetar el Plan donde y cuando exista, es posible, primero, que las Municipalidades opten por no planificar (lo que ha hecho el 90 por ciento de ellas hasta la fecha); y, segundo, que, en tal hipótesis, las licencias para fraccionamientos, urbanizaciones y construcción pueden concederse sin que haya Plan, al amparo de disposiciones supletorias, entre las cuales bien pueden contar precisamente Reglamentos de Desarrollo Urbano promulgados sin Plan Regulador de Base.

En tal hipótesis, obviamente, el urbanismo regulado o controlado es el espontáneo, por iniciativa privada, pues, aunque no lo diga la ley, pareciera prohibido, por su espíritu, el urbanismo público o municipal sin Plan. En defecto de éste no puede haber urbanismo público y así expresamente viene dicho, por ejemplo, en la hipótesis de renovación urbana, para la habilitación y mejoramiento de cascos urbanos ya existentes, que no se puede iniciar sin la formación y aprobación municipales de un Mapa de Zonificación provisto de su respectivo reglamento, donde se disponga lo necesario para conservar, rehabilitar y remodelar un perímetro determinado (Art. 51).

El Plan Nacional es, por mayoría de razón, prescindible. Si lo es el Plan Regulador, pivote del sistema respectivo y fuente ideal del régimen, de la propiedad inmueble dentro del mismo, lo será mayormente y con menores problemas y consecuencias, el Plan Nacional, que es meramente director y no regulador, según se apuntó. El Plan Regulador puede darse, consecuentemente, sin Plan Nacional preexistente.

vi) El urbanismo privado y las normas supletorias.

Lo anterior conduce al fenómeno de que, por ausencia de Plan Regulador, la casi totalidad del urbanismo costarricense es privado, nacido de la espontánea

iniciativa particular, con todas las limitaciones y peligros que ello implica para el interés público en un buen urbanismo. El fenómeno central de este crecimiento urbano llegan a ser las urbanizaciones privadas y el instrumento fundamental de regulación el conjunto de normas subsidiarias o supletorias del Plan Regulador, principalmente las dispersas con ese fin en la Ley de Planificación Urbana y el importantísimo Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos o Urbanizaciones, dictado por el INVU en sesión N° 1795, de 28 de marzo de 1963 y convertido después en Reglamento Modelo para su adopción por las Municipalidades. Esto es una perversión del Plan mismo, pues asumido como hecho que el crecimiento urbano debe ser llevado a cabo exclusiva o principalmente por la iniciativa privada, el Plan Regulador, cuando existe, se diseña a modo de Código de Policía de la Urbanización Privada, no como plan de ejecución necesaria por la Municipalidad respectiva.

No hay obligación legal de llevar a cabo las obras públicas previstas, ni para el Municipio ni para los entes públicos dueños de los servicios comunales anticipados, como tampoco para el Estado en cuanto al sistema vial de entronque a la red nacional de carreteras. Tampoco hay un deber legal de elaborar y observar calendario para la realización, ni en cuanto a las obras públicas ni en cuanto a las privadas. De este modo, la propiedad y el propietario privados adquieren capital importancia en el Derecho Urbanístico costarricense. Corresponde examinar la posición de ambos ante el Plan y ante las normas supletorias o subsidiarias, cuando el mismo no existe.

vii) La propiedad ante el Plan y sus actos de aplicación.

En todo sistema de planificación hay actos que la crean y actos que la aplican. El plan sienta normas sobre el uso del suelo en volumen y altura y puede delegar en otros actos la regulación más detallada de ese uso en relación con porciones cada vez más pequeñas de suelo, hasta llegar eventualmente a la regulación del uso de una sola finca o parcela. El plan puede regular el ejercicio por el propietario de los derechos de uso así asignados a su finca, lo mismo que la atribución y el ejercicio de las potestades públicas llamadas a controlar la ejecución del plan en todos sus aspectos. Hay una distinción necesaria entre regulación y aplicación sin fines normativos, entre el acto que establece el uso del suelo y el uso efectivo de éste.

1) *Esencia de lo normativo*

Si se acepta el carácter hipotético de la norma jurídica, lo decisivo en ella es la índole de la hipótesis (supuesto jurídico) de que depende su aplicación (disposición). Si los efectos del acto se refieren a un hecho identificado, consi-

derado en su individualidad, el acto es concreto, precisamente en cuanto referido a un evento pasado y consumado, sin vocación reguladora para el futuro. Pero si la condición de aplicación del acto y de sus efectos es una hipótesis conceptual, repetible al infinito por serlo, y no un hecho real y concreto, habrá norma y no acto. Es claro que un acto puede disfrazarse de norma y referirse a un hecho y a un sujeto bajo la apariencia de una disposición abstracta, pero se trataría de una desviación de poder en el uso de la función normativa, como tal viciada de nulidad. En el Derecho Urbanístico el supuesto de aplicación del plan o del acto regulador es no la propiedad en sí, sino su aprovechamiento en volumen y altura. Todo el Derecho Urbanístico tiene como principal objeto la regulación de esta disociación entre suelo y edificación, por la cual lo que interesa no es aquél sino ésta. Es normativo respecto de esa propiedad todo acto que regule su aprovechamiento sin referencia ni a un acto ni a un sujeto determinados, sino frente a todo propietario posible y en relación con cualquier posible aprovechamiento. La singularidad aparente dada por la referencia a una finca en particular no empece la abstracción y generalidad, por referencia al sujeto y a la conducta destinatarios del acto, si estos son ideas y no sólo realidad. Más que generalidad (por el sujeto destinatario) lo que caracteriza la norma es su abstracción (por el carácter lógico ideal del supuesto jurídico de aplicación). Es posible —como resulta bien conocido— el acto general no normativo —como un pliego de condiciones en una licitación pública, una orden general de vacunación, la declaración de un día feriado, etc.—, en razón de referirse a una situación concreta e irrepetible como tal y no como ejemplo de un modelo ideal. El plan urbanístico y los actos de desarrollo y concreción de sus reglas integran el régimen normativo de la propiedad urbana en la medida en que regulen su uso para el futuro, aunque sólo se refieran a una sola propiedad.

2) *La índole de los actos urbanísticos (licencias y zonificaciones)*

Desde este ángulo luce claro que la asignación de un uso urbanístico, no obstante que referido a una finca, es acto normativo, porque su función es reguladora de ese uso hacia el futuro, como la planificación misma que lo antecede y a la cual pertenece. Esa asignación puede hacerse por acto independiente del plan regulador, pero puede ir incluido en éste hasta en su mayor detalle posible. En España, por ejemplo, los planes generales —que se suponen complementados por los parciales en las zonas de suelo urbanizable programado— hacen las veces de estos últimos en suelo urbanizado y deben, consiguientemente, incluir la zonificación pormenorizada del área que afectan. El grado de concreción de la asignación de uso, según la mayor o menor extensión del territorio afectado, no dice nada contra su índole normativa, porque siempre se trata de una regulación de conducta futura del propietario abstractamente considerada,

según todo lo dicho. De este modo, en el Derecho Urbanístico hay normas de mayor y menor alcance territorial y hasta singulares por su referencia a una sola finca, pero todas dirigidas a usos y propietarios hipotéticos, que son más bien la idea del uso autorizado y de propietario posible.

De los actos normativos de la planificación han de distinguirse los de mera aplicación de ellos, como los usos concretos llevados a cabo por el propietario o, en cuanto a la Administración, las licencias municipales. En la medida en que éstas sean regladas y no discrecionales —porque su motivo y contenido estén exhaustivamente predeterminados por el sistema de planos progresivamente más concretos y detallados— esas licencias nada agregan a las determinaciones jurídicas de éstos y vienen a ser meros actos de contralor de su observancia por el propietario o interesado. Si, a la inversa, la licencia es acto discrecional por motivo y/o contenido y puede condicionarse a la observancia de regulaciones propias y sustancialmente nuevas para cada caso, esas licencias vienen a ser o verdaderas concesiones o, en todo caso, autorizaciones constitutivas (que no meramente permisivas del ejercicio de un derecho preexistente), que bien pueden considerarse como el último escalón de concreción de la planificación o, al menos, de la regulación de la propiedad urbana.

Se trataría, bajo la máscara de decisiones concretas, de actos propiamente normativos. Es por ello que conviene advertir que los actos de aplicación de los planes se pueden dividir más precisamente en dos tipos:

a) Los que tienen función normativa y complementan o completan el plan, al adicionarlo o al detallarlo y concretarlo en relación con un ámbito territorial más reducido, cuyo ejemplo mejor son los planes parciales respecto de los generales, ahí donde existen, y b) los que tienen función meramente ejecutiva o aplicativa, porque refieren la norma preexistente al caso concreto sin agregar nuevas regulaciones. Puede decirse de los primeros que más que aplicar “desarrollan” los planes y normas preexistentes, y de los segundos que meramente “aplican” sin “desarrollar” esas mismas regulaciones.

3) *Zonificación y licencias: actos de efecto objetivo y general*

Desde este ángulo puede entenderse bien la diferencia entre asignación de uso y licencia de construcción o urbanización (reglada). Aquella es acto complementario que desarrolla el plan o normas preexistentes; ésta es acto aplicativo de los mismos, sin ningún valor creativo ni normativo. Aplicación creativa y aplicación ejecutiva podrían ser designaciones adecuadas para los distinguos hechos. Hay algo, sin embargo, en que son iguales los actos de aplicación creativa y de aplicación ejecutiva de la planificación urbanística y es que, en todo caso, ambos condicionan la atribución a un sujeto concreto —el propietario o propie-

tarios— de una situación jurídica cuyo contenido está dado —aunque sólo sea parcialmente— por norma imperativa, y es igual, por virtud de ésta, para todo el que se halla en igual situación de hecho. Estos son los llamados actos-condición. Duguit —que es el inventor de la categoría, hoy sorprendentemente vitalizada y rediviva por obra del Derecho Urbanístico—, daba los ejemplos de la situación jurídica de un empleado público de régimen legal estatutario, de los cónyuges, del ciudadano elector, etc., todos los cuales están inmersos, en cuanto tales, en una situación jurídica personal que, sin embargo, es igual para todos los de la categoría, para todos los empleados estatutarios, para todos los electores, para todos los cónyuges, etc.³¹ En este tipo jurídico ubicó a los propietarios, cuyos derechos —sostiene— si no están regulados por plan están regulados por el Código Civil en forma igual para todos.

Hay una nota fundamental del acto-condición, en otras palabras, que es común con el acto normativo, y consiste en que ambos hacen nacer situaciones jurídicas objetivas y abstractas, cuyo contenido está dado no para un sujeto actual sino para un sujeto posible e indeterminado, todo aquel que llegue, por cualquier vía, a ser parte de la situación de clase definida por el acto. En este aspecto, tanto el acto normativo como el acto-condición crean una situación jurídica que ofrece derechos consolidados únicamente mientras no cambie la norma que los regula, el acto normativo que determina imperativa y exhaustivamente la existencia y el contenido —y la existencia y no sólo el contenido— de esos derechos. Estos, en otras palabras, son tales ante cualquiera, menos ante la entidad autora del acto normativo que los crea y regula. Mientras que frente a este acto los titulares tienen un simple interés legítimo, ante los demás tienen un verdadero derecho subjetivo. Y no hay indemnización por la lesión de intereses legítimos.

4) *Inexistencia de derechos urbanísticos adquiridos*

La única forma de consolidar un derecho subjetivo de contenido legal o normativo, no negocial, aun ante los cambios de la norma que lo crea y define, es ejercerlo, haber empezado su ejercicio o haberlo ejercido y consumado ya. Caso contrario, el ejercicio de la potestad normativa barre con la situación jurídica opuesta por contenido, que nunca llegó a consolidarse frente a ella —de interés legítimo en verdadero derecho subjetivo— como mero proyecto sin concreción ni estimación pecuniarias. Esto significa básica y fundamentalmente que no hay indemnización posible al respecto, si el origen del daño es normativo, salvo si a éste se agrega otro de diferente tipo, por ejemplo, una pérdida patrimonial efectiva y comprobada. Pueden distinguirse frente a la planificación y a sus actos de aplicación —creativos o ejecutivos— las siguientes situaciones:

31. Duguit, *op. cit.*, tomo I, pp. 311, 328 y 329.

1) Destrucción o disminución por el plan inicial de un *status* legal del propietario más favorable; por ejemplo, se suprime la potestad de transformar y edificar como parte del derecho en un ordenamiento —como el nuestro— en el que el Código Civil integra esa potestad al derecho de propiedad, como parte esencial del mismo.

2) Cambios en el plan vigente, introducidos con cercenamiento de potestades y usos *previstos en favor del propietario*.

3) Cambios en el plan vigente, con prohibición o disminución de potestades o usos *no prohibidos, pero no previstos en el plan vigente*.

Los anteriores cambios nocivos, en el régimen urbanístico de la licencia edilicia, pueden tener lugar, a su vez, en diferentes oportunidades frente a la actividad de construcción, a saber:

- a) Después de otorgada en firme la licencia edilicia.
- b) Después de iniciarse la construcción o edificación.
- c) Después de terminada la edificación.

De todas las anteriores hipótesis las únicas que ameritarían claramente indemnización, por superviviente destrucción de una potestad o uso en razón de cambio del plan o de la norma urbanística, serían las dos últimas b) y c), en razón de que el derecho a la actividad edilicia se consolida cuando se concreta en construcción o, al menos, en inversión destinada a su ejercicio.³² Antes de tal inversión o principio de ejecución el derecho es una posibilidad regulada que normativamente puede y debe desaparecer, sin indemnización de ninguna especie. Lo anterior cubre tanto los cambios de zonificación como cualquier otro en el plan o en la norma urbanística que incida desfavorablemente sobre el propietario, antes de que éste inicie las inversiones o contraiga las obligaciones conducentes al ejercicio de sus derechos nacidos de esa norma.

Discrepamos al respecto de doctrinas que, pese a la admisión de una propiedad planificada o estatutaria, sin contenido constitucional pétreo garantizado, según la concepción nominalista de la propiedad como derecho constitucional que sustenta nuestra Corte Suprema de Justicia, sostienen la posibilidad de responsabilidades o indemnizaciones a cargo del Estado o ente planificador por la

32. Ver. J. L. González Berenguer Urrutia: "El Régimen Jurídico de la Edificación", *Revista de Derecho Urbanístico*, N° 55, 1977, pp. 84 y 85; pero ver, sobre todo, la extensa enumeración de indemnizaciones que acuerda la nueva Ley Alemana del Suelo, tal y como viene reportada por Luciano Parejo Alonso: *La Garantía del Derecho de Propiedad y la Ordenación Urbanística del Derecho Alemán*, REDA, Civitas, N° 20, pp. 35 a 37 y 47 a 51.

revocación de licencias o la reforma de zonificaciones en perjuicio de los propietarios.³³ El desenfoque jurídico es doble al respecto: reputar la zonificación como un acto-medida, no normativo, extraño como tal al proceso de planificación y de regulación descendente de la propiedad privada; y, por otro, reputar las licencias, como los demás actos relativos a la propiedad estatutaria o predeeterminada por el plan y/o normas complementarias o subsidiarias, como si fuera acto declaratorio de verdaderos derechos consolidados. En cuanto a lo primero, hemos visto ya que la asignación de uso, global y/o pormenorizado, es acto general, abstracto y normativo, aun si se refiere a una única finca: y, en cuanto a lo segundo, cabe poner de relieve que la irrevocabilidad de los actos declaratorios de derechos se da única y exclusivamente frente a actos que son del mismo rango y naturaleza, no cuando enfrentamos un acto con una norma, superior por ser tal y, además, por la posición supraordenada de la autoridad reguladora. Esto puede entenderse mejor si se advierte, en otros términos, que mientras el derecho atribuido y regulado por la planificación urbanística es tal frente a cualquier acto administrativo posterior que intente extinguirlo o menoscabarlo por cualquier concepto, no es tal sino mero interés legítimo frente a la potestad normativa (concretamente, de planificación urbana), que lo ha creado y regulado y que, según el principio del *contrarius actus*, puede suprimirlo a través de una medida de ejercicio negativo igual (por naturaleza y rango) que la que le dio origen.³⁴ Desde este punto de vista, no reputamos aplicable a tal hipótesis la regla de la firmeza e irrevocabilidad administrativas del acto declaratorio de derechos subjetivos, por la doble razón de que aquí lo que se revoca es una norma de base y el acto de aplicación sólo como consecuencia, a modo de decaimiento automático del mismo; y de que, por otra parte y sobre todo, no hay derechos subjetivos declarados ni acto declaratorio de ellos, frente a la potestad normativa que los creó y regula. En todo caso, el problema que este principio resuelve es totalmente otro y distinto. Si ese principio fuera aplicable aquí, no lo sería ciertamente porque se den los supuestos a que se refiere (en sentido técnico), sino

33. Brewer-Carías: *Urbanismo y Propiedad Privada*, *op. cit.*, pp. 373 a 383.

34. Mario Nigro: *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 172 a 174. En síntesis, la tesis doctrinal dominante es la de que cuando hay ejercicio de un poder existente, aunque sea ilegal, el acto público respectivo degrada el derecho subjetivo opuesto a mero interés legítimo, por lo que ante ese poder —si existe— no hay derecho subjetivo desde que se inicia el procedimiento administrativo para su ejercicio; en cambio, si no hay poder, el derecho subjetivo se mantiene y el acto dictado se reputa inexistente; véase al respecto lo dicho por Nigro, *op. cit.*, pp. 127 a 129, y Giannini, *Diritto Amministrativo*, *op. cit.*, pp. 618 a 622. La consecuencia clara es la de que, si la situación creada por la zonificación es objetiva y general y modificable por el cambio de la norma que la regula, los derechos creados por la zonificación son meros intereses ante la potestad normativa que los crea o regula, puesto que ante ellos esa es una potestad existente, incluso si es ilegítimamente ejercida.

como una regla análoga por razones de seguridad jurídica en favor del propietario, pero en situación estructuralmente distinta. Serían esas razones de seguridad jurídica, y no la existencia de un acto declaratorio de derechos, las que determinarían la estabilidad de los intereses legítimos y su pretendida resarcibilidad dentro de la hipótesis. Lo que, como veremos, revela desde ahora la quiebra de este enfoque, no ya en sus aplicaciones, sino en su fundamento mismo.

La realidad sigue siendo que los derechos positivos se alinean con esa doctrina. Ello explica la frecuencia —cada día más quebrantada y contradicha— con que las legislaciones urbanísticas que participan de este enfoque —el mejor para las finanzas públicas— suelen consagrar el carácter no indemnizable de las llamadas “limitaciones” o “delimitaciones” del derecho de propiedad urbana. El Art. 22 de la Ley de Planificación Urbana no es excepción al respecto y expresamente dispone:

Art. 22. Ninguna de las limitaciones a la propiedad que esta ley establece, como cargas o servidumbres del régimen urbano que son, precisa de inscripción en el Registro Público, ni darán lugar a indemnización alguna, excepto en aquellos casos en que expresamente lo disponga esta ley.

En buena doctrina nominalista de la propiedad privada —la que entiende que su contenido está totalmente dado por la ley ordinaria y normas subordinadas, sin un contenido constitucional mínimo garantizado—, ninguna determinación normativa de la propiedad urbana ameritaría indemnización, aun si proviniera de un drástico cambio en la ley o en el plan que mutilara o prohibiera derechos y potestades preexistentes. La asignación de cualquier uso y, para imaginar el caso más drástico, su prohibición total al propietario, no causarían como tales derecho a indemnización. El testimonio de ilustres urbanistas nos excusa de más citas al respecto:

“Justamente porque no hay reducción de contenido de una propiedad supuestamente absoluta, justamente porque no se priva a ningún propietario de facultades más o menos ilimitadas o extensas que en él preexistiesen, la ordenación urbana, *aun aquella que implique la asignación de la categoría* —que ha de ser, por cierto, la más extensa en el territorio nacional— *de suelo no urbanizable, no es indemnizable*. Tampoco podrá pretenderse indemnización por las desigualdades (que son inevitables, como ya notamos) de las posibilidades de aprovechamiento que resulten ya dentro de un perímetro urbano o urbanizable, sin perjuicio del reparto igual entre todos los propietarios o “distribución equitativa de los beneficios y cargas desiguales...” (Eduardo García de Enterría y Luciano Parejo Alonso, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, vol. I, p. 413, Civitas, Madrid, 1979).

5. *Los paliativos del sistema*

El rigor de tal posición viene frecuentemente atenuado en beneficio del propietario, según varias técnicas y principios. Un elenco aproximado puede ser el siguiente:

A) *El principio de legalidad urbanística*

El plan y normas subsidiarias o supletorias predeterminan exhaustivamente el contenido del derecho de propiedad urbana, atribuida por aquéllos al propietario. Las potestades de la Administración, ante tal densa y extensa normación, devienen en regladas. Las licencias, sobre todo, son actos rigurosamente regulados en motivo y contenido, sin margen para condiciones, términos o modalidades inventados por el funcionario. Esta es la situación normal. Y en la medida en que ello sea así, en la misma medida el propietario es dueño de verdaderos derechos subjetivos ante la Administración en uso de tales potestades administrativas regladas. Si cambia el orden urbanístico que las regula, no habrá derecho subjetivo a invocar contra el cambio, pero mientras se mantenga aquél, el propietario será titular pleno ante la Administración de todas las potestades y facultades de disposición y de uso que ese ordenamiento objetivo le otorgue, como si se tratara de verdaderos derechos subjetivos consolidados. El acto administrativo urbanístico y, más concretamente, la licencia que habilite o declare tales potestades y derechos en un caso concreto, por aplicación de la norma urbanística que la regula y así se lo impone (mientras exista), deberá reputarse —ahora sí— como acto declaratorio de derechos subjetivos, que no es administrativamente revocable (por razones de mérito) sin indemnización, ni anulable (por razones de legalidad), a no ser que se dé una hipótesis de nulidad absoluta o de pleno derecho. Si, en hipótesis de anulabilidad o nulidad relativa, la Administración quiere cancelar el acto, debe interponer contencioso-administrativo de lesividad contra su propia licencia y obtener anulación judicial (Arts. 15 y 35 L.R.J.C.A.), invocando precisamente el plan regulador o la norma urbanística violadas, mientras existan. En esa misma norma urbanística violada, mientras exista, el propietario podrá, tanto como el tercero, fundar sus reclamos contra la Administración que haya actuado ilegalmente en su perjuicio. En efecto: tanto unos como otros tienen posibilidad de accionar contra la Administración, para anular actos urbanísticos ilegales y cobrar los daños y perjuicios consecuentes. El propietario tendrá derecho a anular la denegación ilegal de licencia o su otorgamiento con cláusulas incompatibles con su régimen legal, y podrá, además, cobrar los daños y perjuicios que ello le haya causado. Y los terceros podrán reclamar contra cualquier otorgamiento ilegal de licencia y los daños y perjuicios consiguientes, siempre contra la Administración.

B) El principio de igualdad y la distribución equitativa de los beneficios y cargas del urbanismo

Todo plan impone normalmente no sólo el contenido del derecho de propiedad urbana, que el plan crea para regular, acto seguido, su modo, extensión, duración, etc., sino también deberes u obligaciones. La razón está en que, caso opuesto, las plusvalías que genera el urbanismo municipal o estatal acrecerían el patrimonio del propietario, que, de consiguiente, debe devolverlo a la comunidad que se las dio. El método es hacerlo ceder gratuitamente a ésta partes de su fundo destinadas, según el plan, a zonas verdes o áreas públicas (principalmente vías, parques, jardines, escuelas, iglesias, etc.). Pero, a cambio de ello, el régimen urbanístico debe tomar en cuenta el trato desigual que cada propietario ha sufrido en algún aspecto de su derecho por obra del plan o del ordenamiento urbanístico aplicable. A unos, en efecto, les ha tocado propiedad asignada a zona verde o área pública, mientras que a otros, suelo edificable, y éste con mayor o menor densidad edilicia. El propietario tiene derecho a que esta inevitable desigualdad se corrija en lo posible mediante sistemas varios, en virtud de los cuales su pérdida de usos urbanísticos es compensada o indemnizada mediante la cesión de tierra con usos mejores que la suya, hasta equipararlo, en lo posible, con un promedio de aprovechamiento igual para todos los propietarios afectados. En la hipótesis de las reparcelaciones y aprovechamientos medios, o de reubicaciones gratuitas del propietario urbano, etc. La doctrina entiende que esto no es una indemnización, pero lo es. Está fundada en el principio de igualdad y lo prueba bien el hecho de que, cuando la desigualdad en la distribución de las cargas urbanísticas operada por el plan no tiene compensación posible mediante redistribución de tierras y usos dentro del área planificada —que resulta no factible en el caso— se indemniza en dinero, como si se tratase de una privación singular y excepcional, que ameritara expropiación.³⁵

C) El principio de seguridad jurídica y de no aplicación inmediata del Derecho Urbanístico

Todo plan y todo ordenamiento urbanístico deben no sólo fijar normas de uso del suelo sino disponer y regular la etapa de ejecución de sí mismos, por la construcción de las obras públicas y/o privadas que contemplan, lo que exige un cronograma o calendario y un plazo de vigencia del plan. Hay la tendencia a darle a la norma urbanística y, sobre todo, a las modificaciones de la misma que pueden afectar al propietario privado, vigencia sólo hacia el futuro, sin aplicación inmediata a las situaciones existentes, aun si son todavía posibilidades puramente jurídicas no realizadas. Los cambios de zonificación, por ejemplo tienden

35. El Art. 87.3, Ley del Suelo de España, impone la indemnización de las vinculaciones singulares y no distribuibles entre propietarios del polígono urbano.

a aplicarse sólo al suelo urbanizable y no al urbanizado, e incluso se respetan las licencias otorgadas, aunque no estén iniciadas ni construidas las edificaciones respectivas.³⁶ Si, aunque ello sea así, un plan se modifica después de otorgada una licencia pero antes de la expiración del plazo para su ejecución, fijado por el mismo plan, la Administración debe indemnizar. Debe hacerlo, en general, siempre que afecte usos ya construidos, licencias otorgadas (aunque no ejercidas) y licencias que han tenido ya un principio de ejecución.³⁷

D) *El principio de intangibilidad de la propiedad*

Cuando la detracción de usos y potestades que operan el nuevo plan o norma urbanísticos, mensurados contra el fondo de la norma preexistente, es muy grave, con olvido de la aplicación diferida del Derecho Urbanístico y de la confianza puesta en éste por el propietario, se invoca la integridad de la propiedad frente a los cambios normativos, como si hubiese una garantía constitucional de ella frente a esos cambios. Ocurre así principal y paradigmáticamente cuando el cambio introducido consiste en asignar un fundo privado a dominio o uso públicos (de servicios públicos, de acceso y utilización por el público, o de uso en beneficio de servicios comunales, como iglesias, plazas deportivas, etc.), pero sin expropiarlo de inmediato. La situación que se da es, entonces, compleja, y suele llamarse "reserva pública de dominio" o (en Costa Rica), "congelamiento" de la propiedad

Esta, en efecto, queda vinculada al fin asignado, lo que significa que no se podrá usar, transformar o edificar en forma incompatible con ese fin, si hacerlo incrementa el valor del inmueble caso de expropiación o crea obstáculos para aquel uso público diferido, cuando éste llegue a tener lugar. En la mayoría de los casos, la situación lo que significa es que el inmueble sólo podrá mantenerse —sin transformarse en absoluto— en el estado en que se encontraba al momento de la nueva disposición, según lo diga el ordenamiento. Todo permiso de construcción o urbanización tienen que ser denegados y, naturalmente, la circulación de la finca en el mercado de inmuebles queda paralizada. Es una finca privada inmovilizada urbanísticamente desde la nueva asignación de uso público o comunal, sin indemnización presente para el propietario.

Al mismo resultado puede llegarse no por la vía de una nueva asignación de uso (público) al fundo privado que era edificable, sin expropiarlo, sino también expropiándolo mediante emisión del respectivo acto administrativo, pero posponiendo indefinidamente la toma de posesión del bien, para no tener que cumplir con el requisito constitucional del previo pago.

36. Federico Spantigati: *Manuale di Diritto Urbanistico*, Giuffré, Milano, 1969, p. 89.

37. Art. 87.2, Ley del Suelo de España.

El Estado expropia, con lo que sustrae el bien totalmente a la disponibilidad y disfrute del ex propietario, pero no indemniza ni tampoco toma posesión, para no violar así el texto constitucional en contrario. Las soluciones arbitradas son varias, según la hipótesis: se fija un plazo —legal o judicial— a la expropiación, una vez comunicados el destino o la reserva públicos del bien inmediatamente operantes con las consecuencias vistas, pasado el cual la Administración los pierde y el propietario recupera su derecho originario de transformación y adquiere el de exigir la respectiva licencia: solución grave porque destruye la planificación adoptada, o encarece su costo. O bien, se equipara el “congelamiento” a la expropiación y se faculta al propietario —también legal o jurisprudencialmente— a cobrar de inmediato los daños y perjuicios respectivos y a traspasar el fundo al Estado por sentencia judicial (si no ha habido expropiación) y, en todo caso, se reconoce la reparación del daño derivado de la devaluación monetaria ocurrida durante el indebido retardo.³⁸

Pero no se discute nunca que el destino final de la propiedad privada afectada a uso público o del público es la expropiación, cuando este uso quiera hacerse efectivo, previa toma de posesión de la cosa. Se reputa indudable que todo traspaso de titularidad y de posesión de la propiedad inmueble para un fin público, exige expropiación con pago de indemnización previo a la toma de posesión. Se entiende aquí que lo contrario sería no sólo violación del precepto constitucional que ordena expropiar e indemnizar cuando se quiere privar a alguien de algo para un fin de utilidad pública, sino también de la norma constitucional que prohíbe las penas confiscatorias y del principio general de derecho que exige devolver el enriquecimiento sin causa. El mismo argumento sirve para justificar, en cambio, la ausencia de indemnización cuando el nuevo uso es el de suelo “no urbanizable”, no uno público o comunal, sin pérdida de la titularidad. Como no hay traspaso del título ni de posesión, no hay —se supone— ni confiscación ni enriquecimiento indebido alguno.

E) *El principio de responsabilidad pública*

En tanto que la responsabilidad en el Derecho Privado tiene como principio inspirador la sanción contra el ilícito (acto ilegítimo lesivo de un derecho subjetivo), la responsabilidad en el Derecho Público se funda en la solidaridad con la víctima de la Administración Pública, en función exclusivamente resarcitoria del daño causado. No importa, entonces, la ilegitimidad del acto lesivo y generan responsabilidad de la Administración, aun sus actuaciones normales (sin culpa subjetiva del servidor público ni error de la Administración) y sus

38. Es particularmente ilustrativa, sobre parte de las afirmaciones hechas, la brillante y sistemática exposición de Brewer, *idem*, pp. 435 y ss.

actos legítimos (ajustados a derecho) siempre que causen un daño especial (por la pequeña cantidad de damnificados) o anormal (por la intensidad excepcional de la lesión, aun si es a categorías o grupos).

La ley puede ser causa de este tipo de responsabilidad pública, si genera un daño con tales características. El régimen en cuestión viene hoy dispuesto en Costa Rica por los Arts. 190.1 y 194 de la Ley General de Administración Pública, que dicen:

Art. 190.1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

Art. 194. 1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión.

2. En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, pero no el lucro cesante.

3. El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo.

Lo anterior significa que si una ley o un plan, por su disposición o por su aplicación, generan un daño singular o de unos pocos, o uno de muchos pero excepcional y desproporcionadamente oneroso para el grupo, habrá responsabilidad del Estado o de la Administración por ese daño, que exigirá congrua y justa indemnización de todos.

6. *El sistema constitucional resultante: la posibilidad de "limitaciones expropiatorias" indemnizables*

La aplicación de los principios anteriores revela que no hay tal soberanía de la ley ordinaria o de sus derivaciones (por reenvío o delegación) para disponer del contenido de la propiedad. Independientemente de los principios en que tal dogma pretende fundamentarse —básicamente el del *contractus actus* normativo y el de la modificabilidad de las situaciones jurídicas objetivas—, juegan en favor de la propiedad y de su garantía aquellos otros principios capitales, que permiten una resistencia del derecho de propiedad urbana ante los embates planificadores o legislativos. Las respectivas potestades topan con esos principios, como límites flexibles pero infranqueables, que enmarcan la existencia de un derecho constitucional y supralegislativo de propiedad. Caso contrario, no se entendería su aplicación y vigencia. Todos los principios apuntados son constitucionales y contribuyen a delimitar una línea de mínima pero última resistencia del derecho de

propiedad ante la ley ordinaria, que es lo que justifica las soluciones apuntadas. Si, a la inversa, se parte del dogma de aquella soberanía legislativa en la delimitación de la propiedad, se arriba a extremos contradictorios. Así, por ejemplo, en las hipótesis de resarcimiento de daños inexistentes e imposibles, por ser legislativos.

En efecto, si el contenido de la propiedad está en blanco frente a la norma que legítimamente la limita y delimita, ante la potestad legislativa resultan imposibles las figuras de la expropiación o de la lesión resarcible, por virtud de su ejercicio. Ninguna norma dictada en uso de ella puede ser expropiatoria —no importa cuál sea su contenido— justamente porque, antes de su ejercicio, ese contenido o no existe, o está, si existe, a su disposición. La ley no es barrera contra la ley, ni el plan contra el plan, y el daño que produzca su reforma no es nunca digno de tutela. Si la propiedad no tiene contenido supralegal, ¿cómo saber lo que es expropiación frente a la ley? La expropiación sólo existe, entonces, frente a potestades de acción inferiores a la legislativa e inferiores, incluso, a aquellas otras normativas derivadas legítimamente de ésta, por vía de remisión o delegación. En último término, la expropiación sólo existiría ante actos administrativos concretos que operasen la privación o el traspaso de titularidad previstos por la Carta y la ley. Ante la ley y normas derivadas (por reenvío o delegación), la Constitución no aseguraría nada, ni siquiera la titularidad de la cosa, ni la exclusividad en su disfrute. Resultaría constitucionalmente posible delimitar legalmente la propiedad privada como propiedad colectiva de uso público o comunal, o de disposición y goce compartidos con la Administración o con el público, sin indemnización de ninguna especie. En último término, lo que resultaría innecesario y desaparecería del sistema por esta vía, sería la expropiación misma, como método de compensación de las privaciones patrimoniales singularmente inferidas por el Estado. Bastaría con afectar legalmente la cosa privada al uso y posesión públicos que justificarían su expropiación, sin dictarla y sin indemnizar, para poner aquélla a plena disposición de la Administración Pública. El propietario sería el nudo y, en todo caso, el no exclusivo propietario del bien, todo sin indemnización y sin violación de su propiedad.

En el derecho comparado hay hipótesis de propiedad comunal, pública o compartida,³⁹ que configuran tipos similares, sin indemnización al presunto dueño, pero todos fundados en la antigüedad del título: es la posesión inmemorial del derecho respectivo lo que impide, entonces, su resarcimiento como carga o gravamen. Pero empiezan a darse ya casos —como el de las zonas forestales protectoras y privadas de los derechos venezolano o español, según los analiza su doctrina— en que pareciera posible la afectación cuasi plena de la posesión y

39. Giannini: *I Beni...*, *op. cit.*, pp. 163 a 170.

del uso de una propiedad privada a un fin público y la casi total privación de ese mismo uso en contra del propietario, sin indemnización.⁴⁰ ¿Por qué se niega ésta aquí, cuando se reconoce en la hipótesis de los "congelamientos" o de las "afectaciones eternas"? ¿No hay aquí una expropiación disfrazada de vínculo forestal y una congelación del inmueble tan afectiva y devastadora como la que producen esas figuras anómalas?

En síntesis: ni la ley ni el plan son ni pueden ser soberanos en la regulación del contenido de la propiedad. Si la Constitución no garantiza ni define éste directa ni expresamente, lo hacen indirectamente otros principios constitucionales, que crean un haz de potestades y facultades, indeterminadas pero determinables, cuyo retaceo por obra de la ley, del plan o de cualquier otro instrumento normativo que no sea la propia Carta, resulta expropiatorio del derecho respectivo y contrario a ella y a su espíritu, si no se paga la justa indemnización correspondiente. Creemos, por ello, que nuestro ordenamiento ofrece una garantía constitucional de ese núcleo fundamental de la propiedad y que a la luz de ese principio deben interpretarse las normas legislativas, como el Art. 22 de la Ley de Planificación Urbana, que niega la rescabibilidad de las limitaciones urbanísticas. Depende ello —más bien— de cuáles sean y de cuán profunda su incidencia en el derecho de propiedad así garantizado, pese a la jurisprudencia constitucional en contrario. Si la limitación es "expropiatoria", por su intensidad excepcional, deberá ser indemnizada, pese al Art. 22 y, más bien, en su virtud, por interpretación sistemática del mismo, a la luz del Art. 45, C. Política.

viii) Jerarquía y competencia del plan.

La competencia municipal para dictar los planes urbanísticos proviene de la ley, puesto que cubre materia constitucionalmente reservada a ésta, pero tiene también fundamento constitucional, puesto que es materia local. Esto quiere decir que la ley no puede hacer la delegación sino en el Municipio y que sería inconstitucional, por violatoria de la autonomía municipal, la ley que hiciera lo contrario y habilitara, por ejemplo, al Poder Ejecutivo. Esto no prohíbe los controles administrativos sobre el plan, como los previstos en el Art. 13 de la Ley, pero sí la participación del Estado o de otros entes en la elaboración del plan, a título constitutivo. Luce como inconstitucional, en consecuencia, que el INVU pueda no sólo improbar un plan sino también reformarlo, aun si el Municipio tiene apelación contra la reforma ante el P. Ejecutivo. En el evento de que éste confirme, el Municipio recibiría un plan impuesto y eventualmente opuesto al adoptado por él.

40. Brewer-Carías: *Derecho y Administración de las Aguas...*, op. cit., pp. 107 a 117; y Jesús Leguina Villa: *Las facultades dominicales de la propiedad forestal*, REDA, Civitas, N° 3, pp. 147 a 152.

El plan municipal está subordinado a la ley, que puede regular directamente la materia. Frente a la ley no hay reserva municipal del urbanismo, como sí la hay, en cambio, frente al reglamento autónomo del P. Ejecutivo, que no puede regular sólo para un cantón, ni en materia extraña a su organización y servicios. Es obvio, sin embargo, que el P. Ejecutivo conserva su potestad constitucional de dictar reglamentos ejecutivos de la ley, en este caso de la que establezca el régimen de los planes, o, en general, del suelo y de sus usos. El plan estaría subordinado a dichos reglamentos ejecutivos nacionales de la ley urbanística.

Los planes son obligatorios para el Municipio que los dicta tanto como para particulares y para el resto de la Administración Pública. Sólo el legislador o la Municipalidad puede reformarlos, suspenderlos o derogarlos. La reforma municipal exige igual trámite que la adopción del plan (Art. 17 *in fine*), y esto se refiere tanto a mapas y planos como a reglamentos conexos de desarrollo urbano.

Si el Municipio no dicta el Plan Regulador, el INVU podrá hacerlo en su lugar, supeditado a lo que el Municipio disponga posteriormente. Se trata de una competencia supletoria o subsidiaria que, en tanto que tal, es constitucional. Dispone el Transitorio II de la Ley de Planificación Urbana:

Transitorio II. Mientras las municipalidades no tengan en vigencia reglamentos de fraccionamiento y urbanización con ajuste a esta ley, el Instituto tomará los acuerdos que requiera el control efectivo de los fraccionamientos y urbanizaciones, haciendo las publicaciones del caso en el *Diario Oficial*.

Para ese fin, el Instituto promulgará los reglamentos modelos aplicables a las áreas urbanas, según el grado de desarrollo, y delimitará provisionalmente el Area Metropolitana y de los demás centros urbanos.

En uso de tal potestad subsidiaria, el INVU ha dictado modelos de Reglamentos de Desarrollo Urbano y, sobre todo, como veremos de inmediato, un Reglamento Nacional para el Control de Fraccionamientos y Urbanizaciones, que es el instrumento decisivo y más importante para el régimen de urbanismo en Costa Rica. Esta competencia extraordinaria, sin embargo, va limitada a la materia de los fraccionamientos y urbanizaciones.

ix) Régimen de la propiedad en el plan.

Dada la inexistencia prácticamente total de planes locales, puede decirse que en Costa Rica no hay un contenido típico de la propiedad urbana planificada. Es obvio que los planes —de existir— tendrían un contenido complejo y mucho más incisivo y ajustado al suelo y a sus características que cualquier otra norma legal o reglamentaria. Fuera de describir esquemáticamente el contenido de los Reglamentos de Desarrollo Urbano, como lo haremos de inmediato, cabe

comentar algunas instituciones típicas del urbanismo planificado, que son las medidas de salvaguarda, las afectaciones expropiatorias y los derechos de preferencia o tanteo.

1) *Medidas de salvaguarda.* Consisten básicamente en medidas cautelares adoptadas con la iniciación del trámite de elaboración de un plan o de sus revisiones, para evitar usos coetáneos del suelo que obstaculicen su ejecución. Concretamente se quiere impedir que los propietarios maniobren o actúen en contra del futuro plan, edificando contra sus disposiciones antes de que se promulgue. Las medidas usuales son: la suspensión (del ejercicio) de la potestad de dar licencias y la suspensión de obras en curso. No hay en Costa Rica regla general que las autorice, con la salvedad que se dirá en cuanto a alineamientos, y, en consecuencia, están prohibidas por el principio de legalidad (sólo lo autorizado está permitido). No puede el Municipio negarse a resolver sobre una solicitud de licencia para construcción o urbanización, y menos todavía rechazar ésta u ordenar la suspensión de una obra, invocando un plan que no existe todavía. Requeriría de norma legal o municipal que así lo autorizara. El Municipio se arroga de hecho la potestad de adoptar estas medidas cautelares. El Art. 19 de la Ley de Construcciones autoriza no permitir obras de consolidación de un inmueble en las partes sobresalientes del alineamiento indicado por un "proyecto de planificación legalmente aprobado", es decir: adoptado ya, aunque no publicado todavía. Si el proyecto es tal por no estar aprobado (y mucho menos publicado), la medida cautelar anterior parece ser improcedente.

2) *Afectaciones expropiatorias.* Son, como quedó explicado, las prohibiciones de transformar o edificar cuando el inmueble viene destinado por un plan vigente a uso público, distinto e incompatible con su uso y estado actuales, destino público cuya ejecución exigirá expropiación oportunamente. Son "expropiaciones diferidas". Normalmente hay un "congelamiento" total, en cuanto queda prohibido todo tipo de edificación, salvo renuncia anticipada del propietario al valor de la misma en la expropiación subsiguiente. La solución en el Derecho Comparado es fijarle término a la situación, pasado el cual, si no ha habido expropiación, el inmueble recupera la plenitud del derecho a la transformación. Como en casi todo, nuestra ley regula fragmentaria y deficientemente la materia, pues nada dice sobre la suerte del inmueble cuando, pasado el término legal que indica, no se haya consumado la expropiación. Disponen al respecto los Arts. 47 y 48:

Art. 47. Las porciones de dominio privado que el Mapa Oficial reserve a algún uso público, no podrán ser fraccionadas ni tampoco transformadas con obras o mejoras que encarezcan su adquisición al Estado o sus Insti-

tuciones. Tal limitación y las modalidades y condiciones en que esas porciones acrecen el dominio público, se regirán por las disposiciones pertinentes de los artículos 40, 48 y siguientes de esta ley.

Art. 48. Cuando sea negado el permiso para construir o urbanizar, por estar reservada a uso público la totalidad de la finca o parte de ella que exceda el porcentaje establecido en el artículo 40, la Municipalidad, el Estado o sus instituciones, deberán negociar la compra de todo el inmueble o iniciar las correspondientes diligencias de expropiación dentro del año inmediato siguiente.

Como se ve, el plazo de un año es para iniciar, no para concluir la expropiación con el pago de la finca, lo cual permite que la Administración cumpla dando el paso inicial del trámite expropiatorio, para abandonarlo después.

En mi concepto, la solución correcta debe ser la expropiación automática con pago de la indemnización, a través de sentencia judicial. El Juez, en otras palabras, equipara la omisión a la acción expropiatoria y dicta sentencia que condene el pago de los daños y perjuicios normalmente procedentes en el caso. La otra solución disloca el plan, al permitir y consolidar usos anormales o incompatibles.

Una variedad de estas afectaciones son los alineamientos, que fijan la línea de propiedad y deslindan ésta del dominio público vial. Hay silencio positivo para su otorgamiento (Art. 18, Ley de Construcciones). Si implica retroceso de la línea de construcción existente, sea para calles u ochavas, deberán ser expropiadas las franjas afectadas pero no de inmediato, sino cuando la Municipalidad tome posesión y las afecte de hecho a vía pública. Es, como se dijo, una especie de expropiación diferida. Entretanto no se podrá transformar el bien en ninguna forma que consolide su estado actual (Arts. 18, 19 y 23, Ley de Construcciones).

El Art. 49, Ley de Planificación Urbana, exige un reglamento para autorizar cualquier uso de la franja afectada, el cual no existe. Las Municipalidades mantienen por decenios los alineamientos sin expropiar. La única protección brindada por la ley, está prevista en el Art. 50, en la hipótesis de que el alineamiento haga imposible el uso zonificado, en cuyo caso se aplicaría el Art. 48, que ya vimos no da una solución final, no obstante dar un año de plazo después de la respectiva solicitud de construcción o urbanización, para "iniciar" —no para pagar— la expropiación. La solución respecto de la hipótesis de congelamiento de la propiedad por alineamiento normal, fuera del caso de excepción que contiene el Art. 50, debe ser la misma sugerida para el problema de las afectaciones expropiatorias: expropiación y pago mediante sentencia judicial.

3) *Derecho de tanteo o de preferencia.* Es la preferencia del Municipio para comprar al propietario antes que ningún tercero, por el precio que éste ofrez-

ca, o por uno mejor sólo en el caso de que la ley expresamente así lo imponga. No existe tal privilegio municipal en Costa Rica.

x) Esquema de los Reglamentos de Desarrollo Urbano, según la ley.

1) *Reglamento de Zonificación*

Asigna usos globales al suelo cantonal, de acuerdo con el área y las dimensiones de los lotes. Regulará la ubicación de los edificios, altura y área de piso (cobertura), tamaño de los retiros, patios, estacionamientos, etc. En general, puede abarcar y localizar todos los usos posibles del suelo y no puede haber uno sin que esté autorizado, lo que aproxima la posición del propietario al del administrador en uso de su discrecionalidad, pues en ambos casos el fin de la conducta está reglado. Los requisitos y cargas de un uso puede variar de zona a zona, pero no pueden variar para un uso dentro de la misma zona (Arts. 24 y 27). Los propietarios deben proveerse del certificado de conformidad del uso que pretenden con la zona y ello condicionará la operación empresarial que intentaren, pero no dice la ley si el título consolida, o no, un derecho al uso certificado (Art. 28), ni las responsabilidades por su incorrecta emisión o denegación. El uso no conforme es prohibido si es nuevo, pero si está construido su aprovechamiento, la edificación no podrá transformarse, sino para eliminarlo, tornándolo en concordante o, al menos, en compatible, previa autorización reglamentaria (Arts. 28 y 30). La construcción contra la zonificación podrá ser demolida administrativamente, de conformidad con la Ley de Construcciones. Grave disposición contiene el Art. 30 que prevé, sin ulterior regulación, la posibilidad de admitir "excepciones o variantes" a la zonificación, en casos calificados según el reglamento que se emita (que todavía no existe), y es grave porque esta posibilidad, llevada frecuentemente a la práctica, ha desvirtuado la muy poca zonificación existente, sin tener siquiera la base reglamentaria preceptuada por la ley.

2) *Reglamento de Mapa Oficial*

Rige sobre las reservas, adquisición, uso y conservación de las zonas para usos públicos colectivos, comunales y de servicios públicos, como vías, parques, jardines, iglesias, escuelas, plazas, ministerios, oficinas públicas, etc. Se trata de lo que llaman los italianos "las localizaciones", por contraposición a la zonificación, que atañe al dominio de particulares. Constituye, con sus mapas y planos, "registro especial fehaciente sobre propiedad y afectación a dominio público de los terrenos o espacios ya entregados a usos públicos", lo que no se comprende, pues un reglamento no puede convertirse en registro de nada (Art. 43). Alude la norma obviamente a los mapas y planos que, según el reglamento delimitan

y describen gráficamente la localización del uso público correspondiente. La norma presenta una limitación fundamental, al disponerlo así únicamente en relación con inmuebles "ya entregados a usos públicos", lo que opera una doble exclusión de esa publicidad registral, de capital importancia en todo régimen urbanístico, a saber: bienes de propiedad pública (estatal o municipal) destinados a uso público, que todavía no se hace efectivo: y bienes de dominio privado del particular, con igual fin y en igual situación. Es absolutamente necesario que un registro público permita a la comunidad el conocimiento de las vinculaciones, expropiaciones diferidas o congelamientos y demás limitaciones urbanísticas derivadas del plan regulador o de su sucedáneo, exactamente como lo es con la propiedad privada común. La limitación fundamental que contiene el Art. 43 lo impide. El Art. 44 termina por darle al Mapa Oficial una importancia que constitucionalmente no puede tener. Dispone tal norma:

Art. 44. El dominio municipal sobre las áreas de calles, plazas, jardines, parques y otros espacios abiertos de uso público general, se constituye por ese mismo uso y puede prescindirse de su inscripción en el Registro de la Propiedad, si consta en el Mapa Oficial.

No queda claro el alcance de la norma. Si significa —lo que es conforme a derecho y razón— que el dominio público urbano no se constituye solamente por destino jurídico (legal, reglamentario o de planificación), sino que requiere también del uso efectivo de la cosa para el fin público de destino, la norma no es nada nuevo ni revolucionario. Si, en cambio, la norma dispone la creación del título de propiedad sobre el dominio público a partir del uso público o comunal del bien, aunque éste sea privado, la norma es inconstitucional, por confiscatoria. No puede haber adquisición de dominio público por uso, de hecho y sin título de propiedad, de las cosas privadas, salvo expropiación. Es nuestra opinión que para que nazca el dominio del Estado o de otro ente público o privado, se requiere que, previamente al uso o simultáneamente con él, haya un título de propiedad independiente. Si éste no existe, el uso efectivo, por inmemorial que sea, no puede constituir título de propiedad suficiente en contra del dueño del inmueble. Lo contrario sería una expropiación sin indemnización o una confiscación inconstitucionales.

III. EL URBANISMO SIN PLAN REGULADOR

Se hizo ver la posibilidad de que se diera construcción y urbanización sin plan regulador. Pueden regir al respecto los Reglamentos de Desarrollo Urbano sin plan, dictados por el respectivo Municipio o, en su defecto y mientras éste no lo haga, por el INVU, en uso de su competencia subsidiaria antes mencionada. Pero aun así puede darse la ausencia de tales Reglamentos, porque el INVU

los propone como modelo y no rigen mientras la Municipalidad no los adopte, lo que es regla general. El urbanismo, sin Plan Regulador ni Reglamentos de Desarrollo Urbano, viene regido por las varias leyes anteriormente citadas, especialmente las de Construcción y de Planificación Urbana, y, sobre todo, por el ya mencionado Reglamento Nacional para el Control de Fraccionamientos y Urbanizaciones.

Resulta imposible resumir aquí su extenso y complejo contenido. Reseñaremos lo fundamental.

La delimitación del suelo urbano o sujeto a control urbanístico es administrativa, casuística y empírica.

Suelo urbano y rural se confunden, en ausencia de planificación y de reglamentación. Hay, entonces, suelo urbanizado y suelo urbanizable. Todo terreno inculto es urbanizable, a condición de que reúna los requisitos legales y reglamentarios para reputarlo tal. Estos últimos son innumerables, pero hay algunos fundamentales, que puede aludirse conjuntamente con los legales. El resultado es insatisfactorio, tanto desde el punto de vista del interés público como del interés privado.

La norma más importante es el Art. 38, incisos b) y c) de la Ley de Planificación Urbana. Disponen éstos en lo conducente:

Art. 38. No se dará permiso para urbanizar terrenos: a)

b) Por no estar garantizado el importe de las obras de habilitación urbana del inmueble. . . ; c) *En tanto el desarrollo del área localizada fuera del límite zonificado se considere prematuro*, por carecer de facilidades y servicios públicos, o por el alto costo de tales facilidades y servicios, por su distancia de otras áreas habitables o debido a cualquiera otra deficiencia determinada de condiciones adversas a la seguridad y a la salubridad públicas. Los proyectos de urbanización ubicados dentro o fuera del área zonificada que tengan los servicios de acueducto, alcantarillados, sanitarios y electricidad alejados de sus linderos, deben ser aceptados para su análisis por la Municipalidad y la Dirección de Urbanismo, si el urbanizador se compromete a costear las obras ejecutadas fuera de su propiedad, para ofrecer todos los servicios necesarios.

Saltn dos condiciones necesarias para urbanizar, a saber:

1) Que la urbanización no sea "prematura"; 2) que se garantice su habilitación urbanística.

La urbanización es "prematura" cuando es inadecuado para ella el lugar donde se quiere ubicarla y llevarla a cabo, lo que ocurre cuando se da una de las siguientes condiciones:

a) Carencia de facilidades y servicios públicos; b) Costo excesivo de su instalación u operación; c) Distancia excesiva respecto de otras áreas urbanizadas; d) Cualquiera otra deficiencia determinante de condiciones adversas a la seguridad y a la salubridad públicas. Los servicios públicos indispensables son —sin limitarse a ellos— los que define el Art. 4 del Reglamento Nacional “como el abastecimiento de agua, alcantarillado, drenaje y electricidad”. No se enumera el teléfono ni la televisión.

El Reglamento Nacional exige que las parcelas tengan acceso a vía pública. (Capítulo III, Art. 2-1).

Creemos que las condiciones enumeradas distan mucho de ser precisas y de configurar tipos de potestades regladas en cuanto a motivos. Las circunstancias de hecho a apreciar, por más que se quieran reducir a entidades exactas (mediante la técnica de los conceptos indeterminados), ofrece amplio margen para criterios personales del funcionario, aunque técnicamente fundados: ¿qué es un costo excesivo, una excesiva distancia, y, sobre todo, “cualquier otra deficiencia adversa a la seguridad y salubridad públicas?

Los requisitos del Art. 37 preindicados vienen complementados por los Arts. 1-1 del Reglamento Nacional (Cap. III), que dispone:

Art. 1-1. Para que sea permitido el desarrollo de terrenos mediante su fraccionamiento o urbanización, deben reunirse las siguientes condiciones:

- a) Que los usos proyectados sean conformes con las directrices establecidas por los organismos competentes o, en su defecto, el Plan Regulador.
- b) Que las características naturales del terreno o la alteración que a éstas puedan ocasionar las obras a realizar, ofrezcan una garantía previsible contra riesgos de inundación, derrumbes o deslizamientos, tomando en cuenta no sólo las condiciones topográficas y geológicas del suelo sino también las ecológicas del sitio.
- c) Que el diseño geométrico sea lo más acorde posible con las condiciones naturales, tomando en cuenta no sólo las del terreno a desarrollar sino también las de sus inmediaciones.
- d) Que los lotes que se originen sean de un tamaño aceptable, con frentes adecuados a la vía pública y de forma regular en lo posible.
- e) Que los lotes puedan disponer de los servicios indispensables; y
- f) Que los terrenos estén libres de afectaciones o que, de lo contrario, éstas puedan conciliarse con el desarrollo propuesto.

Se exige, además, garantizar no la realización sino “el importe” o costo de la realización de las obras para la habilitación urbana del inmueble, obras que son precisamente la infraestructura antes citada. Por su parte el Art. 21, Cap. II,

Sección II, del Reglamento Nacional y el Art. 39 de la Ley, en relación, obligan a realizar las obras primarias o de infraestructura antes de vender lotes, pero permiten hacerlo sin haberlas realizado si se garantiza por medio satisfactorio (legalmente determinado, como hipoteca, fianza, etc.), que se van a realizar dentro de los cinco años posteriores a la licencia de urbanización. Si se incumple, la Municipalidad tiene que ejecutar la obra y cobra la garantía. El resultado casi seguro de tal sistema es que los lotes estarán vendidos inmediatamente después de la licencia y de una obra primaria preliminar de alcance primitivo, para seducir al comprador, logrado lo cual el urbanizador desaparecerá.

En síntesis: la determinación del suelo urbanizable es materia sólo parcialmente técnica, porque es también parcialmente discrecional, dentro del marco de conceptos indeterminados que pueden no ser reducibles técnica ni precisamente. La licencia de urbanización es acto discrecional en cuanto a su motivo, aun cuando pueda ser más o menos reglado en cuanto a su contenido. No hay garantía ninguna de que el sistema funcione bien ni en beneficio del interés público ni en beneficio del interés empresarial. Urbanizable es todo terreno privado, urbano o rural, excepto que, por sus características, la urbanización sea "prematura" en perjuicio del interés público.

IV. LAS CARGAS DEL URBANISMO

El Derecho Urbanístico existe sobre todo para evitar el uso irracional de un recurso limitado, que es el suelo, y, sobre todo, su irracional explotación a costa de la comunidad. El aspecto más importante de esa irracionalidad es la acumulación de plusvalías por el propietario urbano proveniente de la urbanización llevada a cabo y costada por la comunidad. Es necesario que el propietario urbano —principalmente el urbanizador— devuelva esas plusvalías, para lo cual, si quiere lucrar con el urbanismo, debe pagar la parte justa del beneficio injusto que con ella va a recibir. Para lograrlo se han arbitrado varios sistemas, principalmente:

- 1) Cesión gratuita de áreas para zonas verdes y usos públicos. Vimos ya que la Ley de Caminos prevé un sistema de cesión automática de terrenos para viales en toda urbanización, por el hecho de la aprobación del proyecto respectivo. Las cesiones para otros fines no gozan de tal ventaja, pero son igualmente obligatorias y gratuitas (parques y facilidades comunales). Lo que se da para parques y facilidades comunales oscilará entre un 5 por ciento y un 20 por ciento del área total a urbanizar, según lo determine un reglamento municipal, y, en total, no se podrá exigir la cesión gratuita de más de un 45 por ciento de esa misma área total. Del área cedida habrá al menos una tercera parte destinada a parques, con prioridad para campos de juegos infantiles; los dos tercios res-

tantes serán para facilidades comunales. Estas áreas para facilidades comunales sólo pueden eliminarse o reducirse a cambio de alguna ventaja compensatoria para la Municipalidad en beneficio de la comunidad, sin que diga la ley si ésta es la de los compradores o toda la comunidad municipal. Si por sus características o por estar ya hecha la urbanización, los terrenos para zonas verdes no se requieren, el urbanizador deberá entregar suma de dinero equivalente a su valor dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco años, calculándose la equivalencia como si el terreno compensado fuese no urbanizado (Arts. 40 y 41).

2) Ejecución de la urbanización. El urbanizador tiene que ejecutar íntegramente a sus expensas la transformación del suelo de rural en urbano y llevar a cabo igualmente la urbanización con toda su infraestructura, excepción hecha de las facilidades comunales. Tendrá que construir todas las redes de servicios primarios y su conexión a la red nacional correspondiente, calles, cordones de caño, cunetas, etc. Vimos ya que puede optar por garantizarlo y no hacerlo, perdiendo la garantía, en cuyo caso la obra es realizada por la Municipalidad, después de cobrar aquélla.

3) Pago de impuesto sobre construcciones y de tasa de valoración. Toda urbanización debe pagar un 1 por ciento de impuesto sobre su valor y el costo total de las obras de pavimentación y de caminos públicos cuando éstos cruzaren zonas urbanas, aceras, cordones y cunetas, alcantarillado pluvial y sanitario, acueductos y distribución e iluminación eléctricas, en proporción a la plusvalía recibida por cada propietario. Entre lo que deba pagarse por tasa de valorización y por precio de terrenos y mejoras en casos de expropiación deberá hacerse compensación directa (Arts. 70 y 71). Esta última norma autoriza a la Municipalidad, en todo caso, a pagar en diez años el resarcimiento debido por expropiaciones o compras de terrenos, lo que es claramente inconstitucional por violatorio del Art. 45, párrafo primero de la Carta, que exige pago previo a la toma de posesión del inmueble y dentro de los dos años posteriores sólo en casos de emergencia nacional.

V. LAS FALLAS DEL SISTEMA

El sistema de planificación de la propiedad urbana es sin lugar a dudas el único posible para resolver los problemas que plantea el crecimiento de la ciudad y el hacinamiento de la gente en ella. Los métodos subsidiarios, como ha quedado visto, son inadecuados por naturaleza, sin que importe al respecto su mayor o menor grado de perfeccionamiento. Solamente con la potestad de ordenar en toda su singularidad y detalle la tenencia y el uso del suelo, en un proceso normativo jerarquizado, continuo y coetáneo del desarrollo urbano, es posible racionalizarlo y convertir el suelo en una fuente de progreso y no de de-

sigualdad sociales. Pero, para ello, es necesario un sistema de planificación que no sea meramente nominal, como el que dejamos esbozado, sino verdaderamente tal, provisto de las potestades conexas con la reguladora y normativa, que garanticen no sólo la observancia sino la ejecución del plan. El plan urbanístico tiene la característica, como bien lo resaltan todos los autores, de estar llamado a ejecución, sin lo cual todas las normas que lo componen carecen de aplicación. Podría casi decirse que en el Derecho Urbanístico la aplicación de las normas condiciona su vigencia, pues sin urbanización no hay Derecho Urbanístico que aplicar. Desde ese punto de vista son múltiples las fallas, omisiones y carencias que cabe apuntar en el sistema costarricense de planificación, si es que se puede llamar tal. Puntualizamos los aspectos más críticos:

1) *Ausencia de normas de ejecución.* La primera y más importante falla de la Ley es no contemplar del todo sistemas de ejecución del plan, que la garanticen. El contemplado por la Ley no se refiere al plan sino a la urbanización, con o sin él (y más lo último que lo primero, por todo lo dicho). No está definido cómo la Administración Urbanística puede iniciar y terminar la ejecución de un plan y no hay siquiera la obligación de ejecutar las obras públicas necesarias, ni a cargo de la Municipalidad ni de los particulares cointerésados. No hay previstas las formas de organización que estos últimos pueden adoptar si quieren hacerse cargo de colaborar en esa ejecución. Las coactivas estarían excluidas en Costa Rica por el Art. 25 de la Constitución, que prohíbe toda forma de asociación forzosa. Pero, fuera de que las figuras de constitución libre y voluntaria de asociaciones han dado buen resultado en otros ordenamientos, bien cabe avanzar la idea de que la norma constitucional se refiere única y exclusivamente a las asociaciones privadas, no a entes públicos de base asociativa, y podría pensarse en darle tal figura a las organizaciones coactivas de propietarios urbanos, para imponerles la ejecución del plan.

2) *Ausencia de instrumentos adicionales de ejecución: carencia de deberes y sanciones.* Consecuencia del enfoque privatista del fenómeno urbano, que preside nuestra Ley, es que tampoco hay el deber del propietario urbano de construir el solar urbanizable de conformidad con las previsiones temporales del plan, que no tiene legalmente plazo necesario de realización. Es decir: que paralelamente a la libertad del sector público para construir, o no, las obras públicas necesarias a sus "localizaciones", hay una plena libertad del propietario para urbanizar, o no, solares. Y, consiguientemente, no hay sanciones por el incumplimiento de tal deber, que no existe. No hay sanciones, en general, sino por infracción de normas de construcción o urbanización, una vez superada la libre decisión de cumplir, y en ningún caso la drástica sanción, clásica en este campo, de la expropiación forzosa con fines de ejecución sustitutiva.

3) *Ausencia de normas sobre sistemas de conservación y financiación.* La tasa de valorización y el impuesto de urbanizaciones sólo sirven para mantener una parte ínfima de los viales y redes locales de servicios primarios de la urbanización o urbanizaciones. Debe introducirse por tanto nuevos impuestos como formas obligatorias de asociación de particulares y/o sociedades mixtas que tengan permanentemente el deber de mantener la infraestructura y las instalaciones comunales de la urbanización. Es obvia la participación financiera preponderante que en tales proyectos y servicios deben tener el Estado y el Municipio. Como no hay ejecución planificada ni obligatoria del urbanismo, sino sólo urbanizaciones privadas, es menos aparente la necesidad de la distribución de beneficios y cargas consecuentes. Pero el problema de la ganancia ilícita de plusvalías generadas por la comunidad —a través de los sistemas urbanísticos generales de infraestructura— es grave y muy injustos y notorios los enriquecimientos privados a costa de la comunidad. Para solucionarlo habría que convertir en función pública el urbanismo y la actividad edilicia.

4) *Ausencia de sistemas de distribución equitativa de cargas y beneficios de la urbanización.* El reparcelamiento y los aprovechamientos medios, estilo inglés o español, pueden solucionar el problema. Pero éste no se solucionará mientras no se descentralice coactivamente en el propietario urbano la colaboración intensa en la formulación y la ejecución de los planes hasta hacerlo sentir que los mismos afectan seriamente su vida, para bien o para mal, y que, en el fondo, el mejoramiento urbano es la condición *sine qua non* para el desarrollo y la felicidad, tanto individuales como colectivos.