



PROPIEDAD, EMPRESA E INTERVENCION PUBLICA EN COSTA RICA

Eduardo Ortiz Ortiz

[Faint, mostly illegible text covering the right page, likely bleed-through from the reverse side.]

SUMARIO: a) Antecedentes. b) La función social de la propiedad: concepto y alcances. c) Las posibles formas de regulación del derecho (subjetivo) de propiedad. 1.- La regulación y limitación puramente normativas. i.- Limitaciones consistentes en obligaciones de no hacer. ii.- Limitaciones consistentes en hacer. iii.- Limitaciones que consisten en obligaciones de dar. 2.- La potestad administrativa de regulación y disposición. i.- El sistema de autorización. Sus clases o tipos. ii.- La evolución doctrinaria y jurisprudencial francesa. iii.- Los peligros del principio del servicio público "virtual". iv.- La indeterminación de la regulación administrativa. ch) Perfil y equiparación de propiedad y libertad en nuestra Constitución. d) El Art. 50 de la Constitución. 1.- Antecedentes. 2.- El alcance técnico de la potestad de organización. 3.- Los contralores de organización o constitutivos. 4.- El derecho comparado (con Francia e Italia) de libertad y de la propiedad. i.- Francia. ii.- Italia. 5.- El Art. 50 y la potestad estatal de organizar la producción. e) Libertad, propiedad y potestad es indeterminadas de regulación y disposición. f) Planificación imperativa, propiedad y libertad. g) El panorama de la jurisprudencia constitucional. 1.- La propiedad y el Art. 45 de la Constitución. 2.- La libertad de empresa y el Art. 46 de la Constitución. h) El ordenamiento legal. 1. Comercio. 2.- Bolsas de comercio. (Art. 400 inciso c) Código de Comercio. 3.- Bosques y Montes. (Ley Forestal N° 446 de 25 de noviembre 1969). 4.- Salud. (Código de Salud, Ley N° 5395 de 8 de noviembre de 1973). 5.- Turismo. (Ley del Instituto Costarricense de Turismo, N° 1917 de 30 de julio 1955). 6.- Banca. 7.- Educación. 8.- Planificación urbana y edilicia. Conclusión.

a. Antecedentes

El Artículo 544 del Código Civil de Napoleón (de 1804) —repetiendo la Declaración de Derechos del Hombre de 1789— definió la propiedad privada como:

"El derecho de disfrutar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos".

Pero el Art. 537 del mismo Código, reafirmando las últimas palabras del Art. 544, dispuso expresamente:

"Los particulares tienen la libre disposición de los bienes que les pertenecen, salvo las modificaciones establecidas por las leyes".¹

Es innegable que ya desde su fuente moderna, que es el Código citado, la propiedad privada se vio enfrentada, como derecho, a las prohibiciones o modificaciones que le introdujeran la ley o los reglamentos en beneficio de la comunidad, del público o del pueblo. Pero es también cierto que durante el pasado siglo y hasta antes de la Primera Guerra Mundial, predominó "el modo más absoluto" en el ejercicio de aquel derecho y que ello causó daños a la comunidad, por ausencia de explotación adecuada y eficiente de la propiedad, sobre todo inmueble y agraria.²

El Art. 29 de la Constitución de 1871, fiel a tal concepción absoluta del derecho de propiedad, declaró la inviolabilidad de ésta, sin mencionar la posibilidad de limitarla en bien de la comunidad, aunque autorizando la expropiación por razones de interés público legalmente comprobado, y así se mantuvo la institución hasta el 7 de julio de 1943, fecha en

1 Juan Luis Arias, "Las Limitaciones de la Propiedad en Nuestra Historia Constitucional", Revista de Ciencias Jurídicas, N° 15, Imprenta Lehmann, Universidad de Costa Rica, San José, 1970, pág. 338.

2 Oscar Salas Marrero y Rodrigo Barahona Israel, Derecho Agrario, Universidad de Costa Rica, Serie Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 22, 1973, San José, Costa Rica, pág. 65: "Como consecuencia de este poder absoluto de usar, gozar y disponer de la cosa a su arbitrio, el propietario tiene asimismo derecho de no usarla, no gozarla, ni disponer de ella, y puede, por consiguiente, no utilizar sus construcciones, ni su capital, ni arrendar su tierra".

que se pasó una reforma constitucional a proposición del Dr. Rafael Angel Calderón Guardia, entonces Presidente de la República, en su mensaje oficial del 1º de mayo de 1943, como resultado de lo cual se agregó un segundo párrafo al Art. 29, que dijo:

"Por motivos de necesidad pública, podrá el Congreso, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponerle a la propiedad limitaciones de interés social".

El Anteproyecto de Constitución presentado a la Constituyente del año 1949 por la Junta Revolucionaria de Gobierno, entonces en el poder, contenía un Artículo 109, que decía:

"El dominio eminente del Estado sobre todos los bienes existentes en el territorio nacional, le confiere de manera exclusiva las siguientes facultades:

1) Imponer limitaciones a la propiedad privada para que ésta cumpla su función social".

El Anteproyecto —como es sabido— fue desechado por aquella Constituyente, que adoptó la Constitución de 1871 como base de trabajo, pero cabe hacer ver que respecto del alcance de la propiedad privada hubo una toma expresa de posición, pues la fracción del Partido Social Demócrata en aquella Asamblea —a la que pertenecían algunos de los autores del Anteproyecto referido, especialmente Rodrigo Facio Brenes— trajo a debate el tema de la función social de la propiedad al discutirse el Art. 29 (de la Constitución de 1871) y propuso el siguiente texto en su lugar:

"La República reconoce y garantiza la propiedad privada. Pero con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa, podrá imponerle limitaciones para que se cumpla su función social".

La proposición del Partido Social Demócrata fue rechazada, para que al Constituyente finalmente votara el Art. 45 con su redacción actual, que es reproducción casi exacta del Art. 29 de la Constitución de 1871, tal y como había sido adicionado, sin otra variante que fijar en dos años el plazo máximo para el pago de la indemnización posterior a la expropiación en casos de urgencia o de emergencia. En otras palabras: la Constituyente de 1949 no aceptó que la Constitución hablara de una "función social" de la propiedad privada.³ Posteriormente —y ya bajo el imperio de la Constitución de 1949, que ahora nos rige— la Asamblea Legislativa, a iniciativa de sus miembros, presentó al Poder Ejecutivo el Proyecto de Ley de Tierras y Colonización con varios artículos centrados sobre la idea de

³ Todo como puede verse de Acta 104, Actas de la Asamblea Constituyente, edición preparada por Mario Alberto Jiménez Rojas, Imprenta Nacional, San José, 1955, tomo II, págs. 465 a 471; y, sobre todo, del discurso de Rodrigo Facio, visible a págs. 471 a 476, ídem.

la "función social" de la propiedad privada, que fueron vetados por el Presidente Echandi (1958-1962) y finalmente eliminados de la Ley, por falta de los votos necesarios para el resello, con lo que el texto final vigente parece sustentarse menos fuertemente en dicha concepción; pero, en todo caso, la consagró siempre en algunas de sus disposiciones y concretamente en los Artículos 6, 21 inciso 1, 58, 142, 144 y 150 (de la Ley de Tierras y Colonización vigente). Entre los preceptos desechados por el veto se encontraba la declaración más amplia del proyecto a favor de la "función social" de la propiedad, concretamente en el Art. 1, que decía:

"La presente Ley tiene por objeto: inciso 1, inciso 2, ... inciso 3): determinar que la propiedad tiene por objeto fundamentalmente el de cumplir la más amplia función social, por cuya razón está sujeta a todo principio de necesidad pública".

¿Significa ello que no existe 'función social' de la propiedad privada en Costa Rica? ¿Qué es la función social de la propiedad?

b. La función social de la propiedad: concepto y alcance.

El término "función social" de la propiedad ha sido usado en este y en el pasado siglo con múltiples y hasta contradictorios sentidos, aunque con mucha mayor uniformidad y coherencia en la legislación comparada que en la doctrina.⁴

⁴ Es la Iglesia Católica la que más ha sostenido y desde hace más años el principio de la "función social de la propiedad privada", a partir del Evangelio de San Mateo, 6-19-20, donde Cristo dice: "no amontones tesoros en la tierra, donde la polilla y la herrumbre los destruyen, y donde los ladrones perforan los muros y roban: amontonad, más bien, tesoros en el cielo, donde la polilla y la herrumbre no los destruyen y donde los ladrones no perforan muros ni roban". Se ha fundado también en San Mateo, 25-40, cuando Cristo dijo: "Cuanto hicisteis a uno de estos hermanos míos más pequeños, a mí lo hicisteis".

Cinco Encíclicas han desarrollado una versión terrenal de tal temple de desprendimiento y subordinación de los bienes materiales a los espirituales: Rerum Novarum, de León XIII; Cuadragésimo Anno, de Pío XI; Mater et Magistra y Pacem in Terris, de Juan XXIII; y Populorum Progressio, de Paulo VI.

En todas, la tesis es el carácter natural y, por lo tanto, necesario del derecho de propiedad, incluyendo la de los medios de producción, así como su debida subordinación al bien común. La intervención estatal ha de ser supletoria de las fallas del individuo en la vida económica, sea limitándola y regulándola o protagonizando la actividad desertada por el individuo. Pese a la lucidez de las últimas Encíclicas, es la primera de ellas, la Rerum Novarum, la que más claramente define la "función social" de la propiedad como sacrificio de ella en beneficio de los demás, dentro de la inevitable desigualdad económica y social entre los hombres:

"Sea, pues, el primer principio, y como la base de todo, que no hay más remedio que acomodarse a la condición humana; que en la sociedad civil no pueden todos ser iguales, los altos y los bajos ... No son iguales los talentos de todos, ni igual el ingenio, ni la salud, ni las fuerzas; y a la necesidad de estas cosas síguese espontáneamente la desigualdad en la fortuna". (Ediciones Paulinas, Bogotá, 1975, págs. 15 y 16).

Mmm
La idea de función implica el servicio a un interés extraño a quien sirve, propio de la sociedad cuando se trata de uno que se califica como público. Lo que se quiere decir cuando se habla de la función social de la propiedad privada es que la misma debe estar subordinada o, al menos, coordinada a la sociedad, en beneficio de los demás. Puede entenderse que, en vista de ello, el propietario tiene un derecho con prohibiciones de dañar a terceros o, todavía más, con el deber de promover, a través de la propiedad, el bien común, eventualmente hasta quedar obligado para con los demás o con la Administración Pública a no hacer, dar o hacer algo. Es decir: la función social puede expresarse tanto en las prohibiciones, como en los deberes que pesan sobre el propietario para con la sociedad o con la Administración Pública, y los grados al respecto pueden ir desde banales prohibiciones (por ejemplo: no se puede tener ventanas sobre fundo ajeno a menos de cierta distancia, lo que deja prácticamente intacto el derecho de propiedad para todo otro uso), hasta los imperativos que obligan al propietario a explotar su finca para un fin impuesto y a hacerlo en la forma más eficiente y útil tecnológica y socialmente hablando. En esta última hipótesis la propiedad deja de ser un derecho con limitaciones (prohibiciones) para convertirse en un verdadero deber frente a la sociedad, que eventualmente puede imponer al propietario —a través del legislador o de la Administración Pública— lo que debe hacer o no hacer, y cómo, en uso y disfrute de su finca.

Así planteado el problema, es evidente que la respuesta depende del régimen legal que se pretenda imponer al propietario a cuenta de la "función social" de su propiedad, sobre la que, por otra parte, todo el mundo está de acuerdo, si no por otra causa por razones de táctica en la lucha por la salvación de la propiedad como derecho. Nadie, ni el Código de Napoleón, ha afirmado nunca en principio la posibilidad de una derecho de propiedad absoluto y sin límites, la necesidad de los cuales siempre se ha reconocido. Precisa aclarar, sin embargo, que cuando se habla de "función social" de la propiedad lo que interesa saber es cuáles son los poderes y deberes que resultan en balance final, una vez jurídicamente traducida aquella función.

En la fundamental Constitución "Gaudiun et Spes", también llamada "Constitución de la Iglesia en el mundo", salida del Concilio Vaticano II (sin duda el documento más importante para el catolicismo laico en el Siglo XX), se reafirma netamente el origen y el destino comunitario y universal de la propiedad:

"Dios ha destinado la tierra y cuanto ella contiene para uso de todos los hombres y pueblos. En consecuencia, los bienes creados deben llegar a todos en forma equitativa, bajo la égida de la justicia y con la compañía de la caridad... Jamás debe perderse de vista este destino universal de los bienes. Por tanto, el hombre, al usarlos, no debe tener las cosas exteriores que legítimamente posee, como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás. Por lo demás, el derecho de poseer una parte de bienes suficiente para sí mismo y para su familia es un derecho que a todos corresponde. EDICA, Madrid, 1976, 31ma. edición, pág. 269).

c. *Las posibles formas de regulación del derecho (subjetivo) de propiedad.*

Los sistemas no socialistas (más que capitalistas) de Occidente han arbitrado dos métodos principales para regular los tres derechos fundamentales del hombre, su libertad pública, la propiedad individual y el derecho a su actividad productiva (derecho al trabajo y a la empresa), a saber:

1. La regulación y limitación puramente normativas.

Quiere decirse con éste de aquél método en virtud del cual los límites al derecho subjetivo son dados por la ley o por un reglamento, sin intermediación de un acto de la Administración o con la de uno que es reglado en cuanto a motivo y contenido. La norma jurídica —emanada de la Asamblea, del Poder Ejecutivo o de cualquier otro organismo administrativo competente para dictar reglamentos— fija directamente la limitación, su contenido y su medida, y la Administración queda habilitada, a lo sumo, para vigilar la conducta privada y prohibirla (con o sin sanción —administrativa o penal— adicional) si viola la regulación dictada.

Hay en este aspecto una importante distinción que hacer, según que la regulación en cuestión esté reservada por la Constitución a la ley (como aquí ocurre con la propiedad privada), en cuyo caso corresponde hacerla a la Asamblea Legislativa; o no lo esté, en cuyo caso podrá llevarla a cabo también el Poder Ejecutivo (o el organismo administrativo competente) en determinadas condiciones que fije la ley. En efecto: las reservas legislativas se clasifican en absolutas o relativas.⁵ Son absolutas aquellas que prohiben absolutamente y sin salvedades que una determinada materia sea regulada por una norma distinta de la ley de la Asamblea Legislativa (ley formal). La prohibición no sólo va dirigida al Poder Ejecutivo o a los demás entes administrativos, que así quedan inhabilitados para dictar reglamentos sobre ese campo, sino también al legislador, que por su mandato queda obligado a dictar él y sólo él, la regulación de la materia en cuestión. De estas reservas absolutas casi no hay ninguna en nuestro sistema y quedan muy pocas en el resto del mundo. Me atrevo a señalar el derecho privado, expresión de la propiedad y de la libertad contractual, así como el derecho procesal, materias sustraídas tradicionalmente al poder de la Administración Pública; pero aún el ejemplo es dudoso ante la crisis actual de aquellos derechos subjetivos, fundamento de la reserva de ley en cuestión. La reserva de ley más sólida que hoy existe es la de la materia procesal, porque se funda en la autonomía de la justicia, última y auténtica justificación actual del dogma de la división de poderes, pero su valor también es declinante, por la intervención de los otros Poderes en la nominación de los más altos jueces (a quienes designa en Costa Rica la Asamblea Legislativa, en calidad de Magistrados e integrantes de la Corte Suprema de Justicia, según el Art. 157 de la Constitución) y, sobre

⁵ Carlo Lavagna, Istituzioni di Diritto Pubblico, UTET, Torino, 1970, Tomo II, págs. 279 a 281.

todo, por la proliferación de órganos e instancias administrativos para la solución de conflictos de o con la Administración, que vacían de contenido y sustituyen con mucho mayor eficacia la función del Juez. La lentitud de la justicia judicial es su mayor enemigo, no obstante ser —como es— el último reducto del Estado de Derecho y el último escudo de la propiedad y de la libertad. La regla general en el derecho constitucional moderno es que las reservas de ley o a favor de la ley son relativas, en cuanto normalmente puede haber una ley que, sin regular directamente la materia, delegue hacerlo en el Poder Ejecutivo (o en otros entes administrativos, lo que en Costa Rica es constitucionalmente dudoso) a condición de que la misma ley fije bases, directrices y límites que expresen clara y precisamente la voluntad del legislador al respecto, evitando así una indebida abdicación de funciones en favor del Poder Ejecutivo.⁶

Es decir: es constitucionalmente posible que el Poder Ejecutivo pueda regular una materia reservada a la ley, siempre y cuando el reglamento sea ejecutivo de la ley reguladora dictada sobre la materia (caso que no presente duda ni problema), o siga los límites y directrices dados por la ley que autoriza al Poder Ejecutivo a hacerlo en lugar de la Asamblea, hipótesis en la cual —teóricamente al menos— el Poder Ejecutivo también ejecuta la voluntad de la ley, aunque ésta sea mucho menos precisa y abandone la regulación a la voluntad discrecional de la Administración en mucho mayor grado que en la primera hipótesis (del reglamento puramente ejecutivo). Se trata de los reglamentos llamados, precisamente por su origen, "delegados", que en buen derecho deberían reputarse prohibidos en Costa Rica, porque, aunque se diga lo contrario, configuran una forma de delegación legislativa prohibida por el Art. 9 de la Constitución. Pero tal posición resulta hoy sin fundamento en Costa Rica, a partir del momento en que la Corte Suprema de Justicia, por votación correspondiente a sesión extraordinaria de 8 hs. del 29 de noviembre de 1973, considerando IV, dispuso que el reglamento del Poder Ejecutivo puede fijar las tarifas de un tributo (impuesto selectivo de consumo) en lugar de la Asamblea, siempre y cuando ésta así lo autorice y fije el máximo posible. Dijo la Corte:

"No hay delegación ni se infringe el principio de reserva de ley, cuando la Asamblea Legislativa determina los límites de la tarifa impositiva, pues lo que interesa es que la ley establezca las bases estructurales del impuesto y que señale las pautas que debe seguir el Poder Ejecutivo".

Sin esta más que dudosa decisión de Corte Suprema, el panorama de las reservas legales implicaría en Costa Rica una importante garantía

6 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Principios Gerais de Direito Administrativo, Livraria Forense, Rio de Janeiro, Brazil, 1969, vol. 1, págs. 307 y 308; Andre Grissel, Droit Administratif Suisse, Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1970, págs. 84, 85, 164 y 165, donde el autor sostiene, incluso, la posibilidad de reglamentos delegados —y no meramente ejecutivos— en materia de libertades públicas.

en favor de todos los derechos constitucionales, y no sólo de la propiedad, a saber: en materia reservada a la ley sólo serían posibles ésta y el reglamento ejecutivo de ésta, que, por mandato constitucional, se limitase a desarrollar sus preceptos para hacer más fiel y expedita su aplicación. En otras palabras: estarían prohibidos los reglamentos delegados, que no desarrollan, sino que suplantán la ley. Esta importante distinción no es más posible en Costa Rica. La propiedad privada está sujeta, de consiguiente, bien a la ley a que se remite el Art. 45 de la Constitución, bien al reglamento ejecutivo de ésta, o bien, por último, al reglamento delegado, en virtud de una autorización de la Asamblea específica para el caso o contenida en otra ley comprensiva de materia distinta, pero siempre y necesariamente dentro de límites fijados por la ley, sin los cuales ésta sería claramente violatoria del Artículo 9 y, por ahí, nula. Se verá el alcance decisivo que tiene esta conclusión en el tema.

En el sistema de limitación normativa (por ley o reglamento) que analizamos, la norma, como se dijo, indica por sí y directamente en qué consiste la limitación impuesta a la propiedad, y se tratará siempre de prohibiciones o deberes que inciden sobre el ejercicio de las potestades típicas de ese derecho: usar, transformar, disfrutar y disponer (equivalente esto último a vender, gravar o destruir). Las limitaciones consisten en obligaciones de dar, hacer o no hacer, que corresponden al propietario en su calidad de tal y mientras sea propietario, y que desaparecen, para gravar al sucesor, cuando deja de serlo. Los siguientes ejemplos ilustran:

- i) Limitaciones consistentes en obligaciones de no hacer: no hacer ruidos al vecindario, no construir en violación de planes de zonificación, no violar el alineamiento urbano, no construir por encima de la altura reglamentaria, etc.
- ii) Limitaciones consistentes en hacer: observar los planos aprobados por la Municipalidad en la construcción del lote, adoptar las medidas de seguridad en favor de los obreros mientras dure la construcción, replantar o reforestar el bosque privado en explotación, acondicionar locales para evitar molestias al vecindario, mantener la acera fronteriza, equipar los ingenios con laboratorios aptos para recibir caña por contenido de sacarosa, comprar la caña al productor independiente por parte del ingenio, etc.
- iii) Limitaciones que consisten en obligaciones de dar: el tiempo gratuito de televisión o radio para los programas de los Ministerios de Educación y de Cultura; el traspaso a la Municipalidad de lotes destinados a vías, parques, jardines y zonas verdes en una urbanización; la participación obligatoria de los agricultores frente a los industriales en el producto final de la zafra de la caña o de la cosecha del café, etc.

Este tipo de limitaciones de la propiedad, dado su origen normativo, es general por su alcance, en cuanto se aplica igualmente a todos los propietarios y llega a confundirse prácticamente con el contenido de la propiedad, pues estará presente en éste mientras dure la ley o el reglamento

que lo originan. Dado su carácter general, normal y consustancial con el derecho de propiedad del tipo en cuestión, el daño que estas limitaciones causen al propietario no es indemnizable y queda de cuenta de éste último, como riesgo inevitable en este tipo de propiedad. Pueden estas limitaciones ser una obligación frente a una entidad pública titular de un verdadero derecho correlativo —como ocurre con las zonas destinadas a usos públicos en las urbanizaciones, a las cuales tiene fundada pretensión de propiedad el respectivo Municipio— o un deber para con el público en general, en relación con el cual no hay nadie particularmente llamado a exigir su cumplimiento en beneficio propio, sino únicamente la entidad administrativa encargada de velar por su observancia en bien de la sociedad, entidad que, sin embargo, no tiene un derecho a que se cumpla la limitación, sino sólo potestades de vigilancia para evitar el incumplimiento o provocar el cumplimiento (como ocurre con la obligación de no molestar al vecino con ruidos, hedores o trepidaciones, etc).⁷

Queremos hacer ver, por último, que con los ejemplos dados tomamos partido contra la idea —muy corriente en doctrina, pero errada— de que las limitaciones normativas (de éste primer tipo) sólo pueden consistir en obligaciones de no hacer o de soportar, pero nunca en las de dar o de hacer.⁸

7 Leopoldo Mazzarioli, I Piani Regolatori Urbanistici nella Teoria della Pianificazione, CEDAM, Padova, 1962, pág. 31:

"La limitación concurre a definir el contenido del derecho (subjetivo) en cuanto individualiza un aspecto del mismo que resulta excluido o suprimido una vez que (la limitación) adquiere existencia, pero ésta última no hace surgir una situación subjetiva nueva en otro sujeto".

Esto viene corroborando por otro muy reconocido autor argentino Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1973, tomo IV, págs. 48, 49 y 60:

"La mera restricción administrativa (nombre que el autor da a la limitación) no trasunta ni implica una carga impuesta a la propiedad privada. Tampoco implica supresión en modo alguno de la propiedad. Sólo consiste en la fijación de límites al ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad. No implica avance, lesión ni deterioro alguno a este derecho; no hay desmembramiento de éste. Tales restricciones hállanse ínsitas en la existencia misma del derecho de propiedad, al extremo de que representan condiciones normales de su ejercicio: constituyen una calidad jurídica general de todas las propiedades. Sólo implican delimitaciones de contorno de ese derecho, la demarcación de sus límites, con lo que se tiende a colocar en su verdadero quicio al aspecto "absoluto" teóricamente atribuido al derecho de propiedad (pág. 48 y 49)... No aparejan indemnización. Esto es así porque ellas, siendo una condición normal del ejercicio del derecho de propiedad, no implican sacrificio alguno para el propietario, quien entonces no sufre agravio en su derecho" (Op. cit., páf. 60).

8 Marienhoff, op. cit., págs. 36, 37 y 38: "Está fuera de toda duda que las "restricciones" a la propiedad privada en interés público pueden consistir no sólo en obligaciones de no hacer y dejar hacer, sino también en obligaciones de hacer, tanto más si se advierte que numerosas restricciones resultan de medidas de policía. En cuanto a restricciones que impliquen obligaciones de hacer, pueden darse los siguientes ejemplos: a) En ciertos pueblos cuyas construcciones o edificios son de madera y de zinc, la obligación de pintar el frente y el techo. Trátase de una restricción porque mediante ella se le prohíbe al propietario mantener sin pintar

Lo que está de por medio es la concepción que se tenga precisamente de la "función social" de la propiedad, o de su inexistencia. En efecto: en un pasado reciente (primera post-guerra) se creyó que la misión del Estado era garantizar la existencia de las condiciones sociales mínimas para una convivencia pacífica, que se hacían consistir en la seguridad de la Nación, la tranquilidad de las calles, la salud de la población y la moralidad del ambiente. Las limitaciones a todos los derechos, el de propiedad incluido, sólo podían tener como motivo y fin evitar daños a tales bienes o intereses. Toda intervención pública, dirigida a satisfacer otros fines, se reputaba violatoria de la libertad o de la propiedad e inconstitucional en la normalidad de los casos. Es la llamada teoría clásica de la policía administrativa, concebida como la actividad de la Administración Pública de regulación de la conducta privada en protección de los demás, y de vigilancia preventiva para evitar delitos o violaciones de aquellos bienes colectivos, con potestad para el empleo de la fuerza pública, caso necesario. La situación y la concepción han cambiado totalmente.⁹

El desarrollo político y económico ha presionado para forzar la entrada del Estado a la vida económica, tanto directamente y como empresario (empresas públicas, de forma y personalidad pública o privada), como indirectamente, a través de formas de coordinación con el particular o la empresa privada (como las subvenciones o los contratos administrativos), o a través de potestades de dirección, contralor, regulación y ordenación, de muy diversa fuente, que tienen por objeto obligar al

su edificio. b) Tratándose de edificios en construcción, la disposición que, por razones de seguridad, obliga a los propietarios de tales edificios a efectuar ciertas instalaciones que constituyen una medida de protección para los propios obreros que trabajan en dichas obras... c) Constituye asimismo una obligación de hacer la impuesta a ganaderos para que construyan dentro de su propiedad y mantengan en buen estado y utilización bañaderos para la hacienda vacuna y lanar. d) Igualmente implica una restricción, que se traduce en una obligación de hacer, la de reponer los árboles que una persona corte o tala en un bosque de su propiedad... e) Asimismo constituye una restricción que se concreta a una obligación de hacer, la disposición que obliga en ciertos edificios —especialmente hoteles, casas de hospedaje, cinematógrafos, teatros, etc.—, a que se construyan una escalera o salida especial para facilitar el inmediato abandono del local en caso de incendio".

9 Fernando Garrido Falla, Las Transformaciones del Régimen Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 123 y 124: "No se trata, pues, de que la policía se haya desviado de su finalidad propia; lo que ocurre es que el concepto de orden público ha variado en sentido ampliativo (como en el futuro pudiera de nuevo restringirse) y que nuevas direcciones de la actividad de policía se han hecho, consiguientemente, precisas... "la policía tradicional consistía esencialmente en limitaciones negativas (prohibiciones, exigencias de autorización previa) que obstaculizaban hasta cierto punto o impedían la actividad del particular; los derechos vigentes consagran hoy, sin embargo, medidas de intervencionismo administrativo que implican obligaciones de hacer para el particular. La legislación positiva española nos ofrece ejemplos de este tipo de intervención administrativa: así las leyes de 5 de noviembre de 1940 y de 27 de abril de 1946, establecen el cultivo forzoso de fincas rústicas en determinadas condiciones".

particular no sólo a respetar la sociedad y sus bienes primarios, sino también a movilizarse para lograr resultados socialmente útiles en los procesos de producción y de distribución de bienes.¹⁰

Es decir: hay una nueva forma de policía estatal, que verdaderamente se confunde con toda la actividad imperativa del Estado, que establece deberes del particular en ejercicio de sus derechos a la par que potestades de la Administración para vigilar el cumplimiento de tales vínculos y garantizar que la actividad privada, como un todo, producirá finalmente los resultados buscados, de interés para el Estado. Se trata de las llamadas actividades privadas de interés público que muchos autores —sobre todo franceses— equiparan a verdaderos servicios públicos en manos de los particulares, bajo la regulación, el control y la dirección del Estado, como tendremos oportunidad de explicar mejor.

Hoy el Estado puede perseguir, por ley, cualquier fin de tipo económico que la Constitución del país no le prohíba, sobre la base de una concepción muy amplia de lo que es el orden público y sus requerimientos, que obliga al Estado a regular y, en algunos sistemas (como veremos), a dirigir la conducta del individuo en función del desarrollo económico de la colectividad.¹¹

Examinaremos al estudiar el método siguiente, de regulación administrativa de la actividad y de la propiedad privadas, qué papel tan importante y tan distorsionado juega esta nueva concepción de la misión estatal en la justificación del mismo.

10 Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Ediciones Macchi-López, Buenos Aires, Argentina, 1975, tomo II, pág. 10: "no sólo se abandona aquella limitación en los fines que el Estado y su poder de policía pueden perseguir: llega el momento de abandonar también la supuesta distinción entre la actividad estatal de "prevenir peligros y daños contra el bien común" —que sería la función policial— y la de "promover el bien común", que no sería parte de la función de policía y que, incluso, en la conciencia liberal clásica, no sería tampoco función del Estado. Cuando se advierte modernamente que promover el bien común mediante acciones positivas es también una función estatal entonces llega el momento de señalar que ambas actividades —prevención de daños y promoción del bienestar— son tan inseparables como para constituir caras de una misma moneda, hasta tal punto que parece realmente imposible hacer una cosa sin hacer al mismo tiempo la otra".

11 Paul Bernard, La Notion d'Ordre Public en Droit Administratif, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, París, 1962, págs. 49 y 50: "La Administración no tiene solamente el deber negativo de respetar los derechos adquiridos y definidos, sino, sobre todo, el deber positivo de proteger su efectivo ejercicio. El orden público no es un fin en sí mismo, sino más bien el medio para asegurar la coexistencia de las libertades respecto de las cuales ese orden es un cuadro de vida... Las diferentes manifestaciones de la ampliación del orden público tradicional permiten constatar que el orden público se asimila más bien a la instauración en la colectividad de las condiciones que aseguran la plena realización del individuo. Las consideraciones estéticas, morales, económicas, religiosas, etc.,... no están ausentes del orden público y se integran mutuamente para consolidarse... Este orden público tiene por fin proteger al hombre contra todas sus posibles alienaciones, de favorecer el desarrollo y el equilibrio de todas sus facultades".

2. La potestad administrativa de regulación y disposición.

El Estado puede intervenir en una actividad del individuo que reputa de interés público, sea respetando su calidad de actividad privada, sea convirtiéndola en servicio público, como actividad sobre la que tiene el deber —y no sólo la opción— de intervenir.

Un distinguido autor francés¹² ha enumerado diversas técnicas de vinculación de la actividad privada a la Administración Pública, según el grado mayor o menor de relevancia pública de aquella. Las técnicas de vinculación o los tipos de actividad son: las actividades privadas reglamentadas, las controladas, las estimuladas, las reconocidas y las privilegiadas, en ese orden de importancia creciente respecto del interés público.

1. Reglamentada es la actividad sujeta a una potestad normativa, legislativa o administrativa (reglamentaria), principalmente si la misma es indeterminada o en blanco por razón del contenido.

2. Actividad controlada es la sujeta a controles previos a su iniciación, naturalmente administrativos. Son básicamente controles consistentes en informes obligatorios y en autorizaciones. Los informes previos son meramente recibidos. De las autorizaciones, en cambio, es posible una variada gama. Cuando la autorización es reglada en cuanto a motivo y contenido, es una mera certificación de la no peligrosidad y de la legalidad de la actividad propuesta. Cuando, a la inversa, es discrecional en cuanto a uno o a ambos extremos, se convierte en un medio para condicionar y regular la futura actividad privada, en el sentido de que, al ser discrecional su otorgamiento, la regulación impuesta se puede constituir en motivo determinante del mismo, pues si no se acepta, la autorización es negada. Este

12 Andre de Laubadere, Traite Elementaire de Droit Administratif, L.G.D.J., París, 1966, primera edición, Tomo III, págs. 69 a 87. Es indudable que en Francia tiene sentido la distinción de las diversas formas de intervención administrativa de la actividad privada (a que se refiere de Laubadere en su obra) respecto del servicio público, como si se tratara de actividades privadas de interés público. Las líneas siguientes intentan, ello no obstante, justificar para Costa Rica la conclusión opuesta, sea: la de que tales hipótesis son coincidentes con un "servicio público virtual", no con enmienda de lo sostenido por el ilustre autor para Francia, sino más bien para montar tesis distinta partiendo de las bases que ofrece para tal efecto la final y acertada distinción que él hace al enumerar y explicar los modos de intervención pública mencionados. Y queremos no acoger aquí la tesis del "servicio público virtual", que encontramos ambigua, incompleta y hasta peligrosa para las libertades y derechos económicos del individuo, como bien se verá, sino más bien resaltar todos los peligros que importa su admisión, haciendo ver que puede conducir a una sujeción de la iniciativa y empresa privadas tan grave como la que padece un concesionario de servicio público, en lo que está de acuerdo parte importante de la misma doctrina francesa, como veremos.

Hipótesis de unificación de la TINA

tipo de intervención y contralor sobre la iniciativa privada es hoy el más usual y el vehículo de la mayor parte de las intervenciones públicas sobre la iniciativa privada.

3 Actividad estimulada es la que recibe ayuda administrativa (bajo la forma de subvención, de eliminación de cargas u obligaciones, de otorgamientos de garantías u otras ventajas legales, etc.) y, como la sujeta a contralores, queda envuelta en la red de la reglamentación pública, si es que se quiere obtener la ayuda, que, por serlo, es normalmente discrecional.

4 Actividad reconocida es, nuevamente, la que, calificada como de interés público, de oficio o a petición del interesado, recibe ventajas varias de la Administración Pública, al mismo tiempo que se ve sujeta a un régimen intenso de contralor y regulación administrativos, normalmente más oneroso que el propio de las actividades del grupo anterior. Su verdadera única diferencia es la de que en éstas, la causa final del estímulo es favorecerlas, en tanto que en las actividades reconocidas es más bien el propósito de sujetarlas intensamente a potestades administrativas que garanticen mejor su eficiencia en la consecución del interés público envuelto. En síntesis: media una diferencia de móvil que, sin embargo, no esconde la evidente similitud entre ambos tipos de actividades privadas. Ambas categorías pueden equipararse, porque en ambas —aunque con móvil distinto en la Administración Pública— hay tanto estímulo de la actividad privada como sujeción de la misma a contralores y regulaciones en función del interés público, en un caso más intensamente que en el otro.

5 Actividad privilegiada es la titular de privilegios (en el sentido de una situación jurídica que le corresponde con exclusividad, como la representación de un grupo, el monopolio de una actividad económica, etc) o de potestades de imperio, verdadera forma de descentralización administrativa en beneficio de entidades privadas.

El autor en comentario niega a los tipos descritos la calidad de actividades de servicio público. Para él son actividades privadas, vinculadas a la Administración Pública. La calificación es razonable en la medida en que se haga depender de la obtención libre y voluntaria de un beneficio suministrado por la Administración Pública; pareciera errada si se extiende también a aquellos casos de actividades privadas que quedan sujetas a una cualquiera de tales técnicas enumeradas, sin o contra la voluntad del individuo o empresario. Esto último ocurre cuando la vinculación con la Administración Pública surge por acto unilateral y oficioso de ésta —como en la hipótesis de la actividad reglamentada— o cuando surge en virtud de acto administrativo discrecional, rogado o pedido, que, sin embargo, es condición necesaria para legitimar el ejercicio del derecho o la prestación de la actividad privados. En cuanto la aplicación de la técnica de vinculación deja de ser un derecho subjetivo, para convertirse en sujeción o carga (cuyo agotamiento con éxito condiciona el ejercicio del derecho subjetivo privado o la explotación de la libertad económica empresarial) es evidente que el alcance de la intervención pública dependerá también

unilateralmente de la Administración, cuyo título al efecto estará en ella misma o en el ordenamiento, no en la voluntad antecedente o concurrente del particular. Luce, entonces, que tales cinco formas de vinculación de la libertad o de la propiedad por la Administración Pública son reducibles a una sola, consistente en la potestad administrativa discrecional, por motivo o contenido, de regular la actividad privada o de disponer sobre ella, a través o como consecuencia de otra potestad igualmente discrecional, pero expresa, de la Administración, para reglamentar, controlar, fomentar, reconocer o investir con privilegios o potestades públicos la iniciativa y la actividad privadas, sin o contra la voluntad del particular afectado, individuo o empresa. Y siempre que ello ocurra habrá un título que justificará una intervención administrativa adicional cuyo alcance —precisamente por ser indeterminado— será indeterminable antes de darse.

En tal supuesto, resulta necesario reconocer a la actividad privada así sujeta a la Administración Pública una condición también pública, que lleva a su desnaturalización. Las cinco especies de actividad privada vinculada a la Administración Pública, que enumera el distinguido autor, se convierten en meros indicios de existencia de esa potestad administrativa de disposición, abierta y en blanco, que contiene, a su vez, otras inherentes e implícitas, sobre la actividad privada en cuestión.

Decimos, en resumen, que la actividad privada sujeta a la Administración Pública para obtener beneficios especiales de disfrute voluntario debe reputarse tal y no servicio público, aun cuando para obtener el beneficio haya de someterse a regulaciones iguales que las propias de este último. Este hecho no elimina del fenómeno su índole de situación jurídica subjetiva de origen voluntario. Habrá servicio público, en cambio, con desaparición gradual de la actividad privada, cuando ésta se vea sujeta a una técnica autoritaria de vinculación a la Administración Pública, que habilite a la Administración ipso-facto para utilizar potestades adicionales, implícitas o inherentes en la primera, de regulación y de disposición sobre el individuo o la empresa. Es por esto que contraponemos el lujoso abanico de formas sistematizadas por el autor francés, cerrándolo, a la idea única de una regulación o intervención administrativas unilaterales y de contenido indeterminado sobre la iniciativa privada, sean expresamente reconocidas como tales, sean revestidas de la figura de una cualquiera de las técnicas de vinculación forzosa a la Administración Pública antes mencionadas, respecto de las cuales aquella otra potestad sería concomitante, inherente o accesoria y vendría a ser fuente de un régimen necesaria o tendencialmente público en el resto de los elementos de la actividad privada. Esto lo desarrollaremos de inmediato, centrandolo el estudio— que por razones de extensión no puede cubrir las cinco hipótesis de vinculación administrativa antes enumeradas— sobre las autorizaciones, la forma más frecuente y mejor enmascarada de conversión de lo privado en público en la Administración contemporánea.

Las potestades que genera una cualquiera de las enumeradas (para reglamentar, controlar, estimular, reconocer o privilegiar) pueden ser, a su vez, no sólo de regulación y vigilancia, sino también de dirección y orde-

nación de la actividad privada. El legislador puede decidir si no regular normativamente la libertad ni la propiedad, ni permitir que lo lleve a cabo el Poder Ejecutivo en su lugar, sino más bien autorizar a éste último (o a otro ente administrativo) para que lo haga casuísticamente y mediante la creación de un vínculo personal entre la Administración y el propietario o empresario, manejable mediante disposiciones concretas; o puede, incluso, acudir al método de regulación normativa de esos derechos, pero acentuando su profundidad y alcance y la sujeción del empresario o propietario, de modo que el mismo órgano que los regula normalmente —con potestad conferida por el legislador— pueda también descender al caso particular y establecer, además, un vínculo personal con uno o varios propietarios o empresarios individualmente identificados. En esta última hipótesis se ha llegado al punto extremo de la sumisión y limitación del derecho de propiedad o del de empresa, que así prácticamente desaparecen.¹³ La puerta de entrada al campo del fenómeno apuntado y a sus diversas especies es la figura de la autorización.

i) El sistema de las autorizaciones. Sus clases o tipos. *+ concesión*

Suele llamarse autorización un acto de la Administración en virtud del cual una persona queda investida de uno o varios poderes o facultades legales para desarrollar una actividad que antes le estaba legalmente prohibida y que, permitida por la Administración sólo los particulares pueden desenvolver. El concepto dado discrepa del clásico, que insiste sobre una estructura peculiar de la autorización, como levantamiento de una preexistente prohibición legal de ejercicio en beneficio de un derecho subjetivo anterior del particular o sujeto autorizado. La evidencia de que la autorización es no solo creadora de derechos sino también de obligaciones, sobre todo en el marco del derecho público de la economía, ha llevado a insistir sobre la prohibición legal preexistente (de acto o de actividad) como lo típico de la autorización, con posposición a segundo plano del dato adicional del derecho subjetivo privado anterior, que nunca

13 Ver al respecto Mazzarioli, op. cit., págs. 59 a 77, especialmente 60 y 75, así como págs. 89 y 90, 107 y 108, 113 y 114. El autor distingue entre "limitaciones", que son prohibiciones legales o administrativas (por acto concreto), y "comandos", que son mandatos (dar o hacer algo). La relación personal entre ente público e individuo surge cuando la ley autoriza al primero para entrar en una relación de "supremacía especial" o en un ordenamiento parcial con el segundo y sujeta a éste a las directrices y órdenes futuras de aquél, bajo la forma de "comandos". La presencia de meras prohibiciones, según el autor, es la forma clásica de limitación de la libertad o de la propiedad, no genera vínculo personal entre autoridad e individuo o empresa y configura una hipótesis común y corriente de "policía" clásica. En la medida en que hay prohibición pura y simple, hay derecho subjetivo, aunque limitado y sin importar el origen y naturaleza de la prohibición, que puede ser lo mismo legislativa que administrativa. Cuando se da la sujeción a una potestad legal reguladora y apta para dictar "comandos" e imponer conductas positivas, desaparece el derecho subjetivo, en la medida de la orden recibida.

logró entenderse bien como lógicamente coordinado con aquella prohibición en los ejemplos más importantes de la figura.¹⁴

Aludimos claramente a actividades industriales, civiles o mercantiles, abiertas al empresario privado y normalmente vedadas al Estado, sea por expresa prohibición constitucional (lo que aquí no se da), sea por ausencia de una norma que expresamente lo autorice a emprender en ella, lo que —según antes se vio— basta para tenerlas como prohibidas para él. Usualmente se destaca el hecho de que la autorización remueve un obstáculo para que la entidad privada pueda empeñarse en una actividad a la que tiene derecho como parte de su propiedad, o de un derecho al trabajo o de libre empresa, con la afirmación de que, en cambio, el acto que suele llamarse concesión crea en el particular el derecho —antes inexistente— de inmiscuirse y prestar una actividad que corresponde exclusivamente al Estado y que puede llegar a ser eventualmente una función pública de autoridad (caso de las concesiones legislativas en favor del capitán de tren o de barco, quien puede ejercer la policía preventiva y represiva de delitos o contravenciones, actuales o inminentes, en el lugar).¹⁵ Se me autoriza a construir mi casa —se decía— porque tengo el derecho a hacerlo como propietario que soy del suelo según el Código Civil, con la única limitación que representa el obstáculo de obtener previamente la licencia municipal; pero se me concede el derecho a explotar una línea de autobuses sobre caminos y carreteras estatales o municipales, porque esa actividad es un servicio legalmente calificado como público, que toca únicamente al Estado, y al empresario privado sólo por concesión del Estado, que le crea el derecho a hacerlo, inexistente antes de la concesión.

Este enfoque ha sido puesto en tela de duda por la más nueva doctrina, que admite la existencia de autorizaciones que confieren verdaderos derechos y obligaciones nuevos a los particulares y cuya única diferencia con la concesión es que aquellas versan siempre sobre actos o actividades

14 García de Enterría, op. cit. Tomo II, págs. 123, da buena cuenta del término de esta evolución cuando dice: "esto no supone abandonar totalmente la idea clásica del derecho preexistente, que sigue jugando un importante papel en relación a cierto tipo de autorizaciones (las de carácter reglado) sino sólo prescindir de él como elemento definitorio general, papel que ya no puede seguir desempeñando. En este nuevo concepto ha de permanecer como inalterable el dato de la existencia de una prohibición general previa que actúa sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares, lo cual es suficiente para distinguir las autorizaciones de las concesiones, que operan a partir de una previa publicación o reserva formal del sector a los entes públicos, que de este modo ostentan en el mismo una titularidad primaria de la que disponen libremente".

15 Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Martín Bianchi, Montevideo, 1953, tomo I, pág. 84: "El acto administrativo que habilita a un particular para el ejercicio de una actividad comprendida en la libertad de trabajo —cualquiera que sea el nombre que las leyes o reglamentos le hubieran dado— tipifica técnicamente una autorización. Hay, pues, una diferencia sustancial con la concesión, que, por referirse a actividades que no entran en la esfera de acción individual, como los servicios públicos, crea un derecho (subjetivo) nuevo en favor del concesionario".

que legalmente sólo el individuo, y no el Estado, puede desempeñar, a la inversa de lo que ocurre con la concesión.¹⁶

Un ejemplo de este tipo de autorización constitutiva puede ser el de los objetos arqueológicos de propiedad privada (como los precolombinos, en nuestro país) respecto de los cuales la exportación está prohibida, salvo autorización caso por caso. Según los autores que propugnan este concepto, la autorización administrativa otorgaría aquí el derecho a exportar, que antes de ella no existiría por haberle sido legalmente sustraído al particular propietario del objeto de arte en cuestión en virtud de una prohibición legal; e igual enfoque se hace correctamente respecto del derecho de construir en un ordenamiento —como el nuestro— que admite la planificación urbana, la cual, a la par del respectivo derecho, crea una serie de onerosas obligaciones, sobre todo la de conformar la actividad al plan urbano vigente, que es fuente de un "status" objetivo y nuevo para el propietario del inmueble.

La anterior discusión tiene importancia desde el punto de vista, precisamente, de la profundidad y tipo de las intervenciones y limitaciones públicas posibles contra los derechos del particular, sobre todo en relación con su empresa y propiedad inmueble, pues es claro que podrá desarrollarse más legítima resistencia del particular frente a las autorizaciones, si éstas se refieren a derechos subjetivos preexistentes, que frente a las concesiones, que, por crearlos, pueden también regularlos casi ilimitadamente, a favor o en contra del concesionario.¹⁷

La realidad es, como se explica, que también existen autorizaciones constitutivas e, incluso, que éstas son las más importantes en la economía del país y para su tipificación jurídica.

Es importante puntualizar, en todo caso, que la autorización es una forma de verificar si el interés privado que persigue la persona que la solicita es, o no, conforme con un interés público distinto y eventualmente contrapuesto al primero, cuya protección corresponde a la oficina que autoriza (o rechaza la petición). Es por esto que correcta y expresivamente

16 Ver por todos Massimo Severo Giannini, *Diritto Administrativo*, Giuffrè, Milano 1970, tomo II, págs. 1097 y 1105 a 1118, especialmente 1105 y 1106, donde se trata la idea y se analiza los ejemplos más típicos de la que él llama "autorización constitutiva"; véase también el excelente desarrollo crítico de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, op. cit., ídem, págs. 121 a 123, donde los autores llegan finalmente a una sobria definición de la autorización, como género que abarca varias especies: "acto de la administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente".

17 Es la consecuencia de la afirmación de la libertad frente a la autoridad como regla de principio de todo Estado de Derecho, que conlleva no sólo la necesidad del (otro) principio de legalidad, sino también la aplicación restrictiva de la ley desfavorable a aquella libertad. Esto puede verse también como una expresión del principio de la personalidad jurídica privada ante el Estado, que pugna contra la ampliación de las potestades públicas en detrimento de la autonomía negocial y empresarial del particular, cuando se intenta construir aquella (ampliación) sin texto expreso de base, como si se tratase de tesis o principio general favorable a la autoridad.

te Giannini (Massimo Severo) ha dicho que la función de la autorización "no es la de armonizar intereses, sino la de subordinar la realización de intereses privados a intereses públicos". (Op. cit., Tomo II, pág. 1097).

Luce evidente, después de lo dicho, que el acto que permite al propietario explotar o usar su inmueble en Costa Rica es necesariamente una autorización —y no una concesión— no sólo o no tanto porque hay un derecho preexistente a la autorización para construir o en cualquier otra forma explotar la finca —que es justamente el derecho de propiedad— sino porque, todavía con más claridad, ese tipo de derecho es uno específicamente vinculado a la actividad privada, aunque, por otra parte, el Estado y sus entes también puedan ser propietarios en iguales términos, pero entonces porque actúan como particulares y sujetan sus actos al derecho privado.¹⁸

Cualquier acto que remueva una prohibición de uso en el ejercicio de los derechos sobre un inmueble en favor de su propietario, es, entonces, autorización y no concesión.

El mismo autor últimamente citado clasifica las autorizaciones en las que tienen una función de contralor, y las que la tienen de programación (o planificación); y en las que contienen una potestad de dar órdenes e imponer instrucciones y regulaciones al autorizado, y las que carecen de tal poder.¹⁹

La autorización de contralor, como su nombre lo indica, mira a un acotamiento negativo del acto o actividad por reglas de legalidad y de conveniencia, que se suponen amenazadas y que seguirán las mismas a lo largo de la actividad autorizada. El juicio de contralor se da en el momento de la autorización (o de su denegación) para no repetirse más, sin perjuicio de una potestad consecuente de vigilancia sobre el autorizado para determinar el cumplimiento de sus obligaciones, vigilancia que puede finalmente desembocar en una revocación de la autorización, por incumplimiento de sus términos. Normalmente este tipo de autorizaciones ocurre en las relaciones interorgánicas, no frente al particular ni con motivo de su conducta. Coincide, cuando no es así, con la licencia para actos o eventos confinados en el tiempo, no para actividades que se prolongan, conductas que generalmente son de ejercicio de las libertades públicas funda-

18 Henry Demethon, *Traite du Domaine de L'Etat*, Librairie Dalloz, 1964, París, págs. 146 y 147; J. M. Aubry et Roland Drago, *Traite de Contentieux Administratif*, Ed. Lib. Gral. D. J., París, 1975, Tomo I, págs. 476, 477 y 478, N° 419.

19 Giannini, Massimo Severo, Op. cit., pág. 1099. Tal tipo de "autorización programática" es lo mismo que los franceses suelen denominar "agrement", que se distingue de la "autorización" por el vínculo personal de vigilancia y dirección que crea entre Administración Pública y ciudadano. Ver George Burdeau, *Les Libertés Publiques*, París, L.G.D.J., 1972, pág. 47. En Italia igualmente Mazzariolli, Op. cit., págs. 113 y 114, quien define claramente el llamado "consenso", el equivalente italiano del vocablo. Dada la conocida capacidad de Giannini para acuñar términos, bien podría pensarse que la mejor traducción al español de sus "autorizaciones programáticas" podría ser, más simplemente, el término "licencia industrial" o "comercial", que se refiere siempre a actividades y no a actos.

mentales, como reuniones públicas, entradas y salidas del país, acceso a servicios públicos, constitución de entes sociales, etc.²⁰ La autorización certifica la legalidad y no peligrosidad social del acto o actividad y otorga el derecho a su realización sin conformar el contenido, medios ni condiciones de la actividad autorizada.

La autorización de programación o planificación es la que tiene por objeto no sólo verificar la conformidad del acto o actividad proyectados con un ordenamiento o con un plan preexistente (urbanístico, de desarrollo rural, etc.), sino también moldearlos y acondicionarlos para que en el futuro se realice al máximo, por su medio, el plan en cuestión. La autorización regula y conforma el contenido de lo autorizado con vista al futuro.

Es lógico aceptar que la simplicidad y el carácter predominantemente reglado del acto serán notas naturales en las autorizaciones de contralor, en tanto que las opuestas — complejidad y discrecionalidad — serán las propias de la autorización por programa o plan, y que éstas últimas — a diferencia de las primeras — irán acompañadas normalmente de cláusulas y condiciones varias, impuestas por la autoridad como medio para garantizar la fiel realización futura del plan o programa dicho y de sus fines públicos.

Ahora bien: puede ocurrir que la autorización por programa no se limite a fijar por una sola vez los lineamientos y condiciones de la futura actividad del sujeto autorizado, para desentenderse después de ella, sino que más bien (esta autorización) establezca una relación de subordinación — más o menos pronunciada — entre el petente y la autoridad que dicta el acto, en virtud de la cual el primero quede sujeto ya no sólo a las condiciones inicialmente impuestas y a una potestad concomitante de vigilancia y disciplina en mano de la segunda, sino también a las nuevas órdenes y regulaciones que en el futuro le impondrá esta misma u otra autoridad — que la licencia o autorización indica — frente a la cual el interesado, si acepta, queda en estado jurídico de sujeción y a la espera de instrucciones para mejor garantizar las máxima adecuación de su conducta al fin o interés general perseguido.

20 García de Enterría, Op. cit., idem., pág. 128; igualmente Demichel, op. cit., tomo I, págs. 200 a 210, especialmente 201 y 202, 209 y 210. En una obra de Jean-Paul Negrin, *L'Intervention des Personnes Morales de Droit Privé dans l'Action Administrative*, L. Gr. Dr. Jur., 1971, págs. 51 y sgtes., el autor se refiere a un fenómeno de similar problemática pero de materia exactamente inversa, a saber: la intervención del individuo o de la empresa privada en la acción administrativa clásica. La diferencia fundamental corre en el sentido de que el tema de este trabajo es, al contrario, el carácter público de actividades privadas o, al menos, la conversión a públicas de actividades que, dentro del enfoque clásico, serían privadas. Tales actividades, sin embargo, están hoy confundidas con las que constituyen el servicio público "virtual", frente a las cuales la necesidad de una "habilitation" o "agrement" puede germinar en un régimen público de toda la actividad. Es por ello que la inteligente doctrina de Negrin sobre las "habilitations" para participar en actividades administrativas, a favor de individuos o empresas privadas, puede reputarse finalmente como la teoría del "agrement" con diferente nombre.

Quando, además de las cláusulas y condiciones especiales para cada interesado, la autoridad pública que autoriza está facultada por el ordenamiento para dictar reglamentos e instrucciones generales para todos los que han obtenido el mismo tipo de autorización, ésta viene a ser un medio de introducir al sujeto favorecido con ella en un ordenamiento jurídico especializado por y para la actividad que se autoriza, con su grupo (las entidades privadas autorizadas); sus normas jurídicas (las dictadas para regular la conducta de todos los operadores económicos en el mismo sector) y con su organización (que generalmente es una autoridad pública, individual o colegiada, no dependiente del Estado sino constitutiva de un ente público menor o parte del mismo). El ordenamiento en cuestión tiene forma piramidal y las regulaciones descienden desde el órgano de cúspide hasta los particulares, generalmente entidades privadas (personas físicas o sociedades), pero no necesariamente tales, pues casos puede haber en que dentro del sector se halle comprendido otro ente público, que, sin embargo, recibirá trato paritario con los particulares, salvo expresa disposición legal en contrario. Es esto lo que un ilustre jurista ha individualizado como un "ordenamiento jurídico de sector" (Gianini) en cuya estructura, función y alcances conviene insistir de seguido.

Es necesario, en efecto, detenerse en los tres últimos tipos de autorización, la que sujeta inicialmente al autorizado a obligaciones y condiciones que se insertan en su texto, a discreción y juicio del funcionario que autoriza; y las que, avanzando más dentro de los confines de la propiedad privada, someten al propietario a potestades de regulación y ordenación de la autoridad pública. Todas aparejan normalmente un margen amplio de discrecionalidad.

Debe advertirse que, en todo caso, sea cual sea el tipo de autorización que se dé, la misma siempre crea un deber de vigilancia de la autoridad para impedir que el particular viole, o lo haga impunemente, las obligaciones impuestas por la ley o por la misma autorización, con detrimento del interés público. Esa potestad de vigilancia supone, entonces, la disciplinaria, que permite suspender o revocar la licencia de la persona autorizada, si ésta ha abusado de ella o si, por desidia, no la ha utilizado (aunque esto último es más dudoso y pareciera exigir texto expreso), pero, como veremos, a tal relación mínima puede agregarse otra de mucho mayor alcance, según el régimen de la autorización.

Es claro, por lo dicho, que puede elencarse cuatro posibles formas de autorización:

- i) La que es de obligado otorgamiento, porque se limita a verificar y declarar el cumplimiento de requisitos legales, generalmente respecto a un acto, sin que la autoridad agregue nada de su parte: la licencia de exportación de mercaderías de lista, la de construcción en casos sencillos, la visa de entrada y salida del país para un nacional, etc.
- ii) La que es discrecional en cuanto a motivo y/o contenido y permite a la autoridad imponer modalidades, condiciones y plazos a la actividad autorizada, pero por una sola vez, después de la cual la potestad

pública vuelve a aparecer sólo si hay abuso de la autorización, con fines disciplinarios o punitivos: licencia de portación de armas de fuego, de expendio de licores, de operación de sustancias radioactivas, etc.

iii) La que es discrecional en cuanto a motivo y contenido y permite no sólo vigilar y sancionar, no sólo imponer obligaciones, condiciones y plazos en forma inicial, sino que, además, sujeta al autorizado a una potestad dispositiva de futuro ejercicio, que normalmente es distinta de la que da base a la autorización, pero que puede reputarse también su natural consecuencia cuando hay evidencia de su necesidad, porque el ordenamiento ofrece indicios o contiene disposiciones que denotan el interés público inherido en la actividad: licencias para abrir establecimientos privados de enseñanza, clínicas privadas, farmacias, bolsas de comercio, etc.

iv) Finalmente, la que con discrecionalidad de igual alcance, introduce a un sector ocupacional reconocido como tal por el ordenamiento, bajo la potestad dispositiva de una autoridad pública, generalmente descentralizada, que permite a ésta no sólo dictar mandatos y prescripciones individualizados para el autorizado, creadores de vínculos personales entre ambos, sino, además, dictar reglamentos comunes para todos los miembros de ese sector, que prevalecen sobre las autorizaciones, frente a los cuales éstas han de ponerse como reglas complementarias, para lograr la más fiel y cabal aplicación de dichos reglamentos, en posición similar a la que guarda el reglamento ejecutivo frente a la ley (Banco Central respecto de Bancos Comerciales; Servicio Nacional de Electricidad respecto a los usuarios de aguas públicas con cualquier fin, pero sobre todo respecto de las empresas generadoras y consumidoras de energía eléctrica; Dirección General de Deportes respecto de todos los deportistas del país y de sus organizaciones, públicas o privadas; servicios médicos respecto a la Caja Costarricense de Seguro Social; Oficina del Café y Liga Agrícola Industrial de la Caña, respecto de los industriales y agricultores del respectivo producto). De este último tipo podrían enumerarse muchos ejemplos más (todas las Juntas que vigilan la agricultura e industria de los productos agrícolas básicos de consumo interno y de exportación, como las Juntas y Comisiones del Tabaco, del Arroz, del Cacao, del Banano, etc.). Se trata —y esto es lo importante— de un módulo de organización e intervención públicas en la empresa privada de corte ya viejo y tradicional en Costa Rica, sin que nadie (fuera del suscrito en un artículo de 1972) haya parado atención en el fenómeno y hecho el análisis jurídico de la técnica correspondiente. Su tradición se ha consolidado, sobre todo, en el campo agrícola, como se desprende de los ejemplos dados.

11) La evolución doctrinaria y jurisprudencial francesa.

En los dos últimos casos de "autorizaciones programáticas" se crea lo que suele denominarse "un servicio público virtual" o "impropio". El derecho comparado da abundante cuenta de estos dos últimos tipos de

autorización²¹, pero la cuna de la institución del "servicio público virtual" es Francia, donde la misma es antecedente histórico y jurídico fundamental en el tema de la conversión de actos y de actividades privados a lo público, normalmente a través de un transformador jurídico revestido de "autorización", pero con un campo de aplicación que abarca figuras distintas.

21 Flaminio Franchini, *Le Autorizzazioni Amministrative Constitutive di Rapporti Giuridici fra L'Amministrazione e i Privati*, Giuffrè, Milano, 1957, pág. 25: "El sistema de la autorización representa un técnica intermedia entre la prohibición absoluta y la absoluta libertad. El Estado, frente a la actividad privada, puede prohibir sin excepciones una actividad; o puede, a la inversa, dejarla en entera libertad (pág. 23) ... "el sistema de la autorización representa la solución intermedia entre estos dos sistemas opuestos, de la absoluta prohibición o del irrestricto permiso (pág. 24)... "La Administración Pública puede tender, también, a verificar por sí misma que la actividad cuya autorización se pide no resultará, en el caso concreto, peligrosa para un determinado interés público".

El mismo autor explica: "la autorización se presenta, consecuentemente, como el acto típico respecto del cual es normal que la Administración, al dictarlo, inserte ciertas cargas, más o menos estrechamente conexas con el objeto principal del acto (pág. 60) ... "La tutela del interés público puede exigir una constante y activa ingerencia de la Administración Pública sobre la actividad autorizada, para poder adecuarla, momento a momento, a ese mismo interés... "No siempre es posible tutelarla preventivamente mediante la fijación de límites a lo autorizado; la tutela se obtiene frecuentemente a través de una serie de actividades y de actos, no predeterminados, ni, evidentemente, tampoco previstos en el acto de autorización, sino que paso a paso pueden ser dictados por la Administración Pública con el fin de regular el ejercicio del derecho del interesado" (pág. 67). "Los mandatos concretos que la Administración Pública puede dictar, para tutela del interés público, durante el desarrollo de la actividad autorizada, deben ser considerados, más bien, como expresiones de las potestades de contralor y dirección frente al autorizado". (Pág. 60).

Fernando Garrido Falla, *Tratado Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Estudios Administrativos, 3ª edición, Madrid, 1966, pág. 380: "Es un hecho que la doctrina se ha planteado reiteradamente el problema de ciertas actividades que, aún permaneciendo en manos de los particulares, "están destinadas al público. Puesto que en estos casos hay un interés público implicado, resulta en principio justificada la intervención administrativa por vía de la reglamentación policial. Ahora bien, ocurre que al quedar de este modo tal actividad sometida a la necesidad de una autorización administrativa previa, la Administración suele aprovechar esta circunstancia para imponer al particular interesado una serie de cargas y de obligaciones positivas en cuanto a la forma del ejercicio de su actividad, muy semejantes a las que constituyen el contenido típico del clausulado de una concesión de servicio público. Al suponer esto un grado más de intervencionismo administrativo, su justificación se ha buscado en la doctrina del "servicio público impropio" o "virtual".

La coincidencia del derecho comparado en la aceptación de servicios públicos en manos de particulares revela que se trata de una función normal y permanente de la sociedad frente al Estado, por virtud de la cual sus miembros se hacen cargo de los mismos a nombre propio (sin representación), pero por cuenta del Estado o, en todo caso, para la sociedad, por descentralización normativa o por acto administrativo (de autorización o concesión). La idea es tan antigua como el derecho canónico medieval y con su habitual agudeza lo ha perfilado muy bien Giannini (op. cit. Tomo II, págs. 124 a 126, especial-

Convendría detenerse en el análisis —aunque sea meramente informativo— de esta amplia institución.

Dado el carácter discrecional, preceptivo y prospectivo de la "autorización programática", ésta crea un vínculo permanente con el administrador, que queda sujeto no sólo a regulaciones iniciales sino a una nueva potestad de regulación (en realidad distinta de la de autorizar), sobre el desarrollo de su actividad, desde el punto de vista de un interés público, normalmente económico. Esto puede ocurrir sin que medie una "autorización", si, por cualquier otra razón, la actividad puede reputarse, aunque en mano de particulares, una actividad pública, sea servicio o función públicos. Es en Francia, sobre todo, donde se dan dos líneas jurisprudenciales de pensamiento sobre el tema, la del servicio público en mano de particulares y la del acto administrativo (acte exécutoire) de los particulares, lo que obviamente apareja consecuencias especiales de Derecho Público.

En punto al servicio público, los fallos franceses son principalmente: a) Etablissement Vezia, Conseil d'Etat, 20 diciembre de 1935: Una asociación privada de Madagascar del tipo legal llamado "sociedad indígena de previsión, aseguramiento y préstamos mutuales", comitada a organizar y regular la venta de productos agrícolas en esa colonia francesa, para evitar la baja de sus precios, podía ser beneficiaria de la expropiación, por el Estado, de fincas agrícolas, para mejor cumplimiento de sus fines, con base en un reglamento de la autoridad colonial. Impugnado este reglamento por la ausencia de interés público en la expropiación así autorizada, vista —según la actora, Societe des Etablissements Vezia— la naturaleza privada de la beneficiaria, que se transmitía —según la demanda— a la causa justificante de la expropiación y, en consecuencia, la hacía legalmente imposible, el Consejo de Estado, siguiendo la opinión del Comisario de Gobierno Latourneur, aceptó que puede haber y hay legalmente actividades privadas —por su origen— de interés público y, como consecuencia, susceptibles de ser favorecidas con especiales privilegios de derecho público, como el obtener la expropiación para sus fines.

mente 125), en relación con la figura entonces llamada "munus" (que en latín es encargo, oficio o función), correspondiente a una persona física titular de potestades en beneficio de terceros o de la comunidad, para lo cual valga transcribir algunos párrafos ilustrativos del autor: "En el "munus" se da, en consecuencia, una hipóstasis jurídica: un sujeto jurídico con una parte de su actuación legal vela por intereses de otros y, en relación con ellos, adquiere una calidad subjetiva que se agrega, pero que no se confunde con su personalidad común; y, en realidad, con ese su actuar para otros, se hace titular de distintas situaciones subjetivas, como potestades, derechos y deberes, todos funcionalizados (contraloreados) por regímenes varios de responsabilidad y sujetos a diversas sanciones; el "munus" es la atribución del carácter de centro (subjetivo) de imputación a una función asignada a un sujeto común en beneficio de los intereses de otro" (pág. 125).

El autor explica que se trata normalmente de individuos o personas físicas, sobre todo típicos del derecho privado: tutor, curador, administrador y representante de sociedad (esto último, naturalmente, en el derecho actual).

b) Caisse Primaire "Aide et Protection", C.E. 13 de mayo de 1938. Una organización mutualista privada y dedicada a prestar seguros sociales (médicos) de conformidad con la ley francesa, que así lo permite y regula, impugna la aplicación a su personal de una ley que prohíbe la acumulación de cargos y retribuciones en la función pública, invocando su carácter de empresa privada. El Consejo de Estado nuevamente acoge la opinión del Comisario de Gobierno Latourneur y declara que los seguros sociales son un servicio público que debe regirse por las normas del sector público, aun cuando lo desempeñe una entidad privada como la reclamante.

c) Compagnie Maritime de De L'Afrique Orientale, C. E. 5 de mayo de 1944. El Gobernador de Madagascar dicta un nuevo reglamento de autorización de las actividades de carga, descarga, mantenimiento de instalaciones y transporte por particulares en los muelles de Diego Suárez, principal puerto malgache, y simultáneamente cancela todas las ya dadas para tal tipo de actividades y sujeta las futuras (autorizaciones) al nuevo reglamento. Un antiguo empresario impugna ambas disposiciones y el Consejo de Estado nuevamente sostiene que media un servicio público (el constituido por las referidas actividades portuarias) y que el mismo está sujeto a todo cambio que le introduzca la autoridad pública responsable por su buena marcha, aunque esté en mano de organismos o empresas evidentemente privados, tal y como expresamente lo reconoce el alto tribunal. El fallo es confirmado por otros del mismo Consejo de Estado en los casos Societe Francaise Radio-Atlantique y Compagnie Carcassonnaise de Transports, ambos del 6 de febrero de 1948; Federation Francaise des Syndicats Professionnels des Pilotes Maritimes, C.E. 2 de junio de 1972, y Societe Le Beton, de 19 de octubre de 1956.

Estos fallos configuran lo que suele llamar la doctrina francesa el enfoque "funcional", por contraposición a "orgánico", del servicio público, que así queda definido como una actividad de interés público regulada (¿por quién?) para garantizar la satisfacción de éste, aunque lo preste una empresa privada o no lo preste la Administración Pública.²² Igual crisis del enfoque "organicista" surge casi simultáneamente respecto del acto administrativo, que vendrá así a perfilarse pura y simplemente, según opinión dominante, como el acto unilateral imperativo (executoire), sin importar su origen ni la índole privada de su autor. Los fallos que lo establecen son:

a) Monpeurt. C.E. 31 de julio de 1942: Un organismo corporativo privado creado por ley, llamado Comité de Organización de la Indus-

²² Long, Weil et Braibant, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative, Sirey 6/ta Edition, 1974, págs. 250 y 251, donde los autores dan lujosa cuenta de fallos posteriores que han terminado de perfilar nitidamente la institución del "servicio público virtual", porque están en manos de particulares (reconocidos como tales por todos los fallos).

tria del Vidrio y formado por representantes de los industriales del ramo, queda legalmente encargado de regular y programar la producción y distribución del artículo con amplias facultades, en tiempos de la Segunda Guerra Mundial. En uso de ellas la dicha entidad privada decreta la clausura de una fábrica de vidrio especial para ampollas médicas, así como una compensación en especie para el empresario, a cargo de los otros del mismo ramo, uno de los cuales, el Sr. Monpeurt, impugna el acto impositivo y distributivo en lo que lo afecta. El Consejo de Estado confirma el acto impugnado que tiene por motivado en necesidades comprobadas de la industria en cuestión, después de declararse competente, al dar por cierto que la organización y regulación del sector es un servicio público administrativo, el cual confiere igual carácter a los actos que se dictan para su gestión, aunque provengan de una entidad privada, que reconoce como tal.

b) Bouguen C. E. 2 de abril de 1943. Otro organismo corporativo privado semejante, esta vez legalmente encargado de organizar y regular la profesión médica, dicta una disposición general prohibiendo al médico tener despachos profesionales simultáneamente en varios distritos y, en aplicación de la norma, le ordena al Dr. Bouguen clausurar uno de los varios suyos, lo que éste impugna. El Consejo de Estado anula la decisión por razones de extralimitación territorial del ente privado regulador en cuestión, pero en punto a su competencia propia para conocer del caso sostiene la tesis afirmativa de que la actividad del dicho organismo es un servicio público emanado de una entidad privada y que, por ello, son administrativos tanto el reglamento como el acto de aplicación impugnados.

c) Magnier, C. E. enero 13 de 1961: la ley organiza la lucha contra los parásitos y los animales dañinos para la vegetación. Según sus términos el Prefecto de la Provincia determina cuándo hay peligro y ordena se ponga en marcha un plan de lucha contra las plagas, cuya ejecución corresponde a un agente público llamado inspector para la protección de los vegetales. Según el mecanismo ideado por la ley, las órdenes de ejecución no son dadas a otros agentes públicos, sino a los propietarios o poseedores de los terrenos afectados. Si éstos no cumplen, ejecuta la orden en su lugar un sindicato del tipo llamado —por ley del momento— Grupo para la Defensa Comunal contra los Enemigos de las Plantas, que el Consejo de Estado expresamente reputa como organismo privado. Cumplida su labor sustitutiva el Grupo fija imperativamente el costo y cobra la liquidación al propietario rebelde, quien queda eventualmente expuesto a la ejecución patrimonial forzosa por el Estado. En un caso concreto, un propietario contumaz impugnó el cobro recibido y el Consejo de Estado —en resolución de un incidente de competencia, por declinatoria del tribunal administrativo inferior, que sostuvo no ser de su jurisdicción el asunto por tratarse de litigio entre particulares, dado el carácter privado del sindicato Grupo demandado— aceptó el caso y reafirmó la tesis de que la actividad generadora del gasto cobrado es un servicio público, no obstante estar en mano de una entidad privada y que, por ello, son públicos y

administrativos los actos unilaterales dictados para cumplirlo. Este fallo, relativo a servicios públicos administrativos (no comerciales ni industriales), fue seguido por otros para situaciones de hecho iguales en lo esencial que reafirmaron la posibilidad de actos administrativos de individuos o de empresas privadas, a saber: Federation Nationale des Huileries Metropolitanaires y Groupement Nationale d'Achat des Produits Oleagineux, ambos de 6 de octubre de 1961, lo mismo que Caisse de Perequation de la Papeterie, de 7 de noviembre de 1962.

En el estado actual de la jurisprudencia francesa sobre la materia es claro que, tratándose de servicios públicos administrativos, la entidad privada cometida a ellos puede dictar actos administrativos no sólo individuales sino también reglamentarios y que todos pueden ser impugnados ante el Consejo de Estado, pero no hay decisiones que aclaren algunos de los aspectos del régimen público de tales actos, que sigue siendo oscuro e impreciso.^{23 24}

d) Rolland, Tribunal des Conflits, 12 de junio de 1961: Hasta esta fecha el Consejo de Estado había reputado acto administrativo sólo el proveniente de un particular cuando era dictado para la prestación de un servicio público administrativo, con régimen exorbitante y distinto del correspondiente al acto o servicio de derecho privado común. Ante una demanda de un trabajador contra la Sociedad Nacional de Ferrocarriles de Francia —empresa privada concesionaria— con motivo de una disposición general de jubilación y retiro dictada por la junta directiva correspondiente, la Corte de Casación —sin jurisdicción para asuntos administrativos— decide usar del procedimiento especial de consulta previsto por la ley francesa cuando hay duda seria sobre la índole de la materia y envía el caso, por esa vía, al Tribunal de Conflictos, quien decide los que haya entre las dos jurisdicciones, judicial y contencioso administrativa. El Tribunal declara privado el asunto, pero solamente porque el reglamento impugnado no forma parte del régimen de la actividad de transporte ferrocarrilero, después de calificar a éste —obiter dicta— como servicio público en mano de particulares. No la jurisprudencia sino la doctrina interpretó que, a

23 Frank Moderne, Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en Derecho Francés: los actos administrativos de origen privado, Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 4, 1975 Madrid, págs. 10 y 11.

24 Long Weil et Braibant, op cit., pág. 273, y Buttgenbach, Andre, Theorie Generale des Modes de Gestion des Services Publics en Belgique, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1952, págs. 427 y 428, donde se aclara, por vía de precisión, la estrechez de la admisión, por la doctrina de habla francesa, de actos administrativos de entes privados, que sólo se reconocen cuando hay ley que otorgue una potestad unilateral e imperativa frente a terceros —usuarios o no de un servicio público— con exclusión de todos los otros tipos de actos o actividades de la misma entidad, aun si contienen términos y condiciones inhabituales o exorbitantes del derecho común, como ocurre en las relaciones con su personal, en sus obras o en sus contratos, que, mientras estén concluidos entre particulares, son contratos comunes y no administrativos, pese a su eventual contenido especial.

contrario sensu, lo que el Tribunal de Conflictos había sostenido era que, de haber versado el reglamento dicho sobre la organización y el régimen del servicio público de transporte por ferrocarril, ese reglamento, no obstante emanar de una empresa privada, habría sido reputado acto administrativo y justiciable ante el Consejo de Estado. Referidas a circunstancias de hecho prácticamente iguales, otras sentencias del Tribunal de Conflictos han confirmado esta línea de decisión, que, sin embargo, parece contener la limitación fundamental de que, en lo que toca a servicios públicos industriales o comerciales, el único acto de empresa privada reputable administrativo y residenciable ante la respectiva jurisdicción es el reglamento, no el acto individual (como lo sostiene Moderne, op. cit., pág. 13): ver decisiones del Tribunal de Conflictos posteriores al caso Rolland, Compagnie Air France contra Epoux Barbier (T. D/C. 15 de enero de 1968) y Directeur Regional de la Securite Sociale d' Orleans contra Epoux Blanchet (T.D.C. 22 de abril de 1974), que también reconocen el carácter administrativo reglamentario de actos normativos de empresas privadas a cargo de servicios públicos regidos por el derecho comercial.

En síntesis: por virtud de la evolución jurisprudencial reseñada, parece claro que en el ordenamiento francés son servicios públicos todos los que estén ordenados a fines públicos, aunque los presten los particulares; y son actos administrativos todos los unilaterales dictados por el titular del servicio público para su prestación, aun si éste es un particular y aun si el servicio es industrial o comercial, pero en este último caso sólo serán públicos los actos del particular que sean reglamentarios, no los individualizados.

La negación de carácter administrativo a los actos normativos de la empresa privada cometida a un servicio público comercial, en cuanto se les desconoce índole de reglamentos equiparables a los emanados de la Administración Pública en general, suscita perplejidad, en la medida en que la hipótesis de un acto normativo de un ente —público o privado— extraño a su principal actividad es puramente académica y, por ello, contraria a la realidad en la mayoría de los casos. El acto normativo expresa las formas permanentes y estables de organización y de funcionamiento de todo sujeto, público o privado, sin lo cual no sólo carecería de sentido sino que habría sido sustituido por actos concretos atípicos o por la interpretación extensiva de otras normas ya existentes, sobre todo si no rige el principio de legalidad, como es lo cierto en el sector privado. Pareciera, por ello, que la evolución descrita se orientará, a la inversa, a la admisión de todos los actos normativos de un ente privado titular de servicio público mercantil como verdaderos reglamentos administrativos del mismo, dotados de la naturaleza y autoridad de actos públicos y ejecutorios. Es casi imposible, en efecto, distinguir entre reglamentos atinentes y reglamentos extraños al servicio público en cuestión, cuando son dictados por el mismo sujeto o empresa y afectan directa o indirectamente la prestación del mismo giro mercantil. La decisión de los casos Rolland y Barbier será abandonada en el futuro en este aspecto, casi seguramente, y los que entonces fueron rechazados, serán admitidos como verdaderos reglamentos públicos, según todo lo dicho.

Es claro, por otra parte, que parece más difícil combatir la línea de pensamiento que justifica la distinción entre actos normativos y actos individualizados de la empresa o sujeto privados encargados de un servicio público, para negar siempre a estos últimos el carácter de actos administrativos (executoire), dado el indudable menor rango que el acto concreto presenta desde tal ángulo. La actividad y los actos externos, de prestación del servicio público comercial o industrial, serán, por suposición y definición, privados y sujetos al derecho común; restará por determinar la calidad y régimen de los actos internos de organización y provisión requeridos por la empresa privada titular del servicio público, y para nosotros no tiene duda su carácter privado e igual, por naturaleza, a los de una empresa común, todo lo cual viene a corroborar el sólido fundamento de la distinción jurisprudencial última en comentario. La doctrina francesa es, a este respecto, una de pleno apoyo a la jurisprudencia, y mucho menos cauta y reservada que cuando habla de los actos normativos de la empresa privada encargada de un servicio público comercial, en relación con los cuales el pronóstico es desfavorable a la jurisprudencia existente y partidaria de una consideración general de tales normas como verdaderos reglamentos administrativos, en todo caso y sin excepciones.

En la doctrina francesa se ha trabado ardorosa polémica, que todavía se mantiene, sobre si es el criterio del servicio público como fin, o el del acto unilateral, administrativo y ejecutorio, como lo llamó Hauriou, el correcto para definir y distinguir el derecho público. Se trata de una innecesaria polémica, paralela a la otra, ya varias veces decenal, sobre si el derecho administrativo es el de la Administración Pública o el de la función administrativa. Es normal, pero no necesario, que la función administrativa pertenezca a la Administración Pública, como lo es que la titularidad del imperio corresponda a quien tiene a su cargo los servicios públicos, administrativos o comerciales; ello no obstante, la posibilidad de una excepción permite sostener que hay servicio público siempre que haya una potestad pública imperativa para la prestación de una actividad, por la Administración Pública o por particulares; y que, a la inversa, habrá potestades públicas imperativas siempre que haya que organizar y dirigir, por la técnica del acto unilateral, el funcionamiento de un servicio público, en mano de particulares o de la Administración Pública.

Lo que sí parece caduco es la tesis "organicista", insistente todavía en la necesidad de una Administración Pública, entendida como persona de Derecho Público, autora del acto, para que éste pueda reputarse público y administrativo. Pese a brillantes esfuerzos dialécticos en contrario,²⁵ parece no haber razones de peso, en esta línea de evolución, que impidan la

25 Christian Lavalie, L'Evolution de la Conception de la Decisión Executoire en Droit Administratif Français, L.G.D.J., Paris, 1974, págs. 147 y 148, donde el autor esboza la idea de un nuevo tipo de persona jurídica pública en el derecho francés, que él llama la "corporación pública", y que engloba, en su patrón orgánico, los Comités Profesionales de Organización (como los del vidrio y de los médicos) que dictaron los actos impugnados en los famosos fallos Monpeurt y Bouguen, ya citados, todo con la idea de mantener el criterio orgá-

atribución pura y simple de potestades públicas a un particular, individuo o empresa, directamente por ley y sin conexión ninguna con competencias pertenecientes a otro ente público o autoridad administrativa, ni por delegación, ni por concesión o mandato, ni aun siquiera por sustitución, aunque sin perjuicio, por todo lo dicho, de las potestades concomitantes de la Administración Pública sobre el particular en función de contralor, regulación y dirección de su actividad.

nico del acto administrativo, creemos que vana e innecesariamente. El mismo autor intenta reforzar sus tesis frente a los casos en que es evidente la falta de conexión orgánica entre el ente privado autor del acto y otro ente público, mediante el argumento de que, cuando ello ocurre, lo que se da es una atribución de competencia administrativa al ente privado en conexión con otra propia de un ente público, al que sustituye en su función. De este modo, según el autor, en la base de todo acto público de un ente privado se halla una competencia pública, sustitutiva o complementaria de otra, que corresponde siempre a un ente público. Esto evidentemente no es verdad y varios casos franceses de los ya citados lo demuestran, como ocurre en los arrets Rolland y Barbier, respecto de cuyos reglamentos de servicio, materia del litigio, sólo podría haber contralor pero nunca sustitución por el Estado, por tratarse de reglamentos de personal de una empresa privada. La realidad es que con la descentralización directamente por ley de las potestades de imperio en favor de particulares, es innecesario buscar otra explicación para su existencia y resulta inevitable reconocer que —con quiebra del criterio organicista— lo que define ahora el acto administrativo y el servicio público no es la naturaleza de su titular, sino su estructura y régimen jurídico, aun si el acto o actividad proviene de particulares. En otro trabajo muy interesante Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Derecho Administrativo, Sindicatos y Auto-Administración, Estudios de Administración General*, Editorial Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1972, págs. 126 a 131, termina por coincidir con la tesis de Lavialle, no obstante haber advertido y demostrado brillantemente no ser necesario adscribir un autor público al acto para aceptarlo como público después. El distinguido autor llega hasta calificar a los organismos privados encargados de funciones públicas como meros "delegados" o "agentes descentralizados" de la Administración Pública, sin privarlos —por ello— de su naturaleza privada. Creemos acertada la calificación de estos entes privados como titulares de una descentralización en su favor de potestades públicas, sin relación orgánica alguna —fuera de esa— con la Administración Pública, y con posición parecida, en todo caso, a la de los entes públicos descentralizados, mucho más que a la del delegatario, mandatario o sustituto de un ente público clásico. La crisis de la concepción "organicista" del acto administrativo es hoy general, sobre todo en el derecho administrativo latino (el latinoamericano, el español, el italiano y el francés). Dice al respecto Giuseppe Guarino, *Pubblico Ufficiale ed Incaricato di Pubblico Servizio*, Scritti di Diritto Pubblico de l'Economía, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 218, en relación con el acto administrativo como expresión de la función pública: "los poderes y los actos de derecho público ofrecen un criterio cierto y de tipo específico para definir la función pública. La función es precisamente aquella que se manifiesta en el ejercicio de poderes y de actos de derecho público, esto es: de supuestos jurídicos de índole volitiva propios de sujetos con titularidad exclusiva de los mismos. *La función pública es tal objetivamente, con independencia del hecho de que sea ejercida por sujetos públicos o privados*".

El autor lo repite en pág. 235 *ibidem*.

Ello no obstante, el enfoque organicista es todavía fuerte en Francia y cuenta con apoyo tan ilustre como el de Jean Rivero, *Droit Administratif*, Dalloz, París, 1973, pág. 93.

Ahora bien: todos los casos jurisprudenciales citados pueden repartirse en dos grandes rubros: aquellos en que la ley confiere directamente a la entidad privada un servicio o una función públicos, a modo de verdadera descentralización operada en beneficio ya no de entidades también públicas sino de la iniciativa o de la empresa privadas (todos, excepto los dos últimos); y éstos dos (los casos Rolland y Barbier), en que una empresa privada, sin habilitación legal directa ni expresa, sino con una licencia administrativa de operación (autorización programática dictada por la Administración Pública en uso de una potestad legal) gestiona el transporte comercial —ferroviario o aéreo— y dicta reglamentos de servicio equiparados a los administrativos y propios del Estado, cuyo fundamento legal está en la necesidad de hacerlo por el interés público conexas con esa actividad, que se define precisamente como servicio comercial público. En esta última hipótesis es el servicio público —y no la ley ni la licencia administrativa— la fuente de esa potestad reglamentaria auténticamente pública en mano de una empresa privada, según reconocimiento del Consejo de Estado o del Tribunal de Conflictos de Francia, cuyos fallos vienen a ser, en definitiva, el verdadero título de tal poder normativo en mano de una empresa privada.

Lo que pareciera haberse habilitado jurídicamente en Francia es la "publicatio" de actividades por jurisprudencia o por acto de la Administración Pública, sin base legal, sobre todo en el contexto en que se ha dado la evolución descrita, que no está acabada ni es totalmente clara.

En efecto: no hay criterios jurisprudenciales ciertos para identificar un servicio público en una actividad de un particular hasta ese momento privada y las opiniones al respecto son contrastantes. Se admite, por regla general, que la potestad pública de imperio en mano de la entidad privada (por descentralización legislativa o concesión administrativa), lo mismo que una ayuda financiera sustancial (subvención o afectación de tributos a entidades privadas para el cumplimiento de su actividad), e igualmente contralores públicos más o menos intensos sobre la organización y/o la actividad de la empresa privada, son signo relativamente seguro para determinar cuando el Estado quiere tratar una actividad privada como servicio público.²⁶ Pareciera que la consecuencia esencial de ello estaría en las potestades "virtuales" o "inherentes" de regulación, de disposición y de contralor sobre el ente privado de servicio público, también "virtual", por parte del Estado que, de este modo, podría regularlo y dirigirlo, para hacerlo cumplir en su actividad empresarial con los cuatro fundamentales principios de toda actividad administrativa de servicio: continuidad en la prestación, eficiencia y regularidad, trato igual a todos los usuarios, y adaptabilidad a los cambios del medio real y legal en que actúa la entidad prestadora, todo en beneficio del público y sin texto legal expreso de

26 Andre Demichel, *Les Contrôles de L'Etat sur les Organismes Privés*, Libr. Gralle de Droit et Jur., París, 1960, Tomo II, págs. 620, 630, 632, 678, 679, 681, 686 y 687.

base.²⁷ Sin embargo, nada de lo dicho es claro ni en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni menos en la doctrina francesa.

En punto a la jurisprudencia existente todo lo que se puede afirmar es lo ya dicho al hilo de los fallos comentados, sin poder ir fácilmente más allá. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido repetidamente carácter público a los actos y a la actividad de los particulares en las condiciones ya relatadas, pero ha omitido aclarar —o no ha tenido oportunidad para hacerlo— múltiples detalles del régimen público consecuente con esa calificación, que deberían reconocerse o admitirse como consecuencia lógica y obligada de la misma. Se puede decir que un servicio público "virtual" puede estar a cargo de un organismo privado corporativo, de afiliación obligatoria (con pago también obligatorio de las respectivas cuotas de ingreso y permanencia) y con el beneficio posible de la expropiación pública en su favor, aunque tramitada y dictada por el Estado u otro ente territorial competente (caso *Etablissement Vezia*); que puede aplicársele (al ente privado titular de una función o servicios) leyes de personal de la Administración Pública en cuanto protejan la solidez financiera de la entidad responsable (caso *Caisse Primaire Aide et Protection*); que el servicio en manos privadas ha de adaptarse a todos los cambios que exija el interés público, representado por la Administración Pública y sus actos normativos o de disposición (caso *Compagnie Maritime de L'Afrique Orientale*); y que sus actos unilaterales para la prestación y organización del servicio público "virtual" son administrativos y justiciables en la vía contencioso-administrativa (casos *Mompeurt*, *Magnier*, *Bouguen*, etc.), aunque nada se haya decidido todavía sobre los restantes aspectos del régimen público consiguiente de dichos actos. Y tampoco se ha decidido si, dado el carácter público del servicio, el mismo está sujeto a los cuatro principios esenciales antes indicados, en función de los que se justificaría la existencia de las potestades implícitas de regulación, disposición y contralor de la Administración Pública sobre la entidad privada y su conducta. Pareciera que, en el derecho francés, tales potestades le son negadas a la Administración Pública por otros importantes fallos convergentes, aunque de materia aparentemente extraña a la problemática que ahora se examina.

El conflicto suele darse con el principio de legalidad, que ha terminado por prevalecer, pero con posición cada día más débil y comprometida. La potestad reglamentaria autónoma, sin base legal expresa o implícita, sólo se admite en el derecho francés para los servicios de policía general de orden y seguridad, y, además, en el ámbito interno de un ente público, para su organización y la de sus servicios; la regulación por el Estado o la Administración Pública de un ente privado titular de un servicio público "virtual" sólo podría darse, entonces, con base en texto de ley, si toca un campo extraño al de los dos exentos ya indicados (derecho de la policía

27 Demichel, op. cit. Tomo II, págs. 701 a 704; J. M. Auby y R. Ducos Ader, *Grands Services Publics et Entreprises Publiques*, Presses Universitaires de France, 1969, Tomo I, pág. 33 a 44; Rivero, op. cit., págs. 418 a 420. Louis Rolland, *Precis de Droit Administratif*, Dalloz, 1953, págs. 18 y 19.

(administrativa general y de la organización interna del servicio público orgánico o clásico).²⁸

La potestad de dar órdenes al empresario o particular es inadmisibles, por mayoría de razón, sin texto expreso que la legitime, pues sólo es concebible en el ámbito de la relación jerárquica común (entre órganos de un mismo ente) y no entre entes, sobre todo si uno es privado y con derecho a un grado mínimo de autonomía, constitucional y/o legalmente garanti-

28 Ver arret *Jamart*, C. E., 7 de febrero de 1936, en relación con el poder reglamentario interno del Ministro para organizar su Despacho sin necesidad de base legal expresa (Long, Weill et Braibant, op. cit., págs. 235 a 237); y *Babin*, 4 de mayo de 1906, así como *Labonne*, 8 de agosto de 1919, ambos arrets del C.E., en lo que toca a la potestad reglamentaria autónoma en materia de policía (Long..., op. cit., págs. 158 a 161). Para una exposición lo-grada de las potestades reglamentarias sin texto legal de base en derecho francés —dentro de las cuales el autor incluye la de los colegios administrativos para darse su organización y régimen de funcionamiento propios— véase Jean Claude Douence, *Recherches sur le Pouvoir Reglementaire de L'Administration*, L. G. D. J. 1968, págs. 378 a 386. La constitución de 1958 ha introducido —como bien se sabe— un sistema totalmente distinto al de las anteriores constituciones francesas en punto a las relaciones entre ley y reglamento, mediante un distribución de las competencias normativas entre ambos actos por razón de la materia. Es decir: la Constitución de 1958 ha creado —lo que antes no existía— una reserva de reglamento o del reglamento que no puede invadir el Parlamento y dentro de la cual las normas reglamentarias no están sujetas a la ley, sino sólo a los principios generales del derecho o a las directrices sentadas por el Parlamento; ver al respecto *Andre de Laubadere, Traite Elementaire de Droit Administratif*, L. G. D. J., París, 3ra. edición, 1963, Tomo I, pág. 77. La innovación constitucional ha convertido la potestad reglamentaria en la fuente normativa general y normal, pues está sujeto a reglamento —sin que pueda intervenir la ley— todo aquello que no esté asignado a ésta, en forma taxativa y limitativa. En la materia legislativa, por otra parte, hay una que le pertenece plenamente y sin límites al Parlamento (libertades públicas) y otra en la que sólo puede dictar principios generales, porque en lo restante es el reglamento el beneficiario de una reserva excluyente de la ley (propiedad, derechos reales y obligaciones). La consecuencia ha sido, sin embargo, mantener reservado al reglamento lo que concierne a la industria y al comercio, lo mismo que a la propiedad y a los demás derechos reales, pero dentro de principios y directrices dictados por el legislador (Art. 34 de la Constitución). Véase *George Vedel, Droit Administratif, Themis*, Presses Universitaires de France, 1975, págs. 42 y 43; y *Francine Dreyfus, La Liberté du Commerce et de L'Industrie*, Berger Levrault, Administration Nouvelle, 1973, págs. 135 a 138, donde se da cuenta de que la libertad de empresa ha quedado ubicada en el campo material del reglamento autónomo (art. 34), pero siempre sometida a principios o bases dados por ley.

Aparentemente en contra de *Laubadere*, op. cit., Tomo III, págs. 475 a 477, donde el autor sostiene la tesis de que, por ser libertades públicas, la industria y el comercio están reservados a la ley, con exclusión del reglamento; pero el mismo autor da cuenta de las excepciones introducidas (materia de policía general, delegaciones legislativas, precios oficiales y, sobre todo, régimen legal de autorizaciones —*autorisation* o *agrement*— que habilita a la Administración Pública para dictar reglamentos de amplio alcance, sobre todo en la última hipótesis), que son tan extensas y generales como para hacer dudar de la tesis sostenida. La realidad normativa deja ver claramente que, en Francia, es el reglamento la principal fuente de regulación y limitación de la propiedad y de la libertad económica, dentro de un marco de principios construido por el legislador.

zado, lo que —como se vio— hace de su libertad la regla y de su inhibición u obediencia debidas (frente a otros entes) la excepción. Sólo podría pensarse en potestades estatales de tutela administrativa, como las usuales entre el Estado y otros entes públicos menores, y aun entonces habría que tomar en cuenta la naturaleza sustancialmente originaria y autónoma, frente al Estado, de la existencia y libertad del individuo o de las personas colectivas privadas (sociedades, asociaciones, cooperativas, sindicatos, etc.) que éste último crea a su orden y servicio, que exigen siempre un campo de acción y de respeto mayor que el reconocido a favor de cualquier otro ente u organismo público y, concretamente, ley de base de la respectiva potestad, que claramente autorice el contralor en cuestión.²⁹

La potestad normativa para crear contralores administrativos de tipo preventivo (como las autorizaciones, que son los más eficaces para la regulación del servicio público en tanto que actividad también privada) está reservada a la ley formal, por todo lo dicho, con exclusión de reglamentos y de actos individuales autónomos, inaceptables como instrumentos de regulación en materia de libertades públicas y, concretamente, de actividades económicas del particular.³⁰

En síntesis: en la jurisprudencia y doctrinas francesas pareciera insinuarse que, pese a la creación jurisprudencial y doctrinaria de la función y del servicio público "virtuales", identificados y detectados por los índices antes elencados (potestades públicas expresas como síntomas del carácter público de la actividad privada en su conjunto, financiación y/o contralores estatales intensos o, simplemente, evidencia directa del interés público) no hay, fuera del reconocimiento ocasional de situaciones especiales

29 Ver Demichel, op. cit., Tomo II, págs. 415 y 416.

30 Ver arret Daudignac, C. E. 22 de junio de 1951, caso del fotógrafo ambulante, cuya profesión se sujetó reglamentariamente y sin base legal a autorización preventiva con numerosas cargas y sanciones, lo que, según el fallo anulatorio, es ilegítimo, en virtud de la libertad de comercio que otorga el derecho irrestricto a cualquier ocupación mientras no haya ley que disponga lo contrario; el fallo ha sido reafirmado por el arret C. E. Societe Generale des Travaux Cinematographiques, 29 de julio de 1953 (Long, Weil et Braibant, op. cit., págs. 361 a 363). La doctrina está conforme: ver Jean Rivero, Les Libertes Publiques, Tomo I, Presses Universitaires de France, 1973, págs. 189 a 192; George Burdeau, Les Libertes Publiques, L. G. D. J., París, 1972, págs. 428 y 429; Francine Dreyfus, op. cit., p. 66; Bernard Chenot, L. Organisation Economique de l'Etat, Dalloz, 1965, págs. 71 y 72 y Pierrette Rongere, Le Procédé de L'Acte Type, L. S. D. J., 1968, pág. 203. Esta última autora indica claramente, sin embargo, que siempre que haya un beneficio a obtener de la Administración Pública para la explotación de una actividad industrial o mercantil, que no sea de derecho común, la Administración Pública podrá sujetar su concesión a las regulaciones y condiciones actuales y futuras que crea pertinentes (siempre con respecto del principio de igualdad), y que bastará al efecto el silencio e, incluso, la ambigüedad de la ley para habilitar a la Administración Pública tal potestad reglamentaria inherente a toda ayuda o subvención administrativa. Este planteo revela la ambivalencia de la doctrina del servicio público "virtual" y de las "actividades privadas de interés público" en Francia, de lo que diremos más extensamente casi de inmediato.

de derecho público (como las que corresponden a los fallos mencionados), un régimen jurídico de la misma naturaleza pública, uniforme, completo y definido, que permita saber exactamente los posibles alcances de esta calificación jurídica y si, efectivamente, el Estado goza, con ella o por ella, de las potestades necesarias para garantizar que el particular dé efectiva vigencia en su empresa a aquellos principios esenciales y mínimos del servicio público, con todo el tratamiento jurídico exorbitante o distinto y propio de esas potestades en la hipótesis del servicio público clásico u orgánico.

iii) ~~Los peligros del principio del servicio público "virtual".~~

La doctrina y la jurisprudencia del servicio público "virtual" ofrecen, pese a lo dicho, un principio larvado de solución autoritaria al problema que explica el reconocimiento de la figura, que no es otro que la necesidad de dirigir administrativamente sectores socialmente sensibles de la iniciativa privada, sin intervención de la ley. Hay cierto consenso entre los autores que intentan una explicación —y no un rechazo— de la jurisprudencia citada en reputar como índice distintivo más importante del servicio público "virtual" la presencia de un interés público connatural a una actividad privada, del que también es portadora la Administración Pública, a tal grado notorio y relevante que hace intuible sin más y genera por sí, sin recurrir a la ley, las consiguientes potestades de aquella necesarias para garantizar el logro del fin público conexo, a discreción de ella. En este orden de ideas puede reputarse pública, para iniciar su regulación como tal, con todas las intervenciones y contralores que ello importa, cualquier actividad privada de la que el Juez o la Administración opine que debe serlo, aunque no haya el menor rastro legislativo que así lo aconseje o permita.³¹ El enfoque ofrece alimento a tesis eventualmente incompatibles con los principios fundamentales de un Estado de Derecho, a veces de

31 Demichel, op. cit. Tomo II, pág. 676: "no solamente puede el legislador establecer un control sobre las actividades que considera como de servicio público, sino que la jurisprudencia estima que, aunque no haya texto de base, si no hay duda sobre la naturaleza (pública) de una actividad, la autoridad administrativa tiene la posibilidad, fuera de toda habilitación legislativa, de establecer un control sobre los servicios públicos "virtuales" y un control de pleno derecho sobre los contratos administrativos". La afirmación del autor descubre que así como la presencia del control estatal sobre la actividad privada, a texto expreso, sirve de indicio de la existencia de un servicio público "virtual" para aplicarle el régimen de tal; ocurre, a la inversa, que para aplicar tal régimen y aun en la ausencia de un indicio que lo permita —como el control positivamente autorizado antes referido— la alegada e invocada presencia de un interés público patente en la actividad privada cumple igual función y sirve, precisamente, para justificar la aplicación de contralores y la existencia de potestades de vigilancia, disciplina, regulación y dirección, no previstas por ley ni por acto administrativo fundado en ella.

origen extraño a Francia. Según italianos y alemanes se crea, por virtud de la presencia del interés público en la actividad privada, o de alguno de los otros índices de su naturaleza pública y a exclusivo juicio de la Administración, lo que suele llamarse una relación de supremacía especial con el individuo o empresario, que da origen de inmediato a un ordenamiento también especial y distinto del estatal, dentro del cual hay un sujeto público titular de potestades de regulación, dirección y contralor de la empresa privada o del individuo, que no se rigen por el principio de legalidad propio del ordenamiento general del Estado y que están justificadas única y exclusivamente por las necesidades de actuación que impone la realiza-

Esto lo reconoce la más nueva doctrina francesa, para lo cual ver J. M. Aubry y R. Ducos-Ader, op. cit., Tomo I, pág. 33, donde los autores dicen: "El régimen de servicio público aparece, ante todo, como la causa de calificación del servicio público como tal. En efecto, el Juez, para determinar si una actividad constituye un servicio público, puede encontrar indicios de apoyo en las reglas aplicables a este servicio, principalmente en los textos escritos de las mismas... En este sentido, por consecuencia, la técnica se invierte; es la consideración de un régimen expreso la que sirve para determinar la cualidad o calidad del servicio público. La consideración del régimen no es únicamente la causa determinante de la calificación del servicio como público: puede ser también la causa final. El juez califica una actividad como servicio público para someterla al régimen de tal. Es éste, parece, el mecanismo intelectual empleado a propósito de la jurisprudencia sobre el servicio público "virtual"... Así la actividad de un particular que da alojamiento a los refugiados soviéticos ha sido declarada servicio público para que le sea aplicado un régimen de derecho público... La generalidad de la aplicación de estos principios (los fundamentales del servicio público), ha sido sentada por la jurisprudencia y principalmente en la hipótesis de que el servicio público sea prestado por una persona privada: se ve entonces a la autoridad administrativa utilizar sus poderes para imponer el respeto de los mismos en el campo propio de la actividad de servicio público de la empresa privada". Véase, además, Pierrette Rongere, op. cit. págs. 208 y 210.

La explicación no puede ser más clara y revela que la idea del servicio público "virtual" depende, en último término, de la voluntad de la Administración y/o del Juez, con independencia de la ley. No se trata, según ello, de complementar o ejecutar la voluntad de ésta última, sino de satisfacer necesidades sociales a través de la intervención de la Administración Pública, donde aquella no se lo permite expresamente. La doctrina del servicio público virtual es la técnica empleada por la justicia administrativa de Francia para convertir en públicas actividades que, según la ley, son privadas y nada más que privadas, cuando este tratamiento legal se halla desfasado de la realidad socio-económica, que indica y exige lo contrario. Desde este ángulo la doctrina es claramente una peligrosa excepción tanto al principio de legalidad como al de reserva de ley en materia de libertades públicas y alimenta una tendencia contradictoria dentro del sistema humanista del Estado de Derecho que, al convertirse en social, ha tenido que debilitar las garantías del individuo y de sus empresas en beneficio de la colectividad y de las prerrogativas de la Administración Pública moderna, necesarias para producir igualdad de oportunidades y para —con ese fin— desarrollar económicamente la sociedad y distribuir mejor el ingreso. Para una certera crítica reciente véase Pierre Livet, L'Autorisation Administrative Preamble et les Libertés Publiques, L. G. D. J., 1974, págs. 170 y 171; un claro repudio de la doctrina del servicio público "virtual" se da, nada menos, que en Rivero, op. cit., pág. 411, aunque contradictoriamente parece aceptarla en pág. 415 (sext. edición, 1973).

ción del fin público que aquel sujeto persigue.³² La situación del particular o empresario privado se hace similar —cuando no equiparable— a la de un ente público instrumental, al servicio del Estado, para el cumplimiento de fines que son del Estado.³³

Y precisamente lo que hace reconocible con mayor fuerza el carácter intrínsecamente público de la actividad privada en tal posición es la existencia de obligaciones positivas del particular (de hacer o de dar) orientadas a fines públicos y de cumplimiento controlado por la Administración Pública, para coordinar o subordinar el particular a los programas de gobierno, de los cuales —por esa vía— aquél resulta colaborador o cogestor.³⁴ Todo desemboca en la idea de que el servicio público "virtual" sólo es verdaderamente tal si funciona con miras a cumplir cabalmente aquellas cuatro fundamentales reglas del servicio público clásico: eficiencia, trato igualitario del usuario, continuidad en la prestación y adaptabilidad jurídica a los cambios necesarios en la prestación.³⁵

Si en un ordenamiento la Administración Pública intuye la necesidad de observar tales principios en cualquier actividad privada, sea por su importancia socio-económica, sea por los indicios de publicidad que presenta su fragmentario régimen jurídico escrito, entonces se dará verdaderamente —según esta doctrina— una hipótesis de servicio público disfrazado y como tal deberá tratarse jurídicamente. A partir de ese instante, dada la coincidencia de intereses entre empresa y Estado, la Administración Pública tendrá que vincularse a la respectiva prestación y vincular al empresario a los planes de gestión que encuentre mejores para garantizar la satis-

32 El fenómeno de los ordenamientos parciales, con principios propios, como parte de otro ordenamiento más amplio (en el caso, el del Estado) ante el que son irrelevantes si el último no les ha dado expreso reconocimiento, fue sistematizado primeramente por Santi Romano, L'Ordinamento Giuridico, Edición Sansoni, Firenze, 1962, págs. 197 y 198, así como págs. 217 a 223, especialmente de la 220 en adelante, fenómeno después desarrollado con énfasis sobre la particularidad de los principios generales del orden parcial en relación con los del estatal, más que sobre su carácter derivado y no soberano (como lo es en el aceptable enfoque de Romano), por lo que se defiende la no vigencia en aquél de una serie de principios fundamentales, como el de legalidad, reserva de ley, inderogabilidad singular del reglamento, libertades públicas y de empresa, etc., lo cual es no sólo inadmisibles sino infundado, en cuanto —si el ordenamiento parcial es derivado del estatal— aquél está y tiene que estar sujeto y adaptado a los principios esenciales de este. Véase, para documentar el enfoque erróneo que se combate, Alessandro María Offidani, Studi sull'Ordinamento Giuridico Speciale, Giapichelli, Torino, 1953, págs. 16 a 21 y, sobre todo, 202; y también Mazzarioli, op. cit. págs. 70 a 77, especialmente 70 a 72. Para la posición crítica que aceptamos, véase Vittorio Bachelet, Disciplina Militare e Ordinamento Giuridico Statale, Giuffrè, 1962, págs. 33, 38 a 44, especialmente 39 y 40.

33 La noción de ente instrumental es polémica, pero las tesis sobre su esencia coinciden todas en reconocerlo como ente al servicio de fines del Estado, no propios, como se verá.

34 Buttgenbach, op. cit. págs. 398 y 399; Burdeau, op. cit. págs. 431 y 432; y Demichel, op. cit., Tomo II, pág. 681.

35 Demichel, op. cit., Tomo II, pág. 682 a 685.

facción del interés público envuelto. De este modo, sin esperarlo ni saberlo, el empresario puede quedar reducido a empleado público.³⁶

iv) La indeterminación de la regulación administrativa.

Luce ahora la importancia de las distinciones hechas, en cuanto una de las formas —y la más importante por su frecuencia— de crear un servicio público virtual es precisamente el autorizarlo, sujetando a la empresa privada en la autorización y su texto a potestades administrativas de regulación, ordenación, contralor y dirección, como si efectivamente se tratara de servicio público. Queda bien claro, después de ello, que la autorización discrecional de tipo programático que se sirve de la iniciativa privada y de sus móviles de lucro para lograr a través de ellos un fin de interés público (para lo cual dispone de amplio margen de discrecionalidad en punto a las condiciones, deberes y limitaciones sucesivas que impondrá al empresario o propietario) es un medio para sujetar al ente privado a un orden de sector y, en el mejor de los casos para él, a una relación personal y durable con la Administración Pública (que nunca ha sido buena amiga), dentro de la cual el empresario mantendrá siempre una posición de subordinación no sólo a controles y sanciones (lo que es un mínimo), sino también a regulaciones generales, órdenes concretas y a directrices, con potestad de la Administración interesada hasta para reformar o sustituir su conducta (del empresario) cuando él no las acepte o contrarie el derecho y el plan del Estado, o el orden interno dictado por el órgano de autorización o por el centro supremo del orden sectorial.

La nota más grave de la subordinación del empresario o propietario frente a la Administración, dentro de este tipo de situación jurídica, es el hecho de que él quedará vinculado, sin poder hacer nada para evitarlo, por las obli-

36 Marcel Waline, citado por Demichel (op. cit., Tomo II, pág. 433), resume inmejorablemente el cuadro de las libertades públicas económicas ante la doctrina del servicio público "virtual" cuando dice: "Esta jurisprudencia es infinitamente inquietante para las libertades públicas, porque no importa cuál actividad considerada hasta ahora como ejercicio de la libertad de comercio y de industria podrá ser reputada mañana como la gestión de un servicio público: hasta ahora se requería que el legislador lo dijera y esto daba una relativa seguridad a comerciantes e industriales. En adelante, bastará con que la Administración estime que el interés público exige que tal actividad profesional sea tratada como servicio público y que el Consejo de Estado piense lo mismo en la vía contenciosa, para que la libertad de comercio desaparezca en un determinado orden de actividades. Aún más: como la decisión del Consejo será "declarativa", el reclamante vendrá a saber que, desde largos años, él gestionaba un servicio público sin saberlo y estaba sujeto a obligaciones que él ignoraba".

Rivero, op. cit., pág. 411, dice despectivamente: "es esta ampliación (del campo del servicio público clásico) lo que suele llamarse "servicio público virtual". Se entiende por tal toda actividad vinculada al interés general, que es susceptible de verse sujeta, caso de falla de la iniciativa privada, a ciertos elementos del régimen del servicio público. Es claramente evidente que una tal noción, puramente subjetiva, es demasiado vaga y muy arbitraria para ameritar el reconocimiento de algún valor jurídico.

gaciones de toda índole (de hacer o de dar, tanto como de no hacer o de soportar) que aquella le imponga por norma o acto relativo a su giro empresarial, a modo de precio por su acceso a un sector de actividad social o políticamente sensibilizado como de interés público.³⁷

37 Giannini, op. cit., Tomo II, págs. 165 y 166: "Hay actividades empresariales que presentan aspectos de interés público, como el crédito, los transportes, los estacionamientos, la producción de gas, las cuales se reputa que no deben abandonarse a la iniciativa privada... "en los casos de mayor importancia las explotan los empresarios privados, pero sometidos a intensos contralores, en cuanto son obligatoriamente agrupados en "ordenamientos sectoriales"... "jurídicamente, los ordenamientos sectoriales están formados por empresarios dedicados a una misma actividad, quienes para desarrollarla requieren de un acto administrativo inicial, que las normas configuran o como autorización o como concesión. Mediante dicha providencia son introducidos en un ordenamiento, cuya organización está constituida por órganos del Estado (o por un ente especialmente sometido a él). Dichos órganos tienen poderes normativos internos... poderes de dirección y de dar órdenes... poderes de contralor, preventivos y represivos. En el ejercicio de sus poderes normativos y de dirección, los órganos directores del ordenamiento actúan de acuerdo con programas o políticas generales, o autónomos, o coordinados a otros planes generales, o incorporados a éstos últimos... (Diritto Amministrativo, Tomo I, pág. 165)... "Los órganos directores del ordenamiento tienen poderes de contralor muy amplios y pueden adoptar medidas preventivas y represivas por la violación de las normas del Estado o de las normas internas, o de las directrices y de las órdenes que han dictado. Las medidas preventivas consisten en órdenes al empresario de hacer o dejar de hacer algo (usar, sustituir, desechar máquinas, seguir o discontinuar procedimientos de administración financiera, instituir o suprimir prácticas administrativas, y así sucesivamente). Las medidas represivas son verdaderas sanciones... Puede haber (sanciones) extremas, que conllevan la cesación de la participación de la empresa en el ordenamiento especial: tal la revocatoria de los actos de admisión al mismo y, consecuentemente, la expulsión de dicho ordenamiento, la puesta en liquidación de la empresa, su refundición con otras, su transformación obligatoria, etc." (pág. 166).

Lo cual es confirmado por otro estudioso de este tipo de autorizaciones y de los servicios públicos "virtudes" o "impropios", el autor Gustavo Vignochi, quien describe un ordenamiento sectorial como sigue: (Aspetti Pubblici del Servizio del Credito, Studi in Memoria di Guido Zanobini, Tomo II, Giuffrè, Milano, 1965, págs. 605 a 607):

"Es sobre todo en relación con los servicios públicos prestados por entes o instituciones privados o, como se prefiera, en relación con servicios de interés público, que se realiza el fenómeno del condicionamiento, en la base, de la titularidad y del desarrollo de un servicio público, a una intervención inicial del Estado, a través de un trámite de autorización, que aunque no sea totalmente equiparable, después de lo dicho, a los actos de "concesión", de naturaleza rigurosamente constitutiva, ofrece el título legítimo suficiente para la admisión del ente en un ordenamiento sectorial (en nuestro caso el bancario). Se trata de autorización que se distingue de la común, que se dirige meramente a remover un límite para el ejercicio de poderes y de facultades, porque, a la inversa, ésta se configura como una habilitación para desarrollar funciones en las que la Administración Pública está directamente interesada... "desde que el interés que el Estado deposita en el funcionamiento de tal orden sectorial, la predeterminación programada de fines, la reglamentación taxativa de actividades y de procedimientos y las intervenciones positivas de la autoridad pública... llegan a adquirir un relieve particularmente intenso, entonces puede afirmarse que el

Esto quiere decir que la persona autorizada —o coactivamente sujeta a ese ordenamiento o a esa regulación individual de su actividad— no podrá saber nunca, en ningún momento dado, cuál será el contenido o el motivo próximo de sus obligaciones para con la Administración y para con el público. Las limitaciones podrán darse inicialmente, a modo de metas o resultados, o como delineamientos de las formas o métodos generales para conseguirlos, pero serán siempre insuficientes —en tanto que iniciales— para dar contenido a los actos y decisiones concretos que tendrá que adoptar la misma u otra autoridad para acomodar la gestión privada al interés público, a lo largo de la vida de la empresa. La razón de que se haya optado por la intervención administrativa —y no por la legislativa— para limitar la explotación inmueble o la empresa, radica en la posibilidad de adaptar mejor los reglamentos, que la ley, a la realidad cambiante, y en la de complementar la regulación administrativa con la potestad de aplicarla y de dictar órdenes concretas, todo sucesivamente y como competencia de una misma autoridad. Se parte, en otras palabras, de la impotencia en que se encuentra cualquier autoridad reguladora para preverlo todo y, más aún, para resolverlo todo por anticipado, si de aplicar las regulaciones y de complementarlas se trata. Es decisivo hacer ver que si se dictan regulaciones (en uso de potestad reglamentaria otorgada por la Constitución o por la ley que hace la delegación o prevé la autorización; o autónoma, sin tal fundamento) las mismas tendrán que aplicarse y que necesariamente los sujetos pasivos de la reglamentación —propietarios o empresarios— tendrán que recibir y obedecer órdenes concretas de aplicación; pero que, además, esas órdenes podrán ser distintas para individuos o grupos, pues la autorización que provoca el ingreso al sector es también individual y creadora, como antes se vio, de una verdadera relación jurídica individualizada entre autoridad y empresario (o propietario). Puede bien decirse que, en tal sentido, las órdenes que éste recibirá serán, por un lado, aplicación de la regulación común a todos los sujetos pasivos del sector, pero, además, formas individuales de sujeción propias de aquella relación personal con la autoridad, que resultan irrepetibles para los otros sujetos del ordenamiento. Y esto es así aún si no hay autorización de base para ingresar al sector, por ser éste de afiliación obligatoria, pues el control y el manejo de la empresa privada que busca la doctrina en examen para garantizar la obtención de los fines públicos, exigen que exista la relación personal con todos y cada uno de los miembros del sector, para acomodar cada empresa a su función social, de acuerdo con sus dimensiones y sus características individuales. Todo lo cual hace necesario que, fuera de reglamentos y de órdenes que los apliquen, haya órdenes innovadoras sin otro fundamento que la sujeción especial del empresario a la autoridad directora del sector, aunque no haya reglamento de base. El principio de legalidad —como ocurre en el ám-

acto de autorización abre al sujeto autorizado el acceso a un verdadero servicio público, que en nada es sustancialmente diverso, objetiva y formalmente, de los servicios públicos prestados por el Estado o sus entes menores, directamente o por concesión del servicio”.

bito interno de la organización administrativa— hace crisis en este tipo de ordenamiento sectorial.^{38 39}

En rigor, según se vio de la cita de Franchini, las órdenes y regulaciones futuras no se dan en uso de la potestad de autorización inicial ni pueden entenderse meramente como desarrollo o aplicación de su contenido, sino que derivan más bien de otra potestad de dirección sobre la empresa o el particular, cuya existencia supone la de aquel acto inicial de la autoridad, sin confundirse con el mismo. Se trata de potestad

38 El relajamiento del principio de legalidad en el contexto de la doctrina del servicio público “virtual” es consecuencia de su inserción en un ordenamiento parcial e interno, según el concepto del mismo ya dado, dentro del que, de acuerdo con dicho esquema, la Administración Pública se comporta frente al empresario como si éste estuviera a su servicio, por lo cual la garantía de la legalidad —ordenada a la seguridad jurídica del administrativo— desaparece por innecesaria. Demichel dice claramente: “El contralor estatal (sobre un ente privado) es de pleno derecho desde el momento en que, fuera de todo texto, la naturaleza o los caracteres de un organismo privado obligan al Poder Ejecutivo a establecer un contralor sobre este organismo o le dan, al menos, la posibilidad de hacerlo... Conviene, primero, determinar en virtud de qué principios jurídicos hay hipótesis en las que se da un contralor estatal de pleno derecho. Ocasionalmente, es la jurisprudencia la que estima que, en presencia de ciertas situaciones jurídicas, la autoridad administrativa *adquiere automáticamente* la potestad o el deber de someter a contralor los organismos que se hallan en tal situación. Otras veces, es el legislador mismo quien dispone que si el organismo presenta ciertas notas, el contralor será de derecho. Teóricamente, no hay ahora derogación del principio de legalidad. Pero la derogación se da siempre en la medida en que, por una parte, el legislador organiza el contralor en forma extremadamente vaga y, por otra, la Administración puede llegar a controlar a cualquier organismo a condición de ubicarlo en la situación al efecto prevista por la ley” (op. cit., Tomo II, págs. 431 y 432). Ver también Ernest Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, págs. 186 y 187, donde se describe la exención del principio de legalidad de que gozan los ordenamientos parciales (frente al general del Estado) siempre en favor de la autoridad y con supresión de la libertad y de los derechos subjetivos fundamentales, aunque confinada a lo interno de la persona titular del servicio o función públicos. El autor previene enérgicamente contra el abuso estatal de tal técnica que, según explica, es de uso extensivo y atrayente en Alemania.

39 La doctrina del ordenamiento parcial es la elaboración italiana de una vieja institución alemana, la de supremacía especial, que fue primeramente esbozada por Laband y sistematizada por Otto Mayer, Derecho Administrativo Alemán, trad. española, Ediciones Arayu, Buenos Aires, 1954, Tomo IV, págs. 201 a 207, especialmente 203, y también las otras referencias citadas en nota No. 4 de la misma pág. 203. El propósito de la doctrina fue —como claramente se advirtió después, al madurar en la teoría de los ordenamientos parciales— justificar la exención del principio de legalidad y del de reserva de ley en punto a la propiedad y a la libertad privadas en contacto con la Administración Pública, por virtud de un título especial de duración que los relaciona a ambos, como bien se desprende de lo dicho por Mayer:

“La reserva constitucional establecida en favor de la libertad y de la propiedad se halla fuera de lugar en tanto sea necesario hacer ceder esta libertad y esta propiedad dentro de la casa de la Institución”... (idem, pág. 204); “sólo fuera de semejantes relaciones particulares que restringen la libertad, la reserva constitucional constituye un límite al Poder Ejecutivo; cuando ese límite desaparece, las disposiciones de la autoridad se hacen libres y obligatorias por sí mismas, *sin ley*”. (misma página).

normativa y directriz superviniente y conectada por el ordenamiento al sector, sea cual sea la forma del mismo, para adaptar y conformar, según el interés público, la conducta sucesiva del interesado a todo lo largo de su desarrollo. Lo dicho implica claramente que la ley que creó la potestad de regular y de dar órdenes puede, a lo sumo, prever y limitar el posible contenido de los reglamentos que se dictarán para el sector, nunca el de las directrices ni el de las órdenes que tendrá que impartirse, ya no para aplicarlos, sino para innovar, conformando la conducta del empresario o propietario en cada momento de su curso, según el interés público que justifica la existencia del sector.

En síntesis: las "autorizaciones programáticas", dadas con arreglo a ley, reglamento o jurisprudencia, suponen una potestad inherente o concomitante e indeterminada por contenido, de regular, dirigir y ordenar la actividad privada en cuestión, que sólo es posible en los ordenamientos que admitan delegaciones ilimitadas o indeterminadas de potestad normativa, por la Asamblea o Parlamento, en la Administración Pública, todo según la doctrina de los servicios públicos "virtuales". La tesis no es compartida por quienes, como el suscrito, sostienen la necesidad de una norma expresa, o en el peor de los casos, de una clara e inequívoca implicación en norma expresa, para la existencia de una potestad pública, sobre todo si es de índole normativa. La doctrina del servicio público "virtual", ello no obstante, es cada día más aceptada en Francia y en Europa, contra la tendencia opuesta en Latinoamérica y España. En Costa Rica la situación es fragmentaria y confusa, como veremos.

Es decir: una vez que el ciudadano o empresario entra en prolongado contacto —físico o jurídico— con la Administración y se coloca —como dice la doctrina alemana— en su esfera de poder, sea a título voluntario, sea a título forzoso (conscripción militar, seguros sociales obligatorios, etc.) pierde automáticamente la garantía de sus libertades públicas y las otras que le dan los principios fundamentales del Estado de Derecho, que hacia lo interno del servicio público no rigen: principio de legalidad, de reserva de ley, impugnabilidad contencioso-administrativa del acto público, etc.

La corrección que la doctrina ortodoxa del Estado de Derecho puede introducir a la institución y a su teoría —parcialmente correcta— es la de que, siempre con pleno respeto para dichos principios y garantías, que son fundamentos estimativos y positivos imprescindibles del ordenamiento de un Estado, el ingreso del administrado a una relación jurídica con la Administración Pública, prolongada o localizada para su ejecución en recintos públicos del servicio correspondiente, produce automáticamente una posición de supremacía especial de la Administración envuelta, que origina a su favor potestades de vigilancia, de ordenación, dirección y disciplinarias, sobre aquel administrado, sin otra base que la ley orgánica del respectivo servicio y las complementarias de la institución. Si ni siquiera éstas existen o si éstas son más bien excluyentes o incompatibles, tampoco existirán dichas potestades inherentes e implícitas. Es preferible, a la versión alemana, la italiana, más adaptada a los tiempos y limitada en su alcance, porque siendo tales potestades expresión de un ordenamiento parcial, han de ser normas de éste, en todo caso, las que den cumplimiento dentro de aquel ámbito interno al insoslayable principio de legalidad, cuya vigencia debe ser tan plena dentro de dicho campo como la que tiene fuera de él, en el ordenamiento general del Estado; para una versión moderna de la doctrina en Alemania, nuevamente véase Ernst Fosthoff, op. cit., págs. 184 a 190, especialmente 187 a 190.

ch) Perfil y equiparación de propiedad y libertad en nuestra Constitución.

Los Arts. 45 y 46 de nuestra Constitución regulan por aparte las posibles intervenciones del Estado sobre la propiedad y la libertad de empresa, aunque éste último lo hace con texto mucho más conservador que aquél cuando regula la propiedad privada. Ello no obstante, es obvia la pertinencia para ambos derechos subjetivos del estudio que precede en cuanto a las autorizaciones y a los servicios públicos "virtuales", cuya justificación y función pueden sustentar incursiones del legislador y de la Administración Pública tanto sobre uno como sobre otro derecho, los cuales, además, no pueden estar netamente separados en la vida económica y real.

La tierra y la propiedad en general pueden ser y son instrumentos de trabajo de la empresa y, en consecuencia, sus componentes, salvo el caso de tierra vacante. Toda forma de propiedad en explotación en necesariamente una empresa y expresión y vehículo de la iniciativa privada y de la libertad de trabajo. De este modo, es posible comunicar la garantía constitucional de uno de esos derechos fundamentales al otro, para vigorizar su protección. La misma consiste, en cuanto a la propiedad, según el Art. 45, en una reserva de ley reforzada, que exige dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa para aprobar limitaciones de interés social sobre ella; y, en relación con la libertad de empresa, en la prohibición constitucional de cualesquiera actos que la amenacen o restrinjan (se supone que ilegítimamente), aun los fundados en una ley, según tajantemente lo dispone el Art. 46. Esto quiere decir que toda propiedad en explotación o toda empresa que explote una propiedad gozará simultáneamente de ambas garantías, por lo que sólo podrá limitarse su patrimonio empresarial por la ley reforzada que se dijo y, además, no podrá invadirse el campo de las potestades del empresario más allá de un núcleo intangible que le garantiza la Constitución, aun por encima de ley que diga lo contrario. Resulta claro, en efecto, que cuando el Art. 46 así lo dispone está creando un haz intangible y no regulable de libertades y de atributos del empresario para manejar su empresa, que sólo podrá limitarse o suprimirse violando la Constitución. No puede ésta última querer decir otra cosa al prohibir en forma tan rígida toda amenaza o restricción de la libertad de empresa y de trabajo, con el insólito agregado de que así será aun frente a actos fundados en la ley. Quiere decirse, en primer término, frente a actos fundados en la ley, porque ésta ha dado la respectiva potestad a la Administración Pública, pero dictados con abuso ilegal del servidor público al ejercerla; se prohíbe, en otras palabras, el ejercicio ilegal de potestades legales y, natural e implícitamente, el actuar sin éstas del todo. Pero no se permite tampoco que el legislador tenga poderes ilimitados frente a las libertades de empresa y de trabajo, y, consiguientemente, el Art. 46 tiene por específica función la de prohibir, en segundo término, potestades legales de un cierto tipo y, concretamente, aquellas que por su alcance y contenido produzcan efectos jurídicos destructores de o incompatibles con

una verdadera y productiva libertad de empresa. Todo lo demás del párrafo primero del Art. 46 saldría sobrando y estaría de todos modos expresado o implícito en el ordenamiento, por razones de lógica jurídica o de principios generales del derecho público, pues no hay que prohibir el ejercicio ilegal de potestades públicas para que éste sea ilegal, como tampoco exigir la existencia de una potestad legal para que se tenga por cumplido y observado el principio de legalidad, que ya exige lo mismo a nivel precisamente de principio, sin necesidad de norma escrita que lo repita. El específico sentido de dicho primer párrafo del Art. 46 es entonces prohibir también —y no puede ser otro— que la ley cree potestades de la Administración Pública incompatibles con un núcleo irreductible de derechos, atributos y facultades del ciudadano cuando quiere emprender o trabajar, sin el cual o con la disminución del cual esa libertad cesa y muere. La expresión (se prohíbe cualquier acto que amenace o restrinja la libertad de comercio, industria y agricultura) "*aunque fuere originado en una ley*", alude propia y específicamente a la ley inconstitucional, por violatoria de aquel irreductible núcleo de la libertad económica, al autorizar potestades administrativas que lo violan. Y este núcleo es el meollo de la respectiva garantía, sin el cual la misma no existiría. Lo que el párrafo primero del Art. 46 establece, según lo dicho, es algo que sólo la Constitución podría decir y que, de no haberse dicho, dejaría en el aire y con existencia puramente nominal la indicada libertad, cuando se trata de definir su posición respecto a/o frente a la Asamblea Legislativa.⁴⁰ Veremos de inmediato que la tesis de la jurisprudencia constitucional nuestra es totalmente opuesta a este enfoque, que, pese a ello, sostenemos como el único posible, con vista de la letra y del espíritu del Art. 46.

40 García de Enterría, Curso..., Tomo I, págs. 286, hace consistir en esta dureza interior del derecho subjetivo público lo que es propiamente la esencia y el objeto de la garantía constitucional correspondiente. En una primeriza obra, "Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, págs. 22 y 23, el mismo autor pareciera alinearse contra la tesis de un núcleo esencial de potestades y facultades como contenido interno del derecho de propiedad, con lo que —por mayoría de razón— su posición llegaría a ser la misma en relación con el de libertad económica. En fecha mucho más reciente, Ramón Martín Mateo, La Determinación del Contenido de la Propiedad Inmobiliaria, en Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX (20), Tomo V, págs. 188 a 190, sostiene parecida tesis. Mateo dice: "Surge así el que denominamos *concepto estatuario de la propiedad*, en cuanto que los derechos y obligaciones de los propietarios están determinados, circunscritos y definidos a partir de una serie concatenada de decisiones políticas" (Op. cit., págs. 180 y 190). García de Enterría cita por su parte, al sociólogo Theodore Geiger, quien dice: "El derecho de propiedad no es dado como un "a priori"...". La ordenación jurídica positiva no preserva una relación de propiedad ya existente, sino que la crea y le infunde una forma diferente, condicionada por lugar y tiempo". (Op. cit., pág. 23).

En efecto: aunque es improcedente invocar como fuente única o principal de interpretación de un texto legal la voluntad real de sus autores, es legítimo hacerlo —en falta de otras fuentes materiales, como ocurre en este caso con los Arts. 45 y 46, todavía ayunos de doctrina nacional esclarecedora— cuando se la reputa como un mero elemento de juicio, no decisivo pero sí conducente, a la par de otros (como el texto mismo de la norma), para descubrir el sentido de esta última.^{40bis} Y si miramos a ese trasfondo histórico destaca claramente la actitud conservadora y nada desconfiada de los constituyentes frente a la libertad de empresa. Lo que les preocupó no fue ésta, sino todo lo contrario, los monopolios, coherentes en ello con la línea manchesteriana de pensamiento que predominó en las votaciones y en el texto final, no sólo de este artículo, sino de toda la Carta. Resulta inútil hacer citas extensas de las actas respectivas (números 101 y 105, visibles a folios 438 y siguientes, Tomo II, de la compilación hecha por Mario Alberto Jiménez, Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1955), porque nada se habló de los límites de la libertad de empresa y todo el debate se centró en el tema de los monopolios, más bien para arbitrar medidas que los impidieran en beneficio de aquella, sin que hubiera una sola voz que se levantara para exigir regulaciones contra el minifundio o la miniempresa ni, menos todavía, a favor de una programación, regulación o contralor públicos de la iniciativa privada, para coordinarla con o subordinarla al interés público. En tanto que el Art. 45 contempla la posibilidad de limitaciones a la propiedad por razones de

No creemos discrepar de tal enfoque cuando decimos que ambos derechos —el de libertad y el de propiedad— tienen un núcleo irreductible de posibilidades de acción, cuyo retaceo por ley resulta, por ello mismo, inconstitucional. En efecto: irreductibilidad no significa inmutabilidad, con lo que se acepta el cambio en el contenido del derecho, bajo la presión de las nuevas necesidades sociales, y aun la disminución de ese contenido en contra del propietario o empresario. Ocurre, sin embargo, que por ser ambos derechos de rango constitucional —como necesariamente lo son por afectar críticamente el poder económico-social, para lo cual ver igualmente García de Enterría, op. cit., págs. 22 y 23 ab initio— y ello, sobre todo, en sistemas como el nuestro, a Constitución rígida, su contenido también es constitucional e intangible para el legislador ordinario, mientras no se haya operado un cambio en la Constitución material, formada por creencias y valoraciones ambientales, que justifique una reforma de la Constitución formal, o un cambio jurisprudencial que opere igual transformación como reflejo del primero. Es evidente, en virtud del principio de identidad, que las normas de rango constitucional —como toda norma— tienen siempre un contenido dado y determinado o determinable, en el espacio y en el tiempo; y lo es también que no pueden tener simultáneamente uno y otro distinto, esto último por el principio de contradicción. Ese contenido constitucional es siempre superior a la ley común, mientras no deje de existir, sustituido por otro. El cambio puede ser directamente jurisprudencial y no constitutivo pero sólo estará justificado, en tal hipótesis, si corresponde a un cambio socio-económico y estimativo, que justifique la nueva jurisprudencia; caso opuesto, ésta sería una forma de arbitrariedad judicial y una abierta violación de la Constitución nacional.

40 bis Enrique Haba, Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito, Universidad Central Venezolana, Caracas, 1972, págs. 38 y 39.

interés social, nada parecido se dice —sino más bien todo lo contrario, como ya vimos— respecto de la libertad de empresa.

La explicación puede ser histórica: en tanto no había industria en 1949, o era primitiva e incipiente, existían ya desde entonces cultivos agrícolas, ricos y casi centenarios, principalmente los del banano (en mano de un monopolio extranjero desde 75 años atrás) y del café (controlado también por el propietario costarricense de gran envergadura desde hacía ya más de un siglo), con todas las inconveniencias del latifundio y del monocultivo para la economía nacional.

Lo de las limitaciones sociales a la propiedad privada, por otra parte, había sido agregado al Art. 29 de la Constitución de 1871 desde el 7 de julio de 1943, por la Administración de Rafael Angel Calderón Guardia, que fue extraordinariamente sensible a los problemas sociales y económicos del país, y tal y como estaba la norma desde antes de la nueva Constituyente así fue aprobada, sin que en 1949 nadie ensayara una toma de posición ideológica al respecto, en el debate de dicho Art. 45. El constituyente conservador de 1949 aceptó sin reservas la herencia intervencionista que le dejara Calderón Guardia en materia de propiedad privada, más por necesidad histórica que por convicción ideológica, y, contradictoriamente con aquella pero coherentemente con su filosofía, consagró una garantía extrema de la libertad de empresa. De este modo, la empresa viene protegida en Costa Rica, en la medida en que es propietaria de su capital (fijo y/o circulante, mobiliario y/o inmobiliario) por la doble garantía de que no podrá aprobarse ley que limite esa propiedad sino para fines sociales y por la mayoría calificada que exige el Art. 45, y esto —en segundo término— nunca más allá de un núcleo de poderes, no constitucionalmente definido, pero definible caso por caso, a modo de concepto jurídico indeterminado,⁴¹ respecto del cual nada puede disponer el legislador —y menos la Administración— que disminuya o suprima todos o algunos de esos derechos irreductibles, por expresa prohibición del Art. 46. Así éste, fiel reflejo de la preocupación liberal y abstencionista del Constituyente, después de consagrar aquella casi irrestricta y radical libertad de empresa en su párrafo primero, se limitó a afirmar en los siguientes:

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

41 Eduardo García de Enterría, La Lucha contra Las Inmunidades del Poder, Cuadernos Civitas, 1974, págs. 32 a 42, especialmente 35 a 37, y Fernando Sáenz Moreno, Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa, Editorial Civitas, 1976, págs. 335 a 357, especialmente pág. 347 a 357; véase en contra de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados como excluyentes de la discrecionalidad, Manuel Martín González, “El Grado de Determinación Legal de los Conceptos Jurídicos”, Revista Administración Pública N° 54, Instituto de Estudios Políticos, 1967, págs. 197 y siguientes, donde el autor demuestra la posibilidad de que tales conceptos sean fuente de discrecionalidad cuando son alusivos a un valor, y no a una regla lógica, empírica o científica; y en sentido similar, Forsthoff, op. cit., págs. 130 a 138, especialmente 132 a 136.

“Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial”.

Es evidente la cristalización de una concepción liberal y abstencionista, clásica y hoy caduca, de la relación entre Estado y sociedad, entre Estado y economía, según la cual las intervenciones estatales parecieran permitidas sólo en alguno de estos casos:

a) eliminación de monopolios de hecho privados; b) suplencia de la iniciativa privada, mediante la explotación de actividades no tocadas por ésta; c) corrección de disfunciones de la empresa privada, en cuanto a cantidad, calidad y abastecimiento del mercado, y en cuanto al ritmo de desarrollo de un sector.

Pareciera prohibida, en un régimen así regulado, la intervención conformadora por parte de la Administración Pública, para servirse del particular, sea como colaborador, sea como empresario, en la realización de programas y planes oficiales, para fines que son del Estado y para toda la comunidad o parte importante de ella, en primer término, aunque sean también del individuo.⁴² A estas garantías ha de agregarse, aquí como en todo Estado de Derecho, las procuradas adicionalmente por dos fundamentales principios del ordenamiento propio de ese Estado, que son los de libertad (ya no sólo económica, sino general) y de legalidad.

El principio de libertad está nítidamente consagrado por el Art. 28 de nuestra Constitución:

“Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones, ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley”.

Basta, según ello, con que no haya prohibición jurídica para que la conducta privada sea legítima y admisible, sin sanción ni obstáculos legales. Es decir: todo lo no prohibido o, más bien, todo aquello lógicamente posible según tales prohibiciones, porque no es objeto de ellas en tanto que juicios normativos, está jurídicamente permitido.⁴³

42 Mariano Baena del Alcázar, Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, pág. 78; Pasquale Saraceno, El Fin del Beneficio en las Empresas Públicas de Producción, obra colectiva “La Empresa Pública”, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970, primer volumen, pág. 360; y también Ugo Papi, La Función del Estado en las Economías Mixtas, misma obra colectiva, Vol. I, pág. 27. Véase igualmente Claude-Albert Colliard, Les Libertés Publiques, Dalloz, 1968, París, pág. 672.

43 Alberto Ramón Real, El Estado de Derecho, Apartado del Libro en Memoria de Eduardo J. Couture, ahora en compilación de varios artículos del mismo autor bajo el título: “Estado de Derecho y Humanismo Personalista”, Fundación Cultural Universitaria, 1974”, Montevideo, págs. 149 y 150, así como del mismo autor: “Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Administrativo” op. cit., pág. 183.

El principio de libertad será, entonces, la regla general de las relaciones entre Administración y administrado, en el sentido de que aquella sólo podrá actuar contra éste o reservarse potestades exclusivas, cuando una norma se lo autorice, sin lo cual el particular podrá hacer lo que quiera en uso de su libertad; y es ésta la formulación del principio de legalidad, correlativo del anterior, correlación necesaria para evitar una contradicción normativa y práctica al mismo tiempo entre autoridad y libertad, y entre ambos principios. El de legalidad se halla netamente formulado por el Art. 11 de nuestra Carta:

Art. 11: Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes...

Esta norma, al prohibir a la autoridad la arrogación de poderes que la ley no le da, le permite actuar únicamente cuando se los dé.

La libertad, en otras palabras, es la regla, y lo que es libre no requiere autorización; la restricción y la potestad pública son la excepción, y requieren una norma de base, lo que automáticamente significa que su interpretación deberá ser literal y restringida, y que, en la duda, habrá de resolverse a favor de la libertad.⁴⁴ La norma de base para el otorgamiento de una potestad administrativa no ha de ser cualquiera, sino una ley formal (de la Asamblea Legislativa), y únicamente podrá ser otra inferior a título de ejecución o desarrollo de la ley, nunca en lugar de ella (hipótesis de los reglamentos ejecutivos y delegados).⁴⁵ Mucho se discute si la norma que crea la potestad administrativa ha de ser literal y expresa y la doctrina, antes más flexible, se inclina claramente por la afirmativa, sosteniendo que sólo a base de texto expreso de ley o, en todo caso, de una implicación clara e inequívoca de un

44 Cino Vitta, Diritto Administrativo, UTET, Torino, 1954, tomo I, págs. 49 y 90; Benoit Jeanneau, Les Principes Generaux de Droit dans la Jurisprudence Administrative, Recueil Sirey, 1954, París, págs. 41 a 43.

45 Pierre Livet, op. cit., págs. 161 y 162; Ernst Forsthoff, op. cit., págs. 183 a 185; Eduardo García de Enterría, Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial, Tecnos, 1970, Madrid, págs. 139, nota 23, 170 y 171, donde el autor admite la delegación al reglamento en materia reservada a la ley, con indicación de deberes, límites materiales, tiempo, etc., pero no la pura y simple "deslegalización"; que, sin ellos, significa una autorización en "blanco", jurídicamente imposible por principio general, que exige el ejercicio directo de las funciones públicas por el órgano y el titular respectivos. "Deslegalización" es la degradación de rango de la ley, por la ley, a reglamento, ley que el autor supone no contiene otras normas fuera de la que opera el cambio de rango, pero esta su "vacuidad" dispositiva no es esencial a la figura.

texto legislativo escrito puede reputarse apoderada la Administración para actuar sobre la esfera jurídica del particular.⁴⁶ Es decir: no hay potestades de imperio fundadas en costumbres ni en principios generales no escritos, con excepciones muy calificadas, que existen en los hechos

46 Gustavo Vignochi, Saggio di una Teoria delle Limitazioni Amministrative nel Quadro del Diritto Pubblico, Zanichelli, Editore Bologna, 1953, págs. 49: "Las libertades de un ciudadano no pueden, en ningún caso, ser disminuidas sino en los casos y modos previstos por las leyes. De lo que es deducible no ser hoy más suficiente una genérica atribución de funciones, por el legislador, a las autoridades del Poder Ejecutivo o de las entidades públicas menores en general para que se entienda aceptable la intervención de las mismas en el campo de las libertades privadas, sino más bien que es necesario, con ese fin, la existencia de un explícito precepto legislativo, de orden no solamente procedimental, sino también sustantivo, que confine a límites precisos la esfera de acción de la Administración". Esto es claramente reafirmado por Agustín Grodillo, op. cit., Tomo II, págs. 25 y 26, quien dice: "Aceptada, como se hace ahora, la noción de policía, se tienen en la práctica del derecho administrativo tres principios: a) ... b) ... c). "La administración podría actuar, aunque la ley no la autorizara en forma expresa o razonable implícita, si ejerce el poder de policía que en general le corresponde por el orden jurídico..." "Hemos demostrado que la tercera hipótesis es falsa: que el orden jurídico no confiere a la Administración ningún poder de policía genérico o indeterminado que la autorice a actuar en ausencia de ley; ~~suprimimos por lo tanto esa posibilidad, y decimos categóricamente que la Administración sólo puede actuar avanzando sobre la esfera jurídica individual cuando una ley la autoriza, en forma reglada o discrecional, a hacerlo. El lector advertirá al punto que esto es precisamente el principio de legalidad de la administración, generalizado en todas las obras modernas sobre la materia, que exponen como técnica jurídica del derecho administrativo el criterio de que la Administración no puede actuar sin una fundamentación legal".~~

García de Enterría, Curso..., Tomo I, págs. 284, 285, 287 y 288 donde el autor dice claramente: "La atribución de potestades de la Administración tiene que ser, en primer término, expresa. La exigencia de una explicitud en la atribución legal no es más que una consecuencia del sentido general del principio, que requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar; lege silente, la Administración carece de poderes, pues no tiene otros que los que la ley le atribuye".

El autor explica después la posibilidad de admitir poderes implícitos o inherentes, no expresamente atribuidos, diciendo: "Ahora bien, esta exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas, más que sobre su texto directo" ... "son, en definitiva, poderes efectivamente atribuidos a la Administración por el ordenamiento, aunque no por el componente escrito del mismo".

Esto significa, simplificándolo, que las potestades de la Administración han de ser normalmente expresas, e implícitas sólo si se pueden inferir de normas escritas, como "poderes concomitantes de tales otros o de tal posición, o, incluso, como filiales o derivados de los mismos (poderes incluidos en otros o derivados)" (ibidem, pág. 285).

En igual sentido Antonio Moles Caubet, El Principio de Legalidad y sus Implicaciones, Curso de Perfeccionamiento, 1971-1972, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, pág. 78 (sin año de edición).

y prácticas administrativas, pero la mayoría de las cuales son polémicas.^{47 48}

47 Las excepciones al principio, en virtud de las cuales es posible sostener la existencia de potestades públicas sin texto legal escrito de base, fundadas en principios generales de derecho —como el de la potestad genérica de policía sin título legal específico, aceptada largamente por la doctrina francesa y, como se vio con la cita de Gordillo, combatida cada día más en Latinoamérica— no son abundantes y no obedecen tampoco a un principio ni a una filosofía comunes, pero es evidente que hay campos del derecho administrativo —fuera del ya mencionado de la policía general de orden y seguridad— en que son aceptadas. Se pueden enumerar las siguientes: a) Situaciones de inserción en ordenamientos parciales, con sujeción a la supremacía especial del ente administrativo correspondiente, como en la relación jerárquica, en la concesión de servicio público con el concesionario y el usuario de dicho servicio, etc. Situaciones a las cuales corresponde un juego —ya doctrinaria y jurisprudencialmente prefijado— de potestades, sin texto legal de base; b) Contratos administrativos, en el sentido técnico restringido que a los mismos da el derecho francés, respecto de los cuales doctrina y jurisprudencia reconocen a la Administración una serie de poderes de grave alcance frente al co-contratante privado (de modificar y extinguir prematuramente el contrato, de dirigir la obra, de resolución ejecutoria de los conflictos surgidos, de protección también ejecutoria de sus bienes físicos en el contrato, etc.), todo sin texto legal de base y aun contra los términos opuestos del contrato mismo; c) Autonomía administrativa o normativa de los entes públicos menores, a quienes se atribuyen potestades para manejar su servicio iguales a las del Presidente y Ministro para el suyo, como las de contratar, representar el ente respectivo, dictar reglamentos, adoptar programas y presupuestos, dirigir las relaciones de personal, también sin necesidad de texto legal que así lo diga; d) Titularidad y explotación del dominio público y privado de la Administración, en las que al ente público propietario corresponde también una serie de potestades, como las de deslindar unilateralmente el inmueble público, de remoción directa de bienes o personas que lo ocupen o exploten sin título, de concesión de ocupación y explotación del fundo, de hipoteca y gravamen, etc., también sin base legal expresa; e) Dirección y administración de servicios públicos, para las que sin obstáculos se impone al jerarca la plena vigencia de los principios cardinales de la institución ya enunciados —continuidad, eficiencia, adaptabilidad jurídica y trato igual de los usuarios— con todas las potestades inherentes como medio necesario para alcanzar el respeto a dichos principios, sea: reglamentación, policía interna de orden y seguridad, tarifas, presupuestos, inversiones y afectaciones de bienes, etc.

48 No suscribimos el planteo radical de quienes exigen siempre norma escrita y expresa para reputar suficientemente apoderada a una Administración en su actuar frente al administrado. Es evidente que ello es lo ideal, pero también que es utópico hallarlo siempre y que el Juez, puesto ante la alternativa de sentar un precedente que puede paralizar a la Administración, al anular sus actos por no estar expresamente autorizados, dado el gran número de casos en que ésta carece de potestades explícitas y se apoya únicamente en doctrinas o principios generales, optará por dar valor al acto impugnado, a condición de que haya alguna doctrina adecuada a la naturaleza de las cosas (los hechos del juicio) que justifique con sobra de lógica y de atención al interés público lo que la ley no ha previsto ni autorizado. Naturalmente, será necesario buscar siempre la potestad estatal en el texto escrito, aun si el mismo sólo remotamente se refiere al caso; pero es también necesario y en ocasiones mucho más útil buscar, además, lo implícito en la norma a la luz de los principios generales, que no son otra cosa que reglas máximas de justicia y de sentido común llevadas a lo jurídico, y que dan base, en el fondo, a aquellos poderes inherentes que la Administración debe poder invocar aunque no haya ley que se los otorgue, si hay doctrina consistente y dominante que la apoye.

Es, entonces, bien claro que en Costa Rica los principios de libertad económica y de propiedad parecen gozar de las garantías propias de un Estado de Derecho de tipo liberal clásico, y clásicamente concebidas y formuladas: principio de legalidad, reserva de ley, "núcleo petreo" constitucional —determinado o indeterminado—, mayoría legislativa calificada para su limitación y, naturalmente, indemnización plenaria caso de expropiación (mismo Art. 45).

Resta por examinar la conclusión anterior a la luz del Art. 50 de la Constitución, que puede ser fuente de equívocos en contrario y aparentemente base de un sistema de economía imperativa dirigida y planificada. Veremos cómo —sin invocar este texto— al mismo se han ido adaptando jurisprudencia y legislación nacionales, que parecieran interpretarlo literal y técnicamente, en cuanto signifique el fundamento y fulcro de un sistema de economía mixta (con propiedad y empresa tanto pública como privada), pero imperativamente regulada y planificada. Reputamos inconstitucional tal interpretación del Art. 50, pero el mero hecho de que la misma exista en la jurisprudencia y en la ley, revela su importancia y la urgencia del análisis y ubicación de dicha norma constitucional.

d) El Art. 50 de la Constitución.

Dispone éste:

"El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza".

¿Qué alcance tiene tal norma? ¿Autoriza la propiedad o el control nacionales de los medios de producción? ¿Puede el Estado, al organizar la producción, intervenir en la vida, organización y funcionamiento de las empresas y entes privados, en orden a un plan nacional e imperativo de desarrollo?

1) Antecedentes.

Es increíble que precepto tan decisivo para definir la posición del Estado costarricense ante la economía nacional haya nacido de una discusión sobre el futuro "status" de los hijos ilegítimos y de la familia frente al Estado y a la sociedad en general. El constituyente Fernando Vargas Fernández propuso la norma —que resultó aprobada en entera conformidad con su moción— para zanjar una discusión que se había planteado sobre la forma mejor de consagrar los deberes de asistencia del Estado para con la madre, el niño y la familia, sobre la aparente suposición de que, una vez dicho que el Estado debe procurar el bienestar de todos los habitantes de la República, luciría aún más justo y necesario, por mayoría de razón, el darle énfasis a su deber de protección para con la familia, la cual la misma Constituyente erigió en origen y base de la sociedad (Art. 51). Sólo hubo un atisbo de la importancia de la norma para definir el tipo de Estado que se intentaba crear ante la sociedad y la vida económica, cuando

el constituyente Juan Trejos Quirós, según lo dicen el acta respectiva y su única nota a pie de página, condicionó su voto a favor de la moción de Vargas Fernández —cuyo texto es, como se dijo, el mismo que el del actual Art. 50— a que en lugar de "organizando", se dijera "orientando", lo que fue rechazado, pese a la advertencia del dicho representante en el sentido de que emplear el vocablo "organizando" en el contexto de la norma "significa una interferencia del Estado en las actividades particulares y una desconfianza en la iniciativa privada" (Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1955, tomo II, Acta N° 115, pág. 567 y nota al pie, compilación hecha por Mario Alberto Jiménez Rojas). Todavía más: el Art. 50 se adoptó después —aunque no con motivo— de una violenta polémica alrededor del Art. 59 del Anteproyecto de Constitución presentado a la Constituyente por la Junta Revolucionaria de Gobierno de ese año (accedida violentamente al poder, bajo la presidencia y jefatura de Estado de José Figueres Ferrer), polémica que terminó con el rechazo de la norma propuesta, la cual llegó a calificarse como contraria a la "idiosincracia" (sic) del pueblo costarricense,⁴⁹ no obstante ser mucho más clara y coherente que el actual Art. 50 en punto a la definición de posiciones del Estado frente a la economía. Todo contribuye a revelar la desorientación y la poca lucidez con que se tramitó el Art. 50. Decía aquel Art. 59 del Anteproyecto referido:

"Art. 59. El Estado orientará la economía nacional en beneficio de la colectividad tratando de asegurarle a cada actividad económica los medios adecuados para incrementar la riqueza y hacerla accesible al pueblo. Son de utilidad pública la producción y distribución de los artículos de primera necesidad".

Sea: el Estado desarrollará la economía sin absorberla, orientándola mediante dotaciones y ayudas, hacia su mayor productividad, para distribuir la riqueza en beneficio del pueblo. Lo mismo que dice el Art. 50, pero sin los gazapos técnico-jurídicos de éste. Cuando se optó por desechar aquél, se retrocedió, no se avanzó, contra lo que alguien ha dicho.

2) *El alcance técnico de la potestad de organización*

Pese a ello o por ello, de tales actas no sale claramente, en absoluto, el sentido de la norma. Todo lo que puede decirse es que al Constituyente no le preocupó ese sentido ni adoptó posición expresa al respecto, que permitiera saber si estaba imprimiendo a nuestro Estado una política de corte intervencionista en materia económica o, simplemente, haciendo un uso impropio y eventualmente dañino de términos que tienen significado técnico definido en el derecho público, como el de "organizar". Es este el vocablo cuyo significado en el texto ha de despejarse, pues no ofrecen oscuridad, en sus relaciones con la inviolabilidad de la propiedad ni con la libertad

⁴⁹ Oscar Aguilar Bulgarelli, *La Constitución de 1949*, Editorial Costa Rica, San José, 1973, págs. 79 a 95, especialmente 75, 80 y 81.

de empresa, los otros dos ahí empleados, uno, el de estimular la producción y otro, el de repartir la riqueza. El primero sólo puede ser base de poderes favorables y alude claramente a la actividad de fomento de la iniciativa privada, de voluntario disfrute, aun si éste importa obligaciones accesorias; y el segundo puede autorizar potestades "ablatorias" frente al administrado, que acarren el sacrificio o la limitación de la propiedad y de la libertad económica de éste, pero es indudable que podrán incidir únicamente sobre la fase de distribución de la riqueza creada y no sobre la propiedad y organización de los medios de producción, clave del sistema económico. La empresa, en efecto, no es otra cosa que la reunión, organización y operación de medios materiales y personales para la producción de bienes económicos, es decir: de riqueza. La potestad de distribuirla no parece tocar la vida interna de la empresa, sino que más bien la supone, desde luego que supone ya su producto, la riqueza a repartir. Pero, en cambio, cuando se habla de "organizar la producción", se estará reservando a la empresa sólo ese mínimo campo interno de acción, o ni siquiera eso? ¿Qué es organizar, jurídicamente hablando?

Pareciera haber consenso en la doctrina de derecho público sobre el hecho de que la parte de éste relativa a la organización pública trata normativamente el fenómeno subjetivo de la Administración, sea: de la creación y del régimen de centros de imputación de situaciones jurídicas subjetivas (principalmente de las parejas potestad-sujeción y potestad-interés legítimo), y/o de conductas (actos y actividades), así como de resultados reales, sea ello con o sin personalidad jurídica del centro de referencia en cuestión.⁵⁰ El concepto parece ser el mismo en el derecho privado.⁵¹ Se ha utilizado el término genérico: "figura subjetiva", para designar este centro de referencia o de imputación que engloba, sin identificarse con él, el fenómeno del sujeto de derecho,⁵² lo que disocia lógica y jurídicamente un concepto del otro y permite hablar, por ejemplo, de órganos sin persona jurídica de asiento y, a la inversa, de personas jurídicas carentes de órganos.⁵³ Lo esencial —y parece también haber acuerdo al respecto— es la

⁵⁰ José Antonio García Trevijano-Fos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, tomo II, pág. 137.

⁵¹ Francesco Ferrara, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Editorial Reus, Madrid, 1929, págs. 757 a 762; Joaquín Rodríguez, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, Editorial Porrúa, México, 1959, Tomo I, págs. 18 a 23.

⁵² Giannini, *Diritto Amministrativo*, Tomo I, pág. 115.

⁵³ J. A. García Trevijano, Fos, *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, págs. 123 y 124. En relación con la posibilidad opuesta, de entes sin órganos, véase Giuseppino Treves, *L'Organizzazione Amministrativa*, UTET, Torino, 1971, págs. 59 y 60. Giannini, Massimo Severo, con su agudeza analítica, pone de manifiesto tanto la posibilidad de disociación ya apuntada, como la de concurrencia entre ambas figuras, la del ente y la del órgano, y trata lúcidamente las hipótesis del órgano —persona jurídica y, por aparte, la de la persona jurídica titular de órgano; véase op. cit., Tomo I, págs. 235 a 237 y 253 y 254.

orientación de la actividad al servicio de fines ajenos, que exige garantizar la eficiencia en el empleo de los medios y, consecuentemente, la buena selección, ordenación y operación de éstos y de quienes han de usarlos.⁵⁴ Esta conclusión se funda en la observación de los fenómenos de organización pública, en los que siempre se dan a cumplir fines de otro (respecto al agente público), cuyo logro con un máximo de eficiencia es la regla fundamental de la organización.⁵⁵ Sea que se llamen fines o intereses, toda organización está dada en función de ellos y conformada por ellos.⁵⁶ De este modo puede llegar a concebirse la actividad de organización como una forma de actividad política, entendida ésta última como la de orientación y/o programación de la vida de un ente o centro de actividad.⁵⁷ La potestad de organizarse es propia de todo sujeto de derecho —público o privado— y va implícita, sin necesidad de expreso reconocimiento constitucional o legal, en la potestad de gobierno del ente público, que mira a la planificación y dirección de su actividad diaria.⁵⁸

Organizar es, entonces, básica y fundamentalmente, seleccionar y fijar fines, planes o programas y, en segundo término, crear y regular los medios subjetivos para garantizar su cumplimiento, lo que comprende, al menos, el régimen de las oficinas, del personal, del patrimonio, del gasto y el de las actividades de garantía, básicamente las de selección de personal y de con-

La figura del órgano-persona es peregrina, pero se dan ejemplos en nuestro medio, como todos los órganos del Ministerio de Salud llamados Luchas (contra el cáncer, la tuberculosis, las enfermedades venéreas, etc.), cada uno con legitimación y titularidad de derechos para ciertos efectos, sobre todo procesales. Pero la otra figura del ente-órgano es normal y frecuente en Costa Rica siempre que un ente público es titular de un órgano o de potestades y facultades de éste, por descentralización legal, como en el caso del Banco Central, cajero del Estado. Afirmar la anormalidad de esta figura o combatirla como bizantinismo jurídico, sólo revela miopía ante la realidad normativa de la Administración Pública actual y su rica gama de figuras de organización.

54 Mario Nigro, *Studi sulla Funzione Organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966, pág. 114.

55 Giannini, *Diritto*, op. cit., Tomo I, págs. 112 y 113; Nigro, op. cit., pág. 116.

56 Nigro, op. cit., págs. 115 y 116; y Forsthoff, op. cit., pág. 547.

57 Nigro, op. cit., págs. 151 a 155, donde el autor hace ver como híbrida de acto y de norma la regla jurídica de organización, en la cual, sin embargo, hay un neto predominio del carácter concreto y activo sobre el normativo-configurador, dada la naturaleza política y programática de la potestad de organización, que dicta e impone la norma de organización más como medio inmediato de satisfacción de fines que como medio normativo-preventivo para lograrlos, conformando conductas.

58 Nigro, op. cit., págs. 154 y 155; e igualmente Forsthoff, op. cit., pág. 551.

tralador del ente y sobre él.⁵⁹ Los actos de organización pueden tener cualquier naturaleza (para cubrir esas necesidades) y así los hay normativos y concretos, internos y externos, de derecho público y de derecho privado, etc. Si bien el organizar no significa siempre el crear entes (dado que los hay sin órganos, lo mismo que órganos sin entes, según se vio) ello es lo normal y, en todo caso, supone siempre crear oficinas y adoptar todas las medidas —normativas o de acción— para ponerlas en marcha.

59 En variada forma enuncian los autores italianos —quienes más pensamiento han dado al tema conjuntamente y en paridad de genio con los alemanes— la materia propia del derecho y de la actividad de organización. Ver Nigro, op. cit., págs. 128, 129 y 130, quien dice: "El primer sector —la estructura, en sentido muy restringido, de las oficinas (ejercicio de la "potestas instituendi")— comprende los hechos atinentes a la institución, modificación, supresión, combinación y calificación de oficinas (en el más amplio sentido posible) y a su funcionamiento concreto (en primer lugar, el procedimiento de formación de la voluntad de la oficina). El segundo sector mira a la distribución de las funciones entre las oficinas (que es determinación de la capacidad para los órganos personificados y, para los que no lo son, atribución de funciones o definición de competencias). El elemento personal de las oficinas —tercer sector— da tradicionalmente lugar a dos distintos órdenes de situaciones y de relaciones: las atinentes a la relación orgánica (instauración, cesación, legitimación) y las (otras) atinentes a la relación de servicio (instauración, cesación, responsabilidad, beneficios y deberes profesionales del servicio público, etc.), (pág. 128) ... "No siempre los bienes de los entes públicos (cuarto sector) vienen colocados y considerados en el ámbito de la organización. Tal tratamiento les corresponde, sin embargo, porque los mismos no son otra cosa que elementos de operación de las oficinas, medios materiales o reales que, conjuntamente con las personas físicas, hacen vivir a las oficinas (pág. 129) ... "Los actos y procedimientos de afectación (de bienes de un ente público) son típicos actos de organización. Al vértice se halla el presupuesto en el cual —sean cuales sean las otras funciones— es evidente la de dotar a las oficinas de los medios necesarios para desarrollar la actividad y el cual, consecuentemente, debe entenderse como un acto (o conjunto de actos) de destinación". (pág. 130).

Giannini —el jurista italiano que más ha estudiado el derecho de la organización administrativa— precisa por su parte (Op. cit., pág. 313): "La actividad de organización de la Administración Pública no es homogénea, porque está compuesta por actividades normativas, internas, de derecho administrativo y de derecho privado, además de otras que son equiparadas a una o a algunas de éstas. La actividad de organización, en general, es no homogénea; es la actividad con la que una figura subjetiva provee a: a) ordenar sus oficinas; b) disciplinar la actividad de cada una; c) procurarse y organizar los bienes y servicios de que tiene necesidad para desarrollar su actividad como figura subjetiva..." "La actividad de organización, sea bajo el aspecto de ciencia de la organización como bajo el jurídico, tiene los siguientes aspectos: las oficinas, la actividad (de las oficinas), el personal, los medios (de acción). En cuanto a las oficinas se dan jurídicamente los problemas tocantes a la institución de la oficina, a su constitución, a la determinación de las atribuciones, a la determinación y a la distribución de las competencias. La actividad de las oficinas se refiere a los problemas de la toma de decisiones, su ejecución y contralor y a las formas de desenvolvimiento de la actividad. En cuanto al personal, se dan los problemas relativos a la forma de cubrir los cargos, de la selección de personal, del estatuto de personal. En cuanto a los medios, fuera de lo que concierne a la provisión de los mismos, tiene importancia fundamental lo relativo a su empleo y gasto" (Pág. 315).

vista de tal objetivo, la ley, la Administración o el Juez, generan a favor de la Administración Pública, según la ya reseñada jurisprudencia francesa y su doctrina, potestades de contralor, regulación y dirección continuos sobre la empresa privada. Cuando se trata de contralores (negativos) de legalidad o no peligrosidad, el fundamento insoslayable de la potestad de contralor es la ley, único título de excepción que puede justificar la interferencia contra una libertad que —desde otros puntos de vista— ha de reputarse natural e ilimitada; en tanto que tratándose del servicio público "virtual", como se vio, la tendencia es a suplir la inexistencia de la ley e, incluso, del reglamento administrativo, para sujetar la actividad privada a un régimen de orientación coactiva, hacia fines públicos o reputados como tales por la Administración, por la colindancia entre ambos o por índices normativos incompletos y fragmentarios, que así lo permiten, según voluntad de la Administración o de un Juez, sin texto legal escrito de base. Los contralores programáticos de este último tipo suelen distinguirse en constitutivos (de un ente o de su organización) y funcionales (que conciernen únicamente a su actividad).⁶² Nos interesan ahora sólo los primeros.

Cuando el contralor es constitutivo y programático, porque incardina a la empresa privada dentro de un plan público o de metas nacionales, tanto la ley (si existe, lo que también ocurre frecuentemente) como el acto administrativo discrecional de admisión o autorización, imponen obligaciones de hacer en beneficio de tales metas, y/o un programa de acción consecuente, y/o la inserción de determinadas cláusulas en el acto constitutivo (estatutos) del ente privado, y hasta la copia literal de un estatuto fundacional (que entonces suele llamarse "estatuto machote" o bien estatuto modelo, general o tipo), sin perjuicio de otras muy variadas formas de intervención (naturalmente, en el supuesto de que los dichos contralores constitutivos sean discrecionales y no reglados en cuanto a los requisitos para su emisión y obtención, pues caso opuesto, si el petente los cumple, el contralor constitutivo tendrá que darse con el contenido que le asigna la norma.⁶³⁻⁶⁴) Hemos visto ya que este tipo de intervención origina general-

62. Demichel, op. cit., Tomo I, págs. 198 y stes.

63. Demichel, op. cit., Tomo I, págs. 199 a 239, donde el autor alista y examina las siguientes formas de contralor constitutivo o sobre la existencia y organización de la empresa privada: creación (pág. 199); autorización programática (agrement) (pág. 200 a 211); aprobación de estatutos (210 a 212); estatutos "machote" o tipo (321 a 216); nombramiento de directores y administradores (217 a 222); aprobación del nombramiento (223 a 225); orden de despido [de directores o empleados (225 a 226)]; aprobación de los cambios de estatuto (226 a 228); retiro de la autorización —agrement o disolución de la empresa o ente privados (228 a 235). La característica más importante de todas estas formas de contralor es su índole discrecional (por motivo y contenido al tiempo), que permite a la Administración Pública titulada imponer toda clase de regulaciones a modo de condición para el acto positivo y favorable, cuya no aceptación por la empresa privada conduce normalmente a la denegación de éste último.

64. En relación con los "estatutos modelo" véase también Pierrette Rongere, Le Procédé de L'Acte Type, L.G.D.J., 1968, págs. 137 a 140, 155 a 166, y especialmente 155, 156, 166 y 208.

mente una sujeción permanente del empresario autorizado o admitido a potestades de dirección, regulación y hasta de ordenación singular por parte de la Administración Pública y que, eventualmente, puede incluir al empresario en un orden de sector, donde, además, estará sujeto a autoridad exenta —según los teóricos de este fenómeno institucional— de la observancia de principios fundamentales del orden general del Estado, o, en el mejor de los casos, a una autoridad especial de ejercicio permanente, en el estricto sentido de ente u órgano cuya principal actividad es imperativa y especializada, en relación con el tipo de actividad.⁶⁵

4) *El derecho comparado (con Francia e Italia) de la libertad y de la propiedad.*

Los llamados "contralores constitutivos" sobre la existencia de una empresa privada por la natural colindancia de ésta con el interés público, cuya enumeración hemos hecho, sobre todo en punto al nacimiento y organización del ente privado o, más concretamente, del empresario privado, son compatibles con la libertad de empresa y la propiedad? Debemos medir éstas con el metro de los sistemas o técnicas de contralor, de regulación y de dirección antes indicados.

i) Francia. Conviene conocer brevemente la opinión de la doctrina francesa, madre de la criatura llamada "servicio público virtual". Voces muy autorizadas sostienen —con rigurosa lógica— que la existencia de una autorización discrecional —en cualquiera de los grados antes descritos— es incompatible con tales libertades o con el derecho de propiedad, por el mero hecho de ser discrecional en cuanto a los motivos o requerimientos

65. Es indudable que, de todos los tipos de contralor sobre la constitución y organización de la empresa privada, antes enumerados, el más oneroso y penetrante es el de estatutos "machotes" o "tipo", porque a través de ellos el ente privado queda sujeto totalmente al dictado de la Administración Pública en su organización interna y externa, sin margen de libertad para introducir variantes o adecuar el modelo a su circunstancia, posibilidades y necesidades. Puede haber modelos o "machotes" facultativos, pero, como bien lo explica la doctrina francesa, se convierten en imperativos, porque generalmente la aceptación del modelo importa ayudas y subvenciones oficiales sin las cuales se hace imposible la competencia en el mercado; ver al respecto Pierrette Rongere, op. cit., págs. 262 y 263, 277 y 278 y 302.

para su obtención.⁶⁶ Si libertad y propiedad están constitucionalmente garantizadas, cualquier sistema de contralor y, aún más, de dirección y regulación administrativas indeterminadas, sobre la existencia y la organización de la empresa privada, resultaría inconstitucional, por incompatible con el contenido de aquellos derechos, en la medida en que haya supremacía de la Administración sobre el titular. En Francia, en otras palabras, sólo el mecanismo de una autorización reglada en cuanto a motivo y contenido, para ingresar a un sector empresarial, se reputa compatible con las garantías constitucionales —que allá también existen, aunque muy debilitadas y menos fuertes que en Costa Rica— de la propiedad y de la libre empresa privadas.

Cualquier otra técnica de regulación, control o dirección sobre esos derechos, como podría ser la autorización discrecional, con o sin regulaciones concretas; la pertenencia a un ordenamiento sectorial como el antes descrito, la sujeción a órdenes de un organismo público, etc., las destruye y viola la Constitución. Tal es la opinión doctrinal predominante sobre este extremo en el derecho público francés.

ii) Italia.

La opinión dominante está de acuerdo en que la autorización es normalmente un acto discrecional y en que, en mayor o menor grado, toda potestad para autorizar una actividad implica la de regularla y la de dar

66 Jean Rivero, op. cit., Tomo I, pág. 186: "La autorización previa. Es el procedimiento más característico del régimen preventivo (de la policía) con todo su rigor: la intervención que este régimen postula de parte de la Administración adopta la forma de una autorización. La libertad (o la propiedad) no se puede ejercer sino cuando la Administración lo permite. La unidad del procedimiento reside en su efecto: la manifestación de la libertad es ilegal, sea que no se haya pedido la autorización, o que la Administración, notificada de la petición, no haya dado a conocer su respuesta; o que la respuesta haya sido negativa... Esta es la situación más contraria a la libertad. La misma (técnica) abandona al particular (lo expone) a la arbitrariedad". Aparte confirma el otro gran publicista francés George Burdeau, op. cit., págs. 46, 47 y 432: "Sin prohibir el ejercicio de una libertad, es posible para el poder público restringir su campo de acción subordinando su ejercicio a una autorización o entendimiento con el ciudadano. No obstante que esos procedimientos son frecuentemente utilizados, provocan las más serias dudas y reservas. Si se trata de autorización discrecional, es clara su inadmisibilidad, pues es incompatible con la efectiva vigencia de la libertad. Es lo que ha decidido el Consejo de Estado (francés) desde que, a cuento de una profesión sujeta a autorización, concluyó en que el principio de la libertad de comercio e industria no podía ya ser invocado en el caso. Si la autorización proviene de una potestad reglada, puede ser regulada en ciertas circunstancias y en la medida en que las condiciones a que se subordina su otorgamiento sean precisas y justificadas por el interés público". (Págs. 46 y 47) "... desde que la ley subordina una actividad a una autorización o a una concesión de la Administración Pública, la libertad de comercio y de industria no puede oponerse a la reglamentación administrativa de dicha actividad. Desde el momento en que la ley expresa el control del Estado sobre la actividad, el juez entiende que la Administración Pública puede adoptar toda clase de medidas implícitas exigidas por dicho control" (pág. 432).

órdenes al autorizado en el desenvolvimiento de su conducta. Citaremos de inmediato la doctrina italiana al respecto. La hemos escogido como fuente principal de información y comparación sobre este extremo, porque la Constitución Italiana de 1947 contiene (en sus artículos 41, 42, 43 y 44) el régimen constitucional más completo, audaz y moderno sobre las libertades económicas y la propiedad (principalmente la agraria) en un sistema demo-liberal de economía mixta, no colectiva. La Constitución italiana consagra expresamente la posibilidad (o necesidad) de programar, controlar y dirigir la iniciativa privada, ante todo la que se da en materia agraria, no sólo para evitar daños al bien común sino, a la inversa, para servirse de la propiedad y de la libertad económica como instrumentos de cambio y de progreso social, en orden a eliminar las desigualdades y los obstáculos de índole económica o social que impidan el pleno desarrollo del hombre y de sus capacidades.⁶⁷ Transcribimos primero las normas constitucionales italianas ya citadas, en su parte esencial, y después la doctrina alrededor de ellas, tan interesante como las normas.

"Art. 41: La iniciativa económica privada libre. No puede desarrollarse contra el bien común o en forma dañina contra la seguridad, la libertad y la dignidad humana. La ley determina los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda ser *dirigida y coordinada* para fines sociales".

"Art. 42: La propiedad es pública o privada..."

La propiedad privada es reconocida y garantizada por la ley, que determina sus formas de adquisición, de disfrute y sus límites, *con el fin de asegurar su función social y hacerla accesible a todos*.

La propiedad privada puede ser, en los casos previstos por la ley, expropiada por motivos de interés general, contra pago de indemnización".

"Art. 43: Para lograr la explotación racional del suelo y establecer equitativas relaciones sociales, la ley impone obligaciones y vínculos a la propiedad agraria (terriera) privada, fija sus límites de extensión según las regiones y las zonas agrarias, promueve e impone el mejoramiento de la tierra, la transformación del latifundio y la reconstitución de la unidad productiva; ayuda a la pequeña y a la mediana propiedad agraria".

En Italia la propiedad en general está sujeta a programas y controles públicos para dirigir y coordinar su explotación con fines sociales, tiene una función social constitucionalmente reconocida y, cuando es agraria, cabe

67 Su articulado al respecto es tan amplio y drástico que el Partido Comunista italiano, el más grande del mundo occidental fuera de Rusia, no ha querido tocar tales normas, que jurídicamente le abren campo a toda iniciativa de contralor sobre la empresa y la propiedad privadas. Todo se puede hacer con ellas, excepto eliminarlas. ¿Cómo compaginan los juristas italianos las libertades económicas y la propiedad privada con tal régimen constitucional, tan abierto y avanzado? Veámoslo de inmediato.

que se le impongan obligaciones y prohibiciones (vincoli) para racionalizar su explotación y crear, por su medio, equitativas relaciones sociales. Un panorama constitucional mucho más complejo, técnico y pro sociedad que el que ofrece el escueto Art. 45 de nuestra Constitución.

Dentro de marco tan estatista, ¿qué ha sido de la libertad de empresa y de la propiedad privadas en Italia? ¿Hay, o no, una grave contradicción en las normas constitucionales citadas, que simultáneamente consagran la libertad de empresa y la propiedad privada, y la posibilidad de programar, controlar y dirigir el ejercicio de esos fundamentales derechos, por una autoridad pública, en bien de la comunidad?

No es del caso repetir aquí la extensa y todavía ardorosa polémica jurídica al respecto; los juristas italianos, que son los más finos y bizantinos del mundo latino, han sido más finos y complicados cuando han tratado este tema. Pero hay una coincidencia entre todos ellos: si la Constitución consagra la propiedad y la libertad económica, la interpretación de la Constitución no puede destruirlas. Debe encontrarse y es posible encontrar la armonía entre aquellas disposiciones, aparentemente opuestas.

La conclusión es incierta en doctrina, pero mucho más clara, a favor de la libertad y de la propiedad, la jurisprudencia constitucional. El panorama doctrinario —más radical a favor del Estado— puede resumirse así:

i) La propiedad y la libertad de empresa implican un derecho inviolable a escoger el tipo de empresa y los fines para los cuales se trabaja; es decir: está constitucionalmente prohibido imponer fines o giros al propietario o empresario.

ii) Una vez iniciada la explotación empresarial —agraria o no— los programas y controles estatales pueden recaer sobre el desarrollo de esa actividad económica, según unos totalmente y sin excepciones, ni aun a favor de las decisiones empresariales relativas a los aspectos decisivos de la actividad (volumen de inversión y producción, naturaleza, tipo, costo y calidad del producto, mercado y territorio, dimensión del personal dirigente y subordinado, etc.); o, según otros, con la excepción de esas decisiones claves, pero con jurisdicción sobre su ejecución, que podrá ser regulada y aun impuesta en interés de la sociedad.⁶⁸

68 Carlo Esposito ha dicho: ¿Qué es lo que dispone el Artículo 41? Reconoce la libertad de la iniciativa económica privada y que puede ser regulada con normas imperativas sólo el "modo de ejecución" de las iniciativas concretas; y reconoce que programas y resoluciones de autoridad pueden dirigir la actividad económica privada hacia fines determinados, pero que se debe abandonar a los particulares la libertad de decidir y de realizar sus propias iniciativas, dentro del cuadro general y abstracto del modo de desarrollo de las mismas fijado por ley" (La Costituzione Italiana, "Note Esetiche sull'Artículo 44 della Costituzione, CEDAM, Padova, 1954, pág. 184).

Y respecto a la propiedad agraria, agrega: "respecto a la propiedad agraria la libertad de la iniciativa económica privada... puede consistir únicamente en la libertad de decidir si asumir, o no, mantener o abandonar la calidad de propietario de tierras con todas las obligaciones conexas" (op. cit., pág. 197). Otra obra fundamental sobre el tema, de Alberto Predieri, Pianificazione e Costituzione,

iii) La imposición de fines empresariales y de obligaciones específicas sobre un empresario, sea mediante órdenes autónomas o mediante aplicación de reglamentos y políticas pre-existentes, decretados por el Estado, es lo mismo que la planificación imperativa y sólo es posible cuando esa planificación está constitucionalmente autorizada, lo que ocurre en Italia, sobre todo con la propiedad agraria.

Editorial Il Mulino, Firenze, 1963, pág. 165, apoya las anteriores conclusiones diciendo: "Que la iniciativa (económica) representa el momento inicial de una actividad económica, esto es: que represente al menos este momento, está fuera de discusión; y que esta elección inicial sea libre, y que las normas contenidas en los párrafos 2 y 3 del Artículo 41 se refieren únicamente a la forma de desarrollo del a iniciativa y no autorizan a imponer esta o aquella otra actividad empresarial, tampoco parece discutible"... "reconocer la libertad de iniciativa económica, entendida como momento inicial de una actividad económica, significa que no puede imponerse a nadie la obligación de ejercitar un giro determinado. En relación con este aspecto de la libertad de iniciativa económica, como inexistencia de la obligación de ejercer una iniciativa, parece que todos los intérpretes están de acuerdo". Y dice de lo que es planificación estatal: "el plan es tal en cuanto determina situaciones de deber y de subordinación de los sujetos privados, esto es: cuando los medios jurídicos predispuestos para alcanzar los fines sean imperativos frente a los sujetos privados... Si con esto se quiere decir que se pueda hablar de potestades de planificación sólo si se reconoce al Estado o a otros entes públicos la potestad de incidir directamente sobre la actividad privada imponiéndole obligaciones, deberes, sujeciones, creo que se debe estar de acuerdo"... "El sacrificio de facultades se combina... en la planificación con la imposición de fines. El Estado planificador no sólo impone a los asociados el dar —como puede ocurrir en cualquier Estado Welfare— y no sólo se autoimpone hacer, sino que también impone hacer a los ciudadanos, aunque dentro de los límites de un ordenamiento que no impone la prestación coactiva de actividad empresarial, que consiente al sujeto, si emprende (económicamente en algo), el llevarlo a cabo en cierto modo o manera", (págs. 54 y 201).

Otro notable constitucionalista italiano, Giuseppe Guarino, es más claro y categórico. Dice, al comentar la posición de los empresarios en Italia, por virtud del Artículo 41:

"El problema concreto... no se refiere a la genérica imposición de vínculos, sino a cuáles vínculos positivos puedan imponerse a la empresa privada. Hay un tipo de vínculo que *seguramente* no puede imponerse a los particulares (salvo el caso excepcional de que sean concesionarios de servicio público): aludimos a la asignación de objetivos de índole empresarial, a la obligación de asumir una cierta iniciativa empresarial, a la de invertir una determinada cantidad de capital en una producción particular, a la de aumentar la producción o, más específicamente, a la de producir una determinada cantidad de artículos. Estos mandatos, como veremos, tienen una importancia decisiva en un sistema de programación pública. Pese a ello no pueden ser impuestos a los empresarios privados... Por el Art. 41 de la Constitución la iniciativa económica privada es libre. La libertad de iniciativa comprende, al menos, el núcleo fundamental de decidir en forma autónoma, con base en cálculos subjetivos, si dedicarse a una —y no a otra— actividad empresarial, en qué campo específico operar, cuáles medios destinar a la empresa, qué dimensiones darle, o si, más bien, convenga abandonarla. El empresario privado, en otras palabras, no puede ser obligado a hacer de empresario, ni tampoco —por mayoría de razón— a serlo en una línea específica o en una determinada proporción. Más ampliamente aún la Corte Constitu-

iv) La libertad de empresa y la explotación de la propiedad privada quedan reducidas en Italia —por obra de esta limitada planificación imperativa— a la opción entre ser empresario o propietario o no serlo, sea al principio de la empresa, sea durante su curso de actividad, si las obligaciones impuestas por ley u orden administrativa no son de la aceptación del empresario. Sin embargo, si éste quiere seguir siéndolo, tiene que aceptar tales órdenes y perder, en lo que toca a su contenido, toda libertad de determinación propia y distinta, es decir: perder su derecho de propiedad o de empresa en la medida en que queda sujeto a órdenes del Estado o de sus entes. Esta última conclusión es polémica y, en todo caso, rechazada

zionale... ha reconocido que la ley no puede perturbar, con la introducción de elementos no solicitados voluntariamente, la libre valoración y la consiguiente autodeterminación del empresario en orden a los elementos que, a su juicio, son adecuados a las dimensiones y a la organización interna de su hacienda"... "A los particulares se les puede dirigir consecuentemente los imperativos de conducta de carácter general, pero no los imperativos consistentes en la realización de precisos objetivos de carácter empresarial". (Programmazione Economica ed Imprese Pubbliche: Aspetti Giuridici, 1963, extracto de "Realtà del Mezzogiorno", 1963, Editore Cappelli, Nápoli, pág. 638). Se reconoce aquí que la sujeción de la propiedad o de la empresa privada a reglas u órdenes concretas que le impongan decisiones o escogencias (scelte) en cuanto a fines, dimensiones u organización interna, es inconstitucional en Italia. El autor especifica cuáles son, entonces, los vínculos posibles: "a los empresarios privados no se puede asignar autoritariamente objetivos empresariales o cuantitativos; los vínculos y los límites que se pueden dirigir al ciudadano son únicamente los que disciplinan los modos de su conducta, de tipo analítico, y que, se supone, pueden ser muy distintos de un tipo de empresa a otro". (op. cit., pág. 642).

Leopoldo Mazzarioli, expresa: "Se puede afirmar que la garantía de la libertad de iniciativa económica privada es garantía de la libre actividad económica privada tal y como se manifiesta en todas las decisiones o escogencias que se pueden presentar al operador económico al principio y en el desenvolvimiento de su actividad económica y, al mismo tiempo, no vaciar de contenido los párrafos dos y tres del Artículo 41, precisamente porque su radio de acción es relativo al contenido de las escogencias dichas, mientras toca al individuo decidir libremente si las ejecuta o no. Se trata, en sustancia, de la misma tesis sostenida por Esposito al afirmar que, mediante normas imperativas, es posible disciplinar únicamente "el modo" de desarrollo de las iniciativas y no, además, imponer el desenvolvimiento de esta o aquella actividad económica... De este modo se llega a excluir la posibilidad de cualquier intervención del Estado en la economía mediante mandatos positivos, fuente de obligaciones para el particular, con vista al logro de fines económicos socialmente relevantes... (I Piani Regolatori Urbanistici, op. cit., págs. 134 y 135).

El mismo autor, comentando el Art. 42, que regula la propiedad inmueble, se expresa, complementando sus anteriores conceptos, en la siguiente forma: "Si se quisiera interpretar diversamente la mención constitucional a los modos de disfrute de la propiedad inmueble, dándole el significado según el cual le atribuye al legislador el poder de precisar positivamente los modos con los cuales sería posible al propietario el disfrute de sus bienes, se debería concluir en que la Constitución, al mismo tiempo que declara y reconoce la propiedad privada, la elimina, si es que ésta es un derecho subjetivo cuya principal característica es la indeterminación de su contenido... (op. cit., pág. 147).

por parte importante de la doctrina, la cual reputa inconstitucional en Italia funcionalizar la iniciativa privada en bien del Estado o de la sociedad.⁶⁹

La jurisprudencia de la Corte Costituzionale de Italia ha sido bastante más cauta en la admisión de intervenciones estatales sobre la libertad y la propiedad y ha proclamado reiteradamente la existencia de un núcleo fundamental de poderes jurídicos en cada uno de esos derechos, intangible aun para el legislador, después de haber sentado claramente la necesidad

69 Resulta imperativo, sin embargo, advertir claramente sobre el carácter polémico, todavía hoy, de las anteriores citas, pues siempre han aparecido otras tesis que las combaten; véase al respecto Ricardo Villata, Autorizzazioni Amministrative e Iniziativa Economica Privata, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 88, 96 a 99, 109 a 197 y 111, donde el autor combate la distinción entre iniciativa y actividad empresarial (propia de los autores antes citados, que confinan la libertad a la primera y la niegan para la segunda), porque ambos campos están —en su opinión— garantizados para la libertad; y claramente afirma ser predominante hoy la posición de quienes reputan imposible imponer fines y funcionalizar en bien de la sociedad el ejercicio de los derechos de empresa y de propiedad sin violarlos ni violar la Constitución que los establece, diciendo: "la conformidad al fin público (dentro del planteo anterior, que combate) debe presidir todos los momentos en los cuales puede ser articulada la actividad económica, la cual resulta legítima sólo si es socialmente útil. La iniciativa privada en definitiva no es tutelable por sí como autónomo valor, sino como instrumento para obtener resultados, respecto de los cuales su ejercicio está "funcionalizado"... Se objeta, sin embargo, por la doctrina prevalente, "que la utilidad social constituye, a la luz del tenor literal y de la estructura de la norma, no el fundamento sino el límite de la iniciativa privada"... "la letra de la norma muestra que no se quiso asignar a la iniciativa económica privada una rígida plataforma de subordinación al bien social, sino sólo evitar que su desenvolvimiento cause un daño a ese bien; y, en consecuencia, está totalmente fuera de lugar pensar, se concluye, en una funcionalización de la iniciativa privada, la cual constitucionalmente está dirigida a la satisfacción de intereses individuales".

Esta opinión disidente viene confortada por la de otro ilustre constitucionalista italiano, Constantino Mortati, socialista de fe, quien, al referirse a la propiedad agrícola, que es la más sujeta a potestades administrativas y gubernamentales opuestas de planificación y dirección, por dictado del Art. 44, sostiene vigorosamente: "La razón que puede justificar la atribución a los particulares de la iniciativa económica es la convicción de que ésta puede lograr mejor la satisfacción del interés colectivo por la tendencia individual hacia el lucro, alcanzando el máximo rendimiento con el mínimo costo. En consecuencia: la funcionalización de la empresa privada no podría llegar hasta el grado de hacer venir a menos el régimen de libre competencia entre los empresarios, ni suprimir los estímulos que alimentan la participación en la concurrencia de mercado" (pág. 115)... "es verdad que ella (la Constitución) ha reputado preferente la apropiación privada de los bienes, pero con el propósito de unir al impulso de la iniciativa económica privada la garantía de su empleo en la dirección más productiva. Iniciativa que, si bien debe sujetarse a contralores para verificar la congruencia con los fines para los cuales fue concedida y de hacer que asuma (la iniciativa privada) la respectiva responsabilidad, tiene que desarrollarse dentro de límites suficientes para el desenvolvimiento de la autonomía personal y para la equitativa satisfacción del interés económico (privado) que motiva la producción" (Problemi di Diritto Pubblico Nell'Attuale Esperienza Costituzionale Repubblicana, Raccolta di Scritti, Giuffrè, Milano, 1972, págs. 113, 115 y 116).

de respetar la reserva de ley en relación con las limitaciones, contralores y programas imponibles.

Varias sentencias pueden citarse al respecto, como lo hacemos de seguido: C. Cost. 14 de febrero de 1962: "El Art. 41 de la Constitución, si bien reconoce la iniciativa económica privada, consiente el fijar límites a su ejercicio, subordinándolo a una doble condición, esto es: exigiendo, en cuanto al aspecto de fondo, que sean necesarios para la utilidad social, y, en cuanto al aspecto formal, que la disciplina correspondiente sea establecida por ley" (tomado de la compilación de jurisprudencia constitucional italiana de Carlo Lavagna, La Costituzione Italiana, UTET, Torino, 1970, pág. 555).

C. Cost. 15 de junio de 1957: "No puede ignorarse, como esta misma Corte lo ha dicho ya, que la disposición del Art. 41 legitima una intervención del Estado con "medidas protectoras del bienestar social y al tiempo restrictivas de la iniciativa privada", siempre que la iniciativa privada no resulte, en virtud de tal intervención, anulada ni suprimida" (op. cit., pág. 555).

Se ha dado fallos que parecieran implicar, por razonamiento a contrario sensu, que toda interferencia del Estado en la organización de la empresa sería violatoria del Art. 41 párrafo primero:

"La Ley de 3 de junio de 1950 no limita ni comprime la iniciativa económica privada ni la garantía de la propiedad, ya que no incide sobre la organización económica de la empresa, ni tampoco importa para el empresario otro deber que el de reservar para inválidos de guerra una modesta alícuota de puestos respecto al número total de trabajadores, que el empresario ha determinado y puede seguir determinando libremente" (op. cit., pág. 546).

La jurisprudencia de la Corte italiana ha sido mucho más clara y favorable a la iniciativa económica y a la propiedad privada, según lo demuestran las citas que hicimos en el texto. Queremos decir: en Italia, con un régimen de planificación limitada pero imperativa de la libertad económica y de la propiedad, que permite imponerles programas y controles para dirigirlos y coordinarlos con el bien común, tal y como es concebido en los programas de gobierno, es imposible imponer a nadie el ser empresario, ni qué tipo de giro o empresa puede operar, ni ninguna otra orden respecto al desenvolvimiento de la empresa, porque, en último término, el empresario puede optar por desertarla o abandonarla antes de cumplir (tales órdenes). Más que obligaciones, tales decisiones producen cargas. La sujeción comienza cuando el propietario o empresario decide serlo o mantenerse siéndolo, pues entonces queda sujeto a los programas, controles y órdenes del Estado planificador. Estas imposiciones, para el caso de que se opte por la actividad empresarial o se continúe en ella, sólo son posibles en Italia porque hay cuatro normas, los Arts. 41, 42, 43 y 44 de la Constitución, que expresamente autorizan al Estado a dictarlas y a imponerlas como expresión de sus potestades constitucionales de planificación, de dirección y de control sobre la propiedad y la iniciativa privadas; caso opuesto, tal tipo de programas, controles y órdenes no serán constitucionalmente posibles.

Ha de reiterarse, en todo caso, que las conclusiones últimas son polémicas, como se apuntó, y que no sólo la jurisprudencia sino parte de la doctrina más importante son opuestas a ellas.

Por otra parte, cuando parecida obligación de enganche obligatorio se ha dado, ya no en beneficio de inválidos de guerra, sino en beneficio de desocupados en general, se ha declarado la inconstitucionalidad de la ley, por violación precisamente del primer párrafo del Art. 41 de la Constitución, diciendo:

"En la locución "iniciativa económica" debe comprenderse las actividades de operadores no sólo dirigidas a crear y constituir una hacienda, sino también aquellas inherentes a la vida y desenvolvimiento de esta misma; no hay razón alguna para no entender incluidas en la norma constitucional las actividades empresariales en el sentido antes indicado, propias al sector de la agricultura... "Ahora bien: la ley de 16 de diciembre de 1947, N° 929 (para la imposición de mano de obra en la agricultura) viene a interferir gravemente y a incidir sobre la iniciativa personal del empresario agrícola: la libre valoración y la consiguiente autodeterminación en relación con aquellos que, a su juicio, pueden ser los elementos adecuados para dimensionar su hacienda y proveer a su organización interna, son notablemente perturbados o sustituidos por la introducción de elementos no pedidos y a menudo no idóneos, en el complejo equilibrio de la hacienda". (Op. cit., pág. 553).

Este importante fallo reconoce, como se ve por su texto, que la libre iniciativa cubre todo el desarrollo y peripecias de la vida de una empresa, y no sólo la decisión de fundarla o de continuarla, y que queda notablemente perturbada cuando se afecta materia de personal, por ejemplo: creando cuotas obligatorias de enganche, lo cual también tiene que ver con la organización.

La reserva de ley para establecer límites, contralores y programas sobre la iniciativa y la libertad privadas no es absoluta, pero debe observarse un mínimo de precisión y exactitud en la delegación que se haga en favor del reglamento, pues caso contrario la delegación se reputa inconstitucional:

C. Cost. 12 de febrero de 1963: "La reserva de ley no exige que la entera disciplina de las relaciones jurídicas venga regulada con acto normativo del Parlamento y se debe reputar como suficientes al efecto que éste último determine los criterios, las directrices idóneas para contener en un ámbito delimitado el ejercicio tanto de la actividad normativa secundaria como la particular y concreta de ejecución confiada al Gobierno, evitando que cualquiera de ellas se pueda desenvolver en forma absolutamente discrecional". (op. cit., pág. 571).

C. Cost. 24 de junio de 1961: "No basta con que la ley determine genéricamente los fines que se perseguirá. Es necesario la especificación de fines, la precisión en punto a criterios a seguir para el logro de algunos de ellos, la indicación de los medios, la determinación de los órganos llamados a realizar los programas o que se crean aptos para llevar a cabo

los contralores. No basta, entonces, atribuir un poder para la consecución de fines, sino que es necesario establecer los límites y la extensión del poder y prever los efectos que con los actos, derivados de ese poder, se producirán". (Op. cit., pág. 582).

5) *El Art. 50 y la potestad estatal de organizar la producción.*

Todo lo anterior lleva fácilmente a la conclusión de que, cuando el Art. 50 otorga al Estado la potestad de "organizar la producción", entra en conflicto frontal con los Arts. 45 y 46, que consagran la inviolabilidad de la propiedad privada y de la libertad de empresa, aun frente a actos fundados en una ley y, consecuentemente, frente a la misma ley, si se entiende propiamente el vocablo "organizar". En la hipótesis de que el acto impugnado como violatorio esté fundado en una ley, como se explicó, la ilegitimidad radica en la ley, no en el acto, y es la ley la que, al sobrepasar ciertos límites incluidos en los Arts. 45 y 46, de contenido indeterminado pero determinable caso por caso, con vista del texto legislativo, viola la Constitución y resulta anulable, de conformidad con ella.

Es evidente que esto es incompatible con la posibilidad de que el legislador, o la Administración apoderada por éste, pueda organizar la producción, en el sentido estrictamente jurídico antes visto. El término organizar la producción, jurídicamente entendido, permitiría al Estado todos los controles y actos de disposición sobre la propiedad y la creación y organización de empresas privadas que quedaron enumerados, que implicarían necesariamente la subordinación de éstas a un fin impuesto por el Estado, en función del cual se estructuraría y se dirigiría aquellas. La potestad estatal de organizar la producción privada le permitiría al Estado no sólo la creación e imposición, sino también la disolución coactivas de empresas privadas, que, por otra parte, podrían verse sujetas, con o sin texto legal de base, a potestades públicas de regulación de la estructura dirigente y administrativa de la empresa (incluso por imposición de estatutos "machote" o modelo) y a posteriores intervenciones de contralor, dirección y regulación, sobre sus actos fundamentales de manejo de personal, de administración financiera y de ejercicio de sus potestades de gobierno y de administración empresariales, sobre sobre todo en cuanto a procedimientos y formalidades para constituir y expresar la voluntad política o propiamente directora de la empresa privada. Ante todo, la potestad de organizar la producción privada supondría —de existir en el sentido auténticamente técnico ya explicado— la de imponer empresas y fines, obligando a la fundación de la empresa u obligándola a funcionar para un ramo o giro (con exclusión de otros) y a estructurarse y dimensionarse para lograr metas cuantitativas o cualitativas, como si se tratara de dependencia estatal. Si esto no es posible, ni aun en sistemas como el de Italia, con normas constitucionales que expresamente confieren al Estado (como el Art. 41) la potestad de orientar la iniciativa privada mediante contralores y programas, pareciera difícil su admisión en nuestro sistema, donde, por otro lado, los Arts. 45 y 46 consagran en forma tajante y con evidente corte decimonónico los derechos de propiedad y de libertad económica.

Esto es tanto más claro cuanto que el propio Art. 50 impone al Estado no sólo organizar sino estimular la producción, lo que claramente indica que sólo podrá organizarla estimulándola. Y el estímulo supone libertad del particular para elegir lo de su interés, pues es imposible estimular la inclinación hacia algo impuesto. Si hay actividad estatal de fomento es porque hay coincidencia de intereses entre Estado y particular, nunca imposición,⁷⁰ y es facilitando la satisfacción del libre interés privado que el Estado logra su fin, por ser coincidente. En la medida en que hay imposición, no hay estímulo, y a la inversa, pues el estímulo es un correlato de la libertad. Estimular es ayudar a la libertad a realizar su propósito, no el del Estado, aunque también sea el del Estado.

El resto del articulado constitucional confirma que, en síntesis, la potestad de organizar la producción conferida al Estado por el Art. 50 de la Constitución no es tal en el sentido técnico-jurídico, sino otra cosa. En efecto: el art. 74 de los mismos Título V y Capítulo, expresamente impone una concepción cristiana de justicia social y ordena que, de acuerdo con ella, se rijan los factores del proceso de producción y se reglamenten en una legislación social y de trabajo, "a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional".⁷¹ En otras palabras: se parte del supuesto —propio de las enseñanzas sociales de la Iglesia, únicas en las que tiene ese nombre la llamada "cuestión social"— de la existencia de un sistema de economía mixta, donde habrá propiedad y empresa privadas, distintas de las públicas, y donde habrá capital y trabajo —los llamados "factores concurrentes al proceso de producción"— que en lugar de combatirse a muerte, coexistirían y serán solidarios, por obra de una política estatal que respete y coordine ambas fuerzas y desarrolle la naturaleza propia de cada una en bien de la comunidad. La potestad de organizar la producción ha de rezar con una concepción tal y mantener la existencia del supuesto de base, que es la de una sociedad distinta del Estado, económicamente organizada a través de la propiedad y de la empresa privadas, al impulso del interés individual o de grupo, independiente, si no necesariamente distinto, del poder y de los fines del Estado. Dentro de tal sistema, la propiedad y la empresa privadas son tales porque es ese interés privado el motor principal de su explotación, así como el Estado su límite y su regulador, para impedir daños sociales e, incluso, para promover metas y programas, pero a través de un sistema que no sea incompatible con la libertad, sobre todo con la libertad para elegir fines e intereses y perseverar en la elección o cambiarla libremente, sin lo cual desaparece aquel supuesto y todo podría quedar absorbido en los mandatos de la autoridad. La compaginación de esta

70 Luis Jordana de Pozas, Estudios de Administración Local General, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1961, Tomo I, págs. 480 a 484; Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Quinta Edición, Instituto de Estudios Políticos, pág. 396.

71 Véase Nota N° 4 y, además, Luis Sánchez Agesta, Los Principios Cristianos del Orden Político, Ideologías Contemporáneas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 128 a 133.

segunda posición "dirigista" con la propiedad y la libertad sólo es posible haciendo accesoria y secundaria, por cantidad y calidad, la imposición estatal de metas y de actos o de actividades, en relación con los que han sido libremente escogidos por el empresario. Fuera de la actividad de fomento, que no sólo es compatible sino que es potenciadora de la libertad, ésta última puede coordinarse con fines y programas impuestos sólo si los mismos dejan vivir y desarrollarse a los escogidos, respecto de los cuales aquellos otros serán y sólo podrán ser —por costo y por interés— cargas accesorias. El problema es básicamente uno de cantidad y de finalidad, como se explicará de inmediato.

El sistema constitucional de tipo mixto así consagrado en Costa Rica supone tres derechos básicos del empresario, a saber: (i) el de escoger libremente el tipo de empresa a que se dedicará, por razón del fin; (ii) el de hacer todas las decisiones fundamentales que le darán vida, identidad y desarrollo, sin lo cual desaparecería el primer derecho; (iii) el (derecho) de variar todas las decisiones y elecciones anteriores, comprensivo del de clausurar la empresa, y el de regular su ritmo de trabajo y de crecimiento, sin el cual desaparecerían los dos derechos anteriores.

Será deber de la empresa cumplir todas las obligaciones que le imponga la ley o el reglamento delegado por ésta, incluso si son de dar o de hacer, pero no será posible al Estado, por esa vía normativa, imponer obligaciones tan onerosas o multiplicar las que imponga hasta una cantidad tal que haga imposible o desalentadora la empresa o el tipo de inversión afectados. Dentro de las obligaciones posibles no podrá estar ninguna incompatible con aquellos derechos y, concretamente, no será constitucionalmente posible imponer la apertura ni la clausura de una empresa, ni su giro o ramo, ni su funcionamiento a un determinado ritmo, ni metas de inversión ni de producción (cuantitativa o cualitativamente determinadas), como tampoco la ampliación de la empresa, ni su congelación en un determinado volumen (de inversión o de producción).

Frente a tal panorama, resulta evidente que la única forma de despejar la contradicción entre los Arts. 50 y 45 y 46 de la Constitución es concluir en que el Constituyente hizo un uso impropio y empírico del giro "organizando la producción", cuando quiso decir con el primero nada incompatible con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y de la libertad de empresa que, por otra parte, tan tajantemente consagró. ¿Qué quiso decir y disponer, entonces, el Constituyente?

No otra cosa que la posibilidad de organizar "indirectamente" la producción y el reparto de la riqueza, no la de organizarlos directamente, al organizar la empresa o la propiedad privadas. Y por "organización indirecta" entendemos, de conformidad, aquella que se reparte en dos grandes zonas: (i) organizar, en sentido propio (en cuanto implica crear o dar órganos) su producción, la del Estado como empresario, con fines de regulación, orientación y desarrollo del mercado; (ii) regular la producción —no la organización— privada.

En tal sentido el Art. 50 debe entenderse, consecuentemente, como una potestad del Estado que, de referirse a la iniciativa y propiedad privadas, significa lo mismo que potestad para fomentarlas y, al tiempo, para regularlas, en orden a un determinado fin o resultado, a través de prohibiciones o mandatos normativos aplicables al desenvolvimiento del respectivo giro empresarial, libremente escogido y mantenido, a condición de que ello sea carga accesoria y secundaria, que no impida ni la posibilidad ni la rentabilidad de la actividad en cuestión.

Es muy difícil, cuando no imposible, determinar en abstracto el momento en que una carga social o pública, conexas a un giro empresarial u ocupacional, por sí o acumulada con otras, sobrepasa la indeterminada e invisible (pero determinable) frontera constitucional de lo que le está vedado, y oprime, amenaza o restringe irrazonable o ilegítimamente una cualquiera de esas garantías; pero cabe apuntar, como última consecuencia técnica de todo lo dicho, que lo que importa será, ante todo, el mecanismo de generación y el sentido de tales interferencias públicas.⁷²

e) *Libertad, propiedad y potestades indeterminadas de regulación y disposición.*

Es inevitable, después de lo dicho, arribar a la conclusión de que las potestades normativas de contenido indeterminado son incompatible en Costa Rica con las garantías constitucionales de la propiedad y de la libertad de

72 En trabajo anterior he analizado otra interpretación, para lo cual véase Eduardo Ortiz, Costa Rica: Estado Social de Derecho, Revista de Ciencias Jurídicas, N° 29, Imprenta Trejos, San José, Costa Rica, 1977, págs. 61 y 62, pero creo ésta más completa, sin dejar de ser sustancialmente coincidente con la anterior.

Dije, entonces, que obviamente el Art. 50 contenía dos situaciones jurídicas con diferente campo de acción: la potestad estatal de organizar la producción, que, desde que técnicamente no puede entenderse como referida a la empresa privada, por todo lo ya dicho, sólo puede referirse a la empresa pública, es decir: a la producción del mismo Estado; y la potestad de estímulo a la producción (básicamente por subvención), que sólo puede referirse a la empresa privada, pues nadie piensa seriamente en un autoestímulo.

Hay, en el fondo, coincidencia entre ambos planteos, dado que únicamente queda fuera de encuadramiento en aquel primero la actividad reguladora e imperativa del Estado, distinta de su actividad de fomento, la cual actividad autoritaria actúa sobre la producción económica a través de la carga, la obligación o el deber; pero su existencia es innegable en nuestro sistema con independencia del Art. 50 y en virtud no tanto de otras normas constitucionales cuanto de principios generales del derecho público, principalmente el que sostiene el carácter ilimitado de la potestad legislativa por razón de la materia —con lo que puede abarcar cualquiera— y el que otorga al Gobierno la potestad genérica de cumplir y hacer cumplir las leyes, guardar el orden público y velar por el progreso de la colectividad (Art. 140 incisos 3 y 6 Carta Política), principios los cuales existen, además, como parte de la Constitución material viviente en Costa Rica. Entendemos por tal la forma efectiva de vida política, establecida por prácticas constitucionales y convicciones colectivas, expresadas en las primeras y en jurisprudencia constitucional; para lo cual Manuel Jiménez de Parga, Los Regímenes Políticos Contemporáneos, Tecnos, Madrid, 1974, págs. 24 y 25; e igualmente Costantino Mortati, Istituzioni di Diritto Pubblico, CEDAM, Padova, 1967, Vol. I. págs. 20 a 23, especialmente 26 y 27.

empresa. La indeterminación implica una delegación legislativa —cuando la hay, en el mejor de los casos— incompatible con la prohibición de delegaciones ilimitadas contenida en el Art. 9 y en la reserva de ley de los Arts. 28, 45 y 46. Si, para que la delegación sea posible, ha de circundarse la potestad reglamentaria de límites, bases y directrices, la ausencia de los mismos significa, por sí, inconstitucionalidad. Desde este punto de vista y, además, porque donde hay potestades opuestas a la libertad y a la propiedad, de regulación, dirección u ordenación, sin determinación de límites precisos, de observancia controlable en la vía contenciosa de legalidad, desaparece la posibilidad de defensa frente a su ejercicio y, consecuentemente, la misma libertad (como, en general, cualquier otro derecho subjetivo), puede decirse que en Costa Rica son incompatibles con los derechos de propiedad y libertad de empresa, e inconstitucionales por ahí, cualesquiera de las mencionadas técnicas jurídicas de intervención, de contenido ilimitado, por indeterminado. En otras palabras: lo normal y no peligroso será la creación de limitaciones —por legislación o reglamentación— del tipo que hemos llamado normativo en la parte inicial de este trabajo, pues en este tipo el contenido y alcance de la limitación o compresión de la libertad o de la propiedad privadas está precisamente determinado por la norma, sin necesidad de interposición de un acto administrativo de contenido discrecional, que concrete para el caso lo que es vago o lo que está en blanco en la norma de base. Este método de regulación de aquellos derechos puede articularse también a través de una delegación legislativa en favor de la potestad reglamentaria, para que la Administración Pública cree el régimen correspondiente en lugar de la Asamblea, pero entonces necesariamente dentro de límites precisos, principalmente de materia, de orientación, de límites máximos o mínimos (si el acto futuro ha de ser mensurable), de tiempo, de identificación de las normas legales que podrán ser afectadas, etc., sin lo cual la delegación sería constitucionalmente imposible, según el Art. 9 antes comentado. En esta hipótesis —que es una de regulación también normativa y no administrativa, por hallarse expresados la voluntad del legislador y los límites que impone a la delegación en forma suficientemente clara y precisa— el acto normativo de la Administración Pública se dará dentro de un margen de discrecionalidad, amplio y flexible, pero necesariamente limitado y prefijado por la ley, según se dijo.

No será admisible, consecuentemente, la regulación a través de potestades reglamentarias de contenido indeterminado, sin los límites debidos en una delegación legislativa a favor de la Administración Pública, antes indicados, porque, según lo dicho, ello sería violatorio del Art. 9 y, de rechazo, también de la reserva de ley establecida en los Arts. 28, 45 y 46 de nuestra Carta.

f) *Planificación imperativa, propiedad y libertad*

Es claro igualmente que, según los principios e instituciones de nuestro sistema constitucional, es jurídicamente imposible y está prohibida en Costa Rica toda planificación imperativa de la propiedad, de la iniciativa económica o de la empresa privadas.

La planificación se caracteriza frente a otras intervenciones públicas no sólo porque las limitaciones a que da lugar son mucho más voluminosas e incisivas, sino también porque se agrupan todas alrededor de una idea u orientación centrales a las que se subordina todo lo demás y en función de las cuales no sólo se crean potestades centrales de regulación sectorial, sin contenido ni límites determinados ni determinables, sino también privaciones (ablaciones, como diría Giannini) de potestades y de facultades tradicionalmente inheridas, hasta hoy, en los respectivos derechos subjetivos del particular, según su perfil actual o reciente.⁷³ La fijación de precios, las ventas o compras obligatorias, la pérdida de la potestad de edificación producida por la zonificación urbana, las plazas obligatorias para estudiantes pobres en establecimientos privados de enseñanza (deferidas por el Ministerio de Educación), las prohibiciones o las sanciones contra el crecimiento de una empresa más allá de un cierto porcenaje en el mercado, las cuotas y restricciones del comercio exterior, son todos ejemplos de desmembramiento de un derecho subjetivo, por ley o reglamento (delegado), que obedecen a la coordinación o subordinación estatales e imperativas de la iniciativa y de la empresa privadas en relación con los planes del Gobierno o con el manejo estatal de conjunto de la vida económica y social, para ponerla tras de resultados previstos en ese plan público.

Ahora bien: si, además de ser varias y profundas, las limitaciones o ablaciones provienen todas de una autoridad directriz y reguladora, de ubicación central, encargada de la planificación nacional o sectorial, no hay duda de que se está construyendo un nuevo tipo de interferencia sobre la libertad y la propiedad privadas, distinto y mucho más poderoso que cada uno de los actos oficiales en que se manifiesta, porque su característica está en obedecer a una voluntad capaz de disposición y orientación permanentes sobre el sector, de ejercicio no consumible, con acumulación de resultados negativos frente a la empresa tanto como frente a la propiedad, cuya combinación puede eventualmente desalentar o convertir en no rentable la

73. Es bastante difícil concebir una ley aprobatoria de un plan que, dados el volumen y la complejidad de las relaciones socioeconómicas que conformará, pueda imprimir la suficiente precisión y medida a las delegaciones normativas que contenga, sin lo cual resulta pasible de las mismas inconstitucionalidades invocadas en el apartado anterior en relación con las potestades aisladas e indeterminadas de regulación, ordenación y dirección sobre la propiedad o la empresa privadas; pero distinguidos autores opinan lo contrario, si bien aceptando índices muy bajos de precisión al respecto: véase Agustín Gordillo, La Planificación y el Poder Legislativo, en obra colectiva, "Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo Veinte", Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, Tomo II, págs. 252 y 253.

iniciativa privada, dada la inseguridad jurídica y/o la onerosidad de las cargas existentes.⁷⁴

Esto es no sólo contrario a la exigencia constitucional de potestades de intervención pública tasadas y controlables por el Juez mediante referencia a sus límites y bases, cuando de la propiedad y de la libertad de empresa se trata; sino que, todavía peor, es claramente una voluntad de subordinación del empresario o propietario a fines públicos e impuestos, declarada desde el momento mismo en que se intenta poner en marcha un programa para la conformación de la sociedad y se funcionalizan hacia sus realizaciones tanto recursos públicos como privados, tan inadmisibles como la potestad de organizar imperativamente la producción y la empresa privadas, según antes se vio, y exactamente por la misma razón, en cuanto también la planificación imperativa supone y crea sumisión del particular y empresario a fines y metas impuestos y excluyentes de su libertad en medida igual que la de la imposición. En tal hipótesis, la libertad y la propiedad dejan de ser un valor y derecho autónomos frente al Estado, para convertirse en simples instrumentos de su acción, y desaparecen como legítimas pretensiones del individuo, primordialmente inspiradas en su bien personal. La planificación imperativa es constitucionalmente imposible en Costa Rica. Para llevarla a cabo se requeriría una reforma profunda —aunque muy breve— de los Arts. 28, 45 y 46.

g) *El panorama de la jurisprudencia constitucional,*

1. La propiedad y el Art. 45 de la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia ha declarado repetidas veces que los atributos del derecho de propiedad no están fijados por la Constitución y que, consecuentemente, es la ley —y únicamente ésta— la que determina el contenido de tal derecho, sin que, por ampliar o restringir el que está regulado en el Código Civil y leyes conexas, pueda cometerse violación constitucional. Ha dicho la Corte Suprema:

⁷⁴ Predieri, op. cit., pág. 58. "La planificación aporta algo nuevo a los institutos y a los instrumentos jurídicos, que es la unidad de orientación, la sistematicidad, la coherencia, la extensión, la interdependencia, la coordinación de las intervenciones y, consecuentemente, los efectos adicionales o multiplicativos, derivantes de la suma y de la combinación de todos esos procedimientos y actos, sea en el campo macro como en el micro-económico, cuya cuantificación más allá de cierto límite conduce en cierto momento al salto cualitativo. El sujeto que ejerce la actividad económica queda inscrito en un sistema, directa o indirectamente; sea que la planificación asuma el aspecto de un nuevo aparato de organización autoritaria, o que no lo haga, crea un orden económico diverso, que en su equilibrio dinámico condiciona la actividad de todos los operadores en las decisiones políticas". (Op. cit., pág. 58).

"El Art. 45 reconoce y garantiza el régimen de propiedad individual, pues dispone que ésta es inviolable y que nadie puede privarse de la suya si no es por un 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. De suerte que la Constitución dejó todas esas cuestiones para que fueran reguladas por preceptos de carácter legislativo; y esto es lo que ha ocurrido siempre en nuestro medio, no de ahora ni a partir de la Constitución vigente, sino desde antaño, pues el derecho de propiedad nace, se consolida y se prueba de acuerdo con las normas jurídicas establecidas en el Código Civil y en algunas leyes especiales que se han emitido para regir determinados bienes". (Sesión extraordinaria de las 10 hrs. del 9 de diciembre de 1971).

En igual sentido fallo correspondiente a sesión extraordinaria de Corte Plena de 25 de noviembre de 1971.

La Corte Suprema de Justicia, por otra parte, considera que la mayoría de dos tercios de votos para imponer limitaciones a la propiedad privada —que exige el Art. 45— ha de presumirse absolutamente, si de las actas de la votación parlamentaria no consta su existencia, invirtiendo con ello la carga de la prueba, que obviamente corresponde al legislador por tratarse de votación reforzada en contra de una garantía constitucional. La Corte Suprema ha dicho que:

"El Art. 45 no ordena llenar esa formalidad (de declarar que se alcanzó la votación extraordinaria) ni tampoco obliga a dejar constancia en las actas, para fines probatorios, de la votación recibida en un proyecto de esa índole; de modo que a falta de regla que así lo disponga, ningún vicio o defecto podría atribuirse a la ley por el solo motivo de que no se hiciera constar que fue aprobada por dos tercios de votos, pues lo contrario significaría subordinar aquella validez a un requisito o formalidad intrínseca que la Constitución no establece, a lo cual se llegaría por vía indirecta, si se entendiera que no existieron dos tercios porque nada se dijo sobre ello en el acta".

De este modo, la garantía formal específica de la propiedad privada queda absolutamente presumida, sin posible prueba en contrario, y pese al total silencio al respecto en las actas legislativas en que consta la votación y aprobación de la ley.

Es dentro de este espíritu de amplitud y favor a las causas sociales —jurídicamente cuestionable, cívicamente elogiable— que también se ha decidido que el pago de la indemnización por expropiación pueda ser hecha en bonos de la deuda pública (sesión extraordinaria de 11 de noviembre de 1961, Art. XXX, Boletín Judicial de 20 de febrero de 1962) y que

puede reputarse como bueno y constitucional a ese efecto el valor de la propiedad contabilizado por el Fisco para fines de pago del impuesto territorial, aun cuando no se trate del valor declarado por el contribuyente (sesión extraordinaria N° 12 de 6 de abril de 1967, Boletín Judicial de 23 de diciembre del mismo año).

La Corte de Casación, mucho más cautelosa, ha sentado ya la regla de que el pago en bonos ha de hacerse reconociendo la depreciación de los mismos: "Si bien no se declaró inconstitucional la norma que faculta al ITCO a pagar con bonos el valor de los inmuebles expropiados, debe tomarse en cuenta la depreciación de tales títulos a la época del fallo y entregarse un monto mayor, de tal manera que si fuesen descontados de inmediato reciba el expropiado una suma equivalente a la que habría percibido con el pago en dinero, con lo que la indemnización sería equitativa por corresponder al valor real". (Casación N° 109, II Semestre 1967, II Tomo, pág. 925).

Las acciones contra limitaciones al derecho de propiedad tachadas de inconstitucionales son bastante menos numerosas que las que juegan para controlar las interferencias indebidas contra la libertad de industria y comercio, en gran parte porque la tesis de Corte Plena sobre el contenido constitucionalmente indeterminado de la propiedad es poderoso factor disuasivo contra toda acción de inconstitucionalidad. El contorno y la dureza de la libertad de empresa en nuestra jurisprudencia constitucional son, sin embargo, mucho más escurridizos, por no decir inexistentes.

2. La libertad de empresa y el Art. 46 de la Constitución.

Nuestra Corte Suprema ha adoptado al respecto una interpretación del Art. 46 que resulta más drástica contra la libertad de empresa que el Art. 41 de la Constitución Italiana, que, como se vio, permite no sólo controles sino también programas públicos sobre la iniciativa privada y que, en la doctrina y en la jurisprudencia constitucionales de aquel país, garantiza también el libre desenvolvimiento de la empresa y no sólo su libre apertura. Ahora bien, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema se distingue por dos rasgos fundamentales:

a) para que esté constitucionalmente garantizada la actividad o ramo industrial o comercial, ha de estarlo también legalmente, en forma tal que sólo aquella actividad que la ley permite puede invocar a su favor la garantía constitucional del Art. 46;

b) libres son únicamente la escogencia de ramo y la fundación y apertura de la empresa, lo que podría llamarse más exactamente la libre iniciativa o decisión inicial del empresario, no su actividad posterior. Esta, en cuanto ejercicio del derecho libre de empresa, se halla sometida a la ley, que puede imponerle toda carga, limitación u orientación de utilidad social sin prohibiciones ni cortapisas constitucionales.

En efecto: si la ley es soberana para decir qué actividad es lícita y constitucionalmente amparable, o no, sin límites de ninguna especie, la ley —por obvia mayoría de razón— es también soberana para regular la actividad empresarial hasta hacerla imposible o muy difícil, puesto que, en cualquier momento, puede prohibirla y suprimir la empresa sin vallas oponibles. La ilicitud de una actividad, según la ley, puede ser inicial o superviniente, a exclusivo juicio del legislador. La prohibición es la limitación máxima y la potestad legislativa que puede dictarla sin justificaciones es perfectamente apta para dictar cualesquiera otros tipos de limitaciones o cargas menores de la libre empresa, equivalentes, o no, a esa prohibición, si para imponer esta última no es invocable en su contra ningún límite constitucional. En otras palabras: quien puede prohibir, puede también prohibir lo que está permitido y en estado actual de ejercicio. Se dan fallos muy ilustrativos en la materia, a saber:

Fallo constitucional correspondiente a sesión extraordinaria de Corte Plena N° 34 de 9 de julio de 1973:

"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".

Hay total conformidad con los ejemplos, pero no con la tesis inicial, que los sobrepasa. En igual sentido fallo de sesión extraordinaria N° 55 de 22 de agosto de 1968, (Boletín Judicial de 10 de abril de 1969).

Resalta bien claro del fallo citado que, según el mismo, para que haya libertad de comercio es necesario que la escogencia del empresario recaiga sobre actividad "legalmente permitida" y que, en consecuencia, esa libertad no se dará cuando la actividad esté legalmente prohibida, porque lo está. De esto podría caber duda, pero otros fallos la despejan muy bien. El caso es muy sencillo: se pasa una ley que prohíbe absolutamente la venta de café que no sea puro o la venta de café con otros elementos, incluso el azúcar. Evidente es que la norma no tiene por finalidad proteger la salud, pues el azúcar o se pone en la fábrica, o se pone en la casa o en el restaurante. La finalidad es una no muy compatible con la libertad del comercio: es incrementar el consumo del café (que no es bebida medicinal) en beneficio de la clase cafetalera, la más pujante del país. Con tal motivo, establecimientos comerciales que venden las llamadas "infusiones" de café con otros ingredientes no dañinos a la salud, y que tendrían que clausurar sus empresas, impugnan la ley por inconstitucional, por ser una restricción del comercio no sólo ruinosa sino claramente incompatible con la libertad de empresa, que prohíbe favorecer a unos en contra de otros empresarios, sin

motivo razonable que lo justifique. La Corte Suprema, invocando razones de protección a la salud apenas mencionadas en la motivación y el texto de la ley combatida, dijo:

"Discutido ampliamente el caso, se dispuso declarar sin lugar al recurso porque, según el Art. 1 de la Ley 1616 de 3 de agosto de 1953, la prohibición de usar el café como ingrediente en la preparación de cualquier producto alimenticio está condicionada a que se emplea como infusión, mezclándola con otro, pues el propósito de esa ley es que tal producto se consuma puro, de modo que no exista siquiera la posibilidad de que, mediante combinaciones con otros productos, resulte afectada la salud del consumidor. Tal disposición no amenaza ni restringe la libertad de comercio, pues la garantía que otorga el Art. 46 de la Constitución se refiere al comercio lícito y no al que prohíbe la ley".

Fuera de que no estaba probada ninguna amenaza a la salud del consumidor como motivo de la ley, lo más importante del fallo es su párrafo final: "La garantía que otorga el Art. 46 de la Constitución se refiere al comercio lícito y no al que prohíbe la ley". Esto significa que toda ley prohibitiva de una actividad industrial o comercial es constitucional, puesto que es extraña al campo regulado por el Art. 46. Sí, como dice el fallo citado, éste se refiere "al comercio lícito y no al que prohíbe la ley", resulta evidente que toda ley reguladora de las actividades industriales o comerciales será constitucional, a condición de que sea prohibitiva, porque la prohibición impide que la garantía entre en juego. Condición esencial para que lo haga es que la actividad sea legalmente permitida, y, en consecuencia, que previamente lo haya decidido así el legislador. Si, por el contrario, éste opta por la prohibición, la condición necesaria para que nazca la garantía desaparece y la misma no adquiere vigencia para la actividad prohibida. Previamente a la aplicación del Art. 46, el legislador ha de hacer una opción no cobijada por el texto de dicho artículo, que es la de prohibir o permitir la actividad empresarial proyectada. Ninguna de las dos alternativas es por sí inconstitucional y la opción en favor de cualquiera es perfectamente constitucional. La ley es soberana al respecto. La ley nunca puede ser inconstitucional en materia de libertad de comercio.

La tesis opuesta fue brillantemente defendida por el ex-Magistrado Víctor Manuel Elizondo Cerdas, un apóstol de la Constitución y de los derechos humanos, diciendo en el único voto salvado:

"La ilicitud de un producto, en un sistema de gobierno constitucional que garantiza ampliamente la libertad de comercio e industria, no es condición que pueda crear la ley; ésta, a lo más, puede señalarla cuando de la propia naturaleza de la cosa exista. Si el legislador tuviere un derecho absoluto de calificar como ilícitos la industria y el comercio, tendría a su mano el recurso más poderoso para anular cuantas veces quisiera la libertad de acción, que en relación con esas actividades humanas garantiza la Constitución y contra ésta podría prevalacer la autoridad de la Asamblea Legislativa".

No puede expresarse mejor la tesis favorable al carácter "pétreo" de la libertad de empresa, si es que ésta existe.⁷⁵ Sin esa dureza, es evidente que cualquier forma de limitación de la libertad de empresa, que no sólo la amenace o restrinja, sino que la suprima totalmente sin motivo razonable, puede resultar compatible con el texto constitucional, porque éste resulta necesariamente dependiente de la ley para su aplicación, por el mero hecho de ser ley, aun si es infundada y arbitraria. Si el Art. 46 —con su tajante texto a favor de la empresa privada— significa algo, es precisamente la existencia de ese núcleo "pétreo" de potestades y facultades de fundación, organización y dirección de la empresa privada, que no sólo tiene que ser respetando sino que, caso por caso, se convierte en criterio de validez de la ley de la materia, y la hace nula cuando ésta incursiona dentro de ese "núcleo", más allá de lo compatible con la función jurídica de éste último en beneficio del empresario. Esto requiere leer detrás del texto y de la gramática de la Constitución, a la luz de la doctrina. Nada tan extraño a la Constitución como la interpretación literal de sus disposiciones, que no son únicamente meros juicios normativos, sino expresión técnica de una ideología nacional, a partir de ciertos valores fundamentales. Es evidente que la libertad de empresa es un hito constitucional,⁷⁶ y uno de los que, consecuentemente, habría que entender a la luz de lo que son la historia, la doctrina, la opinión pública y el derecho comparado sobre la misma. Pero este enfoque nunca ha sido aceptado por nuestra Corte Suprema, que ha hecho declaraciones nítidas en contrario:

"La invalidez de una ley, por ser contraria a los dictados constitucionales, debe resultar de la evidente oposición entre los textos respectivos. No puede estimarse que exista el vicio, en consecuencia, si tal contraposición resulta de asignarle o de negarle a la ley determinados alcances, de los que así, por vía de interpretación y frente a intereses ya en litigio, la disposición legislativa puede resultar constitucional o inconstitucional, eso sería invadir el ámbito o esfera de acción propia que corresponde a los jueces que deben resolver la controversia, y en ciertos casos, aun atribuirle una función que no corresponde a esta Corte, la de declarar, explícita o implícitamente, la inconstitucionalidad de los pronunciamientos en justicia (sesión extraordinaria Corte Plena N° 29 de 14 hrs. del 27 de junio de 1957, Boletín Judicial N° 182 de 14 de agosto de 1957, Considerando II).

Nada más dañino que la interpretación exegética de las normas en el derecho constitucional. El Art. 46 nada dice expresamente sobre el contenido de la libertad de empresa, sino que, suponiéndolo adquirido doctrinaria o colectivamente (a modo de regla extraída de la opinión y conciencia

75 Jean Francois Aubert, Droit Constitutionnel Suisse, Vol. II, Editions Ides et Calendes, Neuchatel, Suisse, 1967, pág. 669 y stes.

76 George Burdeau, La Democracia, Ediciones Ariel, 1959, pág. 90 a 94, especialmente pág. 93.

pública), se limita a consagrar la libertad, dejando no sólo a la ley sino, sobre todo, al Juez, encargado de desentrañar su sentido, de hallar el "núcleo esencial" de la garantía y de protegerlo contra el mismo legislador. Ese núcleo "pétreo" no está en el texto escrito, pero tampoco es necesario que lo esté, para existir y ameritar protección. Este núcleo lo dan la historia de la institución, su doctrina, el derecho comparado y la conciencia valorativa de la comunidad. Y ello ocurre igualmente en materia de derecho de propiedad, cuyo concepto y alcances no están escritos en la Constitución, pero obviamente están contenidos en ella. Oportunamente hicimos ver que se trata de concepto técnico-jurídico, ni siquiera de un indeterminado, cuyo perfil esencial puede ser fácilmente obtenido con la doctrina y principios generales del derecho de la propiedad, público y privado. La Constitución no lo dice, pero al regularlo, incorpora toda la doctrina del derecho de propiedad a su texto, que así es accesible únicamente en forma indirecta y no atendiendo ni conformándose con la letra de los Arts. 45 y 46.

Es evidente, para concluir, que ante la posición amplia asumida por nuestra justicia constitucional a favor de las intervenciones sobre la propiedad y la libertad de empresa privadas, todo es posible frente a ellas, principalmente en contra de su ejercicio. La jurisprudencia, en efecto, se ha limitado a decir lo que es constitucional, no lo que es inconstitucional, en relación con los Arts. 45 y 46 (en seguimiento de una política de rechazo de los recursos de inconstitucionalidad, mientras no sea evidente e inequívoco —aunque no sea literal— el choque entre ley y Constitución). En consecuencia: desde hace ya muchos años es posible, en Costa Rica, someter ambos derechos a potestades indeterminadas de regulación, dirección u ordenación, como si se tratara de derechos subjetivos de ente público y no de particulares. ¿Será posible, de acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, la planificación imperativa de libertad y propiedad privadas en Costa Rica?

Sólo la observación del legislador y el análisis de la ley, pueden dar la respuesta.

h) *El ordenamiento legal.*

No hay ley que autorice como tal una planificación imperativa sobre la iniciativa económica privada. Hay una Ley de Planificación referida al sector público (Nº 5507 de 19 de abril de 1963), que sólo por virtud de otra rige en forma imperativa (Nº 5507 de 19 de abril de 1974), mediante el sistema llamado de los presidentes ejecutivos, supremos jerarcas unipersonales del gobierno de los entes públicos descentralizados, en materia de políticas del servicio público de cada uno. El Presidente Ejecutivo de la institución es, a su vez, un órgano sujeto a la dirección del Presidente de la República, quien lo nombra y quien, por ese medio, dirige todo el sector público estatal.

La planificación imperativa pública no se aplica, sin embargo, a los entes públicos no estatales. Esto permite anticipar la inexistencia de planificación imperativa para el sector privado, que efectivamente no se da.

No la prevén ni la autorizan ni la Constitución ni la ley. Ello no obstante, muestra legislación presenta algunos ejemplos críticos —aunque pocos— de potestades reglamentarias y de dirección en mano de entes u órganos de la Administración Pública, de muy diversa figura, cuyo contenido es claramente indeterminado, lo mismo que de actividades sujetas a un régimen escrito incompleto, que, sin embargo, apunta hacia la existencia de un interés público en la actividad empresarial y a su conversión en un "servicio público virtual".

i) Comercio.

En virtud de Ley de Protección al Consumidor (Nº 5665 de 28 de febrero de 1975) el comercio queda erigido en actividad de interés público, sin distinciones ni categorías de ninguna especie, sea: todo el comercio, de cualesquiera bienes y servicios. De acuerdo con el Art. 2.b. de dicha ley todos éstos —sin excepciones— tienen o deben tener precio oficial máximo o, supletoriamente, utilidad máxima igual a la establecida por la legislación anterior sobre la materia, dentro y fuera de estados de necesidad o de situaciones de emergencia. Para cumplir sus cometidos, el Departamento de Comercio Interior del Ministerio de Economía, Industria y Comercio tiene potestades tan amplias como las de: Art. 4, inciso c). Dictar medidas que produzcan el adecuado abastecimiento del consumo interno; h) Regular la distribución de artículos para el consumo nacional; d) Prohibir la exportación, cuando a juicio del Ministerio haya escasez, actual o futura, de un producto; k) Dictar medidas para asegurar un efectivo cumplimiento de las normas oficiales de calidad.

Según el Art. 18.a. es acaparamiento delictuoso el tener inventarios superiores a los normales para el giro normal de los negocios, aunque no haya escasez y aunque haya abundancia, cuando ello se haga con el fin de provocar escasez, a exclusivo juicio del Ministerio; por el inciso ch) ídem es también delito "la interrupción, paralización o disminución intencional en la prestación de un servicio o en la capacidad productiva de una planta industrial, con el propósito de alterar el mercado u obtener ventajas económicas o de dificultar el abastecimiento", aunque haya abundancia del bien o del servicio.

En síntesis: por virtud de la ley en examen el industrial y comerciante está obligado a funcionar siempre a un mismo nivel de productividad o a uno creciente en beneficio del mercado, con prohibición de cerrar o disminuir producción como resultado de decisiones empresariales tomadas con vista de la rentabilidad y eficiencia de la inversión; y está sujeto el empresario a potestades reglamentarias y directrices totalmente indeterminadas en su contenido, en mano del Ministerio de Industria y Comercio, para garantizar que su empresa funcione de acuerdo con las políticas de producción y abastecimiento del Gobierno de turno, en época de paz y de agitación, de abundancia o de escasez, de bonanza o de crisis económica del país.

El Reglamento (Nº 5000-MEIC de 2 de julio de 1975), con clara violación de la Ley y para atemperar sus excesos, ha reducido su aplica-

ción a los artículos de una lista (Art. 5), ampliable ésta por decreto ejecutivo, pero ha preservado el sistema neutro de la ley en punto a la contraposición entre épocas de crisis y de normalidad, con lo que, por un lado, la lista es ampliable sin límites y, por otro, la ampliación es posible aun en épocas de normalidad dentro del sector industrial o comercial afectado.

Lo grave del sistema está, sobre todo, en la total carencia de definición respecto al contenido de las múltiples potestades normativas y de dirección sobre el comercio otorgadas por ley y reglamento al Ministerio (de Industria y Comercio), la menos grave de las cuales es —precisamente por estar ya prevista en su contenido— la de fijar precios. La ley ha convertido una técnica típica de la emergencia nacional y del estado de necesidad pública.—la determinación imprecisa del motivo acompañada por la total indeterminación del contenido— en una institución normal y operante aun en épocas de bonanza económica.

ii) Bolsas de Comercio [Art. 400 inciso c) Código de Comercio]. La sociedad bolsinista quedará sometida a la "vigilancia permanente del Banco Central de Costa Rica, que será ejercida de acuerdo con los reglamentos que dicha Institución promulgue, los cuales se referirán a las normas que deban seguirse para efectuar las operaciones de la bolsa; a los requisitos para el registro de accionistas y títulos valores que el Banco estime convenientes para el cumplimiento de la ley; a las normas que deben seguirse para el ordenado funcionamiento de la bolsa y las tarifas de comisiones aplicables a valores del Estado o de sus instituciones que sean colocados por su medio".

Los reglamentos dictados por el Banco Central han sido no solamente los necesarios para garantizar la seriedad de las transacciones sino también para abrir la bolsa a la circulación de la mayor cantidad posible de títulos y para aumentar al máximo el volumen de las transacciones, naturalmente sin perjuicio de aquella seriedad, y en función de las políticas oficiales de crédito público y privado decretadas por el mismo Banco Central.

iii) Bosques y montes (Ley Forestal N° 446 de 25 de noviembre 1969).

La Ley prevé la existencia de una Dirección General Forestal en el Ministerio de Agricultura, entre cuyas atribuciones está la de "fomentar y ejecutar todos los planes, proyectos y programas derivados como resultado de la aplicación de la política forestal del Estado".

El Art. 6 prevé la existencia de fincas privadas boscosas sujetas al Régimen Forestal, por lo que se entiende "el conjunto de disposiciones de carácter jurídico, técnico y económico, establecido por la ley y por los reglamentos, decretos y resoluciones derivadas de su aplicación, que regulan la conservación, protección y racional aprovechamiento de los bosques y terrenos forestales".

El Art. 71 establece la posibilidad de terrenos boscosos privados sujetos obligatoria, y no voluntariamente, al Régimen Forestal cuando sean

indispensables para la realización de este último, y, si hubiese negativa del propietario a obedecer el plan de explotación correspondiente, autoriza la expropiación de tales terrenos. Si el particular acepta el plan dicho, puede darse el caso de un particular sometido a reglamentación de autoridad pública para la explotación de bosques y maderas de su finca. Cabe pensar si habrá auténtica libertad para rechazar la inmersión en ese sistema reglamentario cuando el no hacerlo hará legalmente obligatoria la inmediata expropiación de la finca.

La duda se fortalece cuando se advierte que, según el Art. 8 ibídem, "los bosques y terrenos forestales declarados zonas protectoras y que sean de propiedad privada, estarán sometidos obligatoriamente al Régimen Forestal", y, en este particular caso de zonas protectoras, sin necesidad de recurrir a la expropiación para alcanzar el cumplimiento del plan. Se da el caso muy perfilado de finca particular sujeta a regulación administrativa, indeterminada e indeterminable por razón de su contenido.

El sistema de autorización discrecional en cuanto a motivo y contenido, por ausencia de determinación legal de los mismos, está consagrado claramente en el Art. 30, que impone obtener aprobación de la Dirección General dicha para iniciar la ejecución de cualquier plan de explotación de una finca boscosa, pública o privada, cuando el proyecto suponga eliminación del bosque. Es un hecho que, por otra parte, la aceptación del Régimen Forestal conlleva incentivos fuertes cuya pérdida deteriora gravemente la posición competitiva del empresario en el mercado y cuya obtención, a la inversa, convierte la explotación agrícola e industrial de los bosques en gran negocio. Esto ha determinado la inserción voluntaria de la gran mayoría de los finqueros y empresarios en el Régimen Forestal, dentro del cual quedan sujetos a intensa regulación administrativa (de la dicha Dirección General) sin otro límite que el señalado por la legislación ordinaria (Arts. 64 y 69).

iv) Salud (Código de Salud, Ley N° 5395 de 8 de noviembre de 1973).

Según el Art. 55 del mismo: "Los profesionales autorizados legalmente para prescribir medicamentos y los autorizados para despacharlos, deberán atenerse a los términos de las farmacopeas declaradas oficiales por el Poder Ejecutivo y quedan, en todo caso, sujetos a las disposiciones reglamentarias y a las órdenes especiales que dicho Poder dicte, para el mejor control de los medicamentos y el mejor resguardo de la salud y de la seguridad de las personas".

El Art. 71 establece claramente el sistema de la autorización, al disponer que deberá obtenerla previamente a la iniciación de la actividad todo aquél que quiera organizar o prestar servicios médicos para las personas, lo que se completa con una potestad abierta de regulación, en favor del Poder Ejecutivo, sobre todo establecimiento o actividad médicos, los cuales deberán reunir los requisitos que indique aquél Poder, en especial en lo que toca normas de trabajo y organización, tipo de personal

necesario, planta física, instalaciones, equipos, sistemas de saneamiento y de eliminación de residuos y otros especiales que procedan atendiendo a la naturaleza y magnitud de la operación del establecimiento". (Art. 70).

Normas parecidas se dan en forma detallada y precisa en relación con cualesquiera otras instituciones y actividades relacionadas con la salud humana, siempre dejando a salvo la potestad indeterminada de reglamentación e, incluso, de ordenación concreta sobre aquellas, en favor del Ministerio de Salud.

v) Turismo (Ley del Instituto Costarricense de Turismo N° 1917 de 30 de julio de 1955).

Dispone el Art. 26, inciso m) que "Se entiende que todas las actividades relacionadas con el turismo estarán sujetas sea al control, sea a la vigilancia del Instituto (Costarricense de Turismo)". El inciso n) *ibidem*, por su parte, autoriza a la Junta Directiva correspondiente para "adoptar todas las demás resoluciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines".

No queda claro si ello faculta al Instituto dicho para reglamentar la actividad turística privada, en cuanto obviamente puede vigilarla o controlarla (sin que se haya precisado reglamentaria ni jurisprudencialmente cuál es la distinción entre vigilancia y control). Es evidente que, dada esta base legal, el reglamento de la Institución o del Poder Ejecutivo podría crear posteriormente un sistema de control preventivo por autorización, a modo de desarrollo de aquella otra genérica potestad de vigilancia y/o de control, a que alude la ley. Ocurre que, según el Art. 39 *ibidem*, todo establecimiento relacionado con el turismo —como hoteles, paradores, pensiones, restaurantes, bares, cantinas, cafés, clubes nocturnos, así como empresas de transporte, agencias de viaje y otras similares— tiene que obtener la aprobación de tarifas, previamente a su aplicación, por el Ministerio de Gobernación, sin que puedan variarse por otra vía. Ello ha permitido al Estado intervenir sobre las políticas de inversión y, finalmente, de costos de operación en los centros turísticos, dado el carácter discrecional de la aprobación tarifaria, que puede abarcar aspectos de mera oportunidad de la tarifa, como la coordinación de la misma con las políticas del Instituto Costarricense de Turismo, el impacto a corto o largo plazo de la tarifa sobre el flujo turístico, el favor a tarifas altas en dependencia del nivel de inversión y de ubicación del establecimiento, etc.

La tendencia del sector turístico es claramente hacia la intervención pública no sólo de los precios sino de la financiación y orientación en el campo turístico. El control por aprobación de tarifa no permite, sin embargo, crear ni reformar la propuesta, protestad que es exclusivamente de los centros turísticos controlados. El Ministerio de Gobernación, en otras palabras, puede aprobar o improbar en bloque, no imponer una tarifa distinta de la propuesta, por sustitución total o parcial de la misma. La garantía es más aparente que real, sin embargo, porque, en primer término, la mera

improbación puede paralizar las actividades turísticas, que sin ella no pueden seguir adelante con sus proyectos, lo que abre la posibilidad al Ministerio en cuestión de dictar verdaderos reglamentos modelo, cuya observancia condiciona el otorgamiento de la aprobación, como si se tratase de concesión y no de aprobación, los cuales pueden fijar minuciosamente las condiciones de trabajo de los centros turísticos; por cantidad, calidad, costo y estilo, e indirectamente determinar sus dimensiones y orientación expansiva, como si se tratara de servicios públicos, todo a cambio de la aprobación. Y, en segundo lugar, porque el límite impuesto por la naturaleza de la aprobación, ya mencionado, es muy frágil, sabedoras las empresas privadas de la suerte que les espera si, por mantener una tesis distinta a "las recomendaciones" así formuladas, se privan de todos los incentivos que ofrece el aceptarlas. La industria turística está hoy, en Costa Rica, condicionada no sólo por las políticas generales de incremento adoptadas por el Instituto Costarricense de Turismo y por la potestad de aprobación de las tarifas de toda actividad turística correspondiente al Ministerio de Gobernación, sino, sobre todo, por la potestad de dictar las "recomendaciones" modelo, enunciadas por ambas entidades, para orientar la actividad turística como un todo de conformidad con los planes nacionales formulados y elaborados por ellas, sin intervención decisiva del sector privado.

vi) Banca.

La privada está sujeta a la vigilancia y fiscalización permanentes del Auditor General de Bancos, en tanto que su apertura e iniciación de actividades quedan supeditadas a autorización del Banco Central, previo informe de dicha Auditoría, que versará únicamente sobre el cumplimiento de las disposiciones y requisitos legales a ese efecto, contenidas en el resto del articulado de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (N° 1644 de 26 de setiembre de 1953). Ello no obstante, dado el hecho de que, por un lado, hay un monopolio a favor de los Bancos del Estado de los depósitos a la vista (por decreto-ley de 21 de junio de 1948); y el de que la dirección del crédito, tanto público como privado, corresponde al Banco Central [Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, N° 1552 de 23 de abril de 1953, Arts. 5 inciso 7) y 85 y siguientes], hay total subordinación de la banca privada (casi inexistente en Costa Rica) a este último y a sus políticas de crédito (en cuanto a tasas de intereses, límites de crédito para fines determinados, garantías, plazos, etc.), cuyo respeto y cumplimiento son condición necesaria para la vigencia de la autorización de base. En uso de tal potestad de dirección del crédito el Banco Central puede establecer por reglamento propio controles cuantitativos y cualitativos sobre el comercio exterior y sus plazos de pago (Art. 97 *in fine*) y las regulaciones que pueda dictar sobre la banca privada, en esta materia o en cualquier otra relativa al uso del crédito comercial que reputa oportuno regular, pueden ser no sólo generales sino también individuales para un banco o grupo bancario o financiero, a condición de que, en esta última hipótesis, la respectiva disposición haya sido adoptada por unanimidad de la Junta Directiva del Banco Central (Art. 125 *ibidem*).

Como una consecuencia de lo dicho no sólo están sujetas a vigilancia y regulación (pero legalmente definida por motivo y contenido) las actividades de las entidades y personas físicas que sean financieras de inversión y de crédito especial no bancario, por Ley N° 5044 de 13 de setiembre de 1972 y sus reformas (que atribuyen al Banco Central la potestad de autorizar la constitución e inscripción de las mismas, y la de fijarles tasas de interés y comisiones máximas activas, encajes y composición de cartera y topes de ésta, y tasas de interés pasivas, según sus Arts. 3, 5, 6 y 13 ibídem), sino que hay, además, una potestad reglamentaria genérica e indeterminada por su contenido, propia del mismo Banco Central, para regular cualquier operación comercial privada a plazo, principalmente las compraventas, con énfasis en cuanto a prima mínima, plazo máximo y garantía, según que la mercadería esté, o no, incluida en una lista oficial, y que sea nacional o importada (todo por virtud de acuerdo de Junta Directiva del Banco Central de 6 de diciembre de 1974, Gaceta N° 239 de 14 de diciembre de igual año, fundado en el Art. 13 infine de la Ley N° 5044 y sus reformas, antes mencionada).

Lo dicho significa el enorme poder del Banco Central sobre la vida económica y el comercio nacionales, a partir de una potestad indeterminada de reglamentación de toda su banca, pública y privada, como de cualesquiera operaciones mercantiles a crédito, sobre cosas o sobre títulos valores, tanto si es de empresa pública cuanto si emana de empresa privada.

vii) Educación.

El decreto N° 3 de 10 de marzo de 1961 ha regulado la existencia de establecimientos privados de enseñanza en todos los niveles, excepto en el universitario, mediante la técnica de la autorización de apertura, seguida de potestades amplias de vigilancia y disciplinarias, y también de fijación de planes y de programas de estudio modelos, que se reputan el mínimo del respectivo curriculum, con posibilidades de cursos extraordinarios, previa aprobación del Consejo Superior de Educación, siempre que ello no afecte la salud mental de los educandos, según el Art. 11 ídem. Ello no obstante, el otorgamiento de la autorización parece ser reglado y depender de requisitos cuya existencia es de fácil y exacta comprobación, sin margen de apreciación discrecional para la autoridad encargada; la autorización, en otras palabras, es debida y no programática y el Consejo Superior dicho carece de potestades de regulación o dirección sobre los establecimientos afectados, una vez dada la licencia de apertura, todo ello sujeto a revocación o suspensión de la misma por razones de tipo disciplinario. Es cierto que el mismo Consejo Superior tiene potestades para conocer de planes de fomento de la educación pública y para dictar los que deban observar los establecimientos educativos en general, pero ello es, según la ley (N° 1362 de 8 de octubre de 1951), para el sector público; para el privado aquella se limita (Art. 4.h) a calificar al Consejo como órgano de conocimiento (alzada) de las resoluciones provenientes de los inspectores de escuelas y colegios privados, lo que obviamente es

cosa distinta. Puede pensarse, sin embargo, en que la potestad de imponer planes y programas de estudio, incluye la del reglamentar y controlar su ejecución con el máximo de provecho para la formación del estudiante y que, desde este ángulo, aquella potestad va acompañada de otra inherente de regulación y dirección imperativas de la enseñanza privada. El Código no permite despejar la incógnita, pero es menos aceptable quizá esta última tesis que la primera, por menos congrua con la libertad constitucional de enseñanza.

El espíritu no meramente policíaco ni preventivo del Código de Educación salta a la vista no bien comienza la lectura del Reglamento de Establecimientos Privados de Enseñanza (N° 8 de 10 de marzo de 1961): más que de evitar daños, la ley se preocupa por asegurar la educación mejor posible, aquella que más capacite al niño o al joven para servirse y servir a los demás, como agente principal del cambio social; pero ello no podría ser de otra manera en materia de educación, donde lo que cuenta ha de ser siempre la excelencia mucho más que el mínimo de rendimiento. Pese a la difundida creencia en contrario, la intervención del Estado en la enseñanza privada costarricense es mucho más tenue y menos determinante que la que tiene sobre la pública, que es incomparablemente mucho más extensa, penetrante y decisiva.

viii) Planificación urbana y edilicia.

La planificación urbana y edilicia está regulada por leyes N° 4240 de 15 de noviembre de 1968 y N° 833 de 4 de noviembre de 1949, respectivamente, mediante la consagración legal de una potestad genérica de reglamentación de una y otra actividad por el municipio respectivo, potestad que, en primer término, está delimitada en sus rasgos fundamentales por razón de su contenido (pues se prefijan legalmente los temas y el sistema de las limitaciones que habrá de contener el plan regulador y los reglamentos edilicios) y, en segundo término y sobre todo, así está permitido que sea por atribución constitucional de tal potestad al Municipio, englobada en la autonomía para la dirección y administración de los negocios locales que le garantizan los Arts. 169 y 170 de la Carta. Se trata de planificación con base constitucional cierta y muy sólida. La planificación urbana, a la inversa de la agraria, es la única que parece tenerla en Costa Rica. Ello no obstante, podría avanzarse la duda de que al tratar de la propiedad inmueble, la reserva legal creada constitucionalmente por el Art. 45 impida la autonomía municipal en la materia y exija, en todo caso, la intervención de la ley, sea reguladora, sea de delegación por bases y directrices, según lo antes explicado. Si así fuere, la delegación contenida en el Art. 2 de la ley de Construcciones sería insuficiente para respetar dicha reserva, a fuerza de vaga e imprecisa. Pero la falta o carencia la suple sobradamente la Ley de Planificación Urbana, que viene a contemplar lo mismo, pero detallada y articuladamente, aspecto por aspecto fundamental de la edilicia urbanística, al menos en la mayoría de los casos.

La planificación urbanística y edicilia está delegada hoy a los municipios en forma precisa y limitativa, como sería constitucional aún si la autonomía municipal en materia local, indudablemente normativa a más de administrativa y servicial, no fuese por sí justificación suficiente de la reglamentación municipal, amplia y exhaustiva, vigente al respecto.

CONCLUSION

La ley y la jurisprudencia constitucional costarricenses, al consagrar la inexistencia de un contenido constitucional intangible de la propiedad y de la libertad de empresa, han permitido la proliferación de una serie de delegaciones legislativas sobre la materia, creadoras de potestades reglamentarias de contenido indeterminado, incompatibles no sólo con la reserva de ley (establecida en los Arts. 45 y 46 de la Carta, a modo de garantía de su existencia) sino también con la evolución histórica y doctrinal de ambos derechos, que demuestra su perduración con un núcleo sustancial de potestades, derechos subjetivos y facultades, variable con el tiempo pero peculiar e identificable como "pétreo" en un momento determinado, sobre todo tratándose de la propiedad. Esta es una institución jurídica de contenido técnico perfectamente definido en el derecho privado y aun en el público, donde, a lo sumo, se cuestiona la inherencia al mismo de un libre derecho al no uso o a la libre transformación, para imponer el uso de la transformación en un cierto sentido. La libertad de empresa, en cambio, es un concepto indeterminado, pero determinable con vista de las circunstancias de la materia regulable, cuya elasticidad es su garantía y defensa mejores. Al convertir ambos derechos no sólo en indeterminados, sino en indeterminables en punto a núcleo y contenido, enfrentándolos en blanco a la ley o al reglamento, nuestro legislador, ayudado por nuestra jurisprudencia constitucional, ha operado aquellas delegaciones que, vistas desde el ángulo del Art. 9, a la luz de los Arts. 28, 45 y 46 de nuestra Carta, son perfectamente opuestas a ésta última.

La propiedad privada y la libertad de empresa no existen hoy en Costa Rica, ni frente a la Asamblea Legislativa ni frente al Poder Ejecutivo, cuando aquella delega en éste la regulación de ambos derechos sin límites de contenido, ni dirección u orientación, dado que la Corte Suprema hace depender de la ley —y únicamente de ésta— la configuración de uno y otro derecho, por encima de la evolución histórica, doctrinaria y constitucional de las respectivas instituciones, en nuestro país y en el mundo occidental en general. Y esto hace también posible y legítima que se importe de Francia la doctrina y la institución del servicio público "virtual", reconociendo que la situación es la misma cuando la ley, en lugar de conferir o crear expresamente potestades indeterminadas e ilimitadas (por su contenido) para la regulación y/o dirección sobre la propiedad y la libertad, lo hace tácitamente, sujetando a autorización discrecional el inicio de la explotación o giro en cuestión.

La transformación de los derechos constitucionales de propiedad y de libre empresa, por obra del legislador del reglamento y de la jurisprudencia constitucional, es tan profunda y cabal en Costa Rica que hace casi innecesaria una reforma constitucional que la actualice y consagre, la cual parece ser meramente útil con fines de interpretación o aclaración. La inexistencia de tales derechos a nivel constitucional y como garantía pública individual es hoy parte de lo que podría llamarse la Constitución Material (legal y jurisprudencial al tiempo) de Costa Rica. Propiedad y libertad económica son hoy, en Costa Rica, una creación legislativa reglamentaria y jurisprudencial, librada enteramente al arbitrio del legislador, de la Administración o de la Corte Suprema, sin otra protección constitucional que la reserva de ley reforzada prescrita en el Art. 45, y se hallan expuestas a su conversión en servicios públicos "virtuales", bajo la regulación, dirección y ordenación estatales, en cualquier momento y por cualquier relevante motivo de interés público, a juicio del Juez, del Legislador o de la Administración.

Es indudable que la Corte Suprema ha declarado y amparado el derecho constitucional a la indemnización plena en los casos de expropiación, a que se refiere el art. 45 C. Política. Ello no obstante, el contenido de tal derecho reparador y compensatorio de la propiedad perdida es también incierto, justamente en cuanto sucedáneo de la propiedad. Si, según reiterada declaración jurisprudencial, esta última carece de contorno y contenido constitucionales, es imposible definirlos para efectos de su garantía y protección cuando la causa del daño o del peligro sea una ley. La consecuencia inmediata e insoslayable de la indeterminación constitucional del contenido de la propiedad privada o de la libertad de empresa es, en efecto, la legitimación automática de toda ley que las regule, puesto que —falta de límites o parámetros constitucionales— nunca podrá violarlos y su campo de regulación será potencialmente ilimitado. Si la propiedad no existe a nivel constitucional, por falta de norma con ese rango que fije su contenido, es imposible saber, al mismo nivel, cuáles invasiones o incursiones sobre la misma son (lesión de derechos integrantes de ella) necesariamente indemnizables por mandato constitucional, y cuáles son, en cambio, regulaciones y/o privaciones no correspondientes a ningún derecho subjetivo y, por ello mismo, no indemnizables. Si no sabemos qué es propiedad, cómo saber qué es expropiación? ¿Si no sabemos qué es libertad de empresa, cómo saber qué son amenaza o restricción ilegítimas de ella?

Lo anterior conviene decirlo, al menos, para quienes no son especialistas y, en todo caso, para los costarricenses, quienes lo ignoran en su gran mayoría.