



23 de noviembre de 2020
OFICIO DH-DGP-1138-2020
AL CONTESTAR REFIERASE A ESTE OFICIO

Sra. Marcia Valladares Bermúdez
Área Comisiones Legislativas IV
COMISION-JURIDICOS@asamblea.go.cr
dab@asamblea.go.cr

Estimada señora:

Aprovecho la oportunidad para saludarla cordialmente y a la vez dar respuesta a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de ley denominado: **"LEY DE ADQUISICIÓN DE DERECHOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA"**, expediente legislativo No. 21.986. De conformidad con el análisis efectuado del referido proyecto, se procede a emitir el siguiente criterio:

1.- Resumen Ejecutivo

El Proyecto de ley N° 21.986 propone un mecanismo que considera más ágil para que la Administración Pública pueda adquirir terrenos para el desarrollo de obra pública, procurando con ello eliminar tanto el incremento en costos de los proyectos, como la tardanza generada en el desarrollo de los mismos, con ocasión de la adquisición de los bienes inmuebles.

Se plantea así un procedimiento para la transmisión de los derechos de enajenación de los atributos del dominio de los inmuebles que sean necesarios para el desarrollo de proyectos de inversión en infraestructura pública, esto con la finalidad de que se disminuyan los tiempos en la realización de los proyectos. Este procedimiento establece:

- a.- La regulación voluntaria de derechos sobre inmuebles requeridos para la construcción, rehabilitación o ampliación de infraestructura pública.
- b.- La adquisición de los derechos necesarios para la construcción de obra pública por medio de la autoridad competente mediante la suscripción de contratos de enajenación de atributos de dominio con los propietarios o poseedores de dichos inmuebles.
- c.- La valoración de los bienes requeridos por parte de la autoridad competente, y formulación de una oferta a los propietarios o poseedores de los inmuebles de interés equivalente a un 40% del monto total de la estimación de valor del inmueble.
- d.- Si hay acuerdo entre el propietario o poseedor del inmueble y la autoridad competente, se procede a la firma de un contrato, lo cual no implica renuncia a obtener un precio justo por el inmueble.
- e.- El remanente a pagar por la adquisición del inmueble se efectuará conforme a los trámites ordinarios establecidos en la Ley de Expropiaciones.

Tal y como se establece del análisis de los siete artículos que conforman el proyecto, el mismo presenta vicios de constitucionalidad que requiere sean atendidos por las y los legisladores, previo a considerar su aprobación.

2.- Análisis del contenido del proyecto

Se tiene como marco jurídico aplicable y relacionado con el proyecto el siguiente:

- Constitución Política, artículo 45.
- Ley de Expropiaciones N° 7495, reformada por la ley N° 9286.
- Jurisprudencia constitucional y administrativa

Del análisis de los siete artículos que constituyen el proyecto, a la luz de la normativa anteriormente indicada, así como a la jurisprudencia constitucional y administrativa existente en punto a la aplicación de la figura de la expropiación, se desprende las siguientes observaciones:

Artículo 1: regula el ámbito de aplicación y objeto de la ley, estableciendo que es aplicable a toda la Administración Pública. Asimismo, se determina como objeto de la normativa la regulación de la transmisión voluntaria de derechos sobre los inmuebles necesarios para construir, rehabilitar y ampliar, la infraestructura pública.

Al respecto, se debe aclarar si al plantearse en el articulado el tema del ámbito de aplicación de la ley, está referido a si es la Administración Pública (en su sentido amplio: sea centralizada, descentralizada, institucional, territorial, entre otras) como sujeto de terrenos requeridos para realizar obras de infraestructura pública, o bien, la Administración Pública como "autoridad competente" para aplicar el procedimiento establecido. Asimismo, debe indicarse con claridad que aplica a todas las personas propietarias o poseedores de bienes inmuebles que sean necesarios para la realización de la infraestructura de obra pública.

En igual sentido, preocupa a esta Defensoría que la propuesta legislativa permitiría que coexistan dos normativas diferentes regulando la misma materia, siendo que esta propuesta no deroga la Ley de Expropiaciones, ya que se establece que el monto que quede pendiente de pago se regirá por dicha normativa. Lo anterior se constituye en un problema de armonización del ordenamiento jurídico vigente, de especial consideración máxime en tratándose de una limitación a la propiedad privada protegida en el artículo 45 de la Constitución Política.

Se está ante lo denominado como una "transmisión voluntaria de derechos sobre bienes inmuebles, esta figura debe aclararse para diferenciarse de otras que el ordenamiento jurídico costarricense ya pueda tener donde se da esa misma figura, como por ejemplo en temas de conciliación y arbitraje.

Artículo 2.- Este artículo establece los Principios que deben regir las actuaciones en aplicación de la normativa propuesta, estableciéndose como tales los principios de la Buena Administración, así como la simplicidad y la celeridad, todo en aras de garantizar la efectiva y objetiva satisfacción del interés público y particular.

Al respecto, se considera oportuno que se establezcan con claridad los Principios positivados como regulatorios del accionar administrativo, sea los contenidos en la Ley General de la Administración Pública, artículo 8, así como los principios constitucionales desarrollados jurisprudencialmente a saber: 1) legalidad y reserva de ley; 2) eficiencia y eficacia; 3) proporcionalidad y razonabilidad; 4) interdicción de la arbitrariedad; 5) buena fe; 6) seguridad jurídica; 7) debido proceso; 8) motivación; 9) transparencia; 10) responsabilidad; 11) rendición de cuentas; 12) igualdad y no discriminación; entre otros.

Artículo 3.- Establece que la competencia para gestionar la adquisición de derechos necesarios para la construcción de infraestructura pública la tienen el jerarca o el funcionario a quien delegue. Asimismo, se indica *"...para lo cual podrá realizar por medio de sus funcionarios o mediante consultores especialistas contratados para el apoyo en las gestiones que se requieran"*.

Es criterio de esta Defensoría que la competencia asignada es completamente vaga, lo cual atenta contra el principio de responsabilidad, propio de la Buena Administración que se pretende promover. En igual sentido, el párrafo entrecomillado, sea el que faculta para que terceros contratados realicen gestiones de apoyo, resulta más indeterminado aún, sin que establezca con claridad qué tipo de acciones podrían realizar esos terceros, lo anterior sin perjuicio de las limitaciones de contratación que enfrenta toda la Administración Pública actualmente.

Artículo 4.- Señala que la autoridad competente gestionará la adquisición de los derechos necesarios para la construcción de infraestructura pública, mediante la suscripción de contratos de enajenación de los atributos del dominio con los propietarios o poseedores.

Sobre este artículo primero aplica la observación realizada en articulado anterior sobre la necesidad de definir con claridad la autoridad competente. Por otra parte, preocupa a esta Defensoría que la redacción del articulado en tanto no establece supuestos o limitaciones a esta posibilidad como lo podría ser un bien en litigio; un concurso de acreedores donde el bien pese como garantía; una garantía bancaria; entre otros.

Al respecto, resulta vital que las señoras y señores Diputados atiendan con sumo cuidado las observaciones que realiza tanto el Ministerio de Hacienda, así como el Banco Nacional sobre este articulado y que constan en los criterios rendidos en el expediente legislativo que nos ocupa.

Artículo 5.- Regula la forma de pago que hará la autoridad competente para lo cual indica que realizará una valoración de los bienes requeridos y procederá a formular una oferta a los propietarios o poseedores equivalente a un 40% del monto total de la estimación. Se señala que la aceptación de ese monto y la suscripción del contrato no implica una renuncia del propietario o poseedor a su derecho de obtener un precio justo por su propiedad. Sobre el remanente del pago por la adquisición del inmueble, se indica que se efectuará mediante los trámites expropiatorios ordinarios que define la Ley de Expropiaciones.

Se considera que este artículo resulta de especial atención por cuanto la propuesta legislativa plantea tres temas a analizar: 1) la valoración de los bienes requeridos; 2) la suscripción del contrato y la aceptación del mismo; c) el pago del remanente del valor del bien.

Sobre la valoración del bien requerido, extraña a esta Defensoría que no se refiera la previa declaratoria de interés público del bien inmueble, lo cual permitiría no solo poder analizar las razones legales, técnicas, de oportunidad para aplicar el procedimiento señalado a un determinado bien, contándose, así como un acto administrativo que puede ser sujeto de revisión administrativa y judicial. Lo contrario a eso podría abrir un camino de discrecionalidad que pueda atentar contra la transparencia, además de contra el propio artículo 45 constitucional al señalar la necesidad de que exista un **interés público legalmente comprobado**.

Asimismo, en cuanto al avalúo, no se indica bajo qué reglas se hará, quién, cómo, todo lo cual es información que resulta de importancia no solo para la Administración y el control de sus actos, sino para el mismo propietario del inmueble. Asimismo, debe indicarse que no se establece ningún mecanismo recursivo para el propietario en caso de no estar de acuerdo con el avalúo inicial.

Tampoco establece el proyecto con claridad si ese avalúo será el mismo a utilizar para el pago del remanente o al indicarse que aplica el procedimiento ordinario de expropiación, habría que hacer otro, lo cual podría implicar un doble gasto para la Administración.

Preocupa a la Defensoría que con la propuesta se estaría permitiendo un traslado de los derechos de una propiedad privada al Estado, sin que medie una declaratoria de interés público de ese bien, todo lo cual podría tener importantes roces con el artículo 45 de la Constitución Política.

Asimismo, el propietario o poseedor del bien quedaría en una amplia desventaja, primero porque al no existir declaratoria de interés público del bien, no se tiene certeza de que la Administración efectivamente requiera el bien (total o parcialmente) del que se estaría cancelando una parte; segundo porque al dejarse en un planteamiento tan general el avalúo, se desconocen los parámetros para su realización y las posibilidades de impugnación del mismo. En igual sentido, la propuesta normativa no resuelve el tema de qué pasa si hay acreedores sobre el bien, o está en litigio.

Conforme a lo anterior, este artículo puede tener vicios de constitucionalidad en cuanto a la protección de la propiedad privada y su correspondiente limitación por razones de interés público previamente establecidas.

Artículo 6.- Señala que la autoridad competente deberá desarrollar los procedimientos por la vía reglamentaria, en el plazo de seis meses, para la implementación de esta modalidad de adquisición de derechos sobre bienes inmuebles.

Al respecto, conviene revisar este artículo en tanto el mismo rompe con el principio de legalidad y reserva de ley que priva en tratándose de una limitación o restricción a un derecho fundamental. Las dudas de fondo planteadas en relación con el proyecto no podrían ser resueltas mediante un reglamento, siendo que el derecho tutelado, sea el derecho a la propiedad privada, no permite que se le limite o restrinja vía

reglamentaria. En ese orden de ideas, los artículos 19 y 124 de la Ley General de la Administración Pública refieren:

Artículo 19.-

1. El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes.

2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia”

Artículo 124.- Los reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, multas ni otras cargas similares.

Conforme a lo anterior, no corresponde la propuesta del articulado de trasladar aspectos de tan vital importancia como los señalados en los artículos anteriores, a un reglamento.

Artículo 7.- Señala que el contrato de adquisición de los derechos necesarios para la construcción de infraestructura pública se anotará de manera provisional ante el Registro Nacional por parte de la autoridad competente. Asimismo, refiere que la transmisión de la propiedad o la constitución de cualquier derecho real sobre el inmueble anotado provisionalmente se efectuará sin perjuicio de los derechos adquiridos por la administración. Se indica que la anotación se mantendrá hasta la inscripción registral del inmueble a nombre de la administración adquirente, o hasta que se inscriba la anotación definitiva por parte del órgano judicial competente.

En relación con esta propuesta de artículo, la misma es omisa en cuanto al tiempo que tiene la administración para realizar la anotación, lo cual sí regula el artículo 20 de la Ley de Expropiaciones. Asimismo, no se regulan temas como la materialización del traspaso, a quién le corresponde, y qué pasa con terceros que tienen algún derecho sobre el inmueble.

3.- Conclusiones:

De conformidad con el análisis realizado al proyecto que nos ocupa, se tiene que, si bien es cierto, resulta importante agilizar la construcción de infraestructura pública que permita, facilite o fortalezca el desarrollo del país, sea por el interés público que conlleva o bien por la posibilidad de que la misma contribuya con la reactivación económica, es claro que, en tratándose de la limitación, independientemente de su gradualidad, de derechos fundamentales, como lo constituye el derecho a la propiedad privada, constitucionalmente protegido, la regulación que se desarrolle debe ser especialmente celosa del respeto de la normativa, jurisprudencia y principios constitucionales que el ordenamiento jurídico ha desarrollado de cara a tutelar dicho derecho.

La inviolabilidad de la propiedad privada que refiere el artículo 45 de la Constitución Política, señala con claridad para su limitación un **interés público legalmente comprobado y previa indemnización.**

Ahora bien, conviene indicar que se ha reconocido constitucionalmente la función social de la propiedad, permitiendo alguna limitación en razón del interés público, siempre y cuando esta limitación no se convierta en una privación del derecho mismo, lo cual debe ser examinado en la propuesta normativa. Tal y como lo ha establecido la Sala Constitucional:

"Para la Sala los límites razonables que el Estado puede imponer a la propiedad privada, de acuerdo con su naturaleza, son constitucionalmente posibles en tanto no vacíen su contenido.

Cuando ello ocurre deja de ser ya una limitación para convertirse en una privación del derecho mismo"(Voto No. 5097-93).

"Es decir, pueden limitarse los atributos de la propiedad, en tanto el propietario reserva para sí la posibilidad de explotar normalmente el bien, excluida claro está, la parte o la función afectada por

la limitación impuesta por el Estado. Así, la limitación a la propiedad resiste el análisis constitucional, cuando la afectación a los atributos esenciales de la propiedad que son aquellos que permiten el uso natural de la cosa dentro de la realidad socio-económica actual, no hace desaparecer la naturaleza del bien o haga imposible el uso de la cosa, porque el Estado imponga requisitos de autorización o de aprobación tan complejos que impliquen de hecho, la imposibilidad de usufructuar el bien." (Voto No. 2345-96).

"..., debe advertirse que las limitaciones legítimas que puedan imponerse a la propiedad privada encuentran su frontera natural en el grado de afectación a la propiedad; esto es, cuando la restricción al derecho de propiedad se convierte en una verdadera expropiación con la consecuente obligación de indemnizar, porque se hace desaparecer completamente el derecho de propiedad, o cuando no se afecte a la generalidad de la colectividad." (Voto No. 4205-96).

Conforme a lo anterior, es criterio de la Defensoría que el proyecto sometido a consulta presente importantes falencias que deben ser atendidas en aras de procurar que el mismo no roce con la protección establecida constitucionalmente, así como por la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia del derecho a la propiedad privada.

En ese sentido, conviene que las señoras y señores diputados analicen con especial cuidado las observaciones presentadas al proyecto por el Departamento de Estudio, Referencia y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, mediante oficio AL-DEST- IIN-073-2020, mismo que reúne los criterios presentados por varias de las instituciones consultadas y las objeciones que se plantean al proyecto. Asimismo, en dicho estudio se toca un tema que conviene que las señoras y señores diputados tomen en consideración, y son los problemas en los procesos de contratación pública a nivel propio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que requerirían más que esta normativa para su solución, la revisión integral de la gestión.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes emite un criterio desfavorable respecto a este proyecto en los términos actuales de su redacción; e insta a las y los señores legisladores a valorar las observaciones planteadas supra.

Agradecida por la deferencia consultiva, aprovecho la ocasión para reiterarle las muestras de mi consideración y estima.

Catalina Crespo Sancho, PhD
Defensora de los Habitantes de la República

