

Universidad de Costa Rica

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

Facultad de Derecho



La (in) disponibilidad del subsuelo en el campo urbanístico: análisis de su configuración y régimen jurídico

Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho

Andrés Fernando Montero Marín A74185

Luis Miguel Mora Herrera A63829

2013



25 de setiembre del 2013
FD-AI-1213-13

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (las) estudiante (s): **Andrés Fernando Montero Marín**, carné **A74185** y **Luis Miguel Mora Herrera**, carné **A63829**, denominado: "**La (in) disponibilidad del subsuelo en el campo urbanístico: análisis de su configuración y régimen jurídico**", fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuse de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: "**EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILIS DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA**".

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Roberto Garita Navarro
Presidente	Dr. Virgilio Calvo Murillo
Secretaria (o)	Lic. Juan Luis Giusti Soto
Miembro	Lic. Frank Álvarez Hernández
Miembro	MSc. Iván Salas Leitón

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **03 de octubre del 2013**, a las **06:00 pm**, en la Sala de Réplicas, ubicada en el 5º Piso de la Facultad de Derecho, **Sede de Rodrigo Facio**.


 Andrés Montejo Morales
DIRECTOR

San José, 24 de setiembre del 2013.

Doctor

Andrés Montejo Morales

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

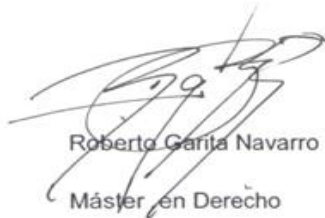
Estimado Señor:

Por este medio hago de su conocimiento, que en mi condición de director de la Tesis de Grado titulada "La (in) disponibilidad del subsuelo en el campo urbanístico: análisis de su configuración y régimen jurídico", De los estudiantes egresados, Andrés Montero Marín, carné número A74185, y Luis Miguel Mora Herrera carné A63829, le manifiesto que la misma cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por la Facultad de Derecho de Universidad de Costa Rica, por lo que le doy mi aprobación para que sea presentada la réplica.

El Trabajo de Graduación represente un novedoso aporte a la temática jurídica de nuestro ordenamiento. Describe problemas jurídicos que hasta el momento no han sido desarrollados por parte de la normativa nacional además, realiza un buen análisis sobre la forma de solucionar esta laguna existente en nuestro ordenamiento jurídico utilizando herramientas como el Derecho Comparado, así como las teorías doctrinarias más actuales que han buscado una solución al problema planteado.

Finalmente arriba a conclusiones interesantes y novedosas en relación con la temática del subsuelo, de acuerdo con las exigencias del derecho urbanístico moderno.

Atentamente,



Roberto Garita Navarro

Máster en Derecho

Director.

San José, 25 de setiembre del 2013.

Doctor

Andrés Montejo Morales

Director Área de Investigación

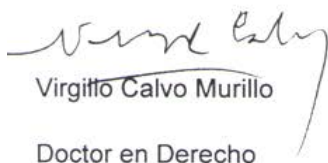
Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por este medio hago de su conocimientos que, en mi condición de lector de la tesis de Grado titulada "La (in) disponibilidad del subsuelo en el campo urbanístico: análisis de su configuración y régimen jurídico." De los estudiante egresados Andrés Fernando Montero Marín, carné número A74185, y Luis Miguel Mora Herrera, carné número A63829, le manifiesto que la misma cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por la Facultad de Derecho, por lo que le doy mi aprobación para que sea presentada la réplica.

Atentamente,


Virgilio Calvo Murillo

Doctor en Derecho

Lector.

San José, 24 de setiembre del 2013.

Doctor

Andrés Montejo Morales

Director Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por este medio hago de su conocimientos que, en mi condición de lector de la tesis de Grado titulada "La (in) disponibilidad del subsuelo en el campo urbanístico: análisis de su configuración y régimen jurídico." De los estudiante egresados Andrés Fernando Montero Marín, carné número A74185, y Luis Miguel Mora Herrera, carné número A63829, le manifiesto que la misma cumple con los requisitos de forma y fondo exigidos por la Facultad de Derecho, por lo que le doy mi aprobación para que sea presentada la réplica.

Atentamente,



Frank Alberto Álvarez Hernández

Licenciado en Derecho

Lector

Curridabat, 30 de setiembre de 2013

Señores
Facultad de Derecho
Ciudad Universitaria Rodrigo Facio
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

Me complace informarles que he realizado la revisión filológica del documento:

La (in) disponibilidad del subsuelo en el campo urbanístico: análisis de su configuración y régimen jurídico.

Este constituye la tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, escrito por los sustentantes Andrés Fernando Montero Marín y Luis Miguel Mora Herrera.

He señalado por escrito las diversas correcciones y sugerencias de carácter lingüístico y estilístico, hechas a este excelente aporte universitario, en el entendido de que, en algunos casos, la aceptación de ciertas modificaciones, queda a criterio de los autores del trabajo.

Con gusto brindaré cualquier información adicional que, al respecto, requiera la Universidad.

Atentamente,



Lic. Jorge Mora López
Carné 677 del COLYPRO

Dedicatoria

A los estudiantes de la Facultad, para que no olviden la importancia del servicio a los demás en el ejercicio de su labor como juristas.

Agradecimientos

A Dios, a nuestros padres, profesores y amigos.

“Enseñando lo incierto, se puede hacer el mayor bien o el mayor mal. El mayor bien, enseñando lo incierto como incierto. El mayor mal, enseñando lo incierto como cierto”

C. Vaz Ferreira

Contenido

Dedicatoria	vii
Agradecimientos.....	viii
Resumen.....	xiii
Ficha bibliográfica.....	xv
Introducción	1
Sinopsis	25
I. El derecho de propiedad.....	32
A. El derecho de propiedad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.	43
B. Relativización del derecho de propiedad.....	55
C. La accesión	66
C.- Naturaleza Jurídica de la Accesión.....	72
II. Limitaciones al derecho de propiedad.....	77
A. Limitaciones en el campo urbanístico.....	85
B. La función social de la propiedad y su relación con el derecho de propiedad.	96
B.1.- El bien común como fundamento de la función social.....	101
B.2.- La función social como elemento de la propiedad privada.....	103
B.3.- Aspecto subjetivo de la función social.....	106
B.4.- Aspecto objetivo de la función social	108
III. Las potestades de planificación urbana	111
A. Entes reguladores de la planificación urbanística.....	114
A.1.- Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN)	115
A.2.- Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU)	119
A.3.- Dirección de Urbanismo	123
A.4.- Planificación regional	126
A.5.- Órganos encargados de la planificación local: las municipalidades	131
A.6.- Planes urbanos reguladores	138
B. Coordinación interadministrativa	143
B.- Principio de coordinación administrativa.	149
C. Límites a la planificación urbanística	158

C.1.- Límites a la planificación urbanística: El control judicial de la Administración	160
C.2.- La responsabilidad de la Administración por la utilización del subsuelo.....	165
C.3.- Evolución histórica de la responsabilidad administrativa en Costa Rica.....	171
C.4.- Jurisprudencia que define la responsabilidad administrativa en Costa Rica.	175
IV. El régimen jurídico del subsuelo en el campo urbanístico	183
A. La utilización del subsuelo según el Derecho Comparado.....	183
A.1.- República de Chile	184
A.2.- República de Colombia.....	186
A.3.- Reino de España.	192
B. El régimen preferente del subsuelo en Costa Rica	197
B.1.- Constitución Política	198
B.3.- Código de Minería	202
B.4.- Ley de Hidrocarburos.....	206
B.5.- Ley de Aguas.....	209
B.6.- Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico	211
B.7.- Ley de manejo, uso y conservación del suelo.....	215
B.8.- Ley de Construcciones.....	217
B.9.- Reglamento General de Cementerios.....	219
C. La utilización del subsuelo en Costa Rica.....	221
C.- El proyecto hidroeléctrico Toro 3.	224
C.1.- La Sentencia N°. 115 -2011-VI	226
D. Conceptualización del subsuelo.....	237
E. Teorías sobre la utilización del subsuelo en el campo urbanístico.....	251
E.1.- La titularidad del subsuelo.....	252
E.2.- Propiedades en el subsuelo.	263
E.3.- Las servidumbres	268
E.4.- Limitaciones del uso del subsuelo.	272
E.5.- La teoría del interés disponible.....	274
CONCLUSIONES	281
RECOMENDACIONES	292
BIBLIOGRAFÍA	305
Libros	305
Tesis de grado	308
Tesis de postgrado	309

Seminarios de graduación	309
Jurisprudencia.....	310
Revistas en español.....	312
Normativa	313
Páginas Web.....	315
Otros	315

Resumen

El inicio de los estudios sobre el tema, por parte de los autores de esta tesis, surge en virtud de la cada vez más frecuente construcción inmobiliaria en las áreas urbanas y, en particular, las ubicadas en lugares que se encuentran por debajo de lo que se ha venido conociendo por “*el suelo*” de las ciudades, sean estas instalaciones para uso público o privado.

Estas áreas subterráneas pueden ser eventualmente urbanizadas; sin embargo, hoy en Costa Rica no existe suficiente normativa que regule el uso y disposición de este espacio, lo cual obliga a preguntarse sobre cuál es el fundamento y régimen jurídico del subsuelo. Esta investigación es consecuencia de ese afán por el conocimiento, específicamente, de las causas, condiciones y rasgos más característicos del suelo y el subsuelo.

El objetivo general con esta investigación es, básicamente, analizar cuál es la posibilidad que poseen los particulares en relación con el aprovechamiento del subsuelo para fines urbanísticos. Cuestionamiento que antes de ser abordado de manera plena, debe permitir el desarrollo de una serie de temas periféricos que rodean al subsuelo.

Los objetivos específicos se refieren al análisis del régimen de la propiedad privada, según la jurisprudencia y legislación nacional, identificar cuáles son las limitaciones establecidas sobre el derecho de propiedad, examinar el modo en que se ejercen las potestades de planificación urbana, así como describir el régimen jurídico del subsuelo establecido en el ordenamiento jurídico del país.

Con el planteamiento de estos objetivos, se buscan las siguientes hipótesis: primero, determinar si es necesaria una regulación legal que permita definir cómo es la utilización del subsuelo para finalidades urbanísticas; y segundo, si es necesario que cada municipio establezca en sus planes reguladores el modo de utilización del subsuelo para finalidades urbanísticas.

Como metodología para realizar esta investigación se utiliza la de tipo deductivo-comparativo. De esta manera se inician los estudios de los institutos puestos a examen para luego llegar a conclusiones analíticas, críticas y concretas.

En resumen las principales conclusiones con este trabajo se basan en que el uso que pueden realizar los particulares sobre el subsuelo, está limitado a una serie de disposiciones que van desde la naturaleza jurídica de aquel, establecida en la Constitución, hasta las disposiciones municipales contenidas en los planos reguladores urbanos de cada municipalidad.

La normativa legal que se refiere al aprovechamiento que se le puede hacer al subsuelo para finalidades urbanísticas es pobre y dispersa, pues existen insuficientes disposiciones que aclaren el modo de aprovechamiento que se puede realizar de este recurso. Razón por la cual es necesaria una nueva configuración del régimen jurídico del subsuelo. Desde el punto de vista del derecho urbanístico en general, han surgido los planes reguladores, que constituyen unos instrumentos jurídicos adecuados para la planificación territorial.

Con el fin de entender las posibilidades de aprovechamiento que los particulares pueden realizar del espacio subterráneo, la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, se ha tomado como base la teoría de interés disponible para definir este uso. Esta teoría se ha convertido en un instrumento útil para delimitar el derecho de propiedad sobre el subsuelo que pueden tener los particulares.

Ficha bibliográfica

Montero Marín, Andrés Fernando y Mora Herrera, Luis Miguel. La (in) disponibilidad del subsuelo en el campo urbanístico: análisis de su configuración y régimen jurídico. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2013. 333 páginas.

Director: MSc. José Roberto Garita Navarro. Juez del Tribunal Contencioso Administrativo del Segundo Circuito Judicial de San José, Sección Sexta, Puro Derecho.

Palabras claves: subsuelo, propiedad, planificación urbana, accesión, suelo, planes reguladores urbanos, municipalidades.

Introducción

A inicios de la Edad Contemporánea surgió una concepción de la propiedad que otorgaba totales libertades al dueño de esta; sin embargo, poco a poco ha ido introduciéndose en los distintos ordenamientos jurídicos, normativa que tiene como objetivo otorgarle a la propiedad una función más social, acorde con la realidad en la que esta se ubica.

El derecho a la propiedad es el más absoluto que se puede tener sobre un bien. Sin embargo, este puede ser afectado por distintas disposiciones como se explica más adelante.

La propiedad privada en el ordenamiento jurídico del país es uno de los principios más importantes. Así lo establece el artículo 45 de la Constitución Política cuando establece que “la propiedad privada es inviolable”, con lo cual determina que este derecho tiene una importancia trascendental, puesto que con la palabra *inviolabilidad* se hace referencia a la imposibilidad de que ese derecho les sea quebrantado a sus titulares.

Por otro lado, el Código Civil lo define como un conjunto de derechos (posesión, usufructo, transformación, enajenación, defensa, exclusión, restitución e indemnización)¹. Además, adiciona que el titular de un bien que no tenga estos derechos tendrá una propiedad imperfecta o limitada.

Sobre lo anterior se determina como, en primer lugar, el Código Civil no establece una definición dogmática de propiedad sino que enumera elementos que la componen. Sin embargo, este concepto sí posee una definición clara en el ordenamiento jurídico que ha sido ampliamente analizado por la jurisprudencia.

¹ Congreso Nacional de la República de Costa Rica. Código Civil. Ley número 30. Fecha de aprobación 19 de abril de 1885. Entró en vigencia mediante la ley número 63 del 28 de septiembre de 1887. Art 264

A pesar de lo anterior se puede afirmar que este es el derecho real por excelencia, si se toma en cuenta que este reúne a todos los demás arriba apuntados.

En relación con el derecho de propiedad, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha dado un desarrollo importante a la concepción de este.

Esta Sala, siguiendo la doctrina, ha señalado *“el derecho de propiedad como aquel derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario”²*.

De esta forma, es necesario que el propietario de una cosa ejerza la posesión sobre esta, sea por sí o por otro, de forma tal que pueda hacer con ella lo que mejor le parezca con excepción de las limitaciones establecidas en la ley.

De las definiciones aportadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se puede observar que este derecho no es absoluto, por cuanto puede estar afectado por distintas disposiciones establecidas por el ordenamiento jurídico, por el propio interesado, o bien por terceros.

Por otro lado, se observa que el Código Civil establece como una de las formas de adquirir la propiedad, aquella por medio de la accesión.

Este fenómeno consiste a grandes rasgos en la unión de una cosa hacia lo principal. En este sentido Alberto Brenes Córdoba afirma en su obra titulada “Tratado de los bienes” lo siguiente:

² Sentencia número 1274 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las dieciocho horas con veintiún minutos del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cuatro.

Este es un modo de adquirir por el cual el propietario de una cosa principal obtiene el dominio de lo que a ella se une o incorpora, pues que, conforme a derecho, podemos adquirir para nosotros, no sólo por nosotros mismos, sino también por medio de nuestras cosas. El principio que rige en esto es que lo accesorio cede a lo principal³.

Se entiende que este derecho de adquisición que se obtiene por las cosas propias, se da por ejemplo, ante la necesidad de establecer los fundamentos de una construcción, con lo cual se es propietario de ella debido a la estructura superficial que se edifique.

Además, si se sigue el principio nombrado por Brenes Córdoba, se debería suponer que esa estructura ubicada en el subsuelo debe ser siempre una parte accesorio de todo el conjunto arquitectónico y no la parte principal. Se califica un bien como principal si su valor, o en su defecto su volumen, es mayor.

Por lo anterior es posible observar que, por ejemplo, el propietario de un terreno será dueño de la construcción subterránea, debido a lo que se construya sobre la superficie, por lo cual el Estado debería permitir la utilización y aprovechamiento del subsuelo una vez permitida una construcción en la superficie.

El inicio de estudios sobre el tema de esta tesis, surge primeramente, en virtud de la cada vez más frecuente construcción inmobiliaria en las áreas urbanas y, en particular, las ubicadas en lugares que se encuentran por debajo de lo que se ha venido conociendo por “*el suelo*”⁴ de las ciudades, sean estas instalaciones para uso público o privado.

3 Brenes Córdoba, Alberto. Tratado de los bienes. San José: Editorial Juricentro. 2001. Séptima edición. Página 316.

⁴ Nota. Las referencias al término “*suelo*” son interpretadas en función del derecho urbanístico, por lo que léase “*suelo urbano*” entendido este como el suelo ya transformado, aquel que reúne las características adecuadas para servir a la edificación que sobre o debajo de ellos exista. Ahí, como mínimo existe

Estas áreas subterráneas pueden ser eventualmente urbanizadas; sin embargo, hoy en Costa Rica no existe una normativa clara al respecto, lo que obliga a preguntarse sobre cuál es el fundamento y régimen jurídico del subsuelo. Esta investigación es consecuencia de ese afán por el conocimiento, específicamente, de las causas, condiciones y rasgos más característicos del suelo y el subsuelo.

En este mismo sentido, se cuenta con lo afirmado por el Tribunal Contencioso Administrativo en una resolución que será referencia durante esta investigación:

Ciertamente señala que la propiedad de lo que esté debajo de la superficie es parte de dicha titularidad, no obstante, tal pertenencia se produce por el fenómeno de la accesión, lo que implicaría, incluso en esa visión gramatical, que si en el subsuelo no se ha utilizado para construcción de obras o en general no existe cosa adherida en ese espacio por falta de aprovechamiento, la presunción de propiedad no opera⁵.

En la anterior cita se observa la necesidad de que exista una construcción ubicada sobre la superficie, bajo la cual exista adherida una estructura. Si este supuesto no se presenta, no opera la presunción de propiedad por cuanto no existe nada a lo que adherirse. Es decir, debe darse un aprovechamiento del área superficial para que se dé el fenómeno de la accesión.

abastecimiento y evacuación de agua, accesos, suministro de energía eléctrica, consolidación como zona apta para la edificación dentro de la legislación urbanística, y en términos generales responde a la realidad física de determinado lugar.

⁵ Tribunal Contencioso Administrativo y del II Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 115-2011-VI, de las quince horas con trece minutos del trece de mayo de 2011.

De esta forma, el dueño de un fundo será propietario de lo construido en el subsuelo debido a la estructura que se encuentra por encima de la superficie y que debe ser la principal.

A nivel histórico, se sabe que con motivo de la Revolución Francesa se iniciaron una serie de doctrinas innovadoras que influyeron de manera determinante en la mayoría de las actividades desarrolladas por el hombre. Dentro de estas se encuentra el ejercicio del derecho de propiedad por parte de sus dueños en esa época.

De manera tal que este se configuró como un sistema proteccionista a favor de los dueños de bienes inmuebles que garantizara el libre e ilimitado disfrute de la totalidad de los atributos que lleva consigo el derecho de propiedad.

Sin embargo, un dato no menos cierto que no se debe dejar de tomar en cuenta es que ya en contextos más contemporáneos, surgen teorías que definen y de cierta manera reducen significativamente ese poder que tenía el dueño de un fundo. Esto, principalmente, con el objetivo de que exista una racionalización en el uso del territorio que permita un desarrollo armonioso de todos –o al menos de la mayoría- de los factores presentes en la sociedad, entre ellos el económico y el social.

Con base en estas teorías es que se introducen en el ordenamiento jurídico las limitaciones al derecho de propiedad en forma de restricciones al dominio. Entre estas se tienen, por ejemplo, las limitaciones que se configuran en virtud de las cargas que sobre los bienes recae, debido al derecho de otras personas como son las obligaciones de vecindad, o bien el caso de los derechos reales en cosa ajena. Igual situación se da con las servidumbres administrativas, las prohibiciones de enajenar y como se ve más adelante, en la propiedad urbanística.

Ante esta realidad, lo planteado es imperativo en la coyuntura el desarrollo de este tema. Asimismo, es necesario admitir el dominio con atenuaciones y aclaraciones que restringen su contenido con tal de armonizar el interés individual con los requerimientos impuestos por el interés público.

Los lineamientos que al respecto se formulan en materia urbanística son claros y establecen esos mencionados límites al derecho de propiedad, sin condicionar el ejercicio del derecho; sino que más bien definen el contenido normal de la propiedad en la función que cumple.

De esta manera, es posible darse cuenta como la principal diferencia entre el derecho de propiedad individual y el derecho de propiedad urbanístico se configura por el destino que se le da a dicha propiedad. En el campo urbanístico este ya no es determinado, libre y antojadizamente establecido por el particular, sino que son las normas urbanísticas las que señalan la función de cada uno de los fundos a través de la asignación de un destino específico.

Por otro lado, es importante relacionar lo anterior con lo que se conoce como la función social de la propiedad y su influencia en la configuración de este derecho. El autor Virgilio Calvo señala que *“la función social implica la necesidad constante de garantizar la subordinación de los intereses individuales a los de la comunidad en el momento que se manifieste una situación de conflicto, aunque fuese solo potencial.”*⁶ Ante ello se refleja el poder y a la vez el deber del propietario de satisfacer también las necesidades y requerimientos colectivos.

Por lo señalado, se tiene que la propiedad cumple a la vez dos funciones: la primera, una función personal, de utilidad y de interés para su propietario, quien la explota conforme a sus requerimientos y necesidades. Y una función social, de utilidad e interés para toda la sociedad, según la cual el derecho de propiedad será restringido en tanto se compruebe que existen intereses públicos que

⁶ Calvo, Virgilio (1983). Derecho de propiedad, derecho urbanístico en la propiedad. San José, Costa Rica.

puedan encontrarse por encima de esos requerimientos de su respectivo propietario. El antagonismo o acuerdo entre ambas funciones es un tema que ha ocupado a la doctrina durante años.

Si se sigue de cerca lo establecido por la Sala Constitucional, lo cierto es que, a pesar de que el artículo 45 de la Constitución Política establece que la propiedad es inviolable, esto es preciso matizarlo.

Según palabras de la misma Sala:

Este término –inviolable- no significa que sea absoluta, ni exenta de función social, significa solamente que ni el Estado ni los particulares pueden dañarla, turbarla, desconocerla o desintegrarla (...) Lo cual permite la proyección de un principio general de nuestro derecho constitucional, según el cual cuando existe un interés público debidamente demostrado, el derecho patrimonial individual debe ceder frente a aquel que tiene mayor fuerza, previa indemnización concedida al propietario⁷.

De esta manera, la Sala hace referencia a lo que fue ese desarrollo histórico del concepto de propiedad, donde como bien quedó dicho anteriormente, este comenzó como un derecho absoluto y exclusivo que fue cediendo ante la función social. Y es que no siempre el derecho patrimonial individual va a prevalecer debido a que existen derechos que atañen a la colectividad y que, por su carácter de públicos, se convierten en una necesidad general que sobrepasa la esfera personal de cualquier propietario.

En el país existen ciertos entes que tienen la función de realizar la planificación territorial, los cuales corresponden a las municipalidades, o de forma

⁷ Sentencia N° 565 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las dieciocho horas con veintiún minutos del veintiséis de enero de 1994.

subsidiaria el Instituto de Vivienda y Urbanismo (INVU), las cuales lo realizan por medio de los planes reguladores urbanos.

Luego de analizar las limitaciones que puede sufrir la propiedad, es necesario preguntarse cuál es la función reguladora que pueden establecer las municipalidades para un lugar determinado.

Y esto por expresa redacción de la Ley de Planificación Urbana en su artículo primero, la cual los define de la siguiente manera:

Aquel instrumento de planificación local que define en un conjunto de planos, mapas, reglamentos y cualquier otro documento, gráfico o suplemento, la política de desarrollo y los planes para distribución de la población, usos de la tierra, vías de circulación servicios públicos, facilidades comunales, y construcción, conservación y rehabilitación de áreas urbanas.

Como se observa, esta gran cantidad de competencias, tienen como objetivo la planificación territorial en cuanto aprovechamiento del espacio correspondiente, así como formas para mejorar la eficiencia con respecto a la utilización de los recursos para lograr en general, una mejora de la calidad de vida de los habitantes de ese territorio.

Esta función está a cargo, en primer lugar, de las municipalidades⁸; como se ve seguidamente, la titularidad primaria en materia de planificación urbana corresponde a estas. De manera que es a los municipios a lo que corresponde asumir la planificación urbana local por medio de la promulgación de los respectivos reglamentos -planes reguladores- y haciendo efectiva la normativa que al efecto dicte el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, como institución

⁸ Sobre el alcance de la competencia municipal en el control del desarrollo urbano véase resolución N° 143 del Tribunal Contencioso Administrativo Sección Tercera del Segundo Circuito Judicial de San José, a las diez horas treinta minutos del cuatro de mayo del dos mil seis.

encargada de la planificación urbana a nivel nacional.

El artículo 15 de la Ley de Planificación Urbana es la que le confiere esa potestad a las municipalidades para ejercer las potestades de ordenamiento territorial de sus cantones. Esta norma establece:

Conforme al precepto del artículo 169 de la Constitución Política, reconócese la competencia y autoridad de los gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional, Consecuentemente, cada uno de ellos dispondrá lo que procesa para implantar un plan regulador, y los reglamentos de desarrollo urbano conexos (...).

De lo anterior se desprende que los ayuntamientos son los entes encargados de dirigir el desarrollo de sus territorios, para lo cual utilizan estos planes reguladores como instrumentos para cumplir su función.

En relación con lo anterior, es necesario afirmar que uno de los factores que afectan el desarrollo urbano de un territorio es la utilización que se realice del subsuelo, recurso que no ha sido tomado en cuenta como un factor que interviene en la regulación urbana. Estos no forman parte de los planes reguladores a nivel nacional y el ordenamiento jurídico del país está lejos de incluirlos.

Es por esto que dentro de la ordenación que se realice sobre un espacio determinado, debe tomarse en cuenta su elemento subterráneo por cuanto, en principio, está directamente relacionado con lo que se edifique en la superficie. Con esto se quiere decir que los gobiernos municipales deben encargarse de la regulación del espacio subterráneo así como lo hace con la regulación del suelo.

En el país, parte necesaria de esta justificación tiene que ser la regulación sobre el uso del subsuelo que se desarrolla primeramente en el artículo 505 del

Código Civil. Este se ha convertido en un importante marco regulatorio que delimita lo entiendo como propiedad subterránea en nuestro sistema jurídico.

Esta norma regula acerca del derecho de propiedad lo siguiente: “Artículo 505.- El derecho de propiedad no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende por *accesión* a lo que se está sobre la superficie y a lo que está por debajo (...)”.

Como se observa en el artículo antes transcrito, una persona ejerce su derecho de propiedad sobre lo que se encuentra por debajo de la superficie debido al fenómeno de la *accesión*. Es decir, que en principio no es dueña de lo que se encuentre por debajo sino en virtud de aquello que se encuentre adherido a lo construido sobre la superficie.

Sin embargo, este derecho de propiedad que se puede eventualmente ejercer sobre el subsuelo en definitiva; se ve limitado de manera considerable por distintas disposiciones que regulan aspectos específicos dentro del ordenamiento jurídico.

Existen determinadas leyes que se establecieron con el objetivo de regular ciertos ámbitos del subsuelo como lo son el Código de Minería, Ley de Aguas, Ley de Construcciones, entre otras; y que influyen directamente sobre el tema que se está analizando.

Estos instrumentos se refieren a los criterios de aprovechamiento del subsuelo, pero lo hacen solamente en relación con el objeto de esa ley en específico, lo cual no define las bases de una concepción del subsuelo. Ni mucho menos dice nada sobre las limitaciones en su uso.

Actualmente, el suelo urbano ha llegado a convertirse en uno de los bienes más perseguidos, y como tal implica lo que Martín Mateo denominaba una clase de “*trascendencia económica del suelo urbano*”⁹. Y es que al considerarse la tierra como uno de los factores de producción, se demuestra el inicio de una tendencia que le atribuye un carácter sumamente relevante a la apropiación y disposición de esta.

De manera tal que incluso algunos autores han considerado que “*el espacio urbano puede ser el principal producto económico, girando en torno al mismo las relaciones de producción*”¹⁰. Es evidente como las inversiones en infraestructura y las decisiones regulatorias sobre el uso del suelo urbano generan un incremento en el valor de la tierra, el cual es explotado en forma privada por los titulares de la misma.

Por su parte, el sector público debe ser el “buen padre de familia” que administre parte de ese valor, y a su vez debe ir creando y aplicando medidas redistributivas de la riqueza. Razón por la cual parte de las regulaciones urbanísticas en el país prevén, por ejemplo, el resguardo de determinados porcentajes de suelo urbano para el desarrollo de obras que persigan un fin público, tales como parques, campos de juego, escuelas y hospitales.

Por otro lado, y de manera adicional pero necesaria, aparece junto al tema del *suelo urbano*, una serie de cuestionamientos aún sin resolver con respecto a dónde se encuentra ese límite de este y si al menos existe una forma jurídica para lograr medir sus dimensiones. Todo, con el fin último de lograr consumir y gozar al máximo ese tan ansioso factor de producción.

⁹ Ordenación del sector público en España. Ramón Martín Mateo. Editorial Civitas en Revista de Occidente. Madrid España 1973. Página 206.

¹⁰ Ordenación del sector público en España. Ramón Martín Mateo. Editorial Civitas en Revista de Occidente. Madrid España 1973. Página 206.

Con el objetivo de lograr lo anterior, lo que se entiende por el *subsuelo* últimamente ha venido siendo usado como una posibilidad más para complementar los espacios con los que se cuenta, este ha venido reuniendo las condiciones para con el paso del tiempo lograr ser urbanizable.

El aumento en el número de personas alrededor del mundo ha tenido como secuela general una disminución en el espacio y, como consecuencia directa, una reducción del espacio urbanizable por persona. Con ello, a su vez está la imposibilidad de desarrollar espacios públicos que permitan satisfacer las distintas necesidades a nivel cantonal y nacional.

Han sido estos y muchos otros los hechos que han demostrado en los últimos años que la construcción o edificación vertical es efectivamente uno de los únicos remedios contemporáneos para el tipo de problemática con la que se encuentra esta investigación.

Es evidente como, con motivo de la escasez de suelos urbanos en las grandes ciudades, cada vez menos población tiene acceso a una superficie de suelo para desarrollar sus actividades, tal como debería poder hacerlo en virtud de su carácter de sujeto privado en pleno y digno ejercicio del *derecho de propiedad* en un Estado social de derecho.

Por esta y otras distintas razones, entre ellas climáticas y de ordenamiento territorial, cada día existe mayor interés en desarrollar y aprovechar el subsuelo.

Ahora bien, las posibilidades reales para que ese sujeto privado llegue a disponer según su autónoma voluntad, de lo que ese entiende por subsuelo, encuentra distintos criterios doctrinarios que merecen ser analizados aquí.

Se puede observar cómo hasta hace muy poco tiempo las instalaciones del subsuelo dependían muy estrechamente del uso del suelo, de tal manera que,

aparte de los sótanos y de los túneles varios, eran realmente pocas las instalaciones que se establecían en el subsuelo.

Ahora, en cambio, es perfectamente posible realizar, con ayuda de técnicas que ya empiezan a generalizarse en todo el mundo, por ejemplo en España, instalaciones subterráneas que, como se ve más adelante, no son meros accesorios de la obra de superficie, sino que tienen una actividad y existencia propia. Tanto es así que son inscritas por separado, y cuentan con su respectivo número de folio y tomo en el Registro.

En este momento de la investigación es posible afirmar que en el país se presentan vacíos normativos significativos con respecto a este tema. Tales limitaciones no permiten iniciar con una referencia base que ofrezca el ordenamiento jurídico costarricense, o al menos una base doctrinaria tan sólida como sí existe en otras áreas del Derecho.

Por lo cual, es necesaria la necesidad de recurrir al Derecho comparado, por ejemplo el de España, la cual funciona para introducir una primera referencia al tema del subsuelo.

Es en este país donde La Ley de Suelo¹¹ establece la elevación del planeamiento a elemento fundamental del nuevo sistema, se limita profundamente el *ius aedificandi* e intenta regular el uso del suelo conforme la función social de la propiedad.

Ante lo cual resulta inevitable hablar sobre la superposición de propiedades privadas y aquellas que se constituyen como de dominio público. Es esta dicotomía la que se encuentra alrededor de estas páginas debido a que una de las principales metas de este trabajo será llegar a establecer los criterios capaces de

¹¹ Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

determinar cuál subsuelo, o bien si fuera el caso, cuál parte de este, será parte de uno u otro tipo de propiedad.

Para esto hay que tomar en cuenta las posibilidades de cada uno de ellos; lo anterior sin dejar de lado los casos de propiedades públicas que se definen aquí como “*especiales*”, entiéndase el caso de las minas, aguas, túneles para transporte, yacimientos arqueológicos y demás tipos de propiedad demanial que se precisarán en las siguientes páginas.

En razón de lo anterior, y con el objetivo de arribar a conclusiones válidas y aprovechables para el derecho costarricense, resulta a su vez de especial interés el poder analizar la naturaleza jurídica del subsuelo para definir qué se entiende por este y hasta dónde llega su concepto; asimismo, su ordenación urbanística y regulación de su uso.

Además, como parte fundamental del régimen del subsuelo se tiene toda aquella normativa aplicable a las construcciones en ese espacio, para así plantear algunas ideas acerca de cómo perfeccionar la regulación del subsuelo urbano en Costa Rica.

Esa configuración del régimen jurídico del subsuelo en Costa Rica irá necesariamente de la mano con el actual proyecto en estudio en la Asamblea Legislativa, número 17.938 del primero de diciembre del 2010, conocido como “Reforma del artículo 505 del Código Civil, adición del artículo uno bis a la Ley de Expropiaciones número 7495, y adición de un tercer párrafo al artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo, para regular el régimen jurídico del subsuelo”.

De una primer lectura de este proyecto de ley se intuye la intención de realizar una mejor delimitación de lo que se vaya a definir aquí como el subsuelo

urbano. Debido a que el primero de los artículos mencionados, el 505 del Código Civil, es la única referencia inmediata al tema.

Sin embargo el tema aquí no es ese; el verdadero debate se encuentra en que este artículo se encuentra dentro del capítulo de la accesión y no dentro del derecho de propiedad.

Con lo cual surge la primera particularidad del ordenamiento jurídico costarricense con respecto al subsuelo. Esta tal como se ve más adelante, es la peculiaridad que provoca la principal distinción entre un grupo de doctrinarios con respecto a otros que clasifican al subsuelo como parte del derecho de propiedad del suelo; y no como en el sistema costarricense, que al regularlo dentro del capítulo de la accesión, lo entiende como aquel bien que por incorporación a otro conocido como principal, se mezcla con este de tal manera que ambos constituyen un solo bien.

Por lo tanto, este nuevo bien recién constituido, tal como se advirtió antes, puede considerarse parte de esa superficie conocida como suelo por medio de dos maneras, a saber cómo accesión al suelo, o una propiedad independiente y totalmente aparte a la que se encuentra por encima de ella.

En definitiva, el artículo establece:

Artículo 505.- El derecho de propiedad no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende por accesión a lo que está sobre la superficie y a lo que está debajo. Salvadas las excepciones establecidas por la ley o la convención, el propietario puede hacer arriba todas las construcciones o plantaciones que le convenga, y hacer debajo todas las construcciones que juzgue a propósito y sacar de esas excavaciones todos los productos que puedan darle.

En los casos de propiedad en condominio, lo anterior solo será aplicable con las limitaciones establecidas en la respectiva ley.

(Así reformado este último párrafo por el artículo 40, inc. c) de la Ley No. 7933 del 28 de octubre de 1999)”¹².

Este artículo es el que básicamente ha regulado la propiedad del subsuelo alrededor de todos estos años; sin embargo, con la reforma se pretende ampliar este derecho. Los alcances de tal reforma y sus detalles son discutidos más adelante en estas páginas.

Su correspondiente referencia en España es el artículo 350 del Código Civil. En este se hace un análisis muy similar a lo que se intentó en el derecho costarricense, pero este se encuentra dentro del capítulo de la propiedad en general. El artículo establece que:

Artículo. 350.El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía¹³.

Con estas normas es posible darse cuenta como para este momento histórico en el país se circunscriben las excepciones establecidas por la ley o la convención; el 505 claramente establece que todo lo que está debajo de la superficie pertenece al propietario de esta.

¹² Código Civil de Costa Rica, emitido por la Ley No. 30 del 19 de abril de 1885; vigente a partir del primero de enero de 1888, en virtud de la ley No. 63 del 28 de setiembre de 1887.

¹³ España, Real Decreto del 24 de julio de 1889.

El hecho de incluir el Código Civil esa parte fundamental sobre las excepciones de ley y la convención se realizó por parte de Costa Rica, más no así por su homólogo en el Código Civil de España, donde el artículo 350 no incluye dicha frase dentro de la regulación al derecho de propiedad.

A pesar de lo anterior, no se puede afirmar que en España simplemente se haya dejado de lado el tema y no se haya incluido, al menos una norma que haga la excepción sobre la convención y la ley.

Así se encuentra en el artículo 348 la mención a dicha parte fundamental que le permite al Estado español reservarse la posibilidad de utilizar la propiedad privada como medio de satisfacer el interés público cuando este así lo requiera.

Este artículo literalmente dice que *“la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”*. Con ello queda resuelta una parte de la controversia debido a que, claramente, el texto no hace mención a la convención como una de las causales excepcionales por las cuales, el derecho de propiedad cede parte de su aplicación para darle cabida a las múltiples limitaciones que lo restringen.

El sentido más acorde con la hermética del ordenamiento jurídico ¹⁴ y una de las posibles soluciones que se encuentran ante tal grave omisión, es que el Código Civil español haya pretendido incluir dentro de la ley, la convención de voluntades como limitante del derecho de propiedad. Porque la única manera de que se haya pasado por alto tal detalle es pretender que se tome como parte de las regulaciones hechas por ley a la contratación privada; y la única manera de hacerlo sería entendiendo que tal disposición, al encontrarse regulada a su vez por Ley, no es necesario incluirle como una excepción independiente a la que ya quedó establecida desde la entrada en vigencia del artículo 350.

¹⁴ Sobre este tema consultar la obra de Carlos Cossio, “La Plenitud del Ordenamiento Jurídico”. Editorial Los Andes –Buenos Aires, Edición dos mil cinco. 316 páginas.

Ahora bien, con un vistazo al paso del tiempo, para algunos autores era evidente como este artículo 350 en España iba a provocar cierta reticencia dentro de los juristas.

Para Fernando Sainz Moreno, *“el régimen jurídico del subsuelo presenta cierta dificultad, al haber rechazado siempre nuestra jurisprudencia y doctrina la interpretación literal del artículo 350 del Código Civil”*¹⁵. Son estas reseñas de la incertidumbre que el artículo provocaba y con las cuales se ha tenido conocimiento, cómo resulta inaplicable en la práctica lo dicho por la mencionada norma.

La interpretación literal de este dejaría por fuera una gran cantidad de supuestos de hecho que no puede simplemente ser dejados de lado.

Sí se pudiera decir que solo lo establecido por las regulaciones en materia de aguas, minas y reglamentos de policía fuese suficiente para imponer limitaciones al derecho de propiedad privada, se estaría faltando aquí al deber de realizar una investigación objetiva.

Lo cierto es que cuando de limitaciones a la propiedad se trata, aparecen restricciones a la libre disposición de distintas clases, presentes en diferentes ámbitos del Derecho.

Empezando por el margen tan amplio que hay para interpretar lo que constituye una verdadera limitación a la propiedad, existe inclusive lo que se podría decir es una *“relatividad”* sobre lo que se entiende por una verdadera limitación al derecho de propiedad.

¹⁵ Fernando Sainz Moreno, Subsuelo urbano. Catedrático de Derecho Administrativo. Revista de Administración Pública nº 122 de 1990, ISSN 0034-7639, España. Página. 156.

Sumado a esto, las infinitas posibilidades de disposición que conlleva ser propietario de un bien obligan a recurrir a un concepto de limitaciones de carácter dinámico, abierto, que le otorgue a cada dominus un margen de libertad para seguir sus intereses de sujeto privado.

Con lo cual las limitaciones se ven en la obligación de adaptarse a una cantidad considerable de supuestos donde esa discrecionalidad y libertad de decisión, se encuentran restringidas cuando entran en contradicción con el interés de otro sujeto privado, o bien contra el interés público.

En páginas siguientes se profundiza sobre cómo, precisamente, ese interés particular del sujeto privado es utilizado para criterio que resuelva si el dominio sobre este derecho real es pleno, o si se encuentra limitado por la posibilidad razonable en la explotación de sus facultades como propietario.

Un ejemplo que clarifica esta situación es precisamente el caso del subsuelo. Las limitaciones de este, sumadas a las que se establecen en virtud del interés real de utilización del sujeto privado basado por supuesto, y las posibilidades efectivas que este tenga para hacer el mejor uso del inmueble según su función social; son todas restricciones que circunscriben a ese interés particular.

Es a partir de dichos lineamientos que se ha creado dentro de la mayoría de países una inquietud generalizada para trazar métodos precisos que permitan medir la extensión de la propiedad hacia el subsuelo.

Como punto de referencia más cercano, en España, el Código Civil no ofrece un punto de apoyo que permita trazar hasta dónde se extiende el subsuelo, aspecto que se amplía más adelante,

Fue así como en las primeras indagaciones, estos autores encontraron una considerable posición de juristas que interpretan al subsuelo como algo indisponible, o al menos disponible pero de manera restringida o fragmentada. Este será propiedad del dueño del suelo en tanto pueda explotar su uso. Y la mayor muestra de esta posición es la del profesor Sainz Moreno, quien afirma que *“ese límite lo traza el ‘interés razonable’ del propietario, determinado por posibilidad real de utilizar el subsuelo”*¹⁶.

Con ello se intenta trazar ese tan ansiado límite al subsuelo por medio de un criterio meramente funcionalista y utilitario, que deja su ejercicio limitado a un propietario que haga un uso acorde con la función social de la propiedad y demás límites que se establezcan a nivel urbanístico, sea cantonal o nacional.

A su vez, es interesante para estas primeras páginas, y para confrontar un poco lo anterior, invitar al lector a la controversia; echar un vistazo a lo que indica el Título III *“De la comunidad de bienes”*, específicamente el artículo 396 del mencionado Código Civil español; así el interesado puede enterarse de que existen bienes que pueden ser susceptibles u objeto de propiedad separada. Es decir, que dos o más objetos, en virtud de su destino o naturaleza indivisible,¹⁷

¹⁶ Sainz Moreno. Op. cit. Página 156.

¹⁷ Última línea del artículo 396 del Código Civil español que dice así: Artículo 396.- Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquellos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar; las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las de antenas colectivas y demás instalaciones para los servicios audiovisuales o de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles. Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada

pueden ser inscritos por diferentes sujetos de derecho privado, lo que se llama copropietarios.

El mismo planteamiento puede ser aplicado al tema del subsuelo, de tal manera que el propietario no se verá en la necesidad de fragmentar su derecho de propiedad si está en la capacidad de establecer propiedades separadas con respecto a lo que se encuentra en el suelo, vuelo, cimentaciones, cubiertas, entre otros que menciona el artículo 396.

De esta manera pareciera que es posible que alguien, al no contar con el interés suficiente para utilizar el subsuelo que se encuentra debajo del suelo o superficie de su propiedad, lo ceda por medio de contrato oneroso a otro sujeto de derecho privado que sí cuenta con las facultades para explotar dicho espacio.

En caso de interpretar lo anterior según la máxima jurídica de que quien “*es capaz de lo más es capaz de lo menos*”, *habría* un argumento a favor del sujeto privado, en virtud de que evidentemente le otorga principios argumentativos para alegar señorío sobre lo que se encuentra por debajo del suelo de aquellos espacios de su propiedad y así rechazar las teorías sobre el interés disponible.

De manera que en un principio sí sería posible conciliar dichos intereses, el encontrar aquellos criterios que lleven a ponderar el fin público con el privado. Porque el lograr mesurar ambos es el tema de fondo.

Los artículos mencionados y la breve doctrina de esta parte introductoria es una muestra de los elementos más importantes sobre el subsuelo en la actualidad, y de cómo existen ciertas imprecisiones que pueden dar pie a la controversia. Son los puntos mencionados en páginas atrás las principales razones del presente

privativa de la que son anejo inseparable. En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto. Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.

estudio; de estos se derivan una serie de supuestos de hecho que circunscriben al tema del subsuelo.

A grandes rasgos, se deja planteada la situación actual del subsuelo en Costa Rica cada uno de los puntos mencionados –y muchos más- serán analizados posteriormente en esta investigación. Los autores esperan haber despertado en el lector ese escepticismo sobre la cantidad de hechos para los cuales el ordenamiento jurídico no ha previsto los argumentos suficientes como para garantizar la debida seguridad legal.

Hecho este planteamiento general sobre el tema, se procede a señalar los objetivos de la investigación:

Objetivo general

Analizar cuál es la posibilidad que poseen los particulares en relación con el aprovechamiento del subsuelo para fines urbanísticos.

Objetivos específicos

- Analizar el régimen de la propiedad privada, según la jurisprudencia y legislación nacional.
- Identificar cuáles son las limitaciones establecidas sobre el derecho de propiedad.
- Examinar el modo en que se ejercen las potestades de planificación urbana.
- Describir el régimen jurídico del subsuelo establecido en el ordenamiento jurídico costarricense.

Por otro lado, la hipótesis consistió en determinar en primer lugar que es necesaria una regulación legal que permita definir cómo es la utilización del

subsuelo para finalidades urbanísticas y en segundo lugar que es necesario que cada municipio establezca en sus planes reguladores el modo de utilización del subsuelo para finalidades urbanísticas.

Para el desarrollo de este trabajo la metodología seguida consistió en realizar esta investigación de tipo deductivo-comparativo. De esta manera se iniciaron los estudios de los institutos puestos a examen para luego llegar a conclusiones analíticas, críticas y concretas.

Las fuentes que se utilizaron para el presente trabajo fueron la doctrina, las leyes, los reglamentos, las tesis presentadas a la Facultad relacionadas con el tema y los fallos judiciales para establecer criterios jurisprudenciales sobre la materia, con el fin de obtener la mayor cantidad de información certera al respecto.

El presente trabajo final de graduación está dividido en cuatro capítulos. El primero se refiere al derecho de propiedad privada en el cual se realiza su exposición conceptual, así como un análisis sobre el modo según el cual lo ha entendido la Sala Constitucional del país. Además, se analiza, ciertas ideas que han producido una evolución de este derecho. Por último, se estudia una de las formas de adquirir la propiedad como lo es la accesión, así como las teorías que la explican.

El segundo capítulo se refiere a algunas limitaciones que establece sistema jurídico costarricense sobre la propiedad como lo son las limitaciones urbanísticas; además analizamos la teoría de la función social de la propiedad como una de las corrientes que más han influido para el establecimiento de limitaciones. Por último, se estudia el fundamento de esta así como los elementos que la conforman.

En el tercer capítulo de este estudio se analizan las potestades de planificación urbana establecidas en el ordenamiento jurídico de Costa Rica. De

esta forma, se estudian las potestades de planificación urbana que posee los entes que intervienen en este campo. Por esta razón, al identificar la intervención de distintas instituciones puede considerarse que las funciones de estas se traslapan, por lo que se analiza el principio de coordinación administrativa como elemento delimitador de sus deberes. Asimismo, se estudian los límites que existen para la planificación urbana, ahondando en el tema de la responsabilidad que posee la administración pública por las deficiencias presentes en esta ordenación territorial.

El último capítulo corresponde al régimen jurídico del subsuelo en Costa Rica. Primero se establece una conceptualización de este; seguidamente se analizan distintas teorías que han intentado entender el uso que pueden tener los particulares sobre el subsuelo. Luego, se estudia el régimen jurídico del subsuelo en el Derecho Comparado; se analiza concretamente la conceptualización en España, Chile y Colombia. Además, se realiza un estudio sobre lo que establecen distintas leyes de otros ámbitos del derecho sobre el subsuelo, como lo son la Ley de Minas, Ley de Aguas, Ley de Patrimonio Nacional Arqueológico, entre otras. Después, se detallan algunos hechos importantes relativos a disposiciones de uso del subsuelo en el país.

Por último, se formulan una serie de conclusiones sobre el subsuelo y su régimen jurídico, para así realizar unas recomendaciones lo suficientemente informadas como para servir de propuesta al subsuelo en Costa Rica.

Sinopsis

Se considera que alrededor de subsuelo existen determinados contenidos que no se pueden dejar de tomar en cuenta. De manera que para efectos de esta investigación, y con el objetivo de ofrecerle al lector una síntesis de lo que se presenta en las siguientes páginas, se presenta una breve referencia de los temas principales que se desarrollan en el trabajo.

Primeramente se efectúa un estudio del derecho de propiedad. Este necesariamente debe ser analizado, pues ello aporta una base sólida sobre su concepto y sus delimitaciones para así lograr definirlo de manera concreta. Con esta base, se evalúan las posibilidades con las que cuenta el sujeto privado para de alguna manera “extender” su derecho de propiedad a lo que se encuentra por debajo de esta.

Se analiza cómo este derecho, en definitiva, no ha tenido una vigencia pacífica a través de los años dentro de la legislación. El derecho de propiedad ha sido uno de los más influenciados por las circunstancias de tiempo y lugar que rodean a sus intérpretes; su origen se remonta a condiciones muy distintas a las que presenta la modernidad; razón por la cual, este ha tenido que irse adaptando a las exigencias que, entre otras cosas, le impone el urbanismo moderno.

La necesidad de evolucionar del derecho de propiedad ha sido incluso tratado por la Sala Constitucional, por lo que se colocan sobre la mesa unos cuantos votos de este ente, que nos suministran datos imprescindibles a la hora de definir el derecho de propiedad.

A partir de estas resoluciones y su interpretación crítica por parte de quienes suscriben, se desarrolla seguidamente una sección sobre las consecuencias de esa transformación del derecho de propiedad en la actualidad. Actualmente, este derecho se caracteriza por ser relativo, sujeto a una serie de

limitaciones que no hacen posible la aplicación de un concepto absoluto e impenetrable de la propiedad.

Para llegar a dicha conclusión se traen a discusión transcripciones literales de las distintas constituciones políticas que han estado vigentes en Costa Rica, lo cual es una clara manifestación de cómo su redacción ha sido adaptada conforme cambian los intereses sociales durante el tiempo. A partir de esas diferencias entre las constituciones, es cómo resulta evidente la presencia de principios y doctrinas más acordes con la realidad poblacional urbana, los cuales –como se verá- se reflejan incluso a nivel constitucional.

Otro de los temas que son parte de la discusión con respecto al subsuelo es el instituto jurídico de la accesión, el cual es examinado en este primer capítulo.

De seguido a ese análisis al derecho de propiedad, se aborda la accesión en su mayor parte, debido a lo establecido por el artículo 505 del Código Civil y su posible reforma a través del mencionado proyecto de ley; la accesión es un punto que no puede ser dejado de lado.

Se deja establecido cómo este instituto es considerado un modo de adquirir la propiedad, y se exponen los cuestionamientos sobre si es así o puede ser de otra manera. Para ello, se desarrollan tres teorías que permitan abordar el tema de la accesión desde distintos puntos de vista.

Sin embargo para lograr lo anterior es preciso primeramente definir el término *accesión* considerado en sí mismo y, en definitiva, delimitar su naturaleza jurídica. Para ello se efectúa un acercamiento y se llega a un acuerdo por lo que enteremos al respecto para efectos de esta tesis.

De esta manera, se tiene establecido para ese primer capítulo el derecho de propiedad, su análisis confrontado con la jurisprudencia de la Sala Constitucional, su relativización y, por último, el instituto jurídico de la accesión.

Una vez estudiados estos temas, se pasa a un segundo capítulo donde se abordan las distintas manifestaciones de lo que se conoce como “las limitaciones al derecho de propiedad”.

Este derecho, para ese punto de la investigación, habrá sido definido de manera clara y concisa, razón por la cual lo que resta para este segundo apartado de la tesis, es hacer un examen de cuáles son las limitaciones que en el derecho costarricense presenta la propiedad.

Para ello, se realiza una clasificación de las limitaciones al derecho de propiedad con fines didácticos. Esta contendrá las restricciones que recorren distintas normas de Costa Rica, para ir, de manera más específica, a las limitaciones en el campo urbanístico.

Son todas estas limitaciones el fundamento de las doctrinas que se inclinan por considerar al subsuelo como un bien de dominio público. Estas, junto con otras razones que serán expuestas posteriormente, constituyen el porqué de su inclusión en el presente estudio.

Por medio de una visión global de los temas abarcados hasta ahora, no más al principio de la investigación, se pudo determinar cómo el foco de todos estos planteamientos, es una posición según la cual se considera la función social como una de sus características primordiales. Su relación con el derecho de propiedad es desarrollado, en tanto, actualmente, es el bien común el criterio director del uso y de la disposición de la propiedad. Razón por la cual debe ser tomado en cuenta para este segundo capítulo; este es un elemento de la

propiedad privada y como tal debe ser puntualizado tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.

El tercer capítulo se inicia con la discusión de otra parte de la problemática analizada aquí. La administración pública cuenta con determinadas potestades que le permiten el establecimiento de actos administrativos dirigidos al establecimiento y mejoramiento de la planificación urbana, aun por encima de algunos de los derechos del sujeto privado.

Se verá cómo estas potestades de planificación urbana son llevadas a cabo por distintas instituciones gubernamentales creadas para la dirección del desarrollo urbano en el país; ejemplos de estas son el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, la Dirección de Urbanismo, entre otras que son examinadas en esta sección del tercer capítulo.

Los autores son conscientes de cómo el trabajo realizado por todas estas instituciones debe llevarse a cabo de una manera proyectada por medio de lo que aquí se va a llamar una “*coordinación interadministrativa*” que permita armonía entre lo establecido por cada uno de estos entes, para así evitar la contradicción entre ellas.

Una vez establecido esto, una última sección de este tercer capítulo versa sobre las herramientas o formas jurídicas con que cuenta el ordenamiento jurídico costarricense para limitar precisamente esas potestades de planificación urbana con las que cuenta el Estado.

Ahí se investiga cuál es el control judicial de la Administración con el que cuenta el administrado para hacer válidos sus derechos ante resultados dañosos provocados, sean por conducta normal o anormal, lícita o ilícita, de la Administración Pública.

Se ve cómo esto lleva al régimen de responsabilidad de la Administración por la utilización del subsuelo, lo cual constituye el más claro límite a esas potestades de imperio; la posibilidad de que sus actos sean valorados por un distinto Poder de la República debe ser estudiado aquí como el complemento necesario para esa atribución de poderío al Estado en la planificación urbanística.

Ya en este punto, se han desarrollado en los primeros tres capítulos los temas que rodean la configuración del régimen jurídico del subsuelo en el campo urbanístico. Ese estudio es suficiente para arribar de manera concreta al tema que compete a estos investigadores.

Por lo tanto, en el cuarto y último capítulo de esta investigación, se establecen los lineamientos y características propias del subsuelo. Para ello se realiza una conceptualización del espacio subterráneo, que permita definir sus alcances, para de esa manera dejar establecido qué se entiende por subsuelo así como cuáles son sus principales características.

El abordaje de la disponibilidad del subsuelo debe comenzar por esta definición conceptual, para así pasar a una segunda sección de este capítulo en la cual se ahonde sobre las posibles teorías de utilización del subsuelo en el campo urbanístico, las cuales deben armonizar con el concepto que se establezca en esta investigación.

En esta parte se ve como para conocer a profundidad cuáles son esas posibles teorías de utilización del subsuelo, hay que estudiar lo que se entiende por la titularidad del subsuelo y cuáles son las posibilidades de encontrar distintas propiedades dentro del mismo espacio subterráneo.

De igual manera, el tema de las servidumbres y su aporte como instituto jurídico que ha colaborado en la consecución de fines públicos por medio de la

utilización de fincas privadas a quienes utiliza de “sirviente” para el desarrollo de obras comunes, es otro de los puntos analizados en este capítulo.

A su vez, las limitaciones existentes aplicables a este espacio especial de terrenos es parte fundamental de este capítulo. Para ese momento, ya se ha visto cómo el derecho de propiedad se ve afectado por las múltiples limitaciones, de tal forma que se está en la capacidad de encontrar las limitaciones que sean aplicables directamente al subsuelo.

Como otro de los puntos que deben ser expuestos en este último capítulo, se tiene la teoría del interés disponible; esta, como tal, es un argumento doctrinario que permite distinguir entre los criterios que pretendan solucionar el tema de la disponibilidad del subsuelo y en cuáles casos podrá en definitiva el sujeto privado hacer uso de estos espacios.

Para una mayor seguridad jurídica, todo este análisis debe ser confrontado con otros regímenes del subsuelo para así, una vez esgrimidas las respectivas críticas, sea posible a los autores de esta investigación, aportar propuestas que permitan el establecimiento de este régimen jurídico del subsuelo costarricense. Estos puntos de referencia son aportados por el Derecho Comparado.

Una tercera sección del último capítulo de este estudio abarca determinados ordenamientos jurídicos internacionales que regulan el subsuelo; en ese sentido, países como Chile, Colombia y España son parte del análisis. De estos se pretende extraer los rasgos más actuales que regulan el espacio subterráneo alrededor del mundo, para de esa manera enriquecer las propuestas y recomendaciones que afiancen esta investigación.

Una cuarta sección del último capítulo de esta tesis de grado lleva la denominación de “El régimen preferente del subsuelo en Costa Rica”. En ese momento de la investigación se realiza un abordaje alrededor de las distintas

normas que tratan de alguna u otra manera el tema del subsuelo. Se ve cómo estas se encuentran dispersas en el ordenamiento. Se inicia por el principio, el análisis de la Constitución Política, para luego hacer referencia a normas tales como el Código Civil, el Código de Minería, la Ley de Hidrocarburos, la Ley de Aguas, entre muchas otras que componen lo que se ha llamado como el régimen preferente del subsuelo en virtud de su especialidad.

Finalmente, en una última sección del referido capítulo, se investiga cuál ha sido la experiencia de Costa Rica con respecto al uso y explotación del subsuelo, lo cual, por supuesto, incluye el análisis del Proyecto Hidroeléctrico Toro 3 y la sentencia que resolvió las pretensiones de los accionantes en ese caso.

Con este acercamiento al régimen jurídico del subsuelo, se pretende llegar a propuestas y conclusiones que puedan ser llevadas a su materialización en Costa Rica, para de esa manera contribuir al afán de contar algún día con un planeamiento urbanístico que sea digno de reconocimiento a nivel internacional.

I. El derecho de propiedad

El derecho de propiedad ha sido, desde sus orígenes, uno de los más influenciados por las circunstancias históricas y sociales de cada país¹⁸. Tal el caso de Francia, a partir de la Revolución, con la toma de la Bastilla en 1789; o bien, en Costa Rica, con la reforma de la Ley 3670 del 22 de marzo de 1966 que, entre otras reformas, adiciona un párrafo al artículo 265 del Código Civil; esto, debido a encontrarse el país en la necesidad de regular una nueva forma del derecho de propiedad que recién surgía.

Un suceso más notorio que el otro; sin embargo, lo relevante es que en el caso de la Ley de Propiedad Horizontal en Costa Rica, esta provocó la reforma expresa de más de cinco artículos del Código Civil, entre estos el mismo 505 referente a la accesión, el cual es analizado posteriormente.

Incluso, la situación con respecto a esta nueva tendencia o transformación del derecho de propiedad en *pisos, departamentos o locales*, introducida por la Ley 3670, se vio en la necesidad de ser reformada de nuevo el 28 de octubre de 1999, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 7933 Reguladora de la Propiedad en Condominio, que derogó la totalidad de la anterior.

Otro ejemplo del constante cambio del derecho de propiedad es el “*régimen preferente*” o privilegiado que se otorga cuando se trata de aguas, minas (mediante Código de Minería ley 6797 del 3 de diciembre de 1984) y otra serie de circunstancias que veremos posteriormente.

Cuando se habla de esta clase de bienes, se está ante un fuero especial que les asigna la capacidad de contar con un trato personalizado, en virtud, por

¹⁸ Véase al respecto “Las limitaciones a la propiedad en nuestra historia constitucional” por Dr. J. Luis Arias. En Revista de Ciencias Jurídicas Nº 15 de junio de 1970, Director Lic. Eduardo Ortiz Ortiz. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Página 335.

supuesto, del interés público que recae sobre aquellos en la sociedad moderna caracterizada por el urbanismo.

Estos son solo algunos de los ejemplos que demuestran cómo ha evolucionado la interpretación de la propiedad en distintas partes de Derecho Civil costarricense.

A partir de estos casos, se tiene conciencia de que es necesario tomar en cuenta esa parte histórica de la propiedad para lograr entender mejor su naturaleza. Esa *“gran sensibilidad de mutación que tiene la propiedad ante las condiciones históricas”*¹⁹ como lúcidamente lo señala el Dr. Zeledón, ha permitido que su normativa se perfeccione a través del tiempo. Bien lo indica el autor citado, cuando señala que la propiedad existe desde los orígenes de la sociedad misma, lo cual ha permitido ir sumando situaciones y circunstancias especiales que, formando parte del derecho de propiedad, necesitan una regulación dedicada exclusivamente a ellas. Razón por la cual, en definitiva, se deben tomar en cuenta las distintas formas de propiedad existentes en esta sociedad moderna.

Esta situación se evidencia en la actualidad mediante una constante dinámica con respecto a este derecho, lo cual le permite regular de manera específica los nuevos elementos que han surgido con el paso del tiempo.

Es necesario comentar que los primeros pasos que se dieron en el reconocimiento del derecho de propiedad fueron desarrollados con el inicio de la sociedad misma, donde comenzó a surgir un concepto colectivo de la propiedad en los tiempos primitivos.

¹⁹ Dr. Ricardo Zeledón Zeledón. “En busca de un nuevo concepto de propiedad”. Relación presentada al COLOQUIO SOBRE LA PROPIEDAD (San José, 14-17 de octubre de 1980) organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, El Colegio de Abogados y La Corte Suprema de Justicia. Artículo publicado por la Revista Judicial N° 22, Año VI, de julio de 1982. Página 49”

Luego, está el aporte de los romanos, quienes con su derecho común de alguna manera lograron establecer lo que ellos mismos llamaron "*la propiedad familiar*", la cual era responsabilidad del pater familias; él era, para ponerlo en términos actuales, el titular propietario de ese derecho. Debía utilizarlo para el cuidado de su familia, sus bestias y de la misma tierra.

Una vez establecido este instituto en el Derecho Romano no fue sino con el *Code Civil* de Napoleón donde se comenzó a hablar por primera vez de "*Propiedad privada*". Tanto es así que en palabras del Dr. Zeledón, en ese momento "*es así como separándose del ancien régime la propiedad se convierte en un derecho absoluto*"²⁰.

Por lo visto en la doctrina mayoritaria, este *Code Civil* ligó o unió de manera primigenia la propiedad con la persona humana y así se comenzó a gestarse una ola de pensadores que para el año de 1790, catalogaban el derecho de propiedad como uno natural, anterior incluso al Estado mismo. Esto, en virtud de los principios de autonomía de la voluntad, inviolabilidad de la propiedad privada y demás que se gestaron a partir de la Revolución Francesa.

El Código mencionado lo estableció dentro de sus normas como un derecho absoluto. Y es necesario decirlo así, porque en sus orígenes el derecho de propiedad en realidad lo era. Para aquel entonces no se tomaron en cuenta la cantidad innumerable de limitaciones que lo restringen en los días actuales.

Esto fue así debido a que para este *Code Civil*, la autonomía de la voluntad y la ley son puestas en alto, en un pedestal, de manera que la propiedad se encuentra en un plano casi sacramental, donde los legados de la Revolución

²⁰ Dr. Ricardo Zeledón Zeledón. "En busca de un nuevo concepto de propiedad". Relación presentada al COLOQUIO SOBRE LA PROPIEDAD (San José, 14-17 de octubre de 1980) organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, El Colegio de Abogados y La Corte Suprema de Justicia. Artículo publicado por la Revista Judicial N° 22, Año VI, de julio de 1982. Página 52.

Francesa le permitieron convertirse en uno de los derechos mejor consagrados en el ordenamiento, tal como se señaló anteriormente.

En virtud de que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano votada el 26 de agosto de 1789 formó parte del preámbulo de la Constitución Francesa de 1791, y de que esta fue traída al país, cabe recalcar lo que bien expresa el Dr. Arias cuando señala que esta declaración comprende *“sobre todo y fundamentalmente, en la primera categoría de enunciados el establecimiento con grado preferente, del derecho de propiedad, con el carácter de absoluto, inviolable y sagrado, además de inherente a la naturaleza misma del hombre”*²¹. De manera que se otorgaba a este derecho el carácter de natural, por medio de lo cual se consolidaba su reconocimiento y delimitación por parte de todos los propietarios al ser atributo que le pertenece, por el simple hecho de ser persona.

Para ese entonces, se tenía este como inviolable debido a que era un derecho atribuido a la persona por su carácter de tal; por el hecho de ser persona se le otorgaba la facultad de disponer de todas aquellos atributos que pone a su disposición el ejercicio del derecho de propiedad privado, razón por la cual una institución creada con posterioridad como lo es El Estado, no podía en virtud de lo dicho, imponer limitaciones sobre aquella.

Sin embargo, esta teoría fue perdiendo credibilidad con el paso del tiempo. Debido a que, en pocas palabras, tal como lo dijo el Dr. Zeledón *“constituye un error histórico inconmensurable el aceptar que la propiedad privada es un derecho natural, por el contrario, ésta se ha perfilado a través de la historia hasta llegar a ser lo que actualmente es, de ahí que como fenómeno histórico no es originaria”*²².

²¹ Las limitaciones a la propiedad en nuestra historia constitucional” Dr. J. Luis Arias. En revista de ciencias jurídicas Nº 15 de junio de 1970, Director Lic. Eduardo Ortiz Ortiz. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Página 337.

²² Dr. Ricardo Zeledón Zeledón. En busca de un nuevo concepto de propiedad. Relación presentada al COLOQUIO SOBRE LA PROPIEDAD (San José, 14-17 de octubre de 1980) organizado por la Facultad de

No es sino con la presencia de un órgano superior, con la capacidad y el poder coercitivo suficiente, que se obligó a todos respetar la propiedad del vecino. El Estado como tal es quien nos proporciona la posibilidad de garantizar el respeto del derecho de propiedad privada ante el resto de la comunidad. De manera que, no sería un derecho natural, en vista de que en las sociedades antiguas anteriores, a la que se conoce hoy como propiedad privada, no contaba con la necesidad de someterse al derecho positivo para poder desarrollar sus actividades con plenitud.

Pero es en la época moderna, cuando se convierte en necesaria la regulación de la propiedad privada. Pero tal como lo señala el profesor Zeledón, de una manera no originaria sino derivada, debido a que no surgió de la manera como la se le conoce hoy; la propiedad se ha visto inmersa en una serie de desarrollos históricos que han mutado su naturaleza.

Realizadas estas salvedades, se es consciente que para el tiempo actual, el derecho de propiedad incluye una serie de prerrogativas que no siempre estuvieron presentes para proteger el derecho de los propietarios.

Porque de nada serviría esa construcción histórico-jurídica tan significativa que se ha venido señalando, si no existiesen los medios para hacerlo efectivo, para materializar el derecho en el plano físico.

Es así como en la actualidad se encuentran autores tales como Carceller Fernández, quienes señalan cómo se han ido incorporando a la propiedad urbanística inmobiliaria nuevos elementos que deben coexistir junto con esta. Elementos que sin lugar a dudas hacen más amplio el concepto, permiten su adaptación a la época moderna en vista de que no se puede seguir considerando

solamente con los atributos establecidos en el Código Civil. Dentro de estos, se encuentran los siguientes derechos y facultades urbanísticas que cubren al sujeto privado:

a.- A urbanizar: entendida como la facultad de dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras fijados en el planeamiento o, en su defecto, en la legislación urbanística, para que adquiera las condiciones que ahí se establece. Y por otro lado, entendida como la facultad de contar con un margen de libertad para que el propietario pueda disponer de su inmueble como mejor le convenga.

b.- Al aprovechamiento urbanístico: visto como aquella atribución efectiva del propietario que lo sujeta a una actuación urbanística que recae sobre los usos y utilidades que producen sus bienes o propiedades, los cuales son susceptibles de apropiación privada y, en algunos casos, generadores de riqueza como el caso de los frutos.

c.- A edificar: facultad de materializar el aprovechamiento urbanístico correspondiente. En el país existen normas generales que se encargan de regular la manera en cómo se llevan a cabo los proyectos inmobiliarios. Por ejemplo La Ley de Planificación Urbana N° 4240 del 15 de noviembre de 1968, Ley de Construcciones N° 833 del 2 de noviembre de 1949; y de manera particular existen -tal como será analizado más adelante- los planes reguladores municipales que se encargan de dictar sus propias normas aplicables a los residentes en los respectivos cantones de la república. De manera que en Costa Rica, y en la mayoría de la doctrina consultada, debe existir una relación jerárquica de normas bien demarcada donde no se redacten planes reguladores que vayan en contra de lo dispuesto por leyes como la 4240 o la 833.

d.- A la edificación: vista como aquella facultad de incorporar al patrimonio privado la edificación ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística aplicable²³.

Elementos como estos han ido formando parte del concepto de la propiedad desde el surgimiento de los grandes centros urbanos alrededor del mundo, en los cuales los propietarios se ven en la obligación de reconocer facultades que, por diferentes razones políticas y económicas, antes no se tomaban en cuenta, pero que sí debe hacerse en la actualidad, de acuerdo con los distintos órganos a cargo de la planificación urbana. Por ejemplo, con el surgimiento de la propiedad en horizontal en la edad media, en Francia, nace esta como figura autónoma y con caracteres definidos, debido al crecimiento de la población, el alto costo de los terrenos, la inseguridad, entre otros ello es una prueba de que el derecho de propiedad ha sufrido una serie de mutaciones.

Esas facultades o derechos urbanísticos se pueden clasificar en dos grupos principales. El derecho a urbanizar, entendido este como una potestad que debe ir de la mano con la planificación; es el ejercicio de la edificación por medio de un plan que le permita a todos los propietarios el desarrollo de su infraestructura, acorde con las ordenanzas a nivel cantonal con respecto al aprovechamiento del suelo.

Y por otro lado, pero en relación directa con el derecho a urbanizar, se encuentra la edificación. Se afirma que ambas facultades se encuentran en relación directa, por lo que no es posible una sin la otra; la posibilidad de que los propietarios edifiquen en sus propiedades, es algo previo todo instituto capaz de albergar y mesurar las posibilidades de explotación de esas propiedades urbanísticas. Y así se manifiesta por medio de las instituciones gubernamentales

²³ "Ver al respecto: Introducción al Derecho Urbanístico, Antonio Carceller Fernández, segunda edición. Editorial Tecnos, 1993. Madrid, España. Página 63.

creadas a efecto, como por ejemplo las municipalidades, el INVU, y otras que son analizadas más adelante.

Históricamente, el derecho de propiedad se manifestó en sus primeras épocas como un sistema comunitario, donde todos hacían uso de los bienes de manera común, sin distinciones con respecto a los límites en el ejercicio de este. Para luego pasar a nuevos modelos de propiedad que han venido desarrollándose con la civilización, entre ellos la propiedad en condominio.

Para los días presentes, y visto el estado de la cuestión anterior, esta teoría de la propiedad ilimitada se encuentra superada por aquella que deja de considerar al derecho de propiedad como un derecho natural.

Ahora se ha definido como derecho positivo de raigambre constitucional. Es evidente que, tal como se ha demostrado páginas atrás, este derecho se ha ido constituyendo a través de la historia, por lo que no surgió de manera natural y espontánea.

Son el hombre y el Estado quienes han afinado su contenido por medio de los distintos cambios sociales y económicos. Razón por la cual, hoy se adquiere como un derecho sujeto a las modificaciones que la sociedad le imponga y no como uno natural, inamovible y estático.

El hecho de que la propiedad ya no es considerada como un derecho de índole natural, es una de las muestras de que tal condición ha sido uno de los más influenciados por las vicisitudes de la historia, tal como se afirmó al inicio de esta sección. Y ella sigue cambiando en búsqueda de la mejor adaptación a los tiempos que se le presentan.

A pesar de la existencia de toda esta evolución del derecho de propiedad y, teniendo los órganos administrativos la responsabilidad de establecer o al menos

limitar el concepto de propiedad, es imperativo señalar que, para efectos de esta tesis, la propiedad urbana es la sometida a estudio en este trabajo.

Esta propiedad urbanística toma en cuenta, por supuesto, algunas características esgrimidas por la Sala Constitucional que sirven para clarificar el asunto, tales como: “...*propiedad delimitada, sometida a un destino determinado definido en un plan regulador o reglamento de zonificación, de uso restrictivo y a veces obligatorio, con un rol particular, y es de carácter formal, ya que no basta el título de propiedad para ejercer los atributos del derecho, sino que es necesario que su contenido se precise, según el uso permitido en un plan regulador o de zonificación*”²⁴, entre otras importantes referencias que examinan aquí.

Una primera lectura del voto de la Sala al que se refiere la cita anterior, da una impresión de que estas características de la propiedad urbanística, de alguna manera parecieran ser más restricciones que atribuciones. Sin embargo, esto no es posible afirmarlo si no se toman en cuenta los demás conceptos que se han manifestado con respecto al tema.

La Sala señala características puntuales relacionadas con la finalidad de la propiedad y establece el plan regulador como la figura jurídica por la cual se regulan las disposiciones urbanísticas. Una y otra se necesitan para lograr controlar el planeamiento; no se puede dejar totalmente a la autonomía de la voluntad, la decisión sobre regulaciones urbanísticas en casos donde se ha establecido, previamente, una línea de planificación acorde con las circunstancias de cada cantón.

En términos generales se puede afirmar que el derecho de propiedad es un poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata, sobre una cosa o derecho para aprovecharlo totalmente, tanto en sentido material como

²⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.- San José, a las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis. Expediente número. 0282-E-92 Voto No. 4205-96.

jurídico; es oponible este poder a un sujeto pasivo universal, en virtud de una relación de respeto que se origina entre el titular y dicho tercero.

Este afanoso intento de conceptualizar el derecho de propiedad es sometido a crítica en las páginas siguientes para posteriormente relacionarlo con el subsuelo urbano.

Se considera que habrá que tomar en cuenta, puntos de vista como los del antiguo magistrado de la Sala Constitucional, Eduardo Sancho González, quien de manera sutil logra apreciar que:

No es posible hablar de un concepto único y absoluto del derecho de propiedad, sino, como lo ha hecho la doctrina tradicional, de diversos modos como se manifiesta el derecho de propiedad, como por ejemplo, propiedad intelectual, propiedad urbana, forestal, etc; pero, además, porque la definición o delimitación jurídica del derecho de propiedad no puede ser rígida, ni absoluta, sino que varía en función de los valores históricos imperantes en la realidad social²⁵

Este trabajo se adhiere de manera expresa a las tesis presentes en la doctrina como la del magistrado Sancho González, es decir, aquellas que consideran la configuración de un concepto absoluto del derecho de propiedad, como algo a lo que se puede aspirar, mas no alcanzable en su totalidad.

Esto no solo para el derecho de propiedad, sino para la totalidad del ordenamiento jurídico. El hermetismo del Derecho ha sido tratado ampliamente por la doctrina a nivel mundial, y la posibilidad de lograrlo no va más allá de un

²⁵ Eduardo Sancho González .“El fundamento constitucional del derecho de propiedad”. Artículo parte del libro “Temas claves de la Constitución Política, homenaje al Doctor Carlos José Gutiérrez Gutiérrez”, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 1999. Pág. 441.

ambicioso intento de alcanzar una seguridad jurídica plena, rígida, cierta, calculable y capaz de eliminar la totalidad de los vacíos en el ordenamiento²⁶.

A lo anterior hay que sumarle las vicisitudes que impone el lenguaje para lograr llegar a un acuerdo sobre la clase de propiedad a la que se quiere hacer mención. Esta barrera pretende ser superarla por medio de la delimitación del concepto de manera tal que sea posible su análisis pormenorizado, para así posteriormente relacionarlo con el subsuelo urbano y su régimen jurídico.

Sobre la indeterminación de los conceptos y su necesidad de ser complementados por la Ley y la Jurisprudencia, autores como don Ernesto Jinesta han sido contestes al respecto. Este autor, con respecto al artículo 169 de la Constitución manifestó en una oportunidad que:

La Constitución Política utiliza el artículo 169 el concepto jurídico indeterminado de administración de los intereses y servicios locales para deslindar la esfera de competencias estrictamente municipales o locales de las regionales y las nacionales.

Como concepto jurídico indeterminado debe ser concretado por la ley y la jurisprudencia constitucional o de casación para acotar un margen de apreciación positiva y negativa y así evitar un halo de incertidumbre en su interpretación²⁷.

Cualquiera que fuere lo concluido aquí sobre el concepto del derecho de propiedad, lo cierto es que existe una característica del hombre que lo lleva a pretender ponerle límites a todas sus actividades.

²⁶ Al respecto es imperativo consultar "Axiología Jurídica Fundamental, Bases de Valoración en el Discurso Jurídico", Enrique Pedro Haba Müller. Editorial UCR, San José Costa Rica. 2007. Página de la 177 a la 192.

²⁷ Ernesto Jinesta "Planificación urbanística local en la jurisprudencia constitucional." Costa Rica 1.ª Ponencia Presentada en el Congreso Internacional de Derecho Urbanístico Organizado por Universidad de Guadalajara, IJ UNAM y AIDA 15,16 y 17 mayo 2008. Página 1.

El establecer hasta dónde alcanza el derecho de propiedad es un tema que se debemos aclarar. En tanto no se logre establecer ese trazo que escinda hasta dónde llega este derecho real, o si por el contrario es un derecho real pero limitado, deberá sujetarse a lo que dispongan las autoridades competentes en el tema; no hay la fundamentación fáctica necesaria para llegar a conclusiones precisas sobre la disponibilidad del subsuelo.

A. El derecho de propiedad en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

La Constitución Política de Costa Rica contiene entre sus normas el artículo 45, donde se establece el principal lineamiento con respecto al derecho de propiedad.

Entre otras cosas este establece que la facultad de imponer limitaciones al derecho de propiedad es exclusiva de la ley; ningún instrumento jurídico inferior puede crear algún tipo de restricción a este derecho.

Generalmente se ha aceptado que para que sean válidas estas limitaciones a los derechos fundamentales, ellas deben estar contenidas en la propia Constitución, o bien, en su defecto, esta deberá autorizar al legislador para que imponga las condiciones determinadas bajo las cuales se apliquen las limitaciones.

Razón por la cual la ley, por atribución constitucional puede ejercer su función limitadora, de manera que determine el contenido y alcances del derecho de propiedad. Y de esa manera encontrar su límite cuando se está ante la supresión de sus elementos esenciales.

En vista de lo anterior, es importante señalar que la evolución del derecho de propiedad no ha pasado inadvertido por nuestro ordenamiento jurídico; este ha seguido muy de cerca su mutación a través de los años.

De esta situación no escapa nuestra Sala Constitucional, la cual a partir de su creación en 1989 por medio de la Ley número 7128 del 18 de agosto, que reformó los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política, ha tratado el tema en diferentes oportunidades.

En esta sección se analizan los votos más notables de la Sala con respecto al derecho de propiedad. De ellos se extraen conclusiones que pueden ser usadas como punto de referencia para construir un concepto sólido sobre dicho derecho.

El primero y más importante de ellos, es el voto número 4205 de 1996²⁸, en el cual se encuentran referencias de fundamental trascendencia para conocer qué es el derecho de propiedad y eventualmente, en caso de existir un interés público, cuáles pueden ser sus limitaciones.

En esta oportunidad, la Sala conoce una acción de inconstitucionalidad que pretende derogar los artículos II. 3 y II. 3. 2 del Capítulo II del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamiento y Urbanizaciones, aprobado por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo; ello, en virtud de que según los accionantes, estos artículos van en contra del artículo 45 constitucional al establecer limitaciones a la propiedad por reglamento y no por Ley.

²⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis Expediente No. 0282-E-92. Voto número 4205-96, considerando III.

Ante ello, el representante del INVU, para ese entonces el Licenciado Pablo Casafont Odor argumenta que prevalece lo dispuesto en los artículos 15 de la Ley de Planificación Urbana y el 169 constitucional. Afirma que son las propias municipalidades las que tienen autoridad y competencia respecto de los planes reguladores y la planificación urbana local. Y que por lo tanto, se encuentran estas en la capacidad de imponer limitaciones de carácter urbanístico, tales como el tamaño de los lotes, áreas de retiro, ancho de aceras, altura de las edificaciones, entre otras.

En esta oportunidad, La Sala en su considerando realiza un análisis de la propiedad y su capacidad de soportar limitaciones. Sin embargo deja muy claro que:

No obstante que los derechos fundamentales pueden estar sujetos a determinadas restricciones, éstas resultan legítimas únicamente cuando son necesarias para hacer posible la vigencia de los valores democráticos y constitucionales, por lo que además de "necesaria", "útil", "razonable" u "oportuna", la restricción debe implicar la existencia de una necesidad social imperiosa que la sustente.

Desde hace mucho tiempo atrás se ha venido siguiendo una misma línea de razonamiento cuando al derecho de propiedad se trata. Términos como los de esta cita: "...*útil, razonable, oportuno, necesario, proporcional*", saltan a la vista cuando se hace referencia a limitaciones al derecho de propiedad.

Y es que su pasado como derecho natural y absoluto aún encuentra resabios en el ordenamiento jurídico costarricense, que lo protegen ante cualquier limitación que pretenda vaciar su contenido como derecho real de raigambre constitucional.

Razón por la cual, se puede resumir en dos puntos fundamentales lo expresado por la Sala.

En primer término, para imponer limitaciones válidas al derecho de propiedad es necesario establecer claramente lo que significan los conceptos recién mencionados en el párrafo anterior; y en segundo término, habrá que tomar en cuenta lo que la función y necesidad social ordene como valor imperioso y que se impone, fuerte, e ineludible frente a todos los demás que se involucran en esta oportunidad.

No cabe duda de que cada concepto y sus alcances irán siendo perfeccionados a través de la jurisprudencia; términos como útil o razonable son indefinidos y es imperativo el análisis casuístico de cada uno.

Siguiendo con este tema del contenido esencial del derecho de propiedad y su ámbito interno, la Sala indica en el voto de cita que *“no caben las restricciones o límites que hagan impracticable su ejercicio, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección”*. Es claro como la legitimidad de las restricciones al derecho de propiedad encuentra su marco regulatorio en tanto no sea vaciado de contenido.

Asimismo, afirma la Sala que no encontrará lugar la indemnización por las limitaciones que le permiten al propietario continuar con el ejercicio de sus potestades de *domino*. Limitaciones meramente urbanísticas como *parcelar, reparcelar, vender, edificar, conservar, cercar, permisos de construcción, altura de fachadas, retiros, estacionamiento de vehículos, permisos de habitabilidad, áreas de parcelas*, entre otras, se realizan en beneficio de la totalidad de la comunidad.

Por lo cual no son indemnizables, en virtud de que el derecho en sí no pierde su peculiaridad; es decir, no por dichas limitaciones se puede afirmar que

se dificulta su ejercicio de manera considerable; no se estiman como limitaciones que vayan más allá de lo razonable.

Por otro lado, pero siguiendo en el análisis del mismo voto 4205 de 1996, la Sala proporciona criterios para lo que será la configuración del concepto de propiedad urbanística, la cual es parte del desarrollo de esta investigación.

Al respecto indicó que:

La propiedad urbana está sujeta a una serie de características, por ejemplo: 1.- es una propiedad delimitada; 2.- está sometida a un destino determinado, definido en un plan regulador o reglamento de zonificación, fin que no es cambiable por el propietario, sino que es limitable y regulado por las autoridades respectivas-gobiernos locales, en primera instancia-; 3.- el uso de la propiedad es restrictivo y a veces obligatorio; 4.- la propiedad desempeña un rol particular, inclusive de carácter temporal, por cuanto se mueve dentro de la vigencia de un plan regulador, por lo que siendo el plan modificable por la autoridad, los usos de la propiedad podrían también ser cambiados; 5.- en este sentido, las limitaciones impuestas a la propiedad por un plan regulador deben entenderse como limitaciones lícitas; 6.- La afectación a la propiedad tiene el carácter de “limitación”, es decir, la propiedad sometida a una serie de restricciones y obligaciones, cuyo fin es el de contribuir al bienestar colectivo, y por ende, a su propio provecho; entiéndase que las mismas no pueden ser de tal naturaleza que impliquen la extinción o limitación insoportable que vacíe de contenido el derecho de propiedad, por cuanto implicarían una expropiación encubierta, debiendo en consecuencia ser indemnizada: 7.-en caso de hacer prácticamente nulo el derecho de propiedad, convierte al caso particular en una situación de expropiación y de esta forma, la expropiación se convierte en una figura consustancial al régimen de

propiedad urbana, debido a que es uno de los medios de ejecución del urbanismo por los entes públicos; además, es posible la “cesión gratuita” de parte de la propiedad por razones de urbanismo con motivo de desarrollos urbanísticos para vías de comunicación, áreas verdes y zonas educativas; y 8.-es de carácter formal, ya que no basta el título de propiedad para ejercer los atributos del derecho, sino que es necesario que su contenido se precise, según el uso permitido en un plan regulador o de zonificación.

Con estas características, la Sala brinda los puntos en los cuales se basa el derecho costarricense; en virtud ellos, se define aquí la propiedad urbana.

Primeramente y con respecto a la propiedad delimitada, se debe afirmar junto con la Sala que, efectivamente, la propiedad en la ciudad encuentra límites a su extensión, de manera que se encuentra previamente determinada la extensión de las propiedades por medio de los linderos y la medianería.

Con respecto al destino, se tiene que son las municipalidades en Costa Rica, las encargadas de determinar las zonas en las cuales se desarrolla uno u otro uso de suelo. Por medio del plan regulador, aquellas establecen los usos que se les puede dar a las propiedades ubicadas en cierto lugar. De manera que el propietario no puede edificar lo que quiera sin tomar en cuenta el fin que le dio el ente municipal a ese sector del cantón.

Incluso esto llega a tal punto que, y de conformidad con la tercera característica brindada por la Sala, se restringe el derecho de propiedad, a veces obligando al propietario solo al desarrollo de cierta actividad y de ninguna otra.

Por último, el hecho de que el título de propiedad no sea suficiente para hacer uso de la propiedad de manera plena, es una restricción que se impone

debido a la necesidad de una vida en comunidad, como consecuencia o *“producto del hecho mismo de formar parte de una colectividad”*.

Un tema tan importante como lo son los derechos fundamentales, necesita no solo de las leyes para su establecimiento y configuración, sino que incluso son normas infralegales, las que en última instancia definen el contenido del derecho de propiedad.

Razón por la cual, afirma la Sala que no basta con ser dueño, sino que a su vez, es imperativo someterse a las normas urbanísticas del sector en el cual se encuentra la propiedad. No será lo mismo una zona urbana a una rural, o bien una zona comercial a una habitacional. Dependiendo del establecimiento de uno u otro por parte de la municipalidad respectiva, así serán las distintas restricciones encontradas por parte de los propietarios.

A su vez, es de resaltar el reenvío que hace en este voto la Sala a la sentencia número 3550 de 1992²⁹. En este se establece una serie de parámetros a seguir por parte de dichas limitaciones, con el objetivo de no generar roces groseros con la Constitución Política. Así afirma la Sala que las limitaciones al derecho de propiedad deben:

- 1.- estar llamadas a satisfacer un interés público imperativo; 2.- para alcanzar ese interés público, deben escogerse entre varias opciones aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; 3.- la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese objetivo; 4.- La restricción debe ser imperiosa socialmente, y por ende excepcional.

²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 3550-92 de las 16:00 hrs. del 24 de noviembre de 1992.

A pesar de los sustanciales puntos a los que la Sala Constitucional hace referencia en esta sentencia, se es consciente de que en ella no se encuentra aquello a lo que pueda referirse como un concepto o aproximación de lo que la Sala entiende por el derecho de propiedad.

Razón por la cual, estos autores se han afanado a encontrar algún voto que facilite una aproximación de lo que la Sala entiende por este derecho. Se ha encontrado así, el voto n° 02162-2004 de las 12:22 horas del 27 de febrero.

En esta oportunidad se declara con lugar el recurso de amparo a favor de un sujeto de derecho privado. A este, la Municipalidad de Cartago le pretendía vaciar por completo su derecho de propiedad al imponerle una servidumbre, definida en seis metros de ancho como mínimo. Lo anterior en virtud de ser parte de un proyecto denominado en aquel entonces “El plan vial de Cartago”, mediante el cual se iba a afectar la propiedad de dicho dominus por el paso de una futura calle. Todo, mediante un dictamen de la Comisión de Urbanismo Municipal.

Ante lo cual la Sala se vio en la necesidad de analizar el tema de la propiedad, sus alcances y posibles limitaciones. En este caso en particular estima la Sala que se trata una restricción tan grosera que provoca el “congelamiento de la finca”. Al respecto indicó:

Doctrinariamente se ha definido el derecho de propiedad como aquel derecho de poseer exclusivamente una cosa, gozar y disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario. En nuestro Estado Democrático de Derecho, la Constitución Política en su artículo 45 establece que la propiedad es inviolable y que nadie podrá ser privado de la suya sino es por un interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley, de lo que se desprende que no se trata de un derecho absoluto. De ahí que

en asuntos similares a los que ahora nos ocupa ha dicho la Sala lo siguiente:

El congelamiento de una finca como acto de afectación de ésta a un proyecto de interés del Estado, es un acto de confiscación de la propiedad que ha ejercido el Estado sobre los bienes de determinados propietarios, y esa conducta del Estado ya esta Sala la ha considerado indebida, basado en el principio general de la igualdad ante las cargas públicas, que establece un equilibrio entre los ciudadanos para soportarlas, de manera que no solo uno tenga que tolerar mayores sacrificios que otro. El congelamiento de fincas, implica una carga mayor que la que soportan los demás ciudadanos, y un acto de afectación temporal en favor del Estado y desde luego un enriquecimiento ilícito de éste, en perjuicio del patrimonio del particular (...)”³⁰. (Sentencia 1139-98 de las 10:18 horas del 20 de febrero de 1998).

De resaltar es la mención que hace la Sala de cuestiones tan básicas del derecho de propiedad. Comienza señalando los atributos más evidentes con los que cuenta, la posibilidad de poseer, gozar y disponer del bien del cual se es propietario.

Asimismo, se establece el artículo 45 de la Constitución Política como el marco regulatorio, al instaurar la voluntad del propietario o la ley como los únicos con la capacidad de imponer limitaciones.

Y por supuesto, la mención a lo que podría configurarse como un *enriquecimiento ilícito* por parte de la Administración al no indemnizar las limitaciones que vacían de contenido el derecho de propiedad.

³⁰ Sala Constitucional del Corte Suprema de Justicia. San José, al ser las doce horas veintidós minutos del 27 de febrero del 2004. Voto número 2004-02162

Por otro lado, respecto a la obligación de indemnizar por parte de la administración al propietario que vea mermado su derecho de propiedad en virtud de un acto administrativo que es conforme a un fin público debidamente comprobado, la Sala ha intentado delimitar dicho supuesto, para que de alguna manera se encontrara un marco regulatorio que permita resolver todos los casos.

En tal sentido se han dictado votos, como el 06524-1998, mediante el cual se arribó a conclusiones básicas con respecto al deber de indemnizar a los propietarios, cuando procede dicho pago. En esta oportunidad la Sala estableció que:

En definitiva se trata, entonces, de limitaciones de interés social, impuestas para lograr un disfrute óptimo y armónico del derecho de propiedad de todos los habitantes del Área Metropolitana, y que en tesis de principio, no son de carácter expropiatorio, por cuanto no vulneran el contenido mínimo de ese derecho, definido como la facultad de disfrutar y usar el bien para provecho personal, en el caso de la propiedad privada, o para utilidad social, en el caso de la propiedad pública. Respecto a la obligación de indemnizar por parte del estado, por la imposición de limitaciones urbanísticas, tal y como se indicó supra, como ese procedimiento está constitucionalmente previsto, única y exclusivamente cuando se trata de suprimir (expropiar) la propiedad privada, o cuando este proceder administrativo, en razón de las limitaciones, implica vaciar el contenido del derecho de propiedad, resulta más que evidentemente que lo procedente es analizar en concreto la naturaleza y alcance de las limitaciones y el procedimiento seguido para su adopción, para definir si llenan los requisitos esenciales de la normativa urbanística y si así fuera, si ha sido adoptada por las municipalidad respectiva, conforme

con lo que ordena la Ley de Planificación Urbana y la jurisprudencia de esta Sala³¹ (subrayado no es del original).

Como se puede observar, existen determinados requisitos necesarios para dar pie a un proceso expropiatorio. En este caso el accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 3 y 4 del Decreto Ejecutivo número 25902-MIVAH-MP-MINAE, publicado en la Gaceta número 66 del siete de abril de 1997, por cuanto alega que los citados artículos son contrarios al derecho de propiedad privada, consagrado en el artículo 45 de la Constitución Política, en virtud de que no es posible que mediante la promulgación de un decreto ejecutivo se establezcan limitaciones a la propiedad; mucho menos si, como en este caso, no se prevé la indemnización correspondiente.

Se puede afirmar que el primero de los requisitos necesarios para expropiar sería la presencia de un interés social, bajo el cual se justifica la existencia de una necesidad imperante, que se encuentra por encima del derecho a la propiedad privada. En virtud de esta será que la Administración proceda a lograr balancear el interés de la colectividad con el del sujeto privado.

Ahora, respecto a la definición de ese “*contenido mínimo*” de derecho de propiedad, habrá que preguntarse por las posibilidades reales que le quedan al propietario sobre su propiedad, luego de ejecutado el acto administrativo expropiatorio.

El hecho de vulnerar o no ese contenido mínimo será directamente proporcional a las posibilidades de disfrute y explotación que le queden al propietario después del actuar de la administración.

³¹Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia. Sentencia N° 6524, a las dieciséis horas con treinta y tres minutos del dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y ocho

Llegados a un acuerdo con respecto a cuánto de esa capacidad de disfrute de su propiedad privada le quede al dueño del dominio, habrá que definir si esas limitaciones ameritan el pago expropiatorio o, si por el contrario, no son tan graves y por el contrario son capaces de ser soportadas sin recibir remuneración alguna a cambio.

Para esclarecer este punto, la Sala utiliza la frase subrayada supra, a saber, “*vaciar el contenido del derecho*”, con lo cual se han venido llenando por vía jurisprudencial los vacíos legales al respecto.

Se considera que esta forma de resolver es atinada, más no suficiente. Es recurrente la inclinación del Derecho al establecimiento de topes mínimos y máximos por medio de fórmulas lingüísticas que permitan el control de los diferentes casos que se le vayan a presentar. Y es que en realidad existen ocasiones en las cuales, definitivamente el Derecho no tiene otra opción.

El lograr vaciar el contenido del derecho es en definitiva un tope máximo, prisma bajo el cual se tomará un punto o criterio de partida para juzgar los casos que a conocimiento de la Judicatura arriben. Este permitirá definir controversias tan importantes como en qué casos procede la indemnización expropiatoria y en qué casos no.

Hecha esta salvedad, se pretende dejar claro que ese contenido mínimo del derecho no es más que la alusión o referencia al principio del interés social y al hecho de que no es posible el ejercicio irrestricto y abusivo del derecho de propiedad por encima del interés público.

A pesar de lo anterior, y en virtud de la investigación a que se avoca este trabajo, se interpreta ese “*vaciado de contenido*” como un gravamen sufrido como consecuencia de una restricción al derecho de tal magnitud que no le permita al propietario el ejercicio pleno de todas sus atributos como propietario, entre estos

los derechos de modificación, exclusión y defensa, explotación, obtención de frutos; los que, en caso de verse mermados, deberán necesariamente ser indemnizados, en tanto fueron restringidos por el acto administrativo.

B. Relativización del derecho de propiedad

El hecho de que en la actualidad, el derecho de propiedad sea considerado como sujeto de limitaciones y restricciones por razones de interés público, ha sido tema de estudio desde hace ya varios años. El mismo fue tratado incluso por la Sala Constitucional, la cual en una oportunidad manifestó que:

Esta Sala se ha manifestado sobre el carácter "relativo" del derecho de propiedad, en cuanto está sujeto a límites y restricciones de uno o varios de los atributos de la propiedad por razones urbanísticas; y en diversas sentencias ha confirmado la naturaleza de "interés social" de las reglas de urbanismo, impuestas conforme a lo ordenado por la propia Constitución Política³².

Ello pone en conocimiento del término "*relatividad*" y como este ha sido utilizado por la Sala en el mismo sentido que se pretende dar aquí al derecho de propiedad.

Esto, con el objetivo de hacer mención a esta tan contemporánea característica del citado derecho, la cual lo hace un sujeto acreedor de una serie de limitaciones que en ningún momento pueden ir en contra de su contenido esencial, tal como se señaló en páginas atrás. Lo anterior no es más que una de

³² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.- San José, a las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis. Expediente número. 0282-E-92 Voto No. 4205-96

las consecuencias del desarrollo histórico del cual fue objeto el derecho de propiedad.

Se puede repasar brevemente lo que ha sido esa evolución del derecho de propiedad en la historia constitucional, para así, establecer lo que llama la “relativización del derecho de propiedad.”

Con esto se quiere intentar introducir el carácter no absoluto en la época actual de este derecho, que a pesar de no ser nuevo en el ordenamiento, sigue presentado dificultades técnicas en su configuración.

Ha sido de esta manera como se han conocido las vicisitudes a las cuales ha estado sujeto el derecho de propiedad. Cronológicamente se puede establecer que en las constituciones de Costa Rica siempre se ha hecho mención de alguna u otra manera a este derecho. En qué tanto ha variado el criterio constitucional al referirse al tema es lo que en realidad concierne a esta tesis:

1.- En un primer momento, en el inicio de la historia constitucional costarricense, el derecho de propiedad aparece como un derecho natural. Esto fue así en tanto el artículo 2 del Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica, del primero de diciembre de 1821 expresaba lo siguiente: “La provincia reconoce y respeta la libertad civil, propiedad y demás derechos naturales y legítimos de toda persona y de cualquiera pueblo o nación”.

Con ello se conoce como a partir de esos años se encontraba presente el reconocimiento a la propiedad privada en Costa Rica. Siguiendo a la mayoría del derecho comparado, en el país era plenamente reconocido.

Solo que su naturaleza jurídica cambiaría con el paso de los años. Y esto se comprueba, al determinar hoy no se configura como el derecho natural que se estableció en 1821 con el Pacto Social Fundamental Interino.

Hubo un cambio en la manera de ver la propiedad privada, debido a las circunstancias a las que la sociedad se enfrentaba. En la medida y forma que estas se le presenten a la comunidad, así será su regulación a los diferentes institutos jurídicos. La raigambre histórica de liberación de la burguesía francesa evidentemente traería consigo una ideología proteccionista hacia el dominus, el cual venía siendo sometido a una serie de actos arbitrarios por parte de la monarquía absoluta de Luis XVI.

2.- Este mismo texto aparece de forma muy similar en el artículo 6 del Primer Estatuto Político del diecisiete de marzo de 1823, pero ahora como una clase de derecho que nace en virtud de la nacionalidad, y no como derecho natural. De manera particular dicha norma expresaba: “La provincia reconoce la libertad civil, la propiedad y los demás derechos de todos los individuos que la componen”.

Este Primer Estatuto Político viene a complementar una parte fundamental del derecho de propiedad para aquel entonces, entiéndase el estatus de ciudadano en pleno ejercicio de sus derechos.

Se cambia la frase “*toda persona*” para ahora alejarse un poco de esa concepción de derecho de propiedad como derecho natural y configurarlo como uno posterior a la creación del Estado.

Este se encarga de reconocerlo y protegerlo para todos los ciudadanos que se encuentran dentro de sus fronteras. Y esto es así debido a que es este artículo 6 el que expresamente señala que se reconoce el derecho a quienes componen la provincia y no a todas las personas por el simple hecho de ser individuo con capacidad jurídica.

Tomando en cuenta la redacción actual del derecho de propiedad constitucional, se podría afirmar que sería un acto discriminatorio por parte de la

Constitución no incluir a las personas con un estatus migratorio irregular, por decirlo de alguna manera, a quienes según este Estatuto Político no se les reconocería ni siquiera su libertad civil.

3.- Esa misma redacción se repitió en el Segundo Estatuto del 16 de mayo de 1823 y en la Constitución de la República Federal de Centroamérica del 22 de noviembre de 1824, así como en su texto reformado del 13 de febrero de 1835, que en el artículo 2 disponía que: “Es esencialmente soberano (se refiere al pueblo) y su primer objeto la conservación de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad.”

4.- Por otro lado es fundamental el aporte realizado por el artículo 175, que pasó a ser el 181 en la reforma de 1835, donde según criterio de esta tesis, se desarrolla la protección de la propiedad por primera vez, y de manera más amplia permite ir tejiendo las primeras referencias a la regulación del derecho de propiedad en Costa Rica. Este indicaba que:

“No podrán el Congreso, las Asambleas, ni las demás autoridades: ...

4.- Tomar la propiedad de ninguna persona, ni turbarle en el libre uso de sus bienes, sino en favor del público cuando lo exija una grave urgencia legalmente comprobada y garantizándose previamente la justa indemnización.

Le tomó a Costa Rica, cerca de 40 años después de los acontecimientos vividos en Francia, comenzar a emitir normas referentes a la protección y limitación del derecho de propiedad.

Así se intenta de manera global, abarcar en un artículo constitucional la mayoría de aspectos que rodean al derecho de propiedad y temas como la prohibición de perturbación, el fin público y la expropiación.

5.- Luego, para el año de 1825 con la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica, del 25 de enero, se establece en su artículo cuatro que:

Sus propiedades son inviolables (haciendo referencia a todos los costarricenses); pero el Estado puede exigir el sacrificio de alguna por razón de interés público legalmente comprobado indemnizándola previamente.

Es precisamente aquí donde a criterio de esta tesis, por primera vez se establece el marco regulatorio, al menos a nivel constitucional, del derecho de propiedad en el país. Es con esta Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica en 1825, cuando surge la posibilidad de limitar ese derecho, el cual hasta entonces venía gozando de un carácter absoluto.

La introducción de ese elemento excepcional que se conoce como interés público se hace presente en ese año para mantenerse vigente hasta la actualidad.

Nótese que incluso el mismo artículo menciona que la propiedad privada puede “*sacrificarse*” por razones de interés público, lo cual es una muestra de que el principio aún seguía siendo la hermética del derecho de propiedad, su carácter de absoluto; y la excepción sus limitantes cuando de intereses públicos se trate.

6.- Seguidamente para el año 1841, el 8 de marzo, la Ley de Bases y Garantías, en el gobierno de Braulio Carrillo Colima, en su artículo segundo, párrafo segundo, inciso de la misma numeración, disponía que:

Tienen derecho para que su propiedad no sea tomada, aun para usos públicos, sin que previamente se justifique necesidad o motivo de provecho común; y en esta caso, se les indemnice su valor, según el juicio de peritos, nombrados uno por el propietario y otro por la autoridad.

Esta legislación hace finas precisiones, como por ejemplo, el nombramiento de los peritos para determinar el valor de la propiedad. O bien la justificación que debe existir para lograr tomar la propiedad. Son ambos puntos tomados de referencia para la actual regulación del mencionado derecho.

7.- Seguidamente la Constitución Política del Estado de Costa Rica dispuso en su artículo primero el nueve de abril de 1844 que:

Todos los costarricenses nacen libres e independientes, y tienen ciertos derechos inalienables e imprescriptibles, y entre éstos se enumeran con más especialidad el de defender la vida y la reputación, el de propiedad, igualdad y libertad, y el de procurarse por cualquier medio honesto su bienestar.

Fue en esa misma Constitución, en sus artículos 13 y 14 donde se desarrolló un poco más el derecho de propiedad al expresar que:

Ningún poder podrá tomar la propiedad particular ni turbar absolutamente al propietario en el libre uso de sus bienes; sino es por una necesidad pública acreditada, y previa indemnización por un precio razonable convenido, o a tasación de peritos nombrados por las partes. Todos pueden libremente disponer de sus bienes, con tal de no emplearlos en objeto alguno contrario a la ley.

8.- Como se puede apreciar, ya para 1847 existían suficientes antecedentes de los cuales se podía desprender la mayoría de ideas concretas con respecto a lo que sería en la época actual, el derecho de propiedad. El 10 de febrero de ese año se reforma la Constitución de 1844 mencionada en el punto 7; el artículo primero incluye ahora nuevas definiciones y garantías que antes no se tomaban en cuenta.

Por ejemplo, la mención a la distinción de clases y condiciones entre las personas, la acertada diferenciación entre los derechos naturales y civiles y aún conserva el párrafo que habla sobre la necesidad pública a manera de garantía o portillo que le permite a la Administración Pública poder actuar en casos de interés público³³ de manera que el artículo 1 y 7 pasaron a expresar:

Los habitantes del Estado cualquiera que sea su clase y condición, tienen ciertos derechos naturales preexistentes a toda ley, inenagenables e imprescriptibles, como son: el de defender la vida, reputación, propiedad y otros derechos civiles que se enumeran: 1º el de ser considerados ante la ley según sus virtudes, cualquiera que sea su clase, estado y diferencia de fuerzas físicas y morales: 2º el de gozar y reclamar la libertad civil acordada por las leyes; y 3º el de procurar por cualquier medio honesto su bienestar.

Ninguna autoridad podrá tomar la propiedad particular, ni turbar absolutamente al propietario en el libre uso de sus bienes, sino es por una necesidad pública acreditada, y previa indemnización, por un precio razonable convenido o a tasación de peritos nombrados por las partes.

Esta misma Constitución fue reformada el 30 de noviembre de 1848, con lo cual pasó a ampliar este derecho en su artículo 112 al expresar:

A excepción de las contribuciones establecidas por la ley, ningún costarricense será privado de su propiedad sin su libre consentimiento; a menos que la necesidad pública, calificada tal con arreglo a la ley, así lo exija, previa indemnización de su justo valor determinado por peritos.

³³ Jinesta Lobo, Ernesto. Sobre el concepto de interés público: Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Primera edición. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2007.

9.- Por su parte, la Constitución Política del 27 de diciembre de 1859 expresaba en su artículo 25:

La propiedad es inviolable: a nadie puede privarse de la suya sino es por interés público legalmente comprobado, y previa indemnización a justa tasación de peritos nombrados por las partes, quienes no solo deben estimar el valor de la cosa que se tome, sino también el de los daños consiguientes que se acrediten.

Con ello se introducen conceptos novedosos como inviolables, término que prevalecerá durante los tiempos como criterio valioso que delimita la propiedad en el ejercicio de sus funciones.

10.- Para el año de 1869, la Constitución del 15 de abril mantuvo exactamente la misma redacción de su antecesora, pero se regulaba en el artículo 24 y agregó un párrafo que decía: “En caso de guerra no es indispensable que la indemnización sea previa”

Frase que le permite al Estado la posibilidad de prever la existencia de una guerra y las circunstancias que puede traer para el país. De manera que se incluye como resguardo del fin público, el cual en caso de verse en peligro podrá ser tutelado sin necesidad de indemnización previa. Sin que esto signifique, la no indemnización una vez transcurrido el evento o suceso excepcional de emergencia.

11.- En el año de 1871, específicamente el 7 de diciembre, se promulga una nueva Constitución Política que, a como era de esperarse, en virtud de la configuración que realizaron sus antecesores, mantuvo la misma norma de la Constitución de 1869, solamente que en esta se reguló en el artículo 29.

12.- Seguidamente se promulgó la Constitución Política del 8 de junio de 1917, la cual fue derogada por decreto ejecutivo del 3 de septiembre de 1917. Esta, en su artículo 15, complementó de manera significativa lo que se había venido estableciendo a través de historia constitucional del país. Dicho artículo dispone:

La propiedad es inviolable y nadie podrá ser privado de la suya sino en virtud de sentencia judicial, y por causa de utilidad pública legalmente declarada, previo pago del precio actual y de los daños y perjuicios consiguientes que se acrediten, todo según dictamen de peritos.

En caso de guerra o de revolución intestina y nada más que para atender la defensa nacional o al restablecimiento del orden público, podrá la autoridad administrativa decretar la necesidad de la expropiación sin indemnización previa. En estos casos, la propiedad inmueble podrá ser temporalmente ocupada, sólo por necesidades militares o para destinar sus productos al ejército. El Estado es siempre responsable por las expropiaciones que practique el Ejecutivo por sí o por medio de agentes suyos.

Ninguna ley podrá disponer que la propiedad particular pase a ser del Estado, en caso de que se le atribuya por su dueño un valor inexacto para efectos de tributación y de que el Estado, por sí o por medio de tercero, ofrezca tomarla por el avalúo y una bonificación cualquiera.

Las minas podrán denunciarse aun en terrenos de particulares, pero no podrá explotarse, ni se adjudicarán, sin haber sido pagado antes al dueño de la superficie el valor del terreno que hubiere de ser ocupado y los daños y perjuicios que se le ocasione, todo según disponga la autoridad y valoren peritos.

Sin embargo, como se ve de seguido, esta redacción resultó ser muy extensa para regular lo que a derecho de propiedad constitucional se trata; con

ello surgieron diferencias con respecto a su interpretación. Razón por la cual fue modificada por una versión más concreta.

Además, con esta Constitución se dedicaba un párrafo de más de 7 líneas en el cual se mencionan cuestiones de mera legalidad, por lo que la Constitución no se previó para regular esa parte del derecho de propiedad.

El aprovechamiento de la propiedad expropiada por parte del Estado con fines militares para destinar "*sus productos al ejército*", es una hipótesis de hecho que escapa de la regulación constitucional, la cual tiene como uno de sus principales fines la protección de los derechos fundamentales.

Estos autores creen que esa fue una de las razones por las cuales hoy se cuenta con un artículo 45 más concreto y resumido de lo que este fue.

13.- Finalmente, el precedente inmediato de la Constitución Política vigente fue la de 1871, la cual según las reformas introducidas por la Ley N° 24 del 2 de julio de 1943, señaló en su artículo 29 una fórmula similar a la publicada en 1859; sin embargo, denota una consistencia conceptual que resume los puntos fundamentales del derecho de propiedad, a saber su inviolabilidad, la mención al interés público, la indemnización ante supuestos de conmoción y, por supuesto, la función social.

Dicho artículo, después de 11 Constituciones finalmente señaló:

La propiedad es inviolable: a ninguno puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, y previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa.

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.

14.- La Constitución Política vigente en Costa Rica fue aprobada el 7 de noviembre de 1949 y remite a la fórmula de la Constitución anterior de 1871. a pesar de los intentos de la Junta Fundadora de la Segunda República por que se estableciera su propio proyecto de Constitución.

Transcribe lo establecido en esta y agrega un párrafo más que hace referencia a un plazo que, de alguna manera garantice que la indemnización en caso de conmoción se dará en menos de dos años. El artículo 45 constitucional vigente establece:

La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

Como se puede apreciar, existió un cambio en el criterio a partir de 1825 con la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica; es aquí donde por primera vez se redacta la Constitución Política de manera que incluya los mencionados puntos fundamentales del derecho de propiedad.

Antes de ese año lo que existía era un concepto absoluto del derecho; no se encontraba la sociedad en la necesidad de delegar la facultad urbanística al Estado.

Sin embargo, aspectos como el aumento de la población mundial y las relaciones vecinales, hacen ceder a la Ley y la Constitución. Ahora deben los propietarios sujetarse a las disposiciones que emita la Administración y esa evolución constitucional es prueba de ello.

C. La accesión

Con respecto al derecho de accesión hay varios temas que no deben dejar de tomar en cuenta.

El primero de ellos es el artículo 505 del Código Civil y su pretensión de reforma, junto con el análisis de los alcances del mismo.

El segundo consiste en la accesión como un modo de adquirir y los cuestionamientos sobre si es así o puede ser de otra manera.

Como tercer tema habría que definir el término *accesión* considerado en sí mismo, o bien al menos llegar a un acuerdo por lo que se entiende para efectos de este trabajo. Con ello se traen a colación referencias de los más notorios autores, quienes son sometidos a crítica.

Por otro lado y como punto cuarto, se debe relacionar todo lo anteriormente establecido con el subsuelo y sopesar la posibilidad real de extender por accesión la propiedad del suelo, a lo que se encuentra por debajo de él.

De esta manera se puede llegar a conclusiones certeras con respecto a la naturaleza jurídica de lo que se entiende por derecho de accesión y sus aplicaciones a la hipótesis de la presente investigación, para que así sea posible definir si se trata de una extensión del dominio, o bien, un modo de adquirir el dominio. O si por el contrario, se trata de una mezcla de ambos.

Examinando el Código Civil de Costa Rica, se nota como el derecho de accesión se encuentra en el artículo 505, ubicado nada menos que en el primer artículo del capítulo.

En esta norma se encuentra la principal referencia que viene a traer la controversia con respecto al tema del subsuelo, la cual pretende ser reformada por medio del Proyecto de Ley N° 17938.

Este derecho se considera por la doctrina mayoritaria como uno de los modos de adquirir el dominio en la legislación civil del país. En el artículo 484 se enumeran dichos modos de adquirir y, efectivamente, entre estos se encuentra la accesión. Entre estos modos de adquirir, se tienen:

a.- La ocupación, por la cual se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie y cuya adquisición no es prohibida por las leyes costarricenses.

b.- La accesión, que según la definición dada por el profesor Brenes Córdoba es un modo de adquirir por el cual el propietario de un bien, obtiene el dominio de lo que a él se une o incorpora. Conforme a derecho, la persona puede adquirir para sí misma, no sólo por ella misma, sino también por medio de sus bienes.

c.- El convenio, que de acuerdo con el artículo 480 del Código Civi señala:
“... La propiedad de muebles e inmuebles se trasmite con relación a las partes

contratantes, por el sólo hecho del convenio que tenga por objeto trasmitirla, independientemente de su inscripción en el Registro y de la tradición”.

d.- La herencia o el legado, que es un modo de adquirir el dominio de los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por una persona.

e.- La prescripción, que es otra manera de adquirir el dominio de las pertenencias ajenas por haberlas poseído durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales³⁴.

Sobre el concepto del término *accesión* se tiene que, primeramente definir el hecho de que la palabra *accesión*. Esta proviene de la latina *accessio* la que a su vez procede de *ad* (hacia) y *cedo* (aproximarse), por lo que, en definitiva supone la idea de aproximación de una cosa a otra, de adherencia y de alguna manera da la idea de incorporación³⁵. Esta composición de palabras acerca al concepto al que se intenta arribar aquí.

El “aproximarse hacia” pareciera dar la noción de que surge a la vida jurídica un bien como consecuencia de su acercamiento a otro. La *accesión* se configura como la constitución de un bien en virtud de su mezcla con otro, al cual este se incorpora de manera indivisible.

Etimológica y gramaticalmente, el Diccionario de la Real Academia Española, define el término *accesión* como:

...(del lati. *accessio*, -onis) 1. Acción y efecto de acceder... 2. Cosa o cosas accesorias... 4. Forma o modo de adquirir el dominio, según el cual el propietario de una cosa hace suyo, no solamente lo que ella producen, sino también lo que se le une o incorpora por obra de la

³⁴ Luis Fernando Chaves Rodríguez. Al respecto ver “Observaciones sobre el derecho de *accesión*”. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. 1989. Página 18.

³⁵ *Ibid.* Página 32.

naturaleza o por mano del hombre, o por ambos medios a la vez, siguiendo lo accesorio a lo principal.³⁶

De manera complementaria, para Puig Peña, *accessión* significa, *incorporación*. Y afirma que en el lenguaje del Código Civil español (en su artículo 353), la *accessión* “*consiste en el derecho concedido al propietario de una cosa para hacer suyo todo lo que ésta produce o se le incorpora, natural o artificialmente, de modo inseparable*”.³⁷

Por su parte, el artículo 2571 del Código Civil argentino, da la siguiente noción de ella: “*Se adquiere el dominio por *accessión*, cuando alguna cosa mueble o inmueble acreciere a otra por *adherencia natural o artificial*”³⁸. Es decir, para que se produzca la *accessión* es necesario que exista *adherencia* entre las cosas a unirse; esto es, una perfecta unión o agregación de una con la otra, por lo que aparece así como una sola, aun cuando ellas pueda ser separables.*

De igual forma, algunos autores van más allá al considerar la incorporación de cosas más importantes con otras que lo no lo son tanto. Ello amplía un poco las posibilidades de *accessión* entre los bienes.

Entre estos juristas está Albaladejo, quien afirma que “*los frutos que una cosa produce pasan a ser, en principio, del dueño de aquella. También en principio, si a una cosa más importante se le une o incorpora inseparablemente otra que lo sea menos y pertenezca a otro dueño, el propietario de aquella adquiere ésta*.”³⁹. Curiosamente, con respecto a este punto en particular el Código Civil de España establece en el artículo 353 que la propiedad de los bienes da derecho por *accessión* a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora.

³⁶ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid, España. Decimonovena edición. 1970. Página 12.

³⁷ Puig Peña, Federico. Compendio de Derecho Civil Español. Pamplona, España. Editorial Aranzadi. Segunda Edición Tomo II, 1972. Página 249.

³⁸ Código Civil Argentino. Buenos Aires, Editorial Claridad. 1954. Pág. 511.

³⁹ Albaladejo, Manuel. Derecho Civil. Barcelona, España. Editorial Bosch, Quinta Edición. 1970, pág. 291.

Hasta el momento, con estas referencias se tiene la accesión ha sido definida como un modo de adquirir, por medio de la cual un bien denominado como accesorio de otro llamado principal le pertenece al dueño del segundo en virtud de dicha incorporación; o bien, ha sido definido como *“el derecho que la propiedad de una cosa, mueble o inmueble, da al dueño de ella sobre todo lo que produce, y sobre lo que se le une accesoriamente por obra de la naturaleza o por mano del hombre, o por ambas cosas juntamente.”*⁴⁰

Accesión hace mención a incorporación, mezcla, unión, y evidentemente tiene diversos significados. Dentro de estos se tiene la alusión a una situación de hecho por la cual una cosa accesoria está en posición subordinada respecto de otra, a la cual está unida materialmente o no; la consecuencia es que la primera sigue o puede seguir la suerte de la segunda. Y a su vez también da la idea de *“la verificación de un hecho de fuerza por el cual, una cosa, por fuerza interna o por aporte de lo externo, se completa, se enriquece o se engrandece”*⁴¹.

De manera que el principal efecto o consecuencia del derecho de accesión es el atribuir la propiedad de una cosa por medio de otra que lo completa, enriquece o engrandece, tal como lo señalaba Albaladejo.

De fundamental importancia para los efectos de esta tesis y como una de las conclusiones ineludibles de lo dicho anteriormente, es el hecho de que la accesión no puede operar sino es a través de un concepto de inseparabilidad.

Ambos bienes deben encontrarse unidos físicamente, sea de manera natural o artificial, para que esto permita una relación dependiente entre ambas cosas, por medio de la cual la funcionalidad de una es directamente proporcional al uso de la otra.

⁴⁰ Escriche Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. México. Segunda Edición. Tomo I. 1985. Páginas 43 a 45.

⁴¹ Chaves Rodríguez. Op. cit. Página 33.

Esta particular circunstancia que rodea al derecho de accesión, se establece en el artículo 511 y siguientes del Código Civil. De tal manera que uno de esos dos bienes predomina sobre el otro; esa preminencia respecto a la cosa o bien subordinado es lo que el ordenamiento costarricense ha entendido como la “accesoreidad entre las cosas”, las cuales se encuentran en definitiva bajo un régimen de relación necesaria.

Ahora, la pregunta sería si esa relación implica la aplicación de la máxima jurídica “*accessio cedit principali*”, bajo la cual se consideraría al subsuelo como unido al suelo, en virtud del mencionado criterio de funcionalidad del primero con respecto al segundo, bajo el cual el interés menor debe subordinarse siempre al más preponderante.

Más allá que su definición, lo importante aquí es poder llegar a conclusiones que se deriven directamente de la hipótesis planteada en esta investigación; así se recalca el hecho de que aunque la propiedad se limite o no a la superficie de la tierra en el Código Civil del país, es uno de los puntos principales que esta tesis intenta resolver. Como se puede ver, existen doctrinarios que apoyan la tesis de que este derecho se extiende por accesión a lo que está sobre la superficie con respecto a lo que está debajo.

Un estricto apego a lo que establece el artículo 505 del Código permitiría afirmar, de una manera apresurada, que el propietario puede utilizar el espacio que se encuentra debajo y sobre su propiedad inmueble para realizar todas las construcciones o plantaciones que eventualmente satisfagan, exclusivamente, su interés particular, y de la misma manera, apropiarse de todos los productos que esta pueda darle.

Sin embargo, los lineamientos a nivel internacional demuestran otra realidad para el subsuelo.

Las teorías sobre la función social de la propiedad y el interés disponible han vertido sobre la regulación del subsuelo un tinte de derecho preferente, que como tal, se encuentra sobre los demás derechos, como si se tratara de un interés superior que por tal carácter se convierte en deber de la Administración, su regulación y protección.

C.- Naturaleza Jurídica de la Accesión

Propiamente sobre la naturaleza jurídica de la accesión, se consideran existen dos criterios fundamentales.

El que considera a la accesión como un modo verdadero de adquirir y crear una relación jurídica nueva, tal como se expuso páginas atrás. O si por el contrario, se aplica el criterio que mantiene la tesis según la cual se trata de una simple extensión del dominio que nada nuevo crea, sino que da pie a un derecho derivado. Se analizan de seguido, con más detalle, estos criterios:

C.1.- La accesión como un modo de adquirir

Este tipo de accesión es apoyado por la antigua doctrina romanista, la cual no considera la accesión como un modo originario de adquirir la propiedad. También ha sido seguida por una serie de tratadistas franceses.⁴²

Consultado el Código Civil italiano, se precisa en su artículo 922 se considera la accesión como uno de los modos de adquirir la propiedad. El mismo reza así:

⁴² Véase en este sentido: Ripert Georges y Boulanger Jean. Tratado de Derecho Civil. Buenos Aires, Editorial La Ley, Sin Edición, Tomo IV. 1965. Página 154. A su vez Colin Ambrosio y Capitán Humberto. Curso Elemental de Derecho Civil. Editorial Reus, sin edición, Tomo Segundo, Volumen Segundo. 1942. Página 870.

CAPO III

Dei modi di acquisto della proprietà

Art. 922 Modi di acquisto

La proprietà si acquista per ocupazione (923 e seguenti), per invención (927 e siguientes), per accessione (934 e siguientes), per especificazione (940), per unione o commistione (939), per usucapione (1158 e siguientes), per effetto di contratti (1376 e siguientes), per successione a causa di morte (456 e siguientes) e negli altri modi stabiliti dalla legge.

Lo cual es muy similar a lo establecido por el 484 del Código Civil costarricense; ambos intentan primero establecer de manera taxativa los modos de adquirir el dominio; sin embargo, el Código de Italia en su última parte deja abierto el camino para que la ley establezca nuevos modos de adquirir la propiedad.

Por su parte, el Código Civil de Chile sigue el mismo punto de vista con respecto a la adquisición como un modo de adquirir originariamente la propiedad. El artículo 643 dice así:

Título V

DE LA ACCESIÓN

Art. 643. La adquisición es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles.⁴³

El autor Díez Picasso, al respecto manifiesta que “la adquisición queda reservada para definir la adquisición de una cosa por el propietario de la principal a la cual se le une o incorpora otra para formar un todo inseparable”.⁴⁴

⁴³ Código Civil Chileno. Chile, Editorial Jurídica de Chile, Octavo Edición. 1982. Página 188.

Se ve como esto es así en la mayoría de la doctrina y que, alrededor del mundo, se ha generalizado la tesis de que la accesión es un modo de adquirir; sin embargo y tal como lo señaló el autor de cita (Chaves Rodríguez), “no se debemos olvidar que esta tesis tiene sus contradicciones y que, por lo menos, no se acepta unánimemente respecto a todas sus manifestaciones”.⁴⁵

C.2.- La accesión como una extensión del dominio

El criterio anterior fue pronto abandonado, porque los tratadistas modernos, al referirse a la accesión discreta, establecen que no hay posibilidad de adquirir lo que ya se tiene.

La accesión discreta o por producción, no es uno de los medios de adquirir la propiedad, sino uno de los modos en que se ejercita el derecho de propiedad con relación a la extensión de aquel.

Por esto, quien adquiere en virtud de la accesión discreta, lo hace en razón de un derecho sobre la cosa productiva y no de un nuevo título; solamente se está limitando a utilizar económicamente los frutos o productos por aplicación normal de su derecho, como extensión objetiva del derecho de propiedad.

Según Traviesas, civilista español, la accesión no es verdaderamente un modo de adquirir, sino una de las facultades del propietario. Aunque con el tener el bien accesorio, se realiza una adquisición, es la propiedad antigua que se extiende, por extenderse su objeto.⁴⁶

⁴⁴ Díez Picasso Luis. Sistema de Derecho Civil. Madrid, España. Editorial Tecnos, Segunda Reimpresión. 1978. Página 159.

⁴⁵ Chaves Rodríguez. Op. cit. Página 66.

⁴⁶ Traviesas Manuel. Ocupación, accesión y especificación. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. Año VII, número 73, octubre de 1919. Página 291.

A pesar de esto, se encuentra aun cierta dificultad para aplicar esta teoría para accesiones inmobiliarias continuas. En estos casos, aún no ha sido posible conciliar la accesión como una extensión del dominio, sino como un modo de adquirir.

C.3.- Teoría intermedia o ecléctica

Al llegar a este punto, se propone para el instituto de la accesión un enfoque conceptual que no se sostiene rígidamente en un solo paradigma o en un conjunto de supuestos previamente determinados; sino que se basa en múltiples teorías, estilos, ideas para obtener información complementaria con respecto a este. O bien mediante la aplicación de diferentes teorías en casos particulares.

Las dos anteriores clasificaciones, la accesión como un modo de adquirir el dominio o como una extensión del dominio, permiten tener puntos de referencia para lo que se vaya a proponer con esta teoría intermedia.

La accesión surge como un instituto jurídico que venía a regular esa capacidad especial de adquirir que se producía como consecuencia del incremento en las propiedades inmuebles, fuera este incremento producto de la naturaleza o del hombre.

Sin embargo, el surgimiento de nuevos institutos jurídicos y nuevas clases de propiedad privada es lo que nos conscientemente a estos autores, de que la teoría que entiende al subsuelo como una extensión del dominio, encuentra aplicación en algunos supuestos de hecho, mas no en otros.

Uno de los temas de fondo es si el derecho que se ejercita en virtud de un incremento de determinada propiedad, constituye un derecho originario o derivado.

Lo que se trata es de llegar a una solución armónica, conciliando las mencionadas teorías anteriormente señaladas. La accesión impropia es una simple facultad inherente a la propiedad que permite a su titular extender su derecho sobre la cosa a los frutos de esta. Mientras que la accesión propia es un modo originario de adquirir la propiedad.

Al respecto hay autores que apoyan este punto por medio de una teoría denominada mixta. Denominan así a la que procede de la naturaleza y de la industria o trabajo humano conjuntamente: plantación, siembra. Por ejemplo, Escriche la define como “el derecho que nos da la propiedad de nuestras cosas sobre los aumentos o beneficios que reciben las mismas por obra de la naturaleza y por la industria el hombre juntamente. Sus especies son la plantación, la siembra y la percepción de frutos por el poseedor de buena fe”.⁴⁷

De manera que se puede establecer una clase de accesión artificial en bienes inmuebles. Consiste en una extensión de la propiedad inmobiliaria con la intervención del ser humano y puede presentarse por medio de la edificación, la plantación y la siembra en un bien determinado.

Lo anterior sin olvidar que la accesión continua tiene su fundamento en la necesidad y utilidad, dado que ningún principio de justicia autoriza a despojar a un propietario de sus derechos e investir a otro con ellos.

Siguiendo esta teoría, se podría afirmar la existencia de una unión necesaria del subsuelo con la superficie que lo recubre, de manera que se extendería la propiedad siempre y cuando haya una intervención del sujeto privado en el desarrollo de ese espacio subterráneo. Sin embargo esa hipótesis encuentra ciertas dificultades terminológicas que se exponen posteriormente.

⁴⁷ Escriche. Op. cit. Página 47.

II. Limitaciones al derecho de propiedad

Tal como se vio en el capítulo anterior, actualmente la propiedad se entiende como un derecho limitado entendido como aquel que posee ciertas restricciones para su disfrute. Por el mismo hecho de organizar la sociedad, el Estado ha visto la necesidad de establecer ciertas restricciones para disfrute y aprovechamiento de este derecho.

De esta forma se busca el establecimiento de limitaciones impuestas a los propietarios, con el objetivo de buscar un desarrollo ordenado de la ciudad.

Según la doctora Iris Rocío Rojas Morales las limitaciones a la propiedad tienen las siguientes características⁴⁸:

- Sólo pueden ser emitidas por ley, ya que se trata de una afectación general que limita la propiedad para todas las personas.
- Se tratan de actuar o no actuar, pues implican la atribución a la propiedad de una característica determinada por parte del poder público.
- Se basan en una intervención del Estado Social de Derecho, teoría sobre la cual se ha establecido nuestro sistema de gobierno.
- Deben tener las mismas características de la ley, es decir ser generales y abstractas, pues una limitación nunca podría establecer una categoría especial a una propiedad en concreto ni el modo en que estas deben desarrollarse.
- Deben ser categorías en las cuales todos se afecten por igual, pues una afectación particular constituiría una expropiación.

⁴⁸ Rojas Morales, Iris Rocío (2010). Derecho urbanístico costarricense. San José. Editorial Investigaciones Jurídicas; citando a Ortiz Ortiz, Eduardo (1985). "Limitaciones Expropiatorias y Limitaciones de interés social". Revista Judicial, Año IX, (32):18. Mar.

En cuanto a limitaciones al derecho de propiedad, existen ciertos aspectos que no se pueden obviar.

El primero de ellos, el aceptar que así como ha sido toda esta evolución del derecho de propiedad a la que se ha hecho alusión en páginas anteriores, así han existido diversas clases de limitaciones que responden a circunstancias sujetas al tiempo y al lugar.

Segundo, habrá igualmente que reconocer que presentes en todas las relaciones sociales del hombre en la ciudad, existen limitaciones que son impuestas por normas que no son precisamente leyes, pero que de alguna manera fueron creadas y funcionan en virtud de una que efectivamente las creó. Como es el caso de los planes reguladores municipales, los cuales *“delimitan el contenido esencial de la propiedad urbanística: la Sala Constitucional ha estimado (Votos Nos. 5305 de las 10:06 hrs. de 22 de octubre de 1993, 6706-93 de las 15:21 hrs. de 1° de diciembre de 1993, 5757-94 de las 15:03 hrs. de 4 de octubre de 1994 y 13330-06 de las 17:33 hrs. de 6 de septiembre de 2006) que los planes reguladores tienen legitimidad suficiente para imponer limitaciones por razón de interés social al derecho de propiedad, por tratarse de un derecho relativo y de ejercicio limitado, sin que sean indemnizables. Tales limitaciones deben ser necesarias, útiles y proporcionadas, evitando vaciar el contenido de los atributos del dominio y hacer nugatorio el ejercicio del derecho de propiedad.”*⁴⁹

Tercero y como prueba del punto segundo, habrá que recorrer al menos someramente la historia constitucional del país para apuntar a los precedentes de las limitaciones actuales. Y de esa manera conocer mejor el espíritu de dichas restricciones al derecho de propiedad.

⁴⁹ Ernesto Jinesta. Planificación urbanística local en la jurisprudencia constitucional.. Costa Rica 1 Ponencia Presentada en el Congreso Internacional de Derecho Urbanístico Organizado por Universidad de Guadalajara, IJ UNAM y AIDA 15,16 y 17 mayo 2008. Página 16.

Todo lo anterior para así llegar propiamente a las limitaciones en el campo urbano, aquellas de las cuales todos los ciudadanos son parte, en virtud de un desarrollo planificado de la ciudad.

Por lo tanto, se estudia aquí el régimen del subsuelo para entender algunas de estas limitaciones urbanísticas, de tal forma que constituye una sección en este apartado. Dependiendo del hallazgo, así será su tratamiento.

Dentro de la generalidad, se puede afirmar que cuando de limitaciones al derecho de propiedad se trata, se debe hacer la distinción entre lo que serán limitaciones de derecho público y limitaciones de derecho privado.

En el primero de estos, se trata de restricciones sancionadas por el derecho público en atención a intereses generales, razón por la cual existen deberes impuestos a los propietarios establecidos para garantizar el bien común y la distribución equitativa de las cargas.

Con respecto a la segunda clase de limitaciones, estas se entienden como aquellas impuestas en atención a un interés particular de un tercero, sujeto de derecho privado que tiene como garantía su libertad la restricción en la libertad de los demás.

De manera que dentro de estas, se encuentran todas aquellas derivadas de las relaciones de vecindad, obligaciones que surgen debido a la vida en comunidad y la delimitación del espacio urbano.

Sólo en la Ley de Planificación Urbana, por ejemplo, se encuentran limitaciones como *acceso a vía pública, a lotificación y amanzanamiento y a la cesión de áreas para uso público, construcción de calles y aceras, pavimentos,*

cañerías, drenajes pluviales y sanitarios, electrificación y alumbrado público, entre otras⁵⁰.

A lo cual se suman otra serie de prohibiciones dentro de las cuales se encuentran *“el ceder los terrenos destinados a dotaciones públicas, ceder los terrenos en que se localice el aprovechamiento correspondiente a los Ayuntamientos, por exceder del susceptible de apropiación privada, o, en su caso, adquirir dicho aprovechamiento por su valor urbanístico. Costear y, en su caso, ejecutar la urbanización en los plazos previstos; solicitar la licencia de edificación previo el cumplimiento de los deberes correspondientes, en los plazos previstos. Edificar los solares en el plazo fijado en la preceptiva licencia”*⁵¹.

Al existir gran cantidad de limitaciones contemporáneas al derecho de propiedad y al encontrarse diversos tipos, esta tesis considera que las limitaciones a la propiedad presentes en la sociedad costarricense, pueden ser, para fines didácticos, clasificadas de la siguiente manera:

- Limitaciones de la aviación o el espacio aéreo.

En este caso, se localizan limitaciones en la Ley General de Aviación Civil N° 5150 del 14 de mayo de 1973. Son todas aquellas que se establecen sobre los inmuebles que se hallen ubicados en las cercanías de los aeropuertos, con el propósito de garantizar la libre circulación de las aeronaves y la seguridad de las personas que transiten por esos lugares.

- Limitaciones de patrimonio histórico y arquitectónico

⁵⁰ Ley Número 4240 de Planificación Urbana, del 15 de noviembre de 1968. Asamblea Legislativa de Costa Rica. Artículo 32.

⁵¹ Antonio Carceller Fernández . Introducción al Derecho Urbanístico, , segunda edición. Editorial Tecnos, 1993. Madrid, España. Página 62.

Son las aplicables sobre aquellas propiedades o construcciones, que por sus materiales, estilo o zona en que se encuentran, tienen un gran valor e interesa al Estado su conservación como patrimonio histórico cultural.

En estos casos el propietario es sometido a un proceso de expropiación que lo obliga a recibir una suma de dinero que equivale al precio de su propiedad para que renuncie a su derecho de posesión; o bien impone ciertas limitaciones no tan severas como la imposibilidad de realizar cambios al inmueble por el hecho de poseer esa importancia histórica⁵².

Este tema será ampliado en la sección referente a las especificaciones que plantea la Ley de Patrimonio Nacional Arqueológico referente al subsuelo.

- Limitaciones de interés para las vías de comunicación

Restricción establecida en virtud de La Ley General de Caminos Públicos N° 5060 vigente desde el 22 de agosto de 1972. Limitaciones derivadas del interés jurídico de obligar a los propietarios de los fundos colindantes con vías de comunicación públicas, a eliminar, por ejemplo, las ramas que se prolongan a dichas vías, a no construir drenajes que desemboquen en ellas; todo, con el propósito de evitar que se les ocasione daños y que se mantengan libres de visibilidad para los que transitan sobre ellas.

Asimismo, se pueden encontrar límites con relación al descuaje sobre los caminos y líneas férreas, incluso aquellas disposiciones con respecto a las aceras.

- Limitaciones sobre la seguridad de las personas, de las cosas y la salud

Como referencia, se tiene la Ley General de la Salud N° 5395 del 24 de febrero de 1974 y el Código Civil. Las limitaciones en esta ley se establecen para

⁵² Cfr. Ley de Patrimonio Nacional Arqueológico.

prevenir a los propietarios de los fundos que con el uso o el aprovechamiento de estos no se va a poner en riesgo a las personas que transiten cerca de ellos o que se vean amenazados los fundos vecinos.

Por ejemplo, si un edificio, pared, columna o cualquier otra construcción ruिनosa, amenazare al fundo contiguo o a la seguridad de las personas o transeúntes, el propietario estará obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar la caída y si el dueño no lo hiciere, podrá la autoridad hacerla demoler a costa del propietario.

De igual manera, para el caso de tenencia de sustancias peligrosas, como explosivos, tóxicos y otras dañinas, la ley respectiva para esta materia establece restricciones al libre uso en busca de la seguridad de las personas.

Además de estos ejemplos, se tiene el tratamiento de aguas negras, limpieza de lotes, en donde se encuentran algunas referencias en el artículo 310, 311 y 405 del Código Civil.

- Limitaciones al interés de la vivienda y el urbanismo

Estas responden al deber del Estado a velar por el bienestar general, que incluye la obligación de proteger y propiciar un desarrollo adecuado y ordenado de las comunidades.

Sus regulaciones las encontramos en la Ley de Planificación Urbana N° 4240, y su apartado sobre la zonificación a partir del artículo 24, la Ley de Construcciones N° 833, la Ley del INVU N° 1788, entre otras. Este tema se desarrolla en apartados siguientes.

- Limitaciones por interés de la agricultura y la producción

Se hace referencia a aquellas limitaciones que tienen como objeto promover un aumento gradual de la productividad de la tierra y una justa distribución de su producto, en cumplimiento con la denominada función social de los bienes de producción.

Con respecto a su legislación, se encuentra la Ley de Tierras y Colonización N° 2825 del 14 de octubre de 1961, la del Instituto de Desarrollo Agrario N°6735 del 29 de marzo de 1982, y la Ley del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

- Limitaciones por interés con el ambiente

Estas persiguen un mayor bienestar para todos los habitantes de la nación, garantizándole a cada uno de estos un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Dentro de las leyes que lo regulan se tiene la Ley Orgánica del Ambiente N° 7554 del 13 de noviembre del 1995, la Ley Forestal N° del 16 de abril de 1996 y leyes sanitarias, entre otras.

De manera general y específicamente respecto a las limitaciones al derecho de propiedad, la Sala Constitucional se ha pronunciado en un influyente voto estableciendo que:

El artículo 45 de la Constitución Política consagra el derecho de propiedad. En el párrafo primero señala su carácter de "inviolable" y establece la obligación por parte del Estado de indemnizar al propietario previamente, cuando deba suprimirla por razones de "interés público legalmente comprobado". En el párrafo segundo establece la posibilidad de establecer limitaciones de interés social a la propiedad, mediante ley aprobada por votación calificada -votación de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa-. De manera que la obligación de indemnizar por parte del Estado está

constitucionalmente prevista única y exclusivamente cuando se trata de expropiar y no rige para las limitaciones de interés social que se establezcan mediante ley aprobada por votación calificada. Sin embargo, estas limitaciones deberán afectar a la colectividad en general y no podrán exceder los parámetros de razonabilidad o proporcionalidad, ni vaciar de su contenido esencial el derecho de propiedad. La restricción al derecho de propiedad que vacíe de su contenido esencial el derecho, se convierte en una expropiación encubierta y, en consecuencia, genera la obligación de indemnizar. Las limitaciones establecidas con fines urbanísticos, integran el derecho de propiedad y, por lo tanto, no son susceptibles de indemnización, a menos que implique una reducción del contenido esencial del derecho, como se indicó supra⁵³.

La jurisprudencia de la Sala es amplia en reconocer las dimensiones particulares y sociales del derecho de propiedad, admitiendo, al mismo tiempo, la posibilidad de imponer determinadas restricciones a este derecho, las cuales, si atienden a un cercenamiento y vaciamiento de su contenido, deberán ser indemnizadas mediante el procedimiento de la expropiación, o, si están referidas a un cierto interés social, deberán ser aprobadas vía legislativa a través de una votación calificada (artículo 45, Constitución Política)⁵⁴.

Son todas estas mencionadas limitaciones parte integral del derecho urbanístico. Este intenta lograr armonizar los diferentes intereses privados con el público.

En Costa Rica esto se logra por medio de normas directas encargadas de regular dichos intereses en juego. Estas normas tienen la potestad de aplicarse de

⁵³Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, a las diez horas veintiún minutos del once de junio de mil novecientos noventa y nueve. Voto número 4465-99.

⁵⁴Exp.: 10-016880-0007-CO Res. N° 2011002096 Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia. San José, a las catorce horas y cincuenta y uno minutos del veintitrés de febrero del dos mil once.

manera vinculante; el plan regulador municipal es el medio básico de la disciplina urbanística, el que delimita esta potestad al campo urbanístico municipal y no a la mera legalidad.

En la actualidad lo “cierto es que, en última instancia, hay que admitir los caracteres del dominio con atenuaciones y aclaraciones. La nota de absoluto hoy no puede entenderse en el sentido de despótico ni puede oponerse a que la propiedad sufra limitaciones impuestas en aras del interés general”⁵⁵. Lo cual otorga al Estado la plena capacidad de limitar de manera válida la propiedad privada, siempre y cuando cumpla con los requisitos mencionados.

Sirvan estas limitaciones como muestra de la relatividad del derecho de propiedad, y de cómo el subsuelo puede actualmente interpretarse a manera de limitación urbanística por ser propiedad urbana que pretende el mejor uso y disposición que se le puede dar a la tierra. Se pasa, de inmediato, a las limitaciones propiamente en el campo urbanístico.

A. Limitaciones en el campo urbanístico

Como se pudo apreciar, el derecho de propiedad no es absoluto. Son múltiples los factores por los cuales su contenido puede verse mermado en virtud de la vida en colectividad y sus implicaciones a nivel social y económico.

Con el paso del tiempo han surgido nuevas concepciones de propiedad, que de una u otra forma, traen consigo limitaciones a la propiedad privada que no se previeron en un principio.

⁵⁵ Dr. J. Luis Arias . “Las limitaciones a la propiedad en nuestra historia constitucional”. En Revista de Ciencias Jurídicas N° 15 de junio de 1970, Director Lic. Eduardo Ortiz Ortiz. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Página 339.

La propiedad urbana o urbanística es precisamente una de ellas. Mediante el surgimiento de esta se conocieron una serie de limitaciones a la propiedad por medio de las cuales es posible el establecimiento y resguardo de necesidades que hacen más cómoda la vida en la ciudad.

De esta forma existen limitaciones urbanísticas que restringen el derecho de propiedad por parte de los titulares; sin embargo es opinión de este trabajo, que estas no son susceptibles de indemnización en tanto no limiten a tal punto este derecho que sea imposible ejercerlo en este sentido la Sala Constitucional ha afirmado:

No son susceptibles de indemnización alguna en el tanto las mismas no impliquen reducción del contenido de la propiedad, como sucede con la fijación del antejardín, que constituye una típica servidumbre urbana, ya que el propietario mantiene la posesión de su propiedad, pero en forma disminuida, puesto que únicamente se reduce su facultad de disposición.⁵⁶

Como se desprende de este extracto, estas limitaciones únicamente pueden reducir el uso sobre la propiedad, mas no vaciarlo, lo que constituiría una expropiación.

Además del antejardín existen, hay otras disposiciones urbanísticas que deben ser soportadas por los propietarios de inmuebles como lo es el tendido eléctrico y el paso de tubería de aguas por debajo de los fundos. Estas son parte de ese deber de soportar las cargas comunes a las que somete el desarrollo urbano.

⁵⁶ Sentencia número 4206-96 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las catorce horas treinta y seis minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

Haciendo una evaluación al derecho urbanístico costarricense y del Reglamento de Construcciones a partir de su capítulo 5 denominado “Restricciones urbanísticas”, se pueden mencionar, de manera general, como limitaciones al derecho de propiedad las siguientes:

- El alineamiento

Entendido como la fijación de la línea que divide el suelo privado edificable de los espacios públicos como calles, parques, plazas, zonas verdes, áreas libres comunales, entre otros.

Este se establece como restricción al derecho de propiedad en virtud del Reglamento de Construcciones publicado en La Gaceta N° 56, Alcance 17 del 22 de marzo de 1983, el cual en su artículo IV. 7 establece la obligación de dejar espacio para la división entre el comienzo de la propiedad privada y el espacio público de vía pública urbana.

De igual manera el artículo 18 de la Ley de Construcciones y el artículo 33 de la Ley Forestal, cuando se trata de ríos, manantiales o cualquier cause de dominio público en zonas protegidas. Así como la obligación de reservar una zona de al menos 50 metros en los lagos y embalses naturales.

- El antejardín.

Establecido así en el artículo IV.9, según el cual es obligatorio para las zonas urbanas respetar el ancho mínimo del mismo según lo establezca la Municipalidad respectiva.

- Las áreas de recarga y los acuíferos de manantiales.

Estas tienen como fin proteger el recurso hídrico, el cual es indispensable para la vida, por lo cual se prohíbe la construcción en un radio de diez metros en

las zonas urbanas y en las rurales sobre un radio de 15 metros medidos horizontalmente.

- La zonificación

En virtud de esta se establecen diferentes usos del suelo dentro de un espacio previamente determinado. Incluso, en algunas ocasiones establece reservas de uso para un destino especial.

El suelo se divide, a saber, en residencial, comercial, institucional, industrial y de reserva; algunos, además, le añaden el agrario. En el país, por lo general se hace zonificación de tipo mixta, para así permitir a las Municipalidades el desarrollo de distintas actividades dentro del mismo sector del cantón.

- La cobertura o coeficiente de edificabilidad

En los casos de espacios edificables, esta limitación establece cuánto se puede construir. En el artículo quinto punto 1 del Reglamento de Construcciones se establece que a falta de plan regulador, no se puede construir más de un 75% del lote.

Si el lote es esquinero, es un 80%. Cuando se trata de uso comercial en las dos primeras plantas si se permite la cobertura total. Esto para que corra el agua por medio de zonas de filtración natural.

- Las zonas de cobertura

Se puede decir que estas tienen un fin de ornato para evitar el aislamiento humano.

- Altura de las edificaciones

Los planes reguladores pueden establecer alturas máximas para las construcciones. La falta de regulación de la Municipalidad es suplida por el Reglamento de Construcciones del IDA en el artículo quinto punto 2, donde se establece que la altura de la edificación no excederá una vez y media el ancho promedio de la calle hacia la que da frente.

Al respecto, se debemos traer a colación el artículo 28 de la Ley de Construcciones, según el cual, junto con la Ley de Aviación Civil artículo 96, existe una potestad reglamentaria a favor de la Dirección General de Aviación Civil, para otorgar permisos de construcción en zonas que se encuentren cerca de un campo de aviación.

En estos casos es la Dirección General De Aviación Civil la competente para otorgar el respectivo permiso de construcción, según la altura permitida.

- Demoliciones y excavaciones.

Al respecto es necesario tomar en cuenta que las demoliciones y excavaciones no son posibles de realizar sin previa venia municipal que así las considere. Para llevar a cabo una excavación es requisito la obtención del permiso municipal que así lo estipule. Establecido de esa manera en el artículo IV.3 del Reglamento de Construcciones.

- Drenaje pluvial

El drenaje pluvial es entendido como la limitación en virtud de la cual no se permite la caída libre de aguas pluviales sobre la vía pública por razones obvias de higiene y ornato público.

De manera que estas aguas deben llevar el procedimiento respectivo por medio de bajantes pluviales desde los techos, balcones, voladizos y cualquier otra saliente.

- Retiros

Entiéndase el retiro posterior, frontal o bien lateral, mediante el cual se trata de guardar un espacio prudencial para las edificaciones.

Establecido así a partir del artículo VI. 3.8.2 del Reglamento de Construcciones.

- Estética de los edificios

Con respecto a este punto el Reglamento de Construcciones claramente establece en su artículo V.3 que:

Las fachadas de los edificios deberán guardar relación estética con la zona en que se ubiquen. Si sobre este punto hubiere discrepancia entre el interesado y la municipalidad, el asunto se someterá a la decisión del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.

Todas estas distintas clases de limitaciones son producto de que la determinación del suelo urbanizable residencial corresponde exclusivamente al planeamiento urbanístico municipal. Esto produce hoy una oferta desmesurada y conduce a un urbanismo sujeto a múltiples restricciones al derecho de propiedad privada.

En consecuencia, resulta imprescindible la intervención autonómica de otras normas que las sustenten, para que sea posible fijar los límites en las decisiones sobre obligaciones de los propietarios.

Debido a lo anterior, aparecen normas en el Código Civil que cumplen esa función de fundamento para el resto de legislación urbanística en Costa Rica. Estas, de manera general recogen los principales rasgos de las limitaciones urbanísticas.

Tal el caso libro segundo, título quinto bajo el nombre: *“De las cargas y limitaciones a la propiedad impuestas por ley”* y, a su vez, en su siguiente título sexto bajo el nombre: *“De otras varias cargas y limitaciones”*, de los artículos 383 al 440.

En síntesis, las limitaciones establecidas en estos artículos son:

- Las servidumbres impuestas por ley en el artículo 385, lo concerniente a la medianería o paredes divisorias entre edificios, patios o jardines y las cercas, zanjas o acequias que son medianeras entre los predios, que serán medianeras si no hay título que demuestre lo contrario. Establecido así en los artículos del 386 al 394.
- El derecho de paso a vía pública y para explotación del fundo, que debe concederse al propietario de predio enclavado entre fundos ajenos, según artículos del 395 al 400.
- Según el artículo 402, la obligación de permitir al vecino, que con el fin de precaver ruina, realizar obras en el edificio o en su fundo, para que coloque andamios o brindarle otras facilidades, con lo que se venga a reducir las posibilidades de producción de daños. Se debe procurar, al terminar la obra, que el fundo del vecino quede en el mismo estado, anterior al inicio de las obras; los

costos y las indemnizaciones por posibles daños deben ser cubiertos por el dueño de la obra.

La prohibición de plantar árboles grandes a una distancia menor de los 5 metros de la heredad ajena y en caso de arbustos, a una distancia menor a los 2 metros, según el artículo 403.

- No podrán las ramas de los árboles extenderse sobre la propiedad ajena, permitiendo la ley al perjudicado, exigir al dueño del predio de donde provienen, que estas sean cortadas; asimismo, en caso de las raíces que se extiendan por el suelo de la heredad ajena ocasionen daños, el dueño de esta podrá por sí mismo cortarlas. Establecido así en el artículo 404.
- Con relación al artículo 405, no se podrán construir pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materiales corrosivos, máquinas de vapor y fábricas de productos nocivos o peligrosos, cerca de una pared divisoria.
- No se podrán abrir ventanas o claraboyas, según el artículo 406 y 407, por el dueño de una pared medianera, si no distan de una altura de 2 metros y medio a lo menos del piso de la vivienda. Asimismo, no se permitirá la apertura de ventanas y balcones que den vista a las habitaciones, patios o corrales del predio vecino, a menos que intervenga una distancia de 3 metros.
- El propietario no está autorizado a realizar en su propia finca o casa aquellos actos que den lugar en la propiedad del vecino, a una inmisión de gases que sea superior al tolerable de acuerdo con los reglamentos para dicha materia.
- Por otro lado, las reparaciones de la pared medianera estarán a cargo de los que a ella tienen derecho y de manera proporcional y en tal caso, ninguno de

los vecinos puede ni causar daño ni utilizar dicha pared sin el consentimiento de su vecino.

Por medio de estos ejemplos, es que se posibilita reunir las condiciones básicas para el desarrollo de la vida urbana en la sociedad costarricense.

La existencia de directrices mediante las cuales se armonizan los distintos ambientes y se configuran los diferentes usos del suelo, son reguladas a través del derecho urbanístico.

De manera tal que para este punto de la investigación habrá que afirmar junto con el autor Ramón Parada que:

“El derecho urbanístico es el conjunto de normas reguladoras de los procesos de ordenación del territorio y su transformación física a través de la urbanización y la edificación. Son, por tanto, objeto de su regulación potestades públicas muy claras, como la de ordenar el conjunto del territorio, la urbanización y la intervención administrativa en el *ius aedificandi*, es decir, en el derecho del propietario de transformar el propio fondo mediante la construcción de edificaciones para vivienda, industria u otras finalidades. Entre la planificación del territorio y la edificación se produce un proceso intermedio, el de urbanización, que podemos definir como el de creación o modificación de espacios comunes de comunicación (plazas, calles, carreteras, infraestructuras en general) para la posterior erección de núcleos habitados, y que es el objeto central y esencial del Derecho Urbanístico”.⁵⁷

⁵⁷ Parada Ramón. Derecho Urbanístico. Madrid, España. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2007. Páginas 209. Obra citada en Informe de investigación. Centro de Información Jurídica en Línea CIJUL. Derecho urbanístico en Costa Rica. Convenio colegio de abogados – Universidad de Costa Rica. Dirección web <http://cijulenlinea.ucr.ac.cr>. Teléfono 2207- 5698. Email: cijulenlinea@abogados.or.cr

Se coincide con Parada en que esos son objetivos que deben ser alcanzados por el derecho urbanístico, pero hay que preguntarse si este constituye un instrumento de control a los atributos que componen el derecho de propiedad privada urbana; así como definir cuál es el acto administrativo final por el cual se aprueba la capacidad de utilizar el subsuelo.

Se consideramos que en este último punto las licencias constituyen una manera simple y efectiva de conceder derechos a los administrados. Estas, consideradas como *“una declaración de voluntad de la Administración municipal mediante la cual ésta permite que otros sujetos ejerciten el derecho a edificar, previa comprobación de las circunstancias objetivas establecidas por la ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, como condicionamientos de tal ejercicio”*⁵⁸.

Las licencias constituyen una de las principales limitaciones al derecho de *ius aedificandi* que poseen los administrados, por cuanto ellos podrán ejercerlo en la medida en que cumplan con las especificaciones establecidas para adquirirlas⁵⁹.

Como afirma la autora Iris Rocío Rojas estas “otorgan un derecho subjetivo y la administración municipal no puede volver contra la misma aún cuando haya un vicio de nulidad, si no es siguiendo los recaudos establecidos por el numeral 173 de la LGAP”⁶⁰.

Es interesante ver como la doctrina nacional define las licencias a partir del resguardo de un derecho subjetivo que realiza la administración. De esta forma, la administración permite el uso de un determinado bien siempre y cuando se cumpla con una serie de requisitos. A contrario sensu, en caso de que no se cumplan con las exigencias la municipalidad, no debe dar este permiso.

⁵⁸ Carceller Fernández, segunda edición. Op. cit. Página 102.

⁵⁹ Rojas Morales. Op. Cit. Página 208.

⁶⁰ Supra, pág. 209.

Este razonamiento se hace con el fin de que quede de una forma más patente el deber de administración que poseen los municipios respecto de ciertos bienes, como lo es el suelo y como se ve más adelante, el subsuelo.

Estas disposiciones permiten la adecuación de las normas urbanísticas a lugares pequeños como son los cantones, con lo cual se centraliza el poder de dirección urbana en lugares con cantidad de población manejable.

Con respecto al otro punto, se tiene que afirmar junto a Ramón Parada que:

El Derecho Urbanístico aparece en nuestro tiempo como limitador del derecho a urbanizar, con el fin de impedir que desde una concepción todopoderosa del derecho de la propiedad se pretenda erigir o fundar nuevas ciudades, crear nuevos núcleos habitados, lo que ya es otra dimensión, otra facultad⁶¹.

La variedad de limitaciones resumidas en páginas anteriores son muestras de lo que constituye el derecho urbanístico. Este es considerado como la rama del derecho con la capacidad de imponer la mayor cantidad de restricciones al disfrute del derecho de propiedad.

Por medio del derecho urbanístico se imponen una serie de limitaciones al derecho de edificar, el proyecto por desarrollar debe ser conforme con la ordenación urbanística aplicable a esa determinada zona geográfica, a su planeamiento y previsiones de utilización del territorio.

De tal manera esta parte del derecho se convierte en una disciplina encargada del control y del régimen sancionatorio urbanístico. Esto intenta

⁶¹ Parada Op. cit. Página 2.

garantizar la correspondencia entre la utilización de bienes privados y las determinaciones imperantes con respecto al fin público.

En la mira del planeamiento que se desarrolle como producto de las facultades urbanísticas públicas, debe estar primeramente el contenido del derecho de propiedad y el alcance de las facultades dominicales de todos los propietarios ubicados en el espacio regulado. A su vez, definir las posibilidades de uso del suelo, de manera que sea posible su clasificación según su funcionalidad.

Se puede afirmar, entonces, que las limitaciones urbanísticas conforman uno de los instrumentos básicos de la intervención estatal, por medio del cual se logra definir el contenido mínimo del derecho de propiedad.

Para conseguir esto resulta imprescindible la utilización de instituciones que refuercen estos objetivos e instrumentos básicos; lo anterior, necesariamente, a través de una oportuna actuación administrativa complementadora del plan urbanístico local.

B. La función social de la propiedad y su relación con el derecho de propiedad.

Luego de una concepción liberal de la propiedad, iniciada con la promulgación del Código Civil francés, que la entendía como un derecho sobre el que no podía recaer ningún tipo de imposición externa, a finales del siglo XIX se dio un giro conceptual sobre la propiedad privada.

Esto surgió con motivo de una importante toma de posición que realizó la Iglesia Católica sobre la función social que cumple la propiedad privada dentro de

la sociedad. Esta inició con la encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII, dada el 15 de mayo de 1891. Esta I afirma: “A pesar de que se halle repartida entre los particulares, no deja por ello de servir a la común utilidad de todos, ya que no hay mortal alguno que no se alimente con lo que los campos producen”⁶².

Se ve así, como va surgiendo una conciencia social sobre la importancia que posee la propiedad para toda la comunidad política. Es importante hacer notar que en esta Encíclica no se refiere a la utilidad común que le puedan sacar los particulares a una determinada propiedad, sino a la utilidad pública que puede poseer la propiedad privada.

Esta Encíclica fue realizada en un contexto en el que las teorías marxistas estaban tomando fuerza en Europa, posiblemente ante los abusos que se realizaban en contra de los obreros, por lo que se veía como una solución el hecho de que se aboliera el concepto de *propiedad privada* en “beneficio” de las personas más desposeídas. Ante lo cual, la iglesia Católica respondió que esta no es la solución ante las injusticias sociales que se estaban cometiendo, ya que por ese camino no se solventarían los problemas que se estaban presentando en las sociedades industriales.

La Encíclica anteriormente mencionada, junto con la de Pío XI del año 1931 *Quadragesimo Anno*, lograron “abrir la espita de una franca evolución sobre el concepto del derecho de propiedad, acentuando a la par de su carácter individual, su aspecto social”⁶³.

Con ello se ve que no fue un cambio repentino en la concepción de este derecho sino gradual, pero que permitió mostrar ese carácter social que también posee la propiedad privada.

⁶² León XIII, *Rerum Novarum*. Punto 6.

⁶³ Gutiérrez, Rodrigo Alberto (1986). La propiedad privada y su función social. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.

Ante este panorama, es interesante que esta voz siempre valorada, consciente de los problemas sociales que se estaban presentando, desarrollara una concepción sobre la propiedad desde un punto de vista que beneficiara a la comunidad en general y que un siglo después, ha resultado fundamental en el desarrollo de los Estados.

Esta concepción de la función social de la propiedad, se fue desarrollando en sucesivas Encíclicas y se fue incorporando a los sistemas jurídicos de los Estados, lo que derivó en la concepción social de la propiedad privada.

En Costa Rica, la función social de la propiedad ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional como aquella en la que “todo individuo tiene la obligación de cumplir ciertas obligaciones comunales, en razón directa del lugar que ocupa y de los intereses del grupo social que lo representa”⁶⁴.

Se ve como lejos de poseer una propiedad ajena a los intereses de los vecinos, en la que esta no puede ser limitada de ninguna forma en beneficio de terceros, se concibe la propiedad como un elemento social por el cual todo propietario debe cumplir ciertas deberes para el bien de las personas que lo rodean; ello, con el fin de que la labor que desarrolla en esta no afecte los intereses de los demás sino que, incluso, pueda serles de utilidad.

Se consideramos que esta evolución sobre el concepto de propiedad privada corresponde a una mejor toma de conciencia de que la sociedad es una comunidad política y, por lo tanto, las acciones que realiza una persona pueden repercutir en los intereses de los demás. Al ser una comunidad, esto implicaría también una comunidad de intereses, por lo cual sus integrantes deberían buscar soluciones conjuntas a los problemas y una misma direccionalidad en las metas a las que aspiran como comunidad.

⁶⁴ Sentencia número 4205 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

Esto quiere decir que, el ejercicio de los derechos que estos poseen no podría ser ejercido de forma indiscriminada, pues como se dijo anteriormente, esto podría dañar los intereses de otros. Lo que también incluye el derecho de propiedad, pues este también debería ponerse en consonancia con los intereses de la comunidad política, no para que la sirva directamente, sino para que se utilice de acuerdo con esos intereses comunes.

El artículo 45 de la Constitución se refiere al interés social que caracteriza a la propiedad Costa Rica, concepto que en la doctrina se ha desarrollado con el nombre de función social de la propiedad.

Así como en este derecho, todo derecho tiene un elemento social, pues normalmente un derecho es ejercido frente a terceros, una veces en contraposición, otras en conjunto. Algunos autores, como Román Navarro, consideran que la “función social externa consiste en compatibilizar el derecho de propiedad con los derechos de terceros y las necesidades públicas”⁶⁵.

En este sentido, podría decirse que lo que busca la función social de la propiedad no es sólo que los intereses de las personas de una comunidad no choquen, sino que estos permitan el desarrollo de todos quienes conviven alrededor, a fin de hacerlos útiles también para los demás.

Como ha afirmado la Sala Constitucional, analizando al artículo de la norma fundamental que regula este derecho:

El primer párrafo proviene de la concepción según la cual la propiedad es un derecho natural indiscutible, inherente a toda persona por el hecho de ser persona, y en nuestra historia constitucional aparece

⁶⁵ Román A. Navarro Fallas. (2008) “Derecho constitucional de propiedad privada”. Antología de la Cátedra de Derechos Reales I. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 2010.

desde el Pacto Social Fundamental Interino de Costa Rica (...). El párrafo segundo que se introdujo en los años 1942 y 1943 al artículo 29 de la Constitución de 1871, y se asienta en el social cristianismo del Código Social de Malinas proveniente del sociologismo funcionalista de León Dudit, de principios de este siglo. Se consideró necesario ese párrafo para armonizar el texto anterior sobre propiedad, que predicaba el carácter inviolable de ésta y por tanto era un valladar infranqueable a la intervención del Estado en los mecanismos económicos, con las nuevas corrientes encaminadas a favorecer a las mayorías desposeídas, que a su vez generaron la legislación tutelar propia de esos años, como las llamadas garantías sociales.⁶⁶

Como se puede observar en la cita anterior, los párrafos de este artículo provienen no solamente de circunstancias históricas diferentes, sino también de principios y concepciones de Estado distintas.

Por un lado, se entiende la propiedad desde una concepción liberal como un derecho inalienable, que proviene de la dignidad humana y que por lo tanto no puede verse enajenado de ninguna forma. Así, esta quedaría dentro del mundo individual y privado de cada persona. Esta concepción se vio insuficiente para lograr una justa distribución de las riquezas.

Por el otro, se entiende que si bien la propiedad es un derecho que posee cada persona, este no puede entenderse aislado de la realidad en la que se desarrolla.

Ante el cambio de perspectiva en relación con el derecho de propiedad, se vio necesario incluir el segundo párrafo al artículo 45. De esta forma se entendería

⁶⁶ Sentencia 479 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las diecisiete horas del 11 de mayo de 1990.

que si bien este constituye un derecho inviolable de todo ciudadano, puede verse condicionado a una declaratoria de necesidad pública.

Sin embargo, se estableció que estas declaratorias debían aprobarse de forma solemne, es decir, con la venia de las tres cuartas partes del Congreso. Esto muestra la seriedad que implica imponer este tipo de cargas a las propiedades.

Esto significaría, que sobre el interés particular que pudiera tener el dueño de una propiedad, imperaría el interés general o social. Es decir, que se le imprime a la propiedad inmobiliaria un elemento de bien común. Se amplía este tema con los siguientes subtítulos:

B.1.- El bien común como fundamento de la función social

Luego de haber establecido como es que se entiende la función social de la propiedad y la forma en que nace esta concepción, se considera importante que antes de analizar cómo esta influye en el derecho de propiedad, se analice cuál es el fundamento de esta concepción.

El bien común ha sido definido en las Encíclicas Papales como *“el conjunto de aquellas condiciones sociales que consisten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su propia persona”*⁶⁷.

En la cita anterior se concreta una de las funciones que posee el Estado. En este sentido es a este al que le corresponde permitir que se desarrollen esas condiciones sociales que permitan un desarrollo adecuado de la persona. Esas condiciones son el resultado conjunto de un grupo de personas. Es decir, primero es el Estado quien debe poner las bases para que este desarrollo se pueda dar a

⁶⁷ Juan XXIII. Mater et Magistra. Punto 23.

fin de que los habitantes puedan disfrutar de esos beneficios y además contribuir a la sociedad, lo que refleja una relación sinalagmática.

Además, existen otros enfoques de lo que es el bien común, el cual puede entenderse como “el objetivo que aúna a todos sus miembros y determina el modo en que han de organizarse”⁶⁸. De esta forma el bien común corresponde a una meta a la que aspira la sociedad como un todo y que eso produce una organización tal que permita alcanzarla.

Así las cosas, dentro de esa dinámica interna de los individuos debe buscarse un conjunto de medios, no solamente materiales, que permitan a los individuos encontrar los fines de sus vidas.

Como ya se vio , en el país, esta función se ha entendido como una serie de obligaciones comunales; sin embargo, cabe la pregunta: ¿Cuál es el sentido de estas *obligaciones comunales*? Ante esta pregunta, queda claro que lo que se busca es alcanzar apropiada convivencia social, por medio de cesiones particulares, así como una adecuación de los intereses particulares en beneficio de la colectividad.

Así, se puede ver que el fundamento de esta función social es el bien común, pues por medio de este se busca alcanzar el mayor beneficio para la colectividad y esto se ve reflejado en una serie de *obligaciones comunales*, que persiguen una armonización o regulación de los intereses particulares en procura de un beneficio común.

También, esta función social busca que el ejercicio de un determinado derecho, como lo es el de la propiedad privada, sirva no solo al titular de este, sino también a quienes se pueden ver afectados.

⁶⁸ Rodríguez Luño Ángel (1989). Ética. Tercera reimpresión. España. EUNSA. Página 163.

B.2.- La función social como elemento de la propiedad privada

Como se ha visto, el concepto de función social es un elemento propio de todos los derechos, incluyendo el de la propiedad privada. Este elemento es muy importante como parte del efecto social que puede tener. En este sentido, Ángel Rodríguez Luño afirma que:

La propiedad privada rectamente ordenada garantiza el orden y la paz en el uso de los bienes materiales, aumenta su rendimiento económico, asegura una justa distribución de competencias y responsabilidades en el seno de la sociedad, y con ello salvaguarda la dignidad de la persona. Por todo ello, la propiedad privada tiene de suyo una importantísima función social; esta no es algo sobreañadido o yuxtapuesto a la propiedad como una especie de paliativo de la misma.⁶⁹

De esta forma, se ve como el elemento de la función social de la propiedad no es un elemento externo a este, sino parte fundamental que permite un ejercicio acorde con la realidad social en la que se desenvuelve.

Esto ha sido reconocido por jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

De esta manera, las limitaciones y deberes que se imponen a la propiedad privada son las que definen el contenido normal de la propiedad; y la ordenación urbana establece los límites de las facultades del derecho de propiedad, pero **no constriñe o reduce o condiciona el ejercicio del derecho, sino que más bien define el contenido normal de la propiedad en la función que cumple.**⁷⁰

⁶⁹ Rodríguez Luño. Op. cit. Página 249.

⁷⁰ Sentencia número 4206 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las a las catorce horas treinta y seis minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.

Esta realidad social es reflejo de reparto de las riquezas que se da. En ese sentido, el Estado debe permitir las condiciones sociales que permitan lograr un buen desarrollo de las personas; se puede decir que a este ente le corresponde velar por una adecuada repartición de las riquezas.

La función social de la propiedad busca ordenar el uso de la tierra con el fin de que no afecte los intereses de los demás; en ese sentido se puede decir que se trata de una *función ordenadora*. Es interesante que además de estos beneficios, el párrafo anterior también se refiera la paz social que puede traer este elemento así como la responsabilidad social de la que se ha hecho referencia anteriormente.

En este sentido, vale la pena señalar lo que apunta Rodrigo Alberto Gutiérrez en relación con el contenido de la función social de la propiedad:

En el principio de función social de la propiedad privada dentro de la filosofía cristiana católica no sólo está relacionado con un aspecto económico, sino, sobre todo, con un aspecto de carácter ético-moral, que consiste en la idea del buen uso de los bienes poseídos, por lo cual, está íntimamente relacionado con uno de los caracteres del dominio: el poder hacer uso de la propiedad, pero condicionado a la realización del bien común.⁷¹

De esta forma, se resalta el contenido ético que implica la utilización de la propiedad privada, dentro de un contexto social, pues además de la importancia que esta posee para el titular, se refiere a las implicaciones que tiene para terceros. Esto por la afectación que se podría hacer de los intereses de estos.

⁷¹ Gutiérrez. Op. Cit.

De esta forma el principio de propiedad privada, resaltado en el ordenamiento jurídico, es también una respuesta ante esa idea de justicia y de respeto hacia los bienes que posee una persona.

Además, frente a ese derecho de propiedad privada de la que gozan todas las personas individualmente, se sabe que el ser humano no es un ser aislado, sino que vive en sociedad y que, por lo tanto, debe contribuir a la edificación y prosperidad del lugar en el que se desenvuelve.

Para esto se ha determinado que es necesario “garantizar la subordinación de los intereses individuales a los de la comunidad en el momento en el que se manifieste una situación de conflicto, aunque sólo fuera potencial”⁷².

Sin embargo, este no es absoluto pues cuenta con distintas limitaciones establecidas desde la misma Constitución como lo es la función social de la propiedad, la cual se desprende del análisis del artículo arriba citado.

Es por esta razón que “a más nueva doctrina, admite la existencia de autorizaciones que confieren verdaderos derechos y obligaciones nuevos a los particulares y, que se dirigen a verificar si el interés que persigue la persona que la solicita es, o no, conforme con un interés público distinto y eventualmente contrapuesto al primer cuya protección corresponde a la oficina que autoriza (o rechaza la petición)”⁷³.

Es decir que el Estado puede establecer limitaciones en caso que el uso de una determinada propiedad no concuerde con la utilización establecida que se pueda realizar de ese terreno, por cuanto iría en contra de los intereses de quienes conviven alrededor. Por lo cual este tiene la obligación de velar por un uso adecuado, permitiendo o no la realización de una determinada actividad.

⁷² Calvo, Virgilio (1977) Derecho de propiedad, derecho urbanístico. Año , editorial Juricentro, San José

⁷³ Calvo Murillo, Virgilio F. (1999) “Derecho urbanístico, derecho ambiental y la técnica autorizatoria”. Revista de Ciencias Jurídicas. (90) Paginas de la 61 a la 72. Mayo – agosto.

Dos puntos de vista de la función social merecen destacarse:

“...cuando se trata de bienes públicos, siempre debe cumplir con un fin público, sea bienes demaniales o patrimoniales del Estado, caso en el cual siempre debe cumplir con un fin público; en segundo sentido, cuando se refiere a bienes patrimoniales privados, supuesto en el cual el derecho de propiedad debe primero satisfacer las necesidades del titular y luego las de la sociedad.

Quiere decir que la propiedad privada debe ser conforme con las conveniencias de la comunidad por medio del establecimiento de límites y deberes que vayan de la mano con los intereses y conveniencias de la comunidad por medio del establecimiento de límites y deberes a cargo del propietario que permita la conciliación del interés individual con el social.⁷⁴

B.3.- Aspecto subjetivo de la función social

Como se desprende de lo apuntado anteriormente, el propietario de un terreno debe cumplir con una serie de requerimientos establecidos en la legislación con el fin de cumplir con un orden social y con una puesta a disposición de algunos elementos productivos de su propiedad.

Esto le impone a este titular con la obligación de cumplir con una serie de requisitos con el fin de lograr esta función social.

Es por esto, que podríamos definir este aspecto como el conjunto de limitaciones que debe cumplir un propietario a fin de lograr esa función social de su propiedad.

⁷⁴ Fabio A. Arias C. Límites y limitaciones a la propiedad de a la propiedad inmobiliaria. IUSTITIA PAG: 11-26.

De esta forma, se ve como existen dos elementos: por un lado están las limitaciones urbanísticas establecidas en el ordenamiento jurídico que se impone sobre una propiedad a fin lograr una serie de resultados sociales y económicos; y por otro lado, se tiene al titular de una propiedad que debe cumplir con estos requerimientos.

Gutiérrez⁷⁵ afirma que este elemento implica todo lo que tiene que ver con la propiedad directamente (como lo es la producción eficiente y una mejora en la transformación y recapitulación) como a un perfeccionamiento en la administración y en la parte técnica. Esto con el fin de lograr el máximo bienestar económico colectivo.

Se coincide con este autor, por cuanto se considera que el propietario de un terreno en el cumplimiento de los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico debe procurar el mayor provecho de sus recursos para lograr un mayor crecimiento de la sociedad.

Por esta razón, se podría decir que este elemento no sólo se refiere a una serie de normas legales que los propietarios deben seguir, sino también al empeño que ponga el titular para sacar el mayor provecho de sus bienes.

Desde este punto de vista, se puede ver que el titular de una propiedad no es ya un sujeto que utiliza su propiedad de una forma indiscriminada, sino que el ordenamiento le exige que en cumplimiento de su potestad de titular, lo haga producir de la mejor manera para logra un adecuado impacto en la sociedad.

Así, por mandato legal, el propietario se convierte en un *propietario-empresario* que debe buscar el mejor rendimiento de sus pertenencias.

⁷⁵ Gutiérrez op. Cit. Op. cit. Página 309.

De esta forma parece ser que el ordenamiento jurídico le impone al propietario de un fundo que lo haga producir de la forma más completa posible a fin de devolver los rendimientos de su trabajo a la sociedad, no solo por lo que de esta propiedad pueda obtener sino también por las oportunidades de trabajo que pueda crear en beneficio de otras personas.

Sin embargo, hace falta más que el empeño de un propietario para que la propiedad privada cumpla con una función social con un verdadero impacto en la sociedad.

B.4.- Aspecto objetivo de la función social

Además del interés del propietario en retribuir a la sociedad los frutos de su trabajo, es necesario que este interés se encuentre relacionado con políticas estatales que soporten a los propietarios, lo que le dará un verdadero impacto social.

Por esta razón, se ha dicho que este elemento debe ser conjugado con el elemento subjetivo de la función social para que realmente esta concepción del dominio tenga efectos reales. Esto, por cuanto, además de políticas que establezcan este carácter social y de medidas que lo procuren, debe existir una voluntad de los propietarios para que este efectivamente se dé, junto con un verdadero impacto social.

El aspecto objetivo de la función social de la propiedad privada puede definirse como “una mejor organización y estímulo de la producción nacional”⁷⁶.

La definición arriba propuesta no puede entenderse como una *organización y producción nacional* en cuanto al conjunto de personas de una determinada

⁷⁶ Gutiérrez . Op.cit. Página 317.

circunscripción, sino como el resultado de un conjunto de políticas tendientes a desarrollar estos objetivos.

Por esta razón, este aspecto corresponde en primer lugar al Estado, por cuanto ese interés nacional es ejercido y desarrollado por él. Esto trae como consecuencia que sea este quien mediante sus distintos órganos promueva un adecuado acceso a los medios de producción de los distintos agentes que intervienen en la sociedad.

Especial atención requieren aquellas personas que por alguna razón no sean capaces de acceder a estas recursos y que son idóneas para el desempeño de una determinada tarea productiva. En este sentido, el Estado debería proveerles los elementos necesarios para su desarrollo con el fin de que contribuyan a la producción de la sociedad.

Es claro que estas medidas deben estar incluidas dentro de un plan nacional con el fin de que todas estas tengan una misma dirección y se dé un desarrollo ordenado.

Lo que se busca con este aspecto es “mejorar y desarrollar relaciones sociales más justas, lo cual, implica modificación de las relaciones de producción”⁷⁷. De este abstracto se desprende la imposibilidad de que sea las leyes del mercado las que regulen las relaciones sociales, haciéndose necesaria la intervención estatal con el fin de *mejorarlas o desarrollarlas* en caso de que no existan, lo cual es una acción que el Estado está llamado a realizar.

Esto ha sido contemplado en la Constitución Política en el artículo 50 que establece: “El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riquezas”.

⁷⁷ Gutiérrez. Op. cit, pagina 318.

Se aprecia así como el Estado asume la responsabilidad de ser el garante de ese adecuado reparto de las riquezas, que pasa por la conformación de políticas que permitan el acceso a los recursos por parte de las personas que no tienen las oportunidades para obtenerlas.

Esta organización pasa por la realización de medidas que promuevan la inclusión de personas sin acceso a los recursos con el fin de integrarlas en la dinámica económica.

Por otro lado, ese estímulo a la producción incluye la conformación de políticas que fortalezcan los medios de producción, por medio de la inclusión de nuevos espacios, lo que implica garantizar que esta se realice de la forma más eficiente y eficaz.

Bajo esta mente, “el aspecto objetivo de la función social de la propiedad privada (...) no sólo tiene que ver con una mejor distribución de la riqueza nacional, concretamente de la propiedad privada sobre bienes productivos; sino, asimismo, tiene que ver con una mejor organización y estímulo de la producción nacional”.

Es conocida la necesidad de que el Estado intervenga con el fin de ordenar las fallas producidas en la sociedad cuando únicamente rigen las leyes económicas de la oferta y la demanda. Estas producen fallas del mercado, producto de la ineficacia de aquel, al suplir las necesidades de todas las personas y que la sociedad necesita sanar por medio de la intervención estatal.

De esta forma se ve como lo que se busca es lograr una conciliación entre el uso económico y el social de la propiedad privada.

III. Las potestades de planificación urbana

Según lo considerado, la ciudad se configura como el espacio en el que habita una gran cantidad de población y en la que se da una importante actividad económica en virtud de la cual esa totalidad de población se ve beneficiada.

Este gran conjunto poblacional requiere que se dé un desarrollo apropiado de las ciudades, para lo cual se aplican normas urbanísticas que contribuyan a alcanzar un aprovechamiento más eficaz de los recursos con los que se cuenta.

En este sentido, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define al urbanismo como al conjunto de conocimientos relativos a la creación, desarrollo, reforma, y progreso de las poblaciones según conviene a las necesidades de la vida humana⁷⁸.

Según lo anterior, la planificación urbana se centra en el desarrollo de los núcleos poblacionales con un objetivo concreto, como lo es satisfacer la mayor cantidad de necesidades que posea una población. En este contexto se habla también de la planificación territorial que corresponde a un término más amplio y que se refiere a un conjunto de normas de orden público que sirve para ordenar las actividades que se llevan a cabo en un determinado territorio. Esto se realiza por un conjunto de normas que ayudan a regir los planes reguladores.

En este sentido, la planificación territorial sería un término más amplio, pues se refiere a un conjunto de lineamientos que influyen en la ordenación de un espacio, mientras que la planificación urbana se refiere concretamente a la ordenación de los cascos urbanos y que se basan en los lineamientos antes mencionados.

⁷⁸ Real Academia Española (1992). Diccionario de la lengua Española. Madrid: Espasa-Calpe. Página 2050.

Esta planificación de las necesidades debe proyectarse de manera que se identifiquen con claridad cuáles serán las necesidades presentes y futuras de una comunidad. De esta forma, al Estado le corresponde la ordenación de los recursos.

Este orden se logra por medio de la planificación que es una labor encomendada al Estado. De esta manera se desprende la obligación establecida en la Constitución por medio de la cual el Estado debe procurar “el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de las riquezas”⁷⁹.

Este adecuado reparto de las riquezas, se da no solamente mediante el otorgamiento de beneficios a la gente necesitada, sino también, mediante la planificación y ordenación de los recursos para procurar un mayor alcance de estos.

Eso por cuanto a un Estado le corresponde velar por el orden no sólo político, sino también económico y social. Así, este orden se entiende también como un crecimiento equitativo de la población; es decir, evitando marcadas diferencias sociales.

Por esta razón, es necesario identificar cuáles son las necesidades de una población para satisfacerlas de la mejor forma y así organizar los recursos necesarios. Precisamente, la planificación se refiere al seguimiento metódico de un plan con el fin de llegar a un resultado en el futuro.

Así lo ha entendido el Ministerio de Planificación y Política Económica en el Plan Nacional de Desarrollo al afirmar:

⁷⁹ Constitución Política de la República de Costa Rica. Editorial Lehman. 2007, página 17. Art 50

La gestión ordenada del territorio, con la variable ambiental incorporada de lleno en las agendas institucionales y sectoriales, es requisito para un balance armonioso entre las actividades humanas y el hábitat (terrestre y acuático), potencializando la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales⁸⁰.

Se observa la importancia que le otorga esta institución a la variable ambiental como uno de los elementos que deben estar incluidos dentro de la planificación urbana, para lograr alcanzar una óptima calidad de vida de los habitantes de todo el país.

En el país, la consideración de las ciudades en el futuro ha desarrollado una crítica en cuanto al modelo urbano horizontal que se emplea; esto, principalmente porque se ha empezado a sentir que la mayor parte del Valle Central se encuentra ya utilizado por zonas urbanas.

En este sentido el **Plan de ordenación territorial de la Gran Área Metropolitana (POTGAM)**, ha identificado la ocupación extensiva y horizontal de la GAM como uno de los principales problemáticas ambientales que posee esta área. En contraposición a esto se propone el desarrollo vertical como “unos de los componentes estratégicos y definitorio en la GAM, a fin de preservar naturalmente las zonas frágiles ambientalmente, de riesgo, de acuíferos y recargas y de valor ecológico”⁸¹.

Esto evidencia una preocupación por conservar los recursos con el fin de que puedan ser utilizados por las futuras generaciones.

⁸⁰ Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014, visto en: Ministerio de Planificación Nacional y Política Exterior. (No indica año de apertura el sitio).

<http://documentos.mideplan.go.cr/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/122fcd1c-53a7-47a7-a0ad-84cac6f1d7b9/PND-2011-2014-Maria-Teresa-Obregon-Zamora.pdf> [Consulta: 23 de mayo del 2013].

Pág. 79.

⁸¹ Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos.

http://www.mivah.go.cr/Documentos/potgam/PROPUESTAS-3_21_AGOSTO_2012.pdf [Consulta: 3 de mayo de 2013].

La legislación nacional entiende como planificación urbana “el proceso continuo e integral de análisis y formulación de planes y reglamentos sobre desarrollo urbano, tendiente a procurar la seguridad, salud, comodidad y bienestar de la comunidad”⁸².

Como se observa, la planificación busca lograr una mejor calidad de vida de todas las personas por medio de estrategias bien definidas que permitan alcanzar los objetivos definidos.

Para esto es necesario realizar no solo los planes sino también toda una planificación urbana, como parte de una gestión urbana, lo cual evidentemente podría traer consecuencias en cuanto al uso que se le pueda dar a la propiedad; es así una de las formas en que este derecho se puede ver limitado.

Esta formulación de planes y reglamentos es una obligación del Estado que lo delega en determinadas instituciones.

A. Entes reguladores de la planificación urbanística

Como se vio anteriormente, el Estado está obligado a realizar una planificación que permita un adecuado reparto de las riquezas entre todos los habitantes de la República. Esto se busca, entre otras formas, gracias a la planificación urbana.

Para este efecto, se han dispuesto diferentes entes encargados de cumplir con esta obligación constitucional en diferentes niveles como lo son el nivel nacional, el regional y el local o cantonal.

⁸² Ley de Planificación Urbana. Ley N° 4240 del 15 de noviembre de 1968, artículo 1.

Esta es la clasificación más reconocida por la doctrina nacional⁸³; sin embargo, también ha reconocido otras clasificaciones según la influencia que tengan los distintos entes dentro de la labor de planificación.

En el país, la potestad de planificación territorial ha tenido varias etapas; en un primer término se delegó a las municipalidades la función regulatoria urbana de su jurisdicción; sin embargo, luego se vio necesaria la actuación de diferentes entes a escala nacional que armonizaran y vigilaran este tópico por considerarse intereses nacionales.

Esto ha producido algunas veces confusión por parte de los diferentes entes encargados, sobre los límites y competencias que tienen con respecto a los otros entes.

A.1.- Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN)

La ley de Planificación Urbana encarga al Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN) velar por que todas las acciones de este tipo de planificación se cumplan, en conjunto con el INVU.

Con este fin la Ley le ha otorgado una serie de medidas concretas, que este Ministerio debe examinar. Estas son:

- a) La expansión ordenada de los centros urbanos.
- b) El equilibrio satisfactorio entre el desenvolvimiento urbano y el rural, por medio de una adecuada distribución de la población y de las actividades económicas.

⁸³ Cfr. Jurado, Julio (2010). "La Potestad Pública de Planificación Urbana y la Jurisprudencia Constitucional" *Revista de ciencias jurídicas.* (123)13-29. Set-Dic.

- c) El desarrollo eficiente de las áreas urbanas, con el objeto de contribuir al mejor uso de los recursos naturales y humanos.
- d) La orientada inversión en mejoras públicas⁸⁴.

Como se puede apreciar, el contenido de estas acciones apuntan hacia un aprovechamiento futuro más eficiente y eficaz a partir de los recursos que se poseen en el presente.

Este Ministerio busca hacer proyecciones de la cantidad de población, área urbana requerida, actividad económica y social, con el fin de que los recursos que se tengan en el futuro puedan satisfacer las necesidades que surjan.

Por esta razón, dentro de los ejes de trabajo de este ente se encuentra el del ordenamiento territorial. Punto en el cuál el MIDEPLAN trabaja con el fin de lograr un mejor aprovechamiento del territorio nacional.

De esta forma, el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica entiende el ordenamiento territorial de la siguiente manera:

Expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de la nación, que establece un enfoque interdisciplinario y global del desarrollo y que permite integrar en el abordaje temas como competitividad económica, sostenibilidad ambiental y cohesión social⁸⁵.

En este sentido, este tipo de ordenamientos se ve como el estudio de una serie de elementos que intervienen en la vida del ser humano (económica, social, cultural y ecológica) y que, por lo tanto, deben ser analizados desde un enfoque

⁸⁴ Artículo 2, ley de Planificación Urbana.

⁸⁵ Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014, visto en Ministerio de Planificación Nacional y Política Exterior. <<http://documentos.mideplan.go.cr/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/122fcd1c-53a7-47a7-a0ad-84cac6f1d7b9/PND-2011-2014-Maria-Teresa-Obregon-Zamora.pdf>> [Consulta: 23 de mayo del 2013].

que relacione diversas disciplinas de estudio para armonizar estos elementos y con el fin de lograr avances en la calidad de vida de los habitantes de la república.

En este sentido este ministerio ha impulsado la concretización de los planes reguladores, tomando en cuenta los elementos antes mencionados, como una forma de gestión del territorio nacional. Especialmente en las zonas de mayor crecimiento urbano como lo son la Gran Área Metropolitana y la Región Chorotega.

Lo que se busca es lograr una sostenibilidad entre las actividades que se realizan en una zona, junto con los proyectos que se tienen. Esto con el fin de que no existan discordancias y que los esfuerzos que se realizan sean eficientes hacia la utilidad de quienes se verán beneficiados.

Por esto es necesaria una coordinación de esfuerzos entre las entidades encargadas del urbanismo, para que estos esfuerzos no se pierdan.

A este respecto, el MIDEPLAN ha establecido seis acciones concretas de mejora, las cuales consisten en:

1. Impulsar la realización de planes reguladores regionales.
2. Coordinar con municipios la implementación de planes reguladores urbanos que incorporen la calidad del ambiente como uno de los criterios de desarrollo.
3. Coordinar e identificar la asistencia técnica necesaria a las Municipalidades para la elaboración de planes reguladores.
4. Diseñar y promover el desarrollo de asentamientos con acceso a servicios sociales (educativos, recreación, etc.) y de infraestructura básica.
5. Continuar con el levantamiento de la información cartográfica de los centros urbanos.
6. Impulsar acciones restrictivas de uso urbano de la tierra en zonas de alto riesgo.

Como se puede ver, el papel que está jugando este ministerio es más de asistencia técnica hacia las otras instituciones que intervienen en la planificación urbana. Esto, debido a que un uso racional del territorio nacional, así como de sus recursos, permite lograr un mejor aprovechamiento de estos, procurando así una mayor competitividad por parte de nuestro país

Además, el papel que juega el MIDEPLAN consiste en diseñar las directrices generales, por medio de las cuales se debe regir el sector. Es a partir de estas propuestas donde se ponen en movimiento las acciones concretas para alcanzarlas, en conjunto con los demás actores en el área como lo son el INVU y los municipios.

De este modo, le corresponde al MIDEPLAN en unión con el INVU, actualizar anualmente el **Plan nacional de desarrollo urbano**. Este plan debe ser entregado en el primer bimestre del año al Poder Ejecutivo con el fin de ver el cumplimiento y avance que se ha dado.

En el campo de las tareas de regulación urbana que tiene a cargo este ministerio se han clasificado sus funciones en la realización de tres aspectos:

- El Plan Nacional de Desarrollo (PND), como expresión positiva del proceso de planificación que se cumple mediante planes a corto, mediano y largo plazo.
- Diversas atribuciones en materia de control de inversiones, créditos para el sector público provenientes del exterior.
- Formulación, coordinación y evaluación de los programas de asistencia técnica y otros⁸⁶.

⁸⁶ Federación de Municipios del Istmo Centroamericano, FEMICA. (No indica año de apertura el sitio). < <http://www.femica.org/areas/modambiental/archivos/docs/Institucionalidad%20del%20plan%20nacional%20de%20desarrollo%20urbano%20San%20Jose,%20Costa%20Rica.pdf>> [Consulta: 24 de mayo de 2013].

Como se ve, el papel que juega este ministerio es de órgano rector y propulsor de la ordenación urbana, pues no interviene en la ejecución concreta de proyectos.

A.2.- Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (INVU)

El principal órgano encargado de la planificación del territorio a nivel nacional es el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo (en adelante INVU). Este es un órgano de desconcentración máxima con patrimonio propio y personería jurídica.

Su ley orgánica⁸⁷ establece entre sus funciones planear el desarrollo de los centros urbanos con el fin de realizar un adecuado uso de la tierra, así como del establecimiento de los servicios y necesidades públicas.

Una de las funciones más relevantes que esta institución tiene asignada es la de asesorar a los organismos del Estado y otras instituciones que lo requieran (como las municipalidades), con el fin de coordinar iniciativas públicas relacionadas con temas de vivienda y urbanismo.

Como se puede apreciar, la función del INVU en esta materia es primordialmente directiva y de asesoramiento. Esto quiere decir que sus potestades no se relacionan con la ejecución de un plan urbanístico de una zona determinada o de todo el territorio nacional, sino que este debe orientarlo.

Como se hablará seguidamente, el Instituto podría ejecutar la planificación urbana de un lugar en casos muy determinados. Esto ocurre debido a que la

⁸⁷ Ley Orgánica del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. N° 1788 del 24 de agosto de 1954.

organización y ejecución de la planificación urbana ha sido asignada primordialmente a las municipalidades, como se ve en la siguiente sección.

Como se dijo, entre sus funciones se encuentra el asesoramiento técnico a otras instituciones que lo requieran. En este punto el INVU ha realizado una función muy importante para la orientación de las municipalidades sobre el modo de dirigir la ordenación territorial de los cantones.

Sin embargo, esto no quiere decir que este ente no puede influir en la planificación de una zona determinada. Ello, por cuanto a la Dirección de Urbanismo, adscrita al INVU, le corresponde la realización de un Plan nacional de desarrollo urbano, el cual consiste en un estudio sobre la distribución demográfica, uso de la tierra y necesidades públicas.⁸⁸

De esta forma, los planes reguladores deben estar en concordancia con lo que establezca este ente de planificación nacional.

Por otro lado, la ley de Planificación Urbana afirma en su Transitorio II, refiriéndose a las potestades de esta institución:

Podrá además, confeccionar los planes reguladores y delimitar los distritos urbanos y demás áreas sujetas a control urbanístico, en tanto las municipalidades no hubieren promulgado en la respectiva materia, o parte de ella, sus propias disposiciones locales con ajuste a esta ley. Los preceptos y reglamentos que dicte el Instituto regirán en los territorios jurisdiccionales o en la parte de ellos que las normas señalen, a partir de su publicación en el Diario Oficial⁸⁹.

⁸⁸ Artículo 1, Ley de Planificación Urbana: Plan Nacional de Desarrollo Urbano, es el conjunto de mapas, gráficos y documentos, que describen la política general de distribución demográfica y usos de la tierra, fomento de la producción, prioridades de desarrollo físico, urbano-regional y coordinación de las inversiones públicas de interés nacional.

⁸⁹ Transitorio II, Ley de Planificación Urbana, número 4240.

Esto hace ver como la función de Planificación que posee el INVU es residual, es decir, en caso de que la municipalidad no realice su plan regulador urbano, le correspondería a este su realización.

En este sentido, la jurisprudencia ha dicho que el hecho de que esta disposición se encuentre en los transitorios de la ley es una muestra de que se intentaba que los lugares que no tuvieran planes reguladores por la omisión temporal de la municipalidad, no se quedaran sin una plan que ayudara a planificar la zona. Sin embargo, estos vacíos muchas veces se han convertido en omisiones permanentes.

Por otro lado, en caso de que el INVU realizara este plan para un lugar determinado, el gobierno local podría negarse a ejecutarlo, o acatarlo parcialmente, por considerar que no refleja las necesidades de los vecinos y que en realidad podría perjudicar sus intereses. Esto se entiende en el tanto se supone que el municipio conoce mejor cuáles son los intereses de los pobladores del cantón.

De este modo, a pesar de que el INVU puede realizar estos planes reguladores, siempre los confecciona en atención al vacío que existe para regular este campo en algún lugar en concreto. Además de este carácter residual, se debe destacar que lo propuesto por esta institución debe estar siempre avalado por la municipalidad correspondiente; de otro modo no es posible que se implemente. Esto ha sido afirmado por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

Se reitera la tesis de que sigue siendo atribución exclusiva de los gobiernos municipales la competencia de la ordenación urbanística, y sólo de manera excepcional y residual, en ausencia de regulación dictada al efecto por las municipalidades, es que el INVU tiene asignada la tarea de proponer planes reguladores, pero a reserva de que sean previamente aprobados por el ente local; de manera que las disposiciones que al

efecto dicte esta institución autónoma en lo que se refiere a planificación urbana, deben siempre considerarse transitorias, y en defecto del uso de las competencias municipales⁹⁰.

Si se contrasta este extracto con el último párrafo del transitorio antes señalado, se encuentra que el Instituto puede proponer planes reguladores en ausencia de algún reglamento emitido por el gobierno municipal y que de ser así este regiría luego de su publicación en la Gaceta. Sin embargo, esta publicación se podrá realizar únicamente en la medida en que haya sido aprobado por la municipalidad.

Se debemos recordar que al ser una competencia municipal, a la respectiva municipalidad le correspondería confeccionar el plan definitivo, por lo que los planes que emita el INVU, en ausencia del municipal, serán sólo provisionales.

Por esta razón, se considera que en caso de que existiera alguna diferencia entre el plan regulador propuesto por el INVU y la visión del gobierno local, prevalecería lo que exponga el municipio por ser el ente encargado de la regulación urbana en el cantón.

Sin embargo, a pesar de esta obligación municipal, la falta de una regulación adecuada, imposibilidad financiera y la falta de capital humano de muchos gobiernos locales, produce que la planificación urbanística de un cantón muchas veces recaiga sobre el INVU.

Concretamente, el órgano encargado de velar por la función urbanística dentro del INVU es la Dirección de Urbanismo, de la cual se habla seguidamente.

⁹⁰ Voto 4205-96 de las 14:30 del 20/8/96 Sala C.

A.3.- Dirección de Urbanismo

La Ley de Planificación Urbana, creó la Dirección de Urbanismo, órgano adscrito al INVU, como el encargado de todo lo relacionado con el urbanismo a nivel nacional. Entre las funciones encomendadas a este órgano la ley le asigna la formación del Plan nacional de desarrollo urbano y la coordinación de proyectos urbanísticos sean públicos o privados⁹¹.

De especial interés, es el encargo que le da a este órgano de la coordinación del campo urbanístico con los demás entes que también colaboran en esta área. El artículo 8 de la Ley de Planificación Urbana afirma que para cumplir este cometido la dirección debe:

1. Colaborar con dicha oficina a efecto de organizar y mantener un centro de información que recoja datos sobre planes o proyectos de desarrollo físico para su debida coordinación, evaluación y divulgación.
2. Dar su asesoramiento en asuntos de planificación urbana y regional y organizar relaciones directas entre los funcionarios encargados por los distintos organismos de los respectivos proyectos.
3. Preparar y mantener al día un mapa oficial de proyectos y mejoras, ubicando en forma general las obras y servicios que convengan al plan nacional.
4. Resolver y conciliar en asocio de la Oficina de Planificación, las incongruencias que se advierten en el Plan nacional o entre los proyectos propuestos por las diferentes instituciones y dependencias, informando de tales incompatibilidades a las entidades correlacionadas junto con las recomendaciones del caso.⁹²

⁹¹ Artículo 7, ley 4240 Ley de Planificación Urbana.

⁹² Artículo 8, Ley de Planificación Urbana.

Es importante aclarar que la *oficina* a la que hace referencia el inciso 1 es lo que ahora corresponde al Ministerio de Planificación y Política Económica; aun así es interesante que a este órgano se le ordene la conformación de una base de datos en la que se indique cuáles son los proyectos urbanísticos que se están desarrollando.

Esto hace entrever un control que ejerce el Estado sobre los proyectos urbanísticos que se realicen, pues afecta la conformación del espacio físico del país y, como es de suponer, el uso que se le dé a los espacios.

El inciso segundo establece dos funciones distintas como lo son el asesoramiento a los distintos entes desarrolladores de proyectos urbanísticos, del cual se habló anteriormente, y encargarse de contactar a quienes realizan obras de este tipo; esto puede tratarse como de relaciones intermunicipales (como es el caso del proyecto POTGAM), así como de relaciones público-privadas.

En el apartado 3, se habla de mantener al día un mapa oficial de proyectos y mejoras. Se consideramos que este artículo se encuentra íntimamente relacionado con el inciso primero, puesto que este mapa se mantendrá actualizado en la medida en que se lleve al día la base de datos a la que nos referimos anteriormente. Además de esto, la oficina de Urbanismo debe garantizar que cualquier proyecto que se esté desarrollando debe estar con el Plan nacional de desarrollo.

Como se puede apreciar en el análisis de estos artículos, si bien no existe una relación de jerarquía entre esta oficina y los demás entes que se encargan del tema urbanístico, existe cierto control sobre las actividades que estos realizan. Sobre la concepción de coordinación establecida en la ley se hace referencia más abajo.

La Ley de Planificación Urbana le otorga a esta oficina dos tipos de funciones: unas de coordinación (artículo 9) y otras de control (artículo 10). Las primeras, indica la ley se realizarán para la consecución de los siguientes fines:

1. Preparar, aplicar y modificar el Plan Regulador y sus reglamentos.
2. Estudiar y recomendar mejoras a los sistemas administrativos y a los recursos de las municipalidades con el objeto de posibilitar un mayor desarrollo de los programas locales de planificación.
3. Proponer a las municipalidades proyectos de financiación cooperativa tendientes a efectuar mejoras de especial trascendencia que impulsen la aplicación de los planes reguladores.⁹³

Sobre el primer inciso, ya se hizo referencia supra. Los siguientes dos incisos corresponden a típicas funciones de asistencia tanto en el campo técnico de la planificación como en el económico, lo cual constituye un importante impulso para el desarrollo de este tipo de planificación, especialmente en cantones con escasos recursos.

En cuanto a las funciones de control, la ley establece las siguientes especificaciones:

1. Revisar y aprobar los planes reguladores y sus reglamentos antes de su aprobación por las municipalidades.
2. Examinar y visar en forma ineludible los planes correspondientes a proyectos de urbanización o de fraccionamiento para efectos de urbanización previamente a su aprobación municipal.
3. Informar o denunciar a las corporaciones municipales, la comisión de infracciones graves a esta ley o al Plan Regulador Local, cometidas en el aprovechamiento de terrenos o en la factura de construcciones.
4. Ordenar la suspensión de aquella obra en que ha habido las infracciones contempladas en el inciso anterior cuando después de transcurrido un

⁹³ Artículo 9, Ley de Planificación Urbana.

término prudencial desde que formule la respectiva denuncia, no actúe la municipalidad como le corresponde en el sentido de impedir o corregir la transgresión apuntada.

5. Requerir el auxilio de las autoridades de policía para dar efectividad a las órdenes que expida, conforme al inciso anterior y en general para la mejor vigilancia en el control del desarrollo urbano. Las autoridades requeridas estarán obligadas a prestar esa colaboración.⁹⁴

Sobre el primer inciso ya se hizo anteriormente. Lo establecido en el segundo artículo consiste más en un paso de aprobación del proyecto, pues, aunque deba presentarse primero al INVU, la aprobación definitiva es la municipal.

Por otro lado, en el inciso tercero se habla de una típica función de vigilancia, puesto que debe asegurarse que no se dé ninguna violación a lo mandado por la Ley de Planificación; además a tal oficina se le encarga la atención del cumplimiento de lo establecido en el plan regulador urbano de cada cantón. Ante lo cual, y ante la inacción de la municipalidad, puede solicitar la detención de la obra, con el fin de que se ponga en regla respecto de las especificaciones municipales.

A.4.- Planificación regional

Costa Rica no cuenta con una delimitación clara sobre el modo de realizar la planificación a nivel regional. A pesar de ello, se ha entendido que esta deben realizarla los entes encargados de la planificación nacional, es decir, el INVU y el Ministerio de Planificación.

A pesar de que no existe una estructura organizacional concreta con objetivos claros en este ámbito, la planificación urbana regional sí está

⁹⁴ Artículo 10, Ley de Planificación Urbana.

contemplada en la ley de Planificación Urbana en los artículos 62 y 63. Estas normas establecen:

Artículo 62.- Las municipalidades de territorios contiguos pueden concretar entre sí convenios para fundar y mantener servicios conjuntos de planificación, conforme lo dispongan las leyes de organización municipal. Respecto al Área Metropolitana de San José, regirá lo dispuesto en el capítulo siguiente.

Artículo 63.- Créase la Oficina de Planeamiento del Área Metropolitana de San José, para que, en carácter de órgano especial intermunicipal, planifique el desarrollo urbanístico de esta área. Se ocupará primordialmente esa oficina de preparar y recomendar el Plan Regulador Metropolitano, sus reglamentos y las enmiendas que sean necesarias para mantenerlos al día. Siempre que sus funciones lo permitan, prestará además ayuda a las municipalidades del área, para formular planes y proyectos específicos relativos a planificación urbana.

La planificación territorial se entiende en el medio, como el consenso en un plan conjunto entre municipalidades con territorios adyacentes, con el fin de solucionar problemas comunes o para realizar esfuerzos de forma conjunta a fin de mejorar una situación específica.

Se puede apreciar que el legislador al redactar esta ley, entendió la importancia de que las municipalidades, al identificar problemas conjuntos, den la solución que mejor les satisfaga.

Esto es importante, pues muchas veces los problemas que afectan a una comunidad, los poseen otros y por esto resulta más efectivo el empeño que se ponga para solucionarlo desde distintos frentes.

Otro aspecto importante, es que estos problemas pueden afectar a varios cantones, por lo cual es lógico que entre ellos se organicen con el fin de solucionarlos; de esta forma todos resultan beneficiados.

En este sentido, la ley no establece reglas sobre estas uniones cantonales, por lo que podría entenderse que serían las provincias, como división político administrativa superiores a los cantones, las encargadas de realizar estos conglomerados; sin embargo estas no tienen entes de gobierno. También podría entenderse que estas deben ser realizadas por medio de las regiones administrativas que existen en el país (Brunca, Chorotega, Central, entre otras).

La doctrina italiana ha reconocido, como parte de la naturaleza jurídica de los planes reguladores, la interrelación que existe entre las instancias locales y las regionales, que como se dijo, en el país se realiza por medio de los órganos nacionales. De esta forma, esta teoría ha afirmado:

El plan regulador general, resulta del concurso de dos actividades paralelas la actividad de la Municipalidad y la de la región. La formación del plan regulador requiere por consiguiente, de un procedimiento complejo, en el cual confluyen intereses a diferente nivel, municipal y regional⁹⁵.

En este sentido, el MIDEPLAN en el Plan de Desarrollo Nacional 2011-2014, ha retomado el tema de la regionalización administrativa del país “en reconocimiento a la existencia de realidades diversas que tienen su expresión en la geografía nacional y que requieren un abordaje específico”⁹⁶. Esto en el campo

⁹⁵ Spadaccini, G. Urbanística Edilizia Espropriazioni. Libreria Chiari . Publicado por Casa Ed. Stamperia Nazion. Roma, Italia. 1969. Páginas 838.

⁹⁶ Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014, visto en: Ministerio de Planificación Nacional y Política Exterior. (No indica año de apertura el sitio). <
<http://documentos.mideplan.go.cr/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/122fcd1c-53a7-47a7-a0ad->

urbanístico constituye un reconocimiento de las necesidades específicas que requiere cada una de estas regiones, lo que debe llevar a un mejor abordaje de los problemas que cada una de estas tenga en este campo.

Como se ha visto, no existe una normativa que regule este tópico, pues estas uniones bien podrían ser de distintos cantones sin importar la provincia; incluso, nada obsta para que sean cantones situados geográficamente en lugares distantes, pero con problemas comunes, como lo puede ser la zona marítimo-terrestre, fuentes hidrográficas, etc.

Especial atención pone el legislador en la ordenación territorial que se desarrolla en la Gran Área Metropolitana, razón por la cual, constituye un órgano concreto (Oficina de Planeamiento del Área Metropolitana de San José) para que resuelva las problemáticas específicas que puedan surgir en esta área del país que posee características tan especiales.

La Gran Área Metropolitana, constituye el área del territorio nacional en la que se encuentra la mayor cantidad de la población. Además, es en este lugar en el que se desarrolla la mayor actividad social y económica.

Esto ha producido la mayor actividad urbana del país, lo que ha traído también los problemas propios de cualquier ciudad.

Sin embargo, esta área no se encuentra administrada por una sola entidad en el aspecto político-administrativo, sino que ocupa el territorio de varios cantones, que pueden tener políticas diferentes en la resolución de un mismo problema.

Es por esta razón que, ante las características especiales de esta área, se dicten políticas homogéneas para la resolución de los problemas, al mismo tiempo de que exista una adecuada coordinación entre las distintas municipalidades con el fin de que se solucionen los problemas urbanos propios y comunes entre sus cantones.

En el país se han realizado pocos intentos con el fin de realizar proyectos de planificación regional. Los únicos esfuerzos que se han realizado, han sido en relación con la Gran Área Metropolitana. Además de algún interés que se ha desarrollado en relación con la Región Chorotega, según se desprende del *Plan nacional de desarrollo*, del MIDEPLAN.

En este sentido, el único plan regional vigente hasta el momento es el *Plan regional de desarrollo urbano “Gran Área Metropolitana” (GAM)*, aprobado mediante decreto ejecutivo N° 13583-VAH-OFIPLAN, publicado en La Gaceta N° 95 del 18 de mayo de 1982.

Posteriormente se ha hecho intentos propuestas de ordenamiento territorial como lo fue el *Proyecto de planificación regional y urbana de la Gran Área Metropolitana PRUGAM*) y ahora el *Proyecto de ordenamiento territorial de la Gran Área Metropolitana (POTGAM)*, los cuales han recibido un débil apoyo político y administrativo por parte de las autoridades competentes.

En relación con la planificación regional, el PRUGAM consideró que esta “se encuentra ausente en la planificación del desarrollo nacional, en detrimento de una forma de organización intermedia en la cual el gobierno central y los gobiernos locales puedan definir y compartir mejor sus competencias”⁹⁷.

⁹⁷ Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos. (No indica año de apertura el sitio). <http://201.194.102.38/PRUGAM/Documentos/Diagnostico.pdf>> [Consulta: 29 de mayo de 2013].

Llama la atención que en este proyecto la concepción de los esfuerzos regionales, como pasos intermedios, eran considerados como fortalezas con el fin de lograr una mejor sintonía entre los entes encargados de la planificación urbanística.

A.5.- Órganos encargados de la planificación local: las municipalidades

Dentro del esquema organizacional del Estado costarricense se encuentran las municipalidades, entes encargados de velar por los intereses y servicios locales de cada cantón, como lo establece el artículo 169 de nuestra Constitución Política.

En la legislación costarricense, la municipalidad se encuentra definida de distintas formas, según se establezca el énfasis en alguna característica en concreto. De esta forma, la Constitución la define como una corporación de carácter autónoma con presupuesto propio. Por otro lado, el Código Municipal la define como un conjunto de vecinos de un cantón, encargados de la velar por los intereses locales.

La municipalidad ha sido definida en la doctrina nacional como “la corporación exponente de la comunidad estable del cantón, para la gestión autónoma de los intereses propios de ésta, mediante un gobierno electivo y representativo, llamado *gobierno municipal*”⁹⁸.

Se considera que la municipalidad corresponde a una institución autónoma estatal, gobernada por un gobierno municipal, encargada de velar por los intereses

⁹⁸ Ortiz Ortiz, Eduardo (1987). La municipalidad en Costa Rica. Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local. pág. 44.

locales de los vecinos de un cantón determinado. Para esto cuenta con autonomía presupuestaria y política.

A continuación se realiza un análisis con base en los elementos de la definición antes apuntada.

En primer lugar, la Constitución establece en el artículo 170 que “las corporaciones municipales son autónomas”⁹⁹. Esto da una idea clara de cómo entiende el sistema jurídico estas corporaciones.

Como se ve, la naturaleza jurídica de las municipalidades se refiere a entes autónomos en razón del territorio; esto significa que poseen la competencia en un territorio determinado que corresponde a un cantón, sobre el cual ejercen la jurisdicción.

Esta autonomía ha sido entendida en la doctrina nacional como “una autonomía frente al Estado para definir y adoptar los planes generales de su actividad e inversiones, al empuje de los requerimientos de la colectividad local, separadamente de los propios de la nación”¹⁰⁰.

Esta definición se refiere a la independencia político administrativa que poseen estas corporaciones frente al Estado nacional, con el fin de realizar planes para la satisfacción de los intereses de los vecinos.

Esta autonomía nace del carácter electivo de los representantes del gobierno municipal que, en principio los independiza de las políticas que dicte el gobierno central y el partido oficialista de turno. A esto debe recordarse que las municipalidades reciben el dinero del gobierno nacional y, si bien ellas poseen

⁹⁹ Artículo 170, Constitución Política de la República de Costa Rica.

¹⁰⁰ Ortiz Ortiz. Op. Cit. Pág. 97.

autonomía financiera, podría existir algún tipo de presión para la realización o no de algún proyecto en concreto.

El gobierno municipal se refiere a los órganos encargados de la dirección de los municipios. Este se compone del Concejo municipal y el alcalde.

Por otro lado, se ha visto que las municipalidades deben velar por la satisfacción de los intereses locales del cantón. Sin embargo, ¿a qué se refiere la *localidad* de estos servicios o intereses?

Por servicios, se entienden todas aquellas actividades que busquen el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del cantón. En cuanto a intereses, se hace referencia a cualquier otro fin por el que busquen los vecinos, ser satisfechos.

En este sentido, Eduardo Ortiz asegura que este concepto de localidad se refiere a un campo en el que puede intervenir el Estado o algún otro ente público, con lo que “las municipalidades pueden tener competencias concurrentes, tanto con entes públicos –estatales o no- como con particulares”¹⁰¹.

Se ve así, que no existe un límite claro entre lo que pueda denominarse como interés local a uno nacional, puesto que el Estado central puede intervenir en la prestación del servicio que se requiera, por lo que depende en cada caso la denominación de un interés como local o como nacional.

Sin embargo, la Sala Constitucional ha estimado que existen una serie de intereses que son estrictamente locales y que, por lo tanto, no pueden convertirse en intereses regionales o nacionales. La jurisprudencia no ha dado un listado de cuáles son estos intereses; solo se ha limitado a asegurar que cada uno debe verse en el caso concreto pero que “no pueden subsistir funciones de ningún ente

¹⁰¹ Ortiz.Op. cit. Pág. 41.

público, que disputen su primacía con las municipalidades, cuando se trata de materia que integra lo local”¹⁰².

Esto por cuanto, ese resguardo de los intereses pertenecientes a una comunidad le ha sido asignado constitucionalmente a las municipalidades, y si algún ente, de ámbito nacional decidiera cubrir este tipo de intereses, iría en contra de esta disposición. Distinto es el caso en que a una institución de ámbito nacional se le encomiende una determinada labor, debido a la incapacidad financiera de un municipio para hacerle frente.

Por lo que no existe un límite claro de lo que se entiende como local y lo que es de índole nacional. Es necesario entender que el concepto de localidad puede ser entendida tanto como territorial, poblacional o de gobierno.

En este sentido la Sala Constitucional se ha referido en los siguientes términos:

...lo local tiene tal connotación que definir sus alcances por el legislador o el juez, debe conducir al mantenimiento de la integridad de los intereses y servicios locales, de manera que ni siquiera podría el legislador dictar normativa que tienda a desmembrar el Municipio (elemento territorial), si no lo hace observando los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política; ni tampoco promulgar aquella que coloque a sus habitantes (población) en claras condiciones de inferioridad con relación al resto del país; ni la que afecte la esencia misma de lo local (gobierno), de manera que se convierta a la Corporación en un simple contenedor vacío del que subsista solo la nominación, pero desactivando todo el régimen tal y

¹⁰² Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia número 6469, de las dieciséis horas veinte minutos del ocho de octubre de mil novecientos noventa y siete.

como fue concebido por la Asamblea Nacional Constituyente”¹⁰³.

Con lo anterior se puede observar como estos tres elementos (territorial, poblacional y de gobierno), son esenciales para determinar si un interés o servicio es de carácter local o no lo es. Es decir, que no puede el legislador o el juez, realizar una afectación a cualquiera de estos tres elementos, pues esto implicaría transformar la municipalidad en un ente que carece de la idea con la cual fue concebida por nuestros constituyentes.

Visto lo anterior, la Sala Constitucional ha definido criterios para definir la satisfacción de los distintos tipos de intereses que pueden existir y que incluso podrían chocar. En este sentido, la Sala se ha referido en los siguientes términos:

Definida la competencia material de la municipalidad en una circunscripción territorial determinada, queda claro que habrá cometidos que por su naturaleza son exclusivamente municipales, a la par de otros que pueden ser reputados nacionales o estatales; por ello es esencial definir la forma de coparticipación de atribuciones que resulta inevitable, puesto que la capacidad pública de las municipalidades es local, y la del Estado y los demás entes, nacional; de donde resulta que el territorio municipal es simultáneamente estatal e institucional, en la medida en que lo exijan las circunstancias¹⁰⁴.

Se vemos así, como existen servicios que son de orden municipal y otros que pueden ser considerados como nacionales; esto dependerá del impacto que pueda tener, no solo sobre la vida de los habitantes de un cantón, sino también por el régimen requerido para su desenvolvimiento.

¹⁰³ Sentencia número 6469 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las dieciséis horas veinte minutos del ocho de octubre de mil novecientos noventa y siete.

¹⁰⁴ Sentencia número 5445 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las catorce horas con treinta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Llama la atención, como en la descripción realizada por la Sala en el extracto anterior, uno de los elementos más importantes dentro del ejercicio de las potestades públicas entre los entes de ámbito local y el nacional es la coordinación, que no debe entenderse como una duplicidad de funciones, sino como una cooperación o coordinación, para servir de una manera más ágil a la sociedad. Sobre este aspecto se hace referencia más adelante.

Como parte de los intereses y servicios que a las municipalidades se les ha encomendado y derivado de la potestad otorgada en el artículo 169 de la Constitución, la planificación urbanística en sus jurisdicciones. Esto debido a que uno de los intereses más importantes de los vecinos es lograr un aprovechamiento óptimo de los recursos de su comunidad.

Este mandato de planificación ha sido afirmado de forma insistente por la Sala Constitucional de la Corte Suprema como se ve en la siguiente nota: *“...la potestad atribuida a los gobiernos locales para planificar el desarrollo urbano dentro de los límites de su territorio sí integra el concepto constitucional de intereses y servicios locales”*¹⁰⁵.

Así las cosas, por mandato constitucional, es que a las municipalidades les corresponde realizar y ejecutar la planificación urbana de su territorio. Esto significa que deben velar y dirigir el desarrollo territorial de sus respectivas jurisdicciones. Esto constituye un empoderamiento de cada uno de los gobiernos locales para ejercer esta potestad de control.

Por otro lado, es en la Ley de Planificación Urbana donde se describe el modo en que se debe realizar esta planificación por parte de los municipios. De esta forma, el artículo 15 de este cuerpo normativo confiere a las municipalidades la autoridad para ejercer las potestades de ordenamiento territorial de sus

¹⁰⁵ Sentencia número 6706-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las quince horas veintiún minutos del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

cantones. Esta norma afirma:

Conforme al precepto del artículo 169 de la Constitución Política, reconócese la competencia y autoridad de los gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional. Consecuentemente, cada uno de ellos dispondrá lo que procesa para implantar un plan regulador, y los reglamentos de desarrollo urbano conexos (...) ¹⁰⁶.

Vemos así como este artículo entiende que como derivación de lo estipulado en el artículo 169 es que las municipalidades tienen el encargo constitucional de la planificación y control del desarrollo urbano que se realice en los cantones.

Por otro lado, se les permite utilizar las herramientas que requieran para su ejecución como lo son los planes reguladores y los reglamentos necesarios que los desarrollen.

Como se ve, las potestades de planificación urbana se realizan, en primer lugar, por medio de las municipalidades. Esto lo materializan, especialmente, en los planes reguladores urbanos.

De este modo, la Ley de Planificación Urbana establece que la Dirección de Urbanismo le corresponde revisar y aprobar los planes reguladores emitidos por las municipalidades, y que estos no pueden aplicarse en caso de no ser aprobados ¹⁰⁷. Es claro que estas disposiciones se aplicarían en caso de que estos planes no estuvieran en consonancia con los lineamientos dictados por órganos encargados de la planificación a escalas mayores.

¹⁰⁶ Ley de Planificación Urbana, artículo 15.

¹⁰⁷ Artículos 10.1 y 17.2 de la Ley de Planificación Urbana.

Por lo tanto, la Dirección de Urbanismo en comunión con el MIDEPLAN son los órganos rectores del sector urbanístico, por cuanto les corresponde la obligación de realizar las políticas a seguir en este campo.

Sin embargo, son las municipalidades las que concretizan el modo en que esto se llevará a cabo en sus respectivos cantones. Esto lo realizan por medio de la confección del “Plan regulador urbano”, como se ve en el siguiente apartado.

A.6.- Planes urbanos reguladores

Este apartado versa sobre el concepto de los planes reguladores, por ser un tema sobre el que se hace referencia en los capítulos siguientes.

Un hecho que llama la atención es que la ley reconoce a los “Planes reguladores urbanos” como los instrumentos idóneos para procurar este ordenamiento; sin embargo, en la práctica se ha utilizado también el nombre de “Plan director urbano”, como en el caso del cantón Central de San José, para referirse al mismo instrumento. Pero, ¿qué es exactamente un plan regulador urbano?

Luego de haber resuelto la problemática sobre la potestad municipal de la regulación urbana y el efecto de limitación a la propiedad privada que ello pueda significar, se hace ahora referencia al concepto de estos planes.

La figura del plan regulador se encuentra definido en la Ley de Planificación urbana, entendiéndolo como:

El instrumento de planificación local que define en un conjunto de planos, mapas, reglamentos y cualquier otro documento, gráfico o suplemento, la política de desarrollo y los planes para distribución de

la población, usos de la tierra, vías de circulación, servicios públicos, facilidades comunales, y construcción, conservación y rehabilitación de áreas urbanas¹⁰⁸.

La definición aportada por la Ley de Planificación afirma que estos son “instrumentos” que se dedican a la planificación de una localidad. Como se ha visto, estos deberían tener el rango de ley para que puedan limitar la propiedad privada en el cantón.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional del país ha reconocido la naturaleza jurídica de estos planes de la siguiente manera:

“...en razón de su **contenido y de su eficacia u obligatoriedad general**, debe estimarse que se trata de **verdaderas normas jurídicas o leyes en sentido material**, toda vez que reconoce derechos y establece obligaciones para los titulares y poseedores de los inmuebles ubicados en la circunscripción territorial del respectivo cantón” (la negrita corresponde al original)¹⁰⁹.

Es decir, que estos instrumentos tienen un carácter primeramente jurídico por la materia de la que tratan. Además, en este párrafo se observa como el juez constitucional caracteriza a los planes reguladores como *leyes en sentido material*, por los efectos jurídicos generales que establece en relación con la propiedad de todos los vecinos del cantón.

Se entiende así, que los documentos que desarrollen estos planes deben ser catalogados por la misma ley como *reglamentos*.

En cuanto al territorio que puedan abarcar, la ley utiliza el término *local*,

¹⁰⁸ Artículo 1, Ley de Planificación Urbana.

¹⁰⁹ Resolución número 13330 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las diecisiete horas con treinta y tres minutos del seis de setiembre del dos mil seis.

para referirse a la circunscripción territorial que compone al cantón, en concordancia con el término utilizado en la Constitución Política. Se entiende que la Municipalidad sólo tiene jurisdicción en el territorio que le ha sido asignado.

Como se observa, tales planes tienen como objetivo la planificación territorial en cuanto aprovechamiento del espacio correspondiente, así como formas para mejorar la eficiencia acerca de la utilización de los recursos y lograr una mejora de la calidad de vida de los habitantes de ese territorio.

De este modo, la jurisprudencia constitucional del país se ha referido al propósito de estos planes de la siguiente forma:

Instrumentos que intentan controlar la correcta utilización del suelo y del resto de los recursos naturales, a fin de garantizar un desarrollo racional y armónico de los centros urbanos, en los que hay diversidad de usos (residenciales, industriales, áreas protegidas, etc.)¹¹⁰.

Así lo que se busca por medio de ellos es lograr un desarrollo apropiado por medio de los recursos existentes, especialmente del suelo, para lo cual se divide este en distintas zonas, ya sean residenciales, comerciales, industriales, entre otros.

El artículo de análisis es impreciso al tratar de definir lo que se entiende por plan regulador, cuando describe el soporte sobre el que puede establecerse. Sin embargo, afirma que debe disponer sobre la “política de desarrollo y los planes para distribución de la población” con lo cual se entiende que son los lineamientos sobre los que se dirigirá el desarrollo cantonal. En lo que se refiere a la distribución demográfica, esto es un efecto del uso que se le pueda dar a la tierra y a las políticas económicas que se dicten.

¹¹⁰ Resolución número 13330 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las a las diecisiete horas con treinta y tres minutos del seis de setiembre del dos mil seis.

Por último, el artículo nombra algunos elementos que debe contener el plan (vías de circulación, servicios públicos, facilidades comunales); sin embargo, estos muchas veces corresponden a servicios que no otorga la municipalidad, sino que los presta otra institución, por lo que se requiere una coordinación conjunta con diferentes entes que también intervienen en la Planificación Urbana, como lo son el MOPT, el AyA, ICE, entre otros.

Como se ha visto la planificación urbana es una competencia en primer lugar de las municipalidades; sin embargo, esto no quiere decir que esta se desligue de los lineamientos establecidos por otras instituciones. Es decir, que debe existir una coordinación y cooperación entre cada una de las instituciones encargadas de la planificación para que exista un apoyo coordinado entre cada uno de los entes actores y consecuentemente, un mejor aprovechamiento de los recursos del lugar.

De igual forma, en el Derecho Comparado se ha definido los planes reguladores urbanos de formas muy parecidas a la costarricense. Así la doctrina española ha definido el instrumento análogo, de la siguiente forma:

El plan urbanístico es un instrumento, aprobado por un acto del Poder Público, que ordena el territorio, estableciendo previsiones sobre el emplazamiento de los centros de producción y de residencia del modo conveniente para la mejor distribución de la población; regula la utilización del suelo para su destino público y privado y, en especial, su urbanización y edificación, y, al hacerlo, define el contenido del derecho de propiedad y programa el desarrollo de la gestión urbanístico¹¹¹.

¹¹¹ Carceller Fernández, Antonio (1993). Introducción al Derecho Urbanístico. Segunda Edición. Madrid. Editorial Tecnos. Página 34.

De esta definición resalta, en primer lugar, el elemento según el cual establece que debe ser aprobado por un acto administrativo del poder público. lo cual también ocurre en Costa Rica por medio de los concejos municipalidades, los cuales se encargan de aprobarlos.

Además, como en el ordenamiento jurídico, en el español se le considera un instrumento para lograr una mejor utilización de los recursos de un determinado lugar. Sin embargo, llama la atención de que también se le concibe como parte de la gestión urbana de un lugar, no solamente como un grupo de normas tendientes a este fin.

Por otro lado, la doctrina de este mismo país ha caracterizado las funciones que desempeña el plan regulador en los distintos tipos de suelo, según sean urbanos, urbanizables o no urbanizables, de la siguiente manera:

El Plan General tiene por objeto específico:

- a.- En el suelo urbano, completar su ordenación mediante la regulación detallada del uso de los terrenos y de la edificación; señalar la renovación o reforma interior que resultare procedente.
- b.- En el suelo urbanizable, definir los elementos fundamentales de la estructura general de la ordenación urbanística del territorio; establecer, según sus categorías, una regulación genérica de los diferentes usos globales y niveles de intensidad.
- c.- En el suelo no urbanizable, preservar dicho suelo del proceso de desarrollo urbano y establecer, en su caso, medidas de protección del territorio y del paisaje¹¹².

De esta forma se clasifica el tipo de actividades que se pueden realizar en los distintos tipos de suelo. Esto permite establecer las expectativas de

¹¹² Carceller Fernández. Op. cit. Página 39.

crecimiento de las ciudades con el fin de lograr una mejor planificación sobre el uso que se le podrá dar a este recurso en el futuro.

Por otro lado, en la doctrina italiana, Spadaccini ha definido estos planes como:

Un acto administrativo, que contiene no solamente prescripciones de carácter programático, realizables por medio del plan particularizado, sino que mediante la división del territorio en zonas, la indicación de las principales vías de comunicación y la individualización de las áreas destinadas a satisfacer exigencias de interés público, que contiene también disposiciones o prescripciones que determinan el surgimiento inmediato de vínculos a la propiedad privada¹¹³.

B. Coordinación interadministrativa

Luego de haber analizado las potestades asignadas por la legislación a los distintos entes en sus respectivos niveles, es necesario estudiar ahora cómo es que se compatibilizan estas potestades.

Se ha visto que en el país la planificación urbana se desarrolla en tres niveles: nacional, regional y local. Este esquema hace suponer que debe existir un orden en cuanto a la aplicación de las disposiciones emitidas por cada uno de los órganos encargados de la planificación.

Por esta razón, es importante entrar a analizar las relaciones que se desarrollan entre cada uno de los entes encargados de la planificación. Como se verá más adelante, la relación existente es de coordinación; sin embargo, es

¹¹³ Spadaccini, G. Op.cit. Páginas 838.

necesario conocer cuál es el marco en el que se desarrolla esta relación y su fundamento.

La jurisprudencia constitucional del país ha reconocido la complejidad que posee el sistema jurídico de la nación para resolver una serie de problemas que van más allá del ámbito municipal y que afectan también intereses nacionales:

La planificación urbana no puede entenderse como una potestad o competencia exclusivamente municipal o local, esta tesis resulta, a todas luces, simplista y reduccionista (...).

En efecto, la planificación urbana comprende una serie de aspectos de carácter multisectorial que son de claro e inequívoco interés nacional o respecto de los cuales el Estado y algunos entes descentralizados, funcionalmente o por servicios, tienen competencias concurrentes o compartidas, por lo que exceden lo estrictamente local, así tenemos, por ejemplo, el tema del tratamiento de los desechos sólidos, la protección del ambiente –aguas subterráneas o mantos acuíferos, áreas de conservación, etc.-, el transporte público, la red vial, la protección del patrimonio histórico, arquitectónico, arqueológico y cultural, vivienda popular, etc..

De este extracto se puede apreciar como la planificación urbana de un mismo lugar posee muchos elementos, que incluso sobrepasan la esfera jurídica, por lo cual se requiere todo un engranaje de parte de muchas instituciones estatales para llevar adelante este propósito.

Tomando en cuenta que el Estado debe realizar una serie de actividades para lograr un mayor bienestar de sus ciudadanos, este solo se alcanzará en la medida en que ejecute una serie de objetivos tendientes a este fin. Estos se alcanzar con la realización de acciones.

Esto requiere la necesidad de relacionarse por parte de los entes administrativos. Pero relación puede llevarse a cabo de distintas maneras, como se ve más adelante.

Al referirnos a las relaciones que existen entre los sujetos de derecho público, lo primero que se podría pensar es sobre la *jerarquía*. Sin embargo, esta se da, primeramente, entre órganos de un mismo ente.

Por otro lado, como se ha visto, muchas veces las relaciones entre estos sujetos se desarrollan en el marco de una relación horizontal, ante lo cual no aplicaría el tipo de relación antes mencionado.

Al hacer referencia a este tipo de relaciones claramente se enfoca a distintas instituciones con personería propia.

Estas relaciones se producen entre los Poderes de la República: de ellos con los entes descentralizados y entre entes descentralizados, sean materiales o territoriales. Un hecho interesante es que en estas relaciones también pueden intervenir las empresas estatales por formar parte del sector público costarricense.

Entre las relaciones que se pueden variar en cuanto a la “supremacía” de un ente, van desde una supremacía no jerárquica hasta una simple relación de coordinación y control sin planificación ni planificación.

Dentro de la administración pública costarricense, las relaciones orgánicas puede ser de dirección, planificación, coordinación y control sin dirección ni control.

El hecho de que sean “entes” administrativos los que están participando en un determinado proyecto, hace referencia a la capacidad jurídica propia, tanto de derecho público como privado, que poseen.

En este contexto, la doctrina nacional ha catalogado la relación entre estos sujetos con el nombre de *tutela administrativa*.

La tutela administrativa, “también conocida en nuestro medio como dirección gubernamental, es una relación intersubjetiva de carácter horizontal que se establece, básicamente, entre sujetos de derecho público y más concretamente entre el ente público mayor o Estado y el resto de los entes públicos menores para el logro de una acción administrativa globalmente coordinada, unitaria y racional, Es una relación intersubjetiva que excluye la jerarquía propia de las relaciones interorgánicas –entre órganos de un mismo ente público-, puesto que , debe respetar la autonomía que posee cada uno de los entes públicos menores ”¹¹⁴.

En la definición antes transcrita, el autor señala la horizontalidad que implica este tipo de relaciones, producto del trato entre distintos sujetos de derecho.

Además, quienes intervienen en esta relación interpersonal son los sujetos de derecho público, lo que les otorga autonomía ya sea funcional o territorial. La autonomía de la cual gozan los entes descentralizados difiere de la *independencia* que poseen los órganos constitucionales.

La autonomía de la que pueden gozar los entes estatales, está sujeta a la dirección política de la que goza el Poder Ejecutivo, por lo cual, cuando este interviene puede existir, o no, una mayor autonomía de acción. Pues es desde ahí donde surgen las dirección que debe seguir la Administración Pública.

Como afirma Magda Inés Rojas: “El Poder Ejecutivo se relaciona con la administración descentralizada a través del ejercicio de la potestad de dirección política que le permite planificar y coordinar la actividad estatal, evitando

¹¹⁴ Jinesta Lobo Ernesto (2009). Tratado de Derecho Administrativo. Segunda Edición. San José. Página 60.

dispersión de recursos y duplicidad de funciones”.¹¹⁵

Así pues, esa dirección política implica un punto desde donde surgen los planes de acción de la administración Pública, pero también es un punto en el cual deben confluír las acciones de los demás entes, con el fin de alcanzar objetivos bien determinados.

Por lo que, si bien existe autonomía, esto no puede entenderse como una separación de acción, pues esto llevaría al entorpecimiento de la función pública y lo que se precisa es la armonización de los distintos esfuerzos con el fin de obtener un resultado concreto.

Como es sabido, para la consecución de objetivos, es necesaria la ejecución de acciones que deriven en el resultado que se busca. Muchas veces estas acciones implican la actuación de distintos sujetos de derecho público, que tienen a su cargo diferentes competencias.

Antes de hacer referencia a las formas en que se puede desarrollar la tutela administrativa, es preciso considerar la crítica que ha realizado la doctrina sobre este término.

La doctrina nacional ha establecido cuatro modos en los que se ejerce la tutela administrativa.

Por esto, en el ejercicio de esa dirección administrativa, el Estado ejerce la tutela administrativa de distintos modos, con el fin de compatibilizar las acciones de cada uno de los entes y facilitar el acuerdo en la realización de las funciones encomendadas. El ejercicio de esta potestad puede ser realizado de cuatro formas las cuales son: planificación o programación, dirección, coordinación y control sobre los actos. Sobre estos, se hace referencia únicamente a la coordinación por

¹¹⁵ Rojas, Magda Inés. Op. cit. Página 88.

ser esta relación a la que se refiere el sector urbanismo.

En este campo, como se hizo referencia supra, las relaciones entre los órganos encargados de la planificación pueden ser de una institución autónoma o un ministerio con una municipalidad o entre municipalidades.

Si bien existen instituciones, dentro del campo urbanístico, que afirman tener unas funciones de coordinación entre las municipalidades y distintos órganos de la administración pública ¿qué es lo que entienden por coordinación y cómo se realiza esta?

La jurisprudencia constitucional ha logrado delimitar hasta qué punto se extienden las funciones de cada uno de los entes que conforman este campo, con el fin de que cada institución realice lo que tiene encomendado y no interfiera en el obrar de los otros.

Un ejemplo de esto, se encuentra en la delimitación que establece la Sala Constitucional con el fin de entender cómo debe ser la relación que se debe desarrollar entre la Dirección de Urbanismo y las municipalidades. En este respecto la Sala establece:

Urbanismo funciona como órgano asesor de las municipalidades a los efectos de preparar, aplicar y modificar el Plan Regulador municipal o local y sus Reglamentos antes de su adopción definitiva. Sin embargo, lo expuesto debe entenderse como el límite formal de los grandes lineamientos, normas técnicas o directrices generales conforme a las cuales deben los gobiernos locales elaborar sus respectivos planes reguladores y los reglamentos de desarrollo urbano correspondientes, pues no es posible pretender que el Plan Nacional de Desarrollo Urbano se elabore y ponga en práctica íntegramente por el Gobierno

Central, sin la intervención directa de las municipalidades en esa materia¹¹⁶.

Se conoce que en el desempeño de las potestades de planificación urbana, como en cualquier otro campo, pueden existir puntos de coincidencia que deben ser asumidos de forma conjunta por parte de las instituciones involucradas.

B.- Principio de coordinación administrativa.

Dentro de la administración pública, al momento de buscar la solución de un problema o realizar la prestación de un servicio, es posible que distintas instituciones intervengan.

Puede ocurrir que las instituciones posean funciones que se entrecrucen de alguna forma; esto a su vez puede generar roces o conflictos de competencia. Por esta razón es que se ha visto la importancia de establecer mecanismos de coordinación entre las distintas instituciones con el fin de evitar estos conflictos y avanzar en lo posible hacia la consecución de un objetivo común.

Si bien, en la administración pública lo ordinario es referirse a la relación de jerarquía, el principio de coordinación interadministrativa hace referencia a una posición de igualdad entre distintos sujetos de derecho.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional del país ha entendido el principio de coordinación administrativa como:

¹¹⁶ Resolución número 6706; de las quince horas veintiún minutos del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

“...la ordenación de las relaciones entre estas diversas actividades independientes, que se hace cargo de esa concurrencia en un mismo objeto o entidad, para hacerla útil a un plan público global, sin suprimir la independencia recíproca de los sujetos agentes”¹¹⁷.

Como se ve en la definición aportada por la Sala Constitucional, lo que se busca es lograr una concurrencia de actividades, de distintos entes públicos, para la consecución de un fin específico en beneficio de los administrados. Lo que busca la coordinación interadministrativa es permitir una mejor ejecución de las funciones de cada uno de los entes, por medio de un apoyo interadministrativo.

Es en la consecución de un mismo objetivo por parte de distintos entes públicos donde puede ocurrir que las competencias se entrelacen o que en la realización de la actividad choquen. Por esto es importante que exista una adecuada coordinación entre los distintos entes, con el fin de que se desarrolle ese objetivo.

Por medio de la coordinación se busca la “integración del esfuerzo institucional en cuanto a la variable tiempo, espacio, intensidad y orientación del mismo, es decir en cuanto a asegurar que cada acción individual concorra con las restantes acciones institucionales en el momento requerido, en el lugar apropiado y necesario, y que coincidan en la intensidad individual complementaria necesaria”¹¹⁸.

Como se puede apreciar, por medio de la coordinación se busca una integración eficiente y eficaz de todos los recursos (financiero, económico, humano) de distintos entes, en la ejecución de una actividad concreta. En este sentido, es comprensible entender que, al participar varias instituciones públicas

¹¹⁷ Sentencia número 5445 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las catorce horas con treinta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.

¹¹⁸ Meoño Segura, Johnny (1896). Administración Pública. Teoría y práctica. 1 Edición. San José. Editorial Universidad de Costa Rica. Página 130.

en la realización de un proyecto, exista desperdicio de recursos por falta de comunicación.

Meoño afirma que la coordinación interadministrativa posee dos elementos: las actividades, puesto que estas son las que realizan las instituciones públicas; y la planificación, entendida como el esquema de acción que realizará cada institución en el desarrollo del proyecto.

A cada institución pública se le ha asignado un ámbito de acción, el cual debe desarrollar por medio de una serie de actividades específicas, sea la prestación de un servicio concreto o el otorgamiento de un tipo de bienes.

Por esto, es necesario que cada institución realice su actividad en la medida en que debe hacerlo, con el fin de que no se pierdan esfuerzos, por excesos, o tiempo, por defecto en la prestación del servicio.

El entendimiento sobre las acciones que cada sujeto debe realizar también ayudará a establecer la responsabilidad que le corresponde a cada uno de los sujetos.

Estas actividades deben lograr una perfecta complementación respecto de competencias de otros sujetos. Esto se realizará en la medida en que exista una apropiada programación entre los diversos entes, sobre lo cual se hace referencia de seguido.

La programación es otro de los elementos que debe existir en la coordinación interadministrativa, según indica Meoño, y que se desprende de la definición antes propuesta. Pues, esta concurrencia de acciones solamente se realiza en la medida en que se hayan establecido plazos para la ejecución de cada una de las fases del proyecto.

Por esta razón, la programación “tiene que ver con los criterios y mecanismos administrativos que aseguren que las actividades institucionales de todo nivel, así como las interinstitucionales, sean ubicadas dentro de un esquema evidente de complementariedad e interdependencia, que asegura que cada parte –funcionarios o unidades organizativas- conoce lo que debe recibir y producir para las demás (...), en cuanto al tiempo, espacio físico, intensidad y orientación de las distintas acciones”¹¹⁹.

Esta definición pone el acento en la concurrencia de las acciones que le corresponde realizar a cada órgano, que una vez conocidas, sean llevadas a cabo en el tiempo y del modo establecido, de modo que no entorpezca el trabajo de los demás entes.

Es decir, que en la concurrencia de distintos ámbitos de la administración pública, debe existir una balanceada coordinación de actividades, de modo que los aportes realizados por cada uno de los entes intervinientes no entorpezcan el actuar del otro.

Esta se da una vez identificadas las acciones a realizar por parte de cada uno de los sujetos que intervienen.

Por lo tanto, lo que se busca es una integración de esfuerzos en la ejecución de las competencias que han sido asignadas a cada una de las instituciones.

En este sentido, la coordinación administrativa ha sido considerada como uno de los principios más importantes sobre los que debe regirse la administración pública. Sobre este tema la Sala Constitucional se ha referido de la siguiente forma:

¹¹⁹ Meoño Segura. Op. cit. Página 131.

La coordinación puede ser interorgánica -entre los diversos órganos que conforman un ente público no sujetos a una relación de jerarquía- o intersubjetiva, esto es, entre los entes públicos, cada uno con personalidad jurídica, presupuesto propio, autonomía y competencias específicas. La autonomía administrativa o de otro grado de cuya titularidad gozan los entes públicos los obliga a coordinar sus acciones, puesto que, no pueden estar sometidos recíprocamente a relaciones de jerarquía por su naturaleza interorgánica. La coordinación administrativa tiene por propósito evitar las duplicidades y omisiones en el ejercicio de las funciones administrativas de cada ente público, esto es, que sean desempeñadas de forma racional y ordenada¹²⁰.

Como afirma la Sala Constitucional, la coordinación interorgánica se da en un plano de igualdad, por tratarse de dos personas jurídicas distintas con igual capacidad jurídica y de actuación. Por lo que se trata de desarrollar un trato mutuo en el que no existe un ente superior común a quien rendirle cuentas. Pero que sí buscan la consecución de un mismo objetivo.

Por esta razón, la coordinación interorgánica es un principio necesario dentro de la administración pública, pues permite unir esfuerzos en la consecución de un mismo fin. Al trabajar de forma conjunta, se entiende que no debe haber duplicidad de funciones, lo que significaría un desperdicio de recursos; pero tampoco un desentendimiento de responsabilidades.

Esta coordinación debe darse especialmente en casos en que intervienen sujetos administrativos de distintos niveles como lo son el nacional y el local como lo ha afirmado la Sala Constitucional:

La coordinación en doble vía, para el ejercicio de competencias, entre los entes y órganos nacionales y los entes locales es determinante en

¹²⁰ Sentencia número 015218 de las 12 horas del 19 de octubre del 2007, Sala Constitucional.

las relaciones interinstitucionales, para evitar la contraposición de los intereses nacionales con los locales, dado que, pueden existir competencias concurrentes o compartidas¹²¹.

Para que pueda darse una buena relación entre los entes, es necesario que cada uno tenga claro cuáles son sus funciones, de este modo podrá conocer cuáles son sus deberes y además cuáles son sus límites.

El Código Municipal establece la necesidad de las municipalidades de coordinar sus acciones con las demás instituciones interesadas; esto supone, al menos, el deber de informar sobre las acciones que llevará a cabo en relación con un proyecto determinado. De este modo el artículo 6 establece:

La municipalidad y los demás órganos y entes de la Administración Pública deberán coordinar sus acciones. Para tal efecto deberán comunicar, con la debida anticipación, las obras que proyecten ejecutar”¹²².

En el artículo transcrito se aprecia un deber de cooperación recíproca por parte de las municipalidades y los demás entes, según sea la actividad que deseen realizar. Es importante señalar que este artículo se refiere a comunicar, lo que es informar, pues lo que se busca es que los otros órganos de la administración que intervienen en el ámbito con el que se relaciona esa actividad sumen esfuerzos, si es necesario, o que no sea contraria a sus intereses.

A pesar de que la jurisprudencia constitucional del país ha entendido que el principio de coordinación se desarrolla entre sujetos que se encuentran al mismo nivel, la doctrina española ha diferenciado los conceptos de coordinación y

¹²¹ Sentencia número 6706-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las 15 horas con 21 minutos del 21 de diciembre de 1993.

¹²² Artículo 6, Código Municipal.

colaboración; entendiendo el primero como una potestad otorgada a un ente para “asegurar la acción coherente de otros (coordinados) o de estos otros con aquel”¹²³.

En este sentido, la coordinación implicaría un cierto grado de jerarquía, pues los órganos coordinados deberían dar informe al órgano coordinante sobre la marcha de los proyectos asignados; esto por cuanto lo que debe hacer es *asegurarse* del buen trabajo de ambos órganos.

En relación con este tema, el autor nacional Ernesto Jinesta afirma que si bien “lo propio en una relación jerárquica son las potestades de ordenación o mando y la de dirección, puesto que, la coordinación, de por sí, evoca la idea de igualdad de estatus entre los sujetos coordinados”¹²⁴.

Con lo cual parece afirmar que, si bien pueden existir órganos de superior jerarquía, aplicando el principio de coordinación, la relación entre los órganos involucrados no podría regirse por esta, por la condición de igualdad que lleva consigo.

Posteriormente, este mismo autor refiriéndose a la tutela administrativa, afirma que esta se da en un plano de relaciones horizontales entre los distintos sujetos de derecho público.

De este modo afirma:

La tutela administrativa, también conocida en nuestro medio como dirección gubernamental, es una relación intersubjetiva de carácter

¹²³ IVANEGA, Miriam Mabel, citada por GÓMEZ ZÚÑIGA (María de los Ángeles). Los Convenios de Colaboración y Cooperación Interinstitucional en el Marco de las Relaciones Contractuales de la Administración Pública. Tesis para optar por el Grado de Licenciado en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. 2007

¹²⁴ Jinesta Lobo, Ernesto (2006). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Primera edición. San José. Editorial Jurídica Continental.
Jinesta Lobo. (2006). Op. Cit. Pág. 88-89.

horizontal que se establece, básicamente, entre sujetos de derecho público, y más concretamente entre el ente público mayor o Estado y el resto de los entes públicos menores para el logro de una acción administrativa globalmente coordinada, unitaria y racional¹²⁵.

Por lo que se puede entender el principio de coordinación administrativa como uno de los elementos de la tutela administrativa, relación que se debe dar de una forma horizontal entre los distintos entes que intervengan.

La coordinación administrativa puede ser sectorial, la cual se desarrolla “en el ámbito de una actividad administrativa material homogénea”¹²⁶; además, puede ser regional, que se refiere más a un concepto territorial. La primera tipología es la que interesa para este análisis.

Esta, como afirmamos se refiere a la coordinación que debe existir en un campo determinado como lo es, en nuestro caso, el urbanístico. Algunos de estos sectores han sido creados vía decreto reglamentario, en el que hace cabeza el ministro del ramo quien dirige y coordina el desarrollo de esta actividad.

Este campo no ha escapado del interés por conseguir una mejor relación entre las instituciones encargadas de este sector, por lo que mediante el Decreto Ejecutivo N° 31062-MOPT-MIVAHMINAE, se creó la Secretaría de Plan Nacional de Desarrollo Urbano y el Consejo Nacional de Planificación Urbana. La primera tiene como función principal cooperar con la Dirección de Urbanismo del INVU en la creación del Plan Nacional de Desarrollo Urbano, el segundo tiene como función general ayudar al INVU en la formulación y coordinación del Plan Nacional de Desarrollo Urbano. Sobre este último órgano, se hace referencia con más amplitud, seguidamente.

¹²⁵ Jinesta Lobo (2009). Op. cit. Página 60.

¹²⁶ Ibid. Página 84.

Lo que busca este órgano es realizar una coordinación de objetivos entre las municipalidades y los demás órganos estatales encargados de la Planificación Urbana, especialmente dentro de la Gran Área Metropolitana. Es interesante que entre las funciones asignadas a este órgano se le determine: *“1. Coordinar políticas, objetivos y prioridades en materia de planificación urbana a nivel nacional y regional, y de la Gran Área Metropolitana como parte de la región Central”*.

Llama la atención que esta función sea la primera establecida para este órgano, pues muestra la labor, eminentemente coordinativa que posee entre los gobiernos locales y los órganos nacionales.

Este órgano ha reconocido que este es precisamente uno de los elementos que mejor debe fortalecer. Para esto se han realizado algunas propuestas como lo es que “un ente rector de la planificación urbana tenga la capacidad administrativa, económica y humana para orientar todos los esfuerzos y coordinar la planificación tanto local, regional, nacional, como la planificación sectorial”¹²⁷.

Se considera que, en el campo urbanístico, el órgano rector del urbanismo en el país corresponde a la Oficina de Planificación Urbana, adscrita al INVU, por lo que es innecesaria la indeterminación planteada en este párrafo.

Un ejemplo de esto se observa en lo establecido en el artículo 8 de la Ley de planificación Urbana¹²⁸, del cual se desprende el papel de coordinación que

¹²⁷ Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos. (No indica año de apertura el sitio). < <http://foro.mivah.go.cr/documentos/pnud/Urbanismo.pdf>> [Consulta: 19 de mayo de 2013].

¹²⁸ Artículo 8º.- Deberá esa Dirección, en asocio necesario de la Oficina de Planificación, y para cumplir la labor coordinadora enunciada en el inciso 2) del artículo anterior:

- 1) Colaborar con dicha oficina a efecto de organizar y mantener un centro de información que recoja datos sobre planes o proyectos de desarrollo físico, para su debida coordinación, evaluación y divulgación;
- 2) Dar su asesoramiento en asuntos de planificación urbana y regional, y organizar relaciones directas entre los funcionarios encargados por los distintos organismos de los respectivos proyectos.
- 3) Preparar y mantener al día un Mapa Oficial de Proyectos y Mejoras, ubicando en forma general las obras y servicios que convengan al Plan Nacional.

debe tener el INVU con el Ministerio de Planificación. De sus incisos se desprende que esta labor es entendida como de información y asesoramiento.

En relación con la materia de que se ocupa esta tesis, este deber de coordinación municipal debe ser realizado con el INVU, con el fin de que este lo confronte con el Plan Nacional de Desarrollo.

C. Límites a la planificación urbanística

En las secciones anteriores se ha explicado que la propiedad es un derecho sobresaliente dentro del ordenamiento jurídico costarricense y que, por lo tanto, únicamente por medio de una ley es que se pueden hacer recaer cargas sobre este derecho. Sin embargo, anteriormente se explicó que por medio de los planes reguladores, las municipalidades pueden determinar el uso de una zona para una actividad en concreto.

Como se dijo anteriormente, la naturaleza jurídica de los planes reguladores es el de reglamentos. Sin embargo, se había afirmado que la propiedad sólo puede ser gravada por medio de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa, con lo cual habría un problema, ya que las municipalidades no podrían realizar estas imposiciones pues esto chocaría con la Constitución. ¿Cómo se soluciona el problema?

Como se mencionó, el derecho de propiedad descrito en la Constitución no es ilimitado; prueba de ello son las restricciones que se pueden establecer por motivos de interés social. Con lo cual, sí es posible que se establezcan limitaciones a la propiedad.

4) Resolver y conciliar, en asocio de la Oficina de Planificación, las incongruencias que se adviertan en el Plan Nacional, o entre los proyectos propuestos por las diferentes instituciones y dependencias, informando de tales incompatibilidades a las entidades correlacionadas junto con las recomendaciones del caso.

Por otro lado, en el artículo 169 de la Constitución se faculta a las municipalidades para que observen los intereses y servicios del cantón, que como se dijo anteriormente abarcan también lo relativo a la planificación urbana de esa delimitación regional.

Además, como se aprecia en el artículo 15 de la Ley de Planificación Urbana, los gobiernos municipales podrán “*realizar lo que procesa para implantar un plan regulador, y los reglamentos de desarrollo urbano conexos*”. Con lo cual existe una facultad legal para que por medio de estos instrumentos se limite el derecho de propiedad para los habitantes de un cantón determinado.

Sin embargo, las limitaciones establecidas en los planes reguladores no pueden afectar el núcleo del derecho de la propiedad privada como es entendido en el sistema jurídico.

Sobre este tema, la Sala Constitucional se ha referido de la siguiente manera:

La limitación a la propiedad impuesta por un plan regulador es constitucionalmente posible, debido a que el derecho de propiedad no es ilimitado, antes bien, existe un marco general dentro del que puede actuar el propietario y que debe ser compatible con el contenido constitucional de ese derecho. Por lo expresado, a juicio de este Tribunal, la limitación impuesta, en tanto ajustada a un plan regulador vigente, no violenta como se sugiere en el recurso el artículo 45 de la Constitución Política, en tanto ese plan regulador no desconstitucionalice la propiedad privada que se vea afectada por ese instrumento. A contrario sensu, si las limitaciones exceden los

parámetros mínimos de razonabilidad y proporcionalidad, resultarían contrarias a la Constitución Política¹²⁹.

Queda así bien claro, la posibilidad que tienen las municipalidades de realizar el ordenamiento urbano de su territorio por medio de los planes reguladores, siempre y cuando no se opongan al derecho de la propiedad privada que establece la Constitución y sobre el cual se hace referencia en el primer capítulo del trabajo.

C.1.- Límites a la planificación urbanística: El control judicial de la Administración

Todo este desarrollo sobre las distintas tesis que tratan el tema del subsuelo y su posibilidad de ser limitado por medio de las potestades de imperio, debe encontrar a su vez determinados límites que regulen la forma en que se emitan los actos administrativos cuando se trata este tema.

Para que de esa manera, sea posible reducir al máximo la emisión de actos administrativos arbitrarios. De forma tal que el control judicial de la Administración permita a los propietarios encontrar resguardo con respecto a los excesos en la discrecionalidad administrativa¹³⁰.

El paradigma propio del orden constitucional que rige el Estado Social de Derecho, ayuda a comprender que el ejercicio del poder público debe ser practicado conforme a los estrictos principios y normas derivadas de la ley, no existiendo por tanto, actividad pública o funcionario que tenga plena libertad para ejercer sus funciones, las cuales se hallan debidamente regladas en las normativas respectivas.

¹²⁹ Sentencia 5305-93, de la Sala Constitucional de las diez horas seis minutos del veintidós de octubre de 1993.

¹³⁰ Miguel Sánchez Morón. "Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial", Editorial Tecnos, 1994. Madrid, España. 168 páginas.

Sin embargo, como las actividades que cumple la Administración Pública son múltiples y crecientes, la Ley no siempre logra determinar los límites precisos dentro de los cuales debe actuar la Administración en su quehacer cotidiano.

Es por ello que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración dos tipos de potestades administrativas, a saber las regladas y las discrecionales.

En esto tiene un papel predominante el Derecho Administrativo, el cual tiene como objeto principal regular la actividad de la Administración Pública. Una gran parte de su objeto de estudio consiste en crear mecanismos que permitan una actuación eficiente para satisfacer de la mejor manera el interés público.

Pero el punto aquí es que esa satisfacción al interés público debe estar desde sus inicios sometida a un sistema de control que equilibre el ejercicio del poder público con el ejercicio de los derechos de los administrados. No puede de ninguna manera justificarse la consecución de un fin público por medio de actos ilegales o vías de hecho injustificadas.

Es bajo estos términos que el interés público no debe ser considerado como un concepto abstracto, carente de contenido concreto. Por el contrario, en cada momento debe ser cierto, determinado y objetivo, ya que es únicamente este el que debe guiar la actividad de la administración.

De manera que la búsqueda y definición de esos mecanismos que permiten un auténtico y eficaz control interno y externo de la Administración Pública, para asegurar que verdaderamente pueda satisfacerse el interés público, respetando la situación de los administrados afectados por dicha actividad, debe encontrar según el parecer de estos autores, un punto de equilibrio para evitar la deficiente satisfacción de ese interés y la paralización de la administración en el ejercicio de la función administrativa.

Por otro lado, se debe hacer referencia al objeto de la planificación urbanística considerado en sí mismo, definir o al menos llegar a un acuerdo por lo que se va a entender cuando se haga referencia a esta planificación.

Y para ello habría que reconocer la existencia de una parte del Derecho Administrativo conocido como “Derecho Urbanístico”, el cual pretende regular la planificación urbana entendida esta como *“el proceso continuo e integral de análisis y formulación de planes y reglamentos sobre desarrollo urbano, tendiente a procurar la seguridad, salud, comodidad y bienestar de la comunidad”*¹³¹.

Dicha planificación debe realizarse siempre tomando en cuenta las virtudes y deficiencias que presente el lugar a planificar; en el caso específico de Costa Rica bien lo señala el profesor Virgilio Calvo al afirmar que deben siempre *“asegurar y garantizar la dimensión humana de la ciudad y del territorio, en conjunto”*¹³².

Lograr esa relación armoniosa entre el desarrollo urbanístico de uno y del otro deberá ser una de las prioridades de aquellos instrumentos planificatorios que, como el plan regulador en las municipalidades, constituyen los medios directos de regulación de todos los elementos urbanísticos presentes en los diferentes cantones de nuestro país.

Esto es debido a que, en última instancia, es a estas instituciones municipales a quienes les corresponde conciliar los distintos intereses presentes en determinada parte de la sociedad.

Las Municipalidades confieren derechos y obligaciones que permiten armonizar el interés particular de los administrados con el interés público en dicho sector.

¹³¹ Ley N° 4240, Ley de Planificación Urbana. Vigente a partir del 15 de noviembre de 1968. Artículo 1.

¹³² Dr. Virgilio F. Calvo Murillo. Derecho Urbanístico, Derecho Ambiental Y La Técnica Autorizatoria”. En Revista de Ciencias Jurídicas N° 90, mayo – agosto de 1999. Página 63.

Se considera que esto es así, en tanto son las municipalidades las tienen la palabra cuando se trata de aprobar o bien rechazar las peticiones con respecto a los distintos trámites que gestionan los particulares. Estos modifican de una u otra manera el paisaje y la planificación urbanística del lugar, además de influir en la mayoría de las decisiones respecto a los lineamientos que se quieren seguir a nivel cantonal, establecimientos de los usos de suelo y zonificación, entre otros.

Por lo cual, cuando las municipalidades elaboran el planeamiento urbanístico, ejercen una importante potestad pública en materia de planificación. Esta potestad se caracteriza por su carácter más discrecional que reglada, lo cual significa que tienen un cierto margen de apreciación valorativa para elegir entre las distintas opciones de planificación, la que mejor considere que cumple el interés público.

Ahora bien, lo interesante aquí es saber cuál es el límite entre la discrecionalidad que ejerce determinada municipalidad en la planificación y la arbitrariedad. Determinar cuál será el criterio jurídico que permita trazar una línea donde expresamente se establezca hasta qué punto esa discrecionalidad se convierte en prohibida en el marco jurídico del ejercicio de potestades públicas, como arbitrariedad que va en contra del principio esencial de un modelo de estado democrático y de derecho.

Para que las municipalidades no caigan en esto y el planeamiento no sea arbitrario y se ajuste a determinada discrecionalidad técnica, lo recomendable esencialmente es que ese procedimiento planificador sea racional, lógico, proporcionalidad al tiempo y al lugar y, sobre todo, respetar aquellos límites de dicha discrecionalidad establecida por las normas urbanísticas.

Para el caso de que un planeamiento urbanístico sea arbitrario en algunas de sus determinaciones, puede ser objeto en Costa Rica de la vía contenciosa

administrativa, en la que se deberá justificar técnicamente que la ordenación urbanística excede de la discrecionalidad técnica del planeamiento.

Razón por la cual, y en última instancia, el acto administrativo que debe ser el objeto de estudio en esta sección es el emitido por las Municipalidades. Estas se arrogan dicha facultad en virtud del artículo 169 de la Constitución Política.

Además de estas instituciones, puede existir la posibilidad de que intervengan otros entes estatales que presenten actos administrativos sujetos al control judicial de la Administración.

Tal es el caso del ICE, por ejemplo, el cual, tal como se demostró con la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo II Circuito Judicial de San José número 115-2011-VI, es capaz de realizar actos sujetos a todas las reglas concernientes a discrecionalidad administrativa y control judicial con el fin de garantizar que su accionar se encuentra a derecho.

En si esta potestad de planeamiento que ejerce la Administración encuentra distintas clases de limitaciones que se pueden agrupar de diferentes maneras. Sin embargo, es de Carceller Fernández de donde se toma una sencilla clasificación compuesta por dos supuestos. El primero de estos límites legales sería el conocido como *“los estándares urbanísticos”* y el otro *“las normas de aplicación directa”*¹³³.

Dentro de lo que se entiende por los estándares urbanísticos, se encuentran todas aquellas normas que, sin ser de aplicación directa, influyen en la elaboración de los instrumentos encargados de la planificación urbana; tal como lo constituyen las normas dictadas por el INVU respecto a la planificación según las densidades de población de cada región.

¹³³ Carceller Fernández. Op. cit. Páginas 36 y 37.

De manera tal que estos son los encargados de llevar a un determinado sector geográfico por la misma línea de desarrollo, el cual será planificado según las necesidades y requerimientos de dicho sector. Esos estándares urbanísticos serán los lineamientos que le permitirán a los distintos cantones seguir un perfil claro y predeterminado de planificación para el futuro.

Por otro lado, con respecto a las normas de aplicación directa, estas se configuran como las encargadas de tener un contacto sin ningún tipo de intermediario en lo que al planeamiento urbano respecta. El ejemplo más claro se encuentra con los planes reguladores en nuestro país, donde de manera directa se les encarga a estos la difícil atribución de contemplar en su contenido toda la responsabilidad de planificación urbanística del cantón.

Dentro de la planificación urbanística, existe un tema que no ha sido profundizado en el medio y que cada vez más se ha visto la importancia que presenta para el desarrollo de las ciudades: el subsuelo. Tema sobre el cual se hace referencia de seguido.

C.2.- La responsabilidad de la Administración por la utilización del subsuelo.

Para hablar sobre la responsabilidad de la Administración en Costa Rica, necesariamente habrá que hacer referencia al trabajo del Doctor Eduardo Ortiz Ortiz, quien en su obra “Expropiación y responsabilidad pública” hizo aportes trascendentales al Derecho Administrativo costarricense.

Obras como esta, algunas del Doctor Ernesto Jinesta, y otras son de consulta necesaria para conocer los extremos de la responsabilidad administrativa en Costa Rica.

Hecha esa aclaración, se puede comenzar destacando la regulación a nivel constitucional que da fundamento jurídico a las constantes petitorias a nivel de la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de una responsabilidad por daños causados por el Estado.

En la Constitución Política básicamente se encuentran los siguientes artículos que hacen referencia a este tema:

- El artículo 9. En este, se declara al Gobierno de la República como responsable, lo que significa que son atribuibles a este todas aquellas indemnizaciones que sean producto de un daño provocado por la Administración. Con lo cual se da por sentada la responsabilidad del ente público mayor o Estado y sus diversos órganos (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial).
- El artículo 11. Donde se establece el principio de respeto al bloque de legalidad y rendición de cuentas por parte de la Administración. Mediante este artículo se establece la acción judicial pública para exigir responsabilidad administrativa, así como la responsabilidad de los funcionarios. Declara la posible responsabilidad penal de estos funcionarios en su párrafo primero y en el segundo, la responsabilidad personal de aquellos sobre las faltas debidas a culpa o dolo en el cumplimiento de sus deberes.
- Los artículos 18 y 33. Mediante los cuales se garantiza una igualdad en la distribución de las cargas públicas; se establece la obligación de todos los costarricenses de contribuir con los gastos del Estado. Lo cual interpretado a contrario sensu se traduce en la misma capacidad jurídica que tiene cualquier ciudadano para solicitar ante la vía judicial el resarcimiento de los daños causados por la Administración. Este principio impide imponerle a

determinado administrado una carga o sacrificio singular, especial, que no tiene el deber de soportar.

Para la correcta interpretación de esta igualdad de cargas habrá que asociar dicha norma con el artículo 74 y el principio de la solidaridad social establecido por aquel, de acuerdo con el cual si la función administrativa es ejercida y existe en beneficio de la colectividad, es esta la que debe solucionar las lesiones antijurídicas causadas al administrado.

- El artículo 41. La norma constitucional básica que pretende la reparación integral de cualquier daño sufrido; se convierte este en la garantía primigenia para todas las distintas jurisdicciones a nivel nacional, las cuales deben responder ante las gestiones judiciales que realicen los administrados. Establece además que la justicia debe ser *“pronta y cumplida”*, principio que está presente en todos los despachos del país que administran justicia. Este artículo obliga al autor de un daño a responder por el mismo y ser responsable por todas aquellas lesiones antijurídicas que efectivamente hayan sido sufridas por los administrados como producto de la función administrativa.

En esta norma se establece explícitamente el derecho fundamental de resarcimiento a favor de los administrados que logren probar un nexo causal que ligue una lesión antijurídica con un acto administrativo, sea este de funcionamiento normal o anormal, conducta administrativa lícita o ilícita.

El acceso a la justicia previsto en este recepto es una especie de derecho instrumental que permite asegurarle al administrado el goce y ejercicio de su derecho resarcitorio.

- El artículo 45. Principio de intangibilidad patrimonial mediante el cual se garantiza el libre ejercicio de la propiedad privada y la prohibición de inmiscuirse con el patrimonio privado. Permite este artículo que se conserve una protección especial. Obliga a la Administración a responder ante el

Poder Judicial por el resultado dañoso que eventualmente puede ocasionar su actuar en contra de la propiedad privada.

- El artículo 49. El cual constituye la referencia directa al control de los actos administrativos por medio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por medio de este se realiza el control del funcionamiento administrativo a través de una atribución constitucional al Poder Judicial que garantiza la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda entidad de Derecho Público en Costa Rica. Esto se realiza por medio del reconocimiento de personalidad jurídica al Estado y de esta manera abre la posibilidad de demandarlo cuando provoque un daño al incumplir sus obligaciones.

A su vez introduce el concepto de *“la desviación de poder”* lo cual significó un avance importante para la doctrina administrativa al respecto; ello da pie para que se fundamenten las acciones judiciales en contra de la administración en virtud de un daño ocasionado por una desviación del actuar administrativo; es decir, cuando utiliza esa potestad de imperio con objetivos y fines distintos a los legalmente establecidos.

Además de esto, el artículo 49 deja establecido el marco mínimo de protección con la que deben contar los sujetos de derecho privado ante los actos administrativos, establece la protección al menos de *“los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”*; conceptos que servirían posteriormente de base para toda el desarrollo que tendrá la legislación y doctrina al respecto.

- El artículo 188. Mediante el cual se ampara la hipótesis de incumplimientos de los miembros de las juntas directivas de las instituciones autónomas, ante lo cual esta norma dispone que sus *“directores responden por su gestión”*.

- El artículo 148. Se refiere en este la Constitución Política a la responsabilidad del Poder Ejecutivo en su Título X de su texto, específicamente en su Capítulo V cuyo epígrafe se titula “Responsabilidades de quienes ejercen el Poder Ejecutivo”. En esta norma se consagra expresamente la responsabilidad del Presidente de la República por el “uso que hiciera de aquellas atribuciones que según esta Constitución le corresponden en forma exclusiva”. Además contiene esta norma la responsabilidad conjunta de este funcionario, cabeza del Poder Ejecutivo, con el respectivo Ministro de ramo “respecto al ejercicio de las atribuciones que esta Constitución les otorga a ambos” y la del Consejo de Gobierno por los acuerdo que adopte.

- Y por último, se debe tomar en cuenta lo que establece el artículo 50. Mediante este, de una manera general, se tutela el ambiente y la responsabilidad del Estado en procurar del mayor bienestar de todos los habitantes del país. Norma genérica que permite fundamentar las pretensiones indemnizatorias ante los daños causados no solo por la Administración, sino por cualquier otro sujeto privado.

Con un arraigo constitucional tan destacado, el régimen de la responsabilidad administrativa en el país, pretende el resguardo de las posibles arbitrariedades en las distintas cargas urbanísticas que lesionen o vacíen el contenido del derecho de propiedad.

Por otro lado, a nivel legal se puede mencionar el artículo 190.1 de la Ley General de Administración Pública, el cual dispone que: *“La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal (...).”* Lo cual en apoyo a la Constitución Política, deja establecido que el principio será siempre la responsabilidad administrativa en caso de que existan faltas de sus servidores o funcionarios.

Es evidente como el 190 va un poco más allá que la Constitución Política. La clasificación que a nivel legal realiza la Ley General de Administración Pública distingue entre dos tipos principales de responsabilidad.

Aquella que surge por un nexo causal que permite ligar una falta, realizada con dolo o culpa grave de un funcionario público, y un daño a un tercero. Y por otro lado, aquella responsabilidad que se deriva de un actuar lícito, normal del funcionario, el cual a pesar de ser legítimo produce un resultado dañoso.

Esta distinción entre la responsabilidad administrativa por conducta ilícita y por conducta lícita resulta importante en el tanto los extremos indemnizatorios de ambos no son iguales. Para la mayoría de la doctrina es más reprochable un acto administrativo que sea nulo debido a un actuar doloso del funcionario, a que esa nulidad sea producida por una negligencia o impericia.

Es igualmente esencial para determinar la responsabilidad administrativa, la distinción existente entre lo que configura una carga especial y una limitación por razones de interés social y bien común.

En el primer caso, se tienen las cargas administrativas especiales sobre el derecho de propiedad, así llamadas debido a que vacían de contenido ese derecho. Su antecedente inmediato es el artículo 45 de la Constitución Política al constituir un sacrificio especial que lo convierte en indemnizable, en tanto se dice que el administrado no está en la obligación de soportar.

Al respecto, el país cuenta con la Ley de Expropiaciones N°. 7495 del 3 de mayo de 1995 y sus reformas, en la cual se tienen normas especiales que tutelan esa posibilidad que tiene la Administración para hacer uso de aquella propiedad privada que cumpla de la mejor manera un fin público.

Y en el segundo caso, se tienen aquellas limitaciones que de alguna manera no vacían de contenido el derecho de propiedad y que por esto no se considera necesaria su expropiación y posterior indemnización ante utilizaciones parciales de fundos privados que haga la Administración Pública.

Estas cargas generales son parte de las analizadas páginas atrás en este trabajo en la sección de limitaciones al derecho de propiedad. Constituyen todas aquellas que deben ser toleradas por los administrados sin contar este con indemnización alguna. Se habla del alineamiento, el antejardín, todas aquellas servidumbres urbanísticas y ambientales, la zonificación, los retiros, entre otros ejemplos.

La responsabilidad de la Administración por la utilización del subsuelo en espacios públicos debe tomar en cuenta todos estos puntos señalados, con el objetivo de poder medir el “quantum” de las indemnizaciones ante daños provocados por infraestructura subterránea desarrollada por la Administración; se intenta prever por medio de estos criterios cuáles faltas serán más graves que otras, y cuáles conllevan culpa o dolo del funcionario.

C.3.- Evolución histórica de la responsabilidad administrativa en Costa Rica

Es difícil comenzar a hablar sobre determinado tema sin conocer primeramente su origen, las circunstancias que rodearon el momento y al lugar donde se realizaron sus primeras manifestaciones en la realidad histórica del país.

El estudio de esta sección del trabajo sin antes dedicar unas palabras a la evolución de la responsabilidad administrativa en Costa Rica sería una deficiencia para las conclusiones a que pretenden arribar los argumentos de este trabajo.

En un primer momento se ve como esta evolución es conteste con la mayoría de la doctrina nacional; encontramos criterios semejantes entre la mayoría de los autores, incluido el Doctor Ernesto Jinesta.

Se distinguen tres etapas que clarifican la evolución de la responsabilidad administrativa. La primera va hasta la promulgación de la actual Constitución Política, es decir todo aquel lapso en el que el país se rigió por la Constitución del 07 de diciembre de 1971, que por cierto no contenía ninguna norma expresa en cuanto a la responsabilidad por los actos dañosos de la Administración.

La segunda etapa es la que va desde diciembre de 1949 hasta la promulgación y entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública en el año de 1978. Momento en el cual se definieron muchos de los cabos sueltos que contenía el sistema jurídico costarricense con respecto a responsabilidad administrativa.

La Constitución del 1949 introduce principios, preceptos y valores que le permiten a la responsabilidad administrativa encontrar asidero, fundamento constitucional para el reclamo judicial por parte de los administrados.

Y por último, la tercera etapa que va desde la entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública en el año de 1979 Ley N° 6227 vigente desde el 26 de abril, hasta la fecha . Esta, en su Título Séptimo del Libro Primero recoge los principios más actuales y contestes con el Derecho Comparado respecto a la responsabilidad objetiva extracontractual de la Administración, sin necesidad de probar previamente que el daño se produjo por culpa del funcionario. Exige simplemente que la indemnización sea producto de un daño sufrido, efectivo, evaluable e individualizable.

Es interesante como esta evolución toma de punto de partida no considerar al Estado como responsable por los daños o lesiones que producía sobre un sujeto privado.

Esta es la primera etapa identificada como todo lo sucedido con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política en diciembre de 1949. Hasta este año no se podía determinar algún tipo de responsabilidad patrimonial a la Administración si no era recurriendo a las reglas establecidas en los Códigos Penal y Civil.

Hasta la entrada en vigencia de la actual Constitución Política, el Poder Ejecutivo, la verdad es que funcionaba como un órgano político, con facultades extralimitadas. De tal manera que todas las medidas necesarias para resolver los problemas que se presentaban se encontraban a cargo de este, lo cual convertía en ese entonces al sistema político costarricense en uno meramente presidencialista.

Es así como en un primer momento, Costa Rica vivió gobernada por un Estado irresponsable, que no respondía mediante indemnizaciones, ni mediante ningún otro tipo de mecanismo jurídico, frente a los daños que se provocaran en virtud o producto de un acto administrativo. Ni siquiera se llegaba a considerar si ese daño era o no producto de un nexo o ligamen objetivo que lo hiciera merecedor de un pago monetario por su actuar administrativo dañoso.

Lo señalado es importante, para luego diferenciar entre los llamados actos de gestión y actos de autoridad. Criterio que le permitió a la Administración lograr balancear en cada caso, cuáles actos administrativos era sujetos de responsabilidad cuando ocasionaran daños a terceros. De esa manera, aquellos que fueran actos de gestión desplegaban responsabilidad administrativa, mientras que los que fueron catalogados como actos de autoridad, no.

Seguidamente se ve como mediante esta evolución se llegó al acuerdo de que el Estado sí podía eventualmente ser responsable, siempre y cuando existiera una *falta de servicio*. Es como se desarrolla así la doctrina que delimitaba este concepto y que permitía atribuir al Estado su responsabilidad objetiva. Junto con este también surgieron la falta del funcionario y la responsabilidad indirecta de la Administración como conceptos que fueron producto de la evolución de la responsabilidad administrativa.

Actualmente, por medio de la legislación vigente al respecto, la Administración es responsable por todos los daños que causare uno de sus funcionarios, cuando este, utilizando las oportunidades o medios que la Administración le ha proporcionado, ocasione un resultado dañoso, aun cuando sea para fines o actos extraños a la función administrativa que desarrolle en virtud de su investidura pública.

Lo anterior, sin preguntarse si el perjuicio fue ocasionado por un funcionamiento administrativo legítimo o ilegítimo, normal o anormal; pero se deben tener presentes las causales eximentes de responsabilidad tales como la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

Ahora, todos estos actuales lineamientos sobre la responsabilidad administrativa, producto de esa evolución histórica, tienen el compromiso de adaptarse a las particulares circunstancias que presenta el subsuelo. Problemas tales como determinar el conjunto de supuestos por los cuales la Administración será responsable ante el propietario de la superficie, conlleva el trabajo de diferentes disciplinas.

Para la correcta regulación de la responsabilidad administrativa respecto a las obras realizadas en el subsuelo correspondiente a espacios públicos o privados, se deberá tomar en cuenta la geología, investigaciones geofísicas, topografía, mediciones de superficie y subterráneas. Todos estos aspectos deben

reducirse a conceptos lo más precisos posible para así ser redactados a nivel legislativo.

C.4.- Jurisprudencia que define la responsabilidad administrativa en Costa Rica.

A partir de esta evolución jurídica a través de la historia de Costa Rica, la responsabilidad administrativa ha ido encontrando asidero legal en el país.

Sin embargo, hay que ser consciente que de nada serviría un desarrollo legal y doctrinario de tal magnitud sin su respectiva interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Es a la Sala Constitucional a la que le ha correspondido, en mayor parte, hacer el desarrollo de todos estos conceptos jurídicos que se quedarían en el plano doctrinario si no fuera por su aplicación en la resolución judicial de los Tribunales de Justicia.

Es a tal ente al que le corresponde, en un primer momento en el año 1996, y en una segunda ocasión en el año 2004, la interpretación de los límites y configuración de la responsabilidad administrativa en Costa Rica.

Así, se tiene el voto No. 3446-96 de las 15:18 hrs. del 9 de julio de 1996 en el cual la Sala reconoce expresamente el principio de la responsabilidad administrativa establecido en la Constitución Política en su artículo 9.

De este voto del año 96 se desprenden conclusiones respecto a esta clase particular de responsabilidad. La primera de ellas es su carácter objetivo y no subjetivo, lo cual en palabras más palabras menos, significa que en tanto sea comprobado ese nexo causal entre el resultado dañoso y un acto administrativo

válido y eficaz, la Administración será responsable, sin importar la falta subjetiva, sea dolosa o culposa, del funcionario público.

Y esto llegó a convertirse en el punto fundamental del sistema de responsabilidad administrativa en el país. Su carácter objetivo y directo en el cual el resarcimiento no depende, como ya se dijo, del reproche moral y subjetivo a la conducta del funcionario público por dolo o culpa, sino, única y exclusivamente por habersele ocasionado daños al administrado, sea en su propiedad o de carácter moral; lesión antijurídica que no tiene el sujeto privado el deber de soportar y, por consiguiente, debe serle resarcido por medio una indemnización que contemple todos estos extremos.

Ha dicho la Sala en este voto que esta es la única manera de que exista congruencia entre *“los principios del Estado Social de Derecho, precisamente con los de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y de seguridad jurídica e igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (...)”*.

Se puede afirmar que básicamente esta sería la responsabilidad objetiva del Estado; sin embargo, es necesario realizar ciertas precisiones para que esa imputación objetiva a la Administración no quede solo en la teoría.

Y estas precisiones son aportadas al ordenamiento jurídico costarricense de manera conteste con esta tesis de grado, por el Voto N° 5207-04 de las 14:55 hrs. del 18 de mayo de 2004.

En esta oportunidad, la Sala realiza un análisis más detallado de lo que entiende el ordenamiento por la responsabilidad administrativa. Comienza, por cierto, haciendo referencia a su fundamento constitucional, cuando afirma que a pesar de no la nuestra Constitución Política con un principio explícito que consagre la responsabilidad patrimonial del Estado, este vacío es superado por una combinación entre el Derecho de la Constitución y el resto de normas

constitucionales que hacen referencia al tema, las cuales fueron analizadas páginas atrás en esta sección.

El referido planteamiento de la Sala en este voto 5207-04, deja claro como por medio de estas normas y el Derecho de la Constitución, el constituyente dejó de manera implícita recogido el principio de responsabilidad administrativa.

De esta forma, queda en evidencia que el constituyente originario pretendió, desde un principio, dejar establecidos los criterios marco de interpretación y delimitación de ese control hacia los poderes públicos. A partir de esta tesis sobre la raíz del principio constitucional de la responsabilidad administrativa, es de donde se deriva la imposibilidad del legislador de eximir por medio de ley ordinaria, la responsabilidad de algún ente público ante lesiones antijurídicas causadas al administrado.

Es así como queda establecido el marco constitucional del funcionamiento de los servicios públicos, la obligación de estos entes públicos de *“actuar en el ejercicio de sus competencias y la prestación de los servicios públicos de forma eficiente y eficaz y, desde luego, la obligación correlativa de reparar los daños y perjuicios causados cuando se vulnere esa garantía constitucional”*, tal como lo establece la Sala en el voto de marras y el estado social de Derecho.

Además de lo anterior, se puede destacar como en este voto la Sala califica de *esencial* este principio de responsabilidad administrativa, hace una construcción jurisprudencial por medio de la cual se esgrime el estado social y democrático de derecho como la base doctrinaria de dicho principio.

El verdadero aporte de la Sala con respecto a este tema es convertir la responsabilidad administrativa en la *“pieza clave y especial del estado social y democrático de derecho”*, pieza mediante la cual los ciudadanos costarricenses encuentran una garantía para los casos en los cuales sufran un daño en su esfera

patrimonial o extrapatrimonial, que pueda ser atribuido como consecuencia de un acto administrativo.

El hecho de constituirse Costa Rica como un estado constitucional lleva necesariamente consigo que los artículos constitucionales estudiados, junto con la creación de la jurisdicción contenciosa administrativa, se conviertan en privilegios al alcance de todos los administrados que aseguran el cumplimiento de los objetivos para los cuales fueron creadas las diferentes instituciones públicas.

A pesar de todo lo anterior, se considera aquí que este principio constitucional que enmarca la indemnización de los ciudadanos en caso de sufrir un resultado dañoso por culpa o dolo de un actuar administrativo, debe ser llevado más allá, por medio de un fortalecimiento que debe desarrollar la ley.

Debe ser el legislador quien acentúe todo lo establecido por la Constitución, debido a que esta no puede ir más allá de dejar determinado el fundamento básico. Debe ser la Asamblea Legislativa la que llene los vacíos que se presenten por la casuística de los distintos supuestos de hecho, que en definitiva rebasarán el espíritu de lo que el constituyente originario previó en un principio.

Para que el legislador logre este cometido, es necesaria una interpretación extensiva que permita resolver los casos que se presenten de una manera armónica con lo establecido por la Constitución Política de 1949 y sus reformas. No es posible imaginar una adaptación de estos principios constitucionales si no se extiende y se abra lo establecido ahí, para lograr que los hechos, en la actualidad, encuadren dentro de la protección que pretende el Constituyente.

De esta manera, el tema central aquí es recordar que la Administración tendrá responsabilidad, y que no existen conductas administrativas que se encuentren impunes, exentas o por fuera de lo establecido por la Constitución. El actuar administrativo debe siempre garantizar el eficiente y eficaz funcionamiento

de todos los servicios públicos, en el momento en que alguno de estos no se encuentre cumpliendo de la manera más acorde y con fin público, las necesidades de los ciudadanos. Es el momento cuando surge a la vida jurídica, la aplicación del régimen de responsabilidad administrativa en Costa Rica.

De esta manera se logra, de conformidad con estos principios que informan la organización y función administrativas, una prestación de los servicios públicos de *“buena calidad con altos estándares para la debida satisfacción de las necesidades de los administrados que son sus destinatarios y ejercer cumplida y normalmente sus competencias”*. Esta situación obliga a todos los entes públicos a actuar de manera responsable en el ejercicio de sus funciones y no de manera arbitraria, sin prever las consecuencias dañosas de sus actos.

En el momento de llevar a cabo el desarrollo de obras de infraestructura en el subsuelo, la Administración deberá contar con la posibilidad de que se exija de ella un resarcimiento en los casos donde se demuestre un daño debido, directa y objetivamente, a su actuar administrativo sobre el subterráneo.

A pesar de lo anterior, se considera que debido al carácter de excepcional o especial que caracteriza a la disponibilidad y uso del subsuelo, ese deber de la Administración va más allá de una responsabilidad simple como la que actualmente rige en el país, producto de esa evolución histórica analizada.

El desarrollo de proyectos en el subsuelo conlleva además de esta responsabilidad administrativa, una obligación de seguimiento y fiscalización de parte del Estado, de sus proyectos o desarrollos en subsuelos que se encuentran por debajo de la superficie privada.

Estos desarrollos de infraestructura deben contar con posibilidades como la de un eventual falseamiento del terreno, que las excavaciones desestabilicen la propiedad o generen hundimientos, vibraciones que dañen estructuras ya

construidas, o bien caídas de árboles o especies forestales. Todas estas, tal como la experiencia lo ha demostrado, no necesariamente se presentan en el momento de la construcción, sino que es con el pasar de los años, cuando estas se manifiestan, tal como lo hace el lavado del terreno sufrido por las precipitaciones que terminan con el hundimiento de la superficie.

Esta situación extiende la responsabilidad administrativa constitucional al enmarcarla no solo por hecho de responder patrimonialmente por el daño sufrido, sino a un actuar administrativo preventivo y precautorio, que haga previsible por medio de actos fiscalizadores, el posible daño que se ocasione a través del tiempo.

Por otro lado, pero con la misma preeminencia, existe una resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia que no se puede dejar de lado. Este es el voto n° 584-F-2005 de las diez horas cuarenta minutos del once de agosto del año dos mil cinco.

En esta oportunidad, el accionante es la sucesión del señor Carlos Picado González, representado por su albacea, quien en vida fue su esposa la señora Flor Araya Sandí. Esta demanda al Estado ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por la omisión en el cumplimiento de sus deberes, al no haber construido un puente peatonal que había sido solicitado al MOPT desde el año 1986, motivo que provocó, a su parecer, la muerte de su esposo atropellado por un vehículo automotor en la Autopista General Cañas.

Al respecto la Sala Primera comienza haciendo un análisis del desarrollo histórico que ha tenido la responsabilidad administrativa en Costa Rica, para hoy en día configurarla como la responsabilidad por conductas tanto administrativas como de orden legislativo, que producen una lesión en la esfera jurídica de la persona, *“ya sea directa o colateral, en su origen o en su resultado (responsabilidad por conducta lícita y normal, así como por actuación legislativa)”*.

Además de esto, uno de los aportes fundamentales de la Sala fue lo establecido respecto a la responsabilidad objetiva extracontractual de la Administración Pública, la teoría del riesgo y el equilibrio en la ecuación patrimonial. Criterios que colocan a la Administración en la obligación de resarcir los daños sin necesidad de probar previamente la culpa del funcionario o de la misma Administración, sea por funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal.

La Sala brinda la fijación de los parámetros de imputación legal que dimensionan el deber indemnizatorio del Estado. Para lo cual se define la anormalidad del actuar administrativo como aquel que se manifiesta a través de un mal funcionamiento, un funcionamiento tardío o una ausencia total de funcionamiento.

Esto se puede aplicar, de manera conteste, a lo establecido en esta investigación, al régimen del subsuelo. De manera que serán responsabilidad del Estado, aquellos resultados dañosos que surjan en virtud de una ausencia de fiscalización en el desarrollo de proyectos inmobiliarios –y de cualquier naturaleza- en el subsuelo. Estos, necesariamente, deberán ser aprobados con antelación por la Administración Pública, venia que la hace responsable en caso, por ejemplo, de falseamiento del terreno.

Se tiene conocimiento, por medio de esta resolución, como es la omisión - el no hacer- un criterio de anormalidad e ilicitud que convierte al Estado en responsable por los daños sufridos y su posterior obligación indemnizatoria. Todo, al tenor de lo dispuesto por los artículos 190 y siguientes de la LGAP. Para ello, se define la inactividad como aquel hecho que surge *“cuando existiendo para el ente u órgano público una obligación de dar o hacer impuesta por el ordenamiento jurídico o por una previa decisión suya, fuera o dentro de un procedimiento administrativo, no se despliega la debida actividad fáctica o jurídica que lleve a*

*buen término la función otorgada, con detrimento de los derechos o intereses de uno o varios sujetos pasivos, ya sean privados o públicos, individuales o colectivos*¹³⁴.

Se ve como esa “culpa in ommittendo” se convertirá en la piedra angular del régimen de responsabilidad administrativa cuando del subsuelo se trate en el país. Es a partir de lo esgrimido al respecto que podrán los administrados reclamar los daños ocasionados por obras aprobadas por la Administración en el subsuelo.

No se omite manifestar que en el caso de marras se resolvió a favor del accionante, se anuló la sentencia de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo y se falló por el fondo. La razón básicamente fue porque en forma directa se atentó y se puso en peligro la vida humana de los transeúntes, quienes sin la existencia del puente peatonal, se ven en la necesidad de cruzar la autopista sin ningún medio de seguridad. Era obligación propia de la Administración Pública, ante la verificación de un peligro inminente contra los derechos fundamentales de las personas.

¹³⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 584-F-2005 de las diez horas cuarenta minutos del once de agosto del año dos mil cinco.

IV. El régimen jurídico del subsuelo en el campo urbanístico

Una vez establecidas las bases en relación con la utilización que pueden realizar los particulares sobre el subsuelo para finalidades urbanísticas, es necesario ahora, desarrollar cuál es el uso del que pueden disponer los particulares.

Para esto se realiza un estudio sobre la disponibilidad del subsuelo que se puede realizar en otros países con un sistema jurídico similar al costarricense, con el fin de identificar algunos elementos que podrían ayudar a una futura regulación sobre el tema en el país.

Seguidamente, se realiza un análisis sobre la legislación nacional que está relacionada con el subsuelo en Costa Rica, para analizar el régimen jurídico que posee este elemento en el ordenamiento jurídico de la nación.

Visto el anterior panorama, se establece un concepto sobre el subsuelo con el fin de establecer una concepción que facilite la regulación de este en el país.

Finalmente, se analizan las teorías que han intentado dar una explicación al tema del aprovechamiento de este espacio, con el fin de confrontarlo con la doctrina y jurisprudencia nacional, a fin de proponer una concepción que responda al tema de estudio.

A. La utilización del subsuelo según el Derecho Comparado

Las legislaciones más modernas han visto la necesidad de regular la utilización de este recurso y han establecido distintos modos de llevarlo a cabo, sea estableciendo el derecho irrestricto de los dueños del suelo o limitando su uso, de acuerdo con lo que establezcan algunas instituciones públicas.

En el presente capítulo se ve la regulación que han realizado algunos países en relación con este recurso, como es el caso de Chile, Colombia, España.

A.1.- República de Chile

El ordenamiento jurídico chileno establece el carácter de bien demanial del subsuelo. En este sentido, la legislación de este país, por medio de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, dispone en el artículo 5¹³⁵, que corresponde a estos gobiernos la administración de bienes municipales y nacionales de uso público, incluido el subsuelo. Con lo cual se observa cómo estos entes son los encargados de decidir sobre el uso que se le puede dar a este recurso.

Por medio de esta ley, el subsuelo adquirió la denominación de bien de uso público con lo que varió el órgano encargado de su regulación, pasando a formar parte de los bienes que administran las municipalidades. Esto implica que son estos entes los encargados de establecer las concesiones y los permisos de construcción y explotación que consideren pertinentes.

Así también, cualquier tipo de aprovechamiento minero por parte de un particular, requiere del permiso del gobernador del lugar, como lo establece el Código de Minería de este país andino¹³⁶.

¹³⁵ El Artículo 5 dispone: "Para el cumplimiento de sus funciones las municipalidades tendrán las siguientes atribuciones esenciales: c) Administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna, salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la Administración del Estado. En ejercicio de esta atribución, les corresponderá, previo informe del consejo económico y social de la comuna, asignar y cambiar la denominación de tales bienes. Asimismo, con el acuerdo de los dos tercios de los concejales en ejercicio, podrá hacer uso de esta atribución respecto de poblaciones, barrios y conjuntos habitacionales, en el territorio bajo su administración". Ministerio del Interior. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Decreto con Fuerza de Ley Número 1-19.704. Fecha de aprobación 27 de diciembre de 2001. Fecha de publicación en el Diario Oficial 3 de mayo de 2002.

¹³⁶ Artículo 17, Código de Minería de la República de Chile.

Como parte de la administración que realizan los municipios, para que un espacio subterráneo sea utilizado por particulares, estos entes se encargan de otorgar *concesiones* para la prestación de servicios municipales. Estos instrumentos se dan a título precario y pueden ser revocados cuando exista un menoscabo en el uso común o por motivos de interés público.¹³⁷

Así se aprecia en el dictamen nº 21993 de la Contraloría General de la República de Chile, el cual expresa: “...los permisos de ocupación son un acto unilateral del municipio, esencialmente precarios, pudiendo ponerseles término en cualquier momento, sin expresión de causa y sin derecho a indemnización”¹³⁸

De lo anterior se deriva que, al ser las municipalidades los entes encargados de la administración de este recurso, estos, por medio de la figura del alcalde, pueden dar por concluida una relación jurídica contractual con alguna persona, por tener esta la utilización de este espacio a título precario.

En este país se ha realizado todo un debate en cuanto al carácter inseparable que existe entre el suelo y el subsuelo, de forma tal que aunque las actividades desarrolladas en cada uno de estos espacios sean distintas, al menos deben ser usos relacionados.

En este sentido, al ser las municipalidades los entes encargados de la administración del suelo, por medio de instrumentos como los planes reguladores, lo natural es que sean ellas las que se encarguen de la administración del recurso subterráneo.

Además, se han establecido una serie de limitaciones urbanísticas, como es el caso de la profundidad de las excavaciones que se pueden realizar. Es

¹³⁷ En este sentido: Fernández Richard - Felipe Holmes Salvo, José. "Uso Del Subsuelo Urbano." En *Derecho Urbanístico Chileno*, 167, 170: Jurídica de Chile, 2009.

¹³⁸ Dictamen Nº 21993 de Contraloría General de la República de Chile, del 14 de Julio de 1997.

importante destacar que el máximo de excavación permitido, está fijado en los instrumentos de planificación de cada municipalidad.

A.2.- República de Colombia

A diferencia de Chile, en Colombia es la Constitución Política el instrumento jurídico que establece la naturaleza jurídica del tema en cuestión. En un primer artículo, refiriéndose a los elementos que conforman el territorio de este país establece que:

También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, de conformidad con el Derecho Internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales¹³⁹.

En esta citación se desprende que el subsuelo es uno de los elementos de la República; sin embargo, no se establece la naturaleza jurídica de este recurso, que viene a ser explicado en el artículo 332, el cual reza: “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales o renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”¹⁴⁰.

Con este artículo queda claro el carácter público que posee el subsuelo, pues es propiedad del Estado, el cual es el encargado de cómo se debe administrar y de normativizar el modo en que se podría utilizar.

Por otro lado, establece que a pesar de esa propiedad del subsuelo por

¹³⁹ Artículo 101, Constitución Política de la República de Colombia.

¹⁴⁰ Artículo 332, Constitución Política de la República de Colombia.

parte de Estado, este respetará los derechos preexistentes que posean terceros sobre este.

Es importante realizar una breve explicación histórica acerca de este apartado. Estos derechos adquiridos se refieren a “aquellas minas ubicadas en terrenos que hubieran salido del poder del Estado antes de 1886 y que estaban siendo explotadas en 1971 [L. 20/69], fecha en la que se extinguía el dominio de todos los elementos útiles del subsuelo de propiedad de particulares que no estuvieran en explotación”.¹⁴¹

Anterior a esta fecha, el ordenamiento jurídico colombiano había permitido la apropiación de terceros de bienes ubicados en el subsuelo, especialmente minas para la producción de metales y piedras preciosas, entre otros. Sin embargo, en 1971 se estableció que las minas otorgadas y que no estuvieran en producción pasaría a formar parte del patrimonio del Estado nuevamente. De este modo, las minas que continúan produciendo podrían seguir perteneciendo a particulares.

Como se ve, en Colombia, por regla general, el subsuelo corresponde al Estado, con excepción de los derechos adquiridos, según las excepciones establecidas por el artículo 332 de la Constitución Política de este país.

Este hecho es explicado por Fernando Azuero e Isamary Burgos, en su obra “Algunos aspectos jurídicos de la propiedad del subsuelo petrolífero frente a las minorías étnicas”:

Según ley de 97 del 93 se interpretó que se entendían por derechos constituidos a favor de terceros las situaciones jurídicas objetivas y

¹⁴¹ Medina Pabón, Juan Enrique (2011). Derecho civil. Aproximación al Derecho. Derecho de personas. 2° Edición. Colombia. Editorial Universidad del Rosario. Página 276.

concretas, adquiridas y perfeccionadas por un título específico de adjudicación de hidrocarburos como mina o por una sentencia definitiva y en ejercicio de las cuales se hayan descubierto uno o varios yacimientos a más tardar el 22 de diciembre de 1969¹⁴².

Así se vio la necesidad de aclarar cuáles eran las situaciones concretas que recaerían bajo esta excepción, las cuales debían constar tanto de una ubicación específica como de un título que legitimara este derecho.

En este sentido, el Código Civil ha establecido una distinción entre los bienes cuyo uso le pertenecen a la colectividad denominados bienes públicos y los bienes que no son utilizados generalmente por los habitantes llamados bienes fiscales así lo establece el artículo 674 de este cuerpo normativo:

Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”¹⁴³.

De este modo, este cuerpo normativo clasifica el subsuelo: será un bien de la unión o bien fiscal, ya que este no puede ser utilizado generalmente por los habitantes.

Al ser bienes de la Unión, los habitantes podrían solicitar su aprovechamiento, no así la propiedad sobre estos, como lo establece el mismo

¹⁴² Azuero, F; Barrios, I; Burgos, B. (2001). Algunos aspectos jurídicos de La propiedad del Subsuelo Petrolífero Frente a las Minorías Étnicas. Tesis de Graduación para optar por el grado de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.

¹⁴³ Artículo 674, Código Civil de la República de Colombia.

cuerpo legal cuando determina los derechos sobre las construcciones realizadas en bienes públicos:

Sobre las obras que con permiso de la autoridad competente se construyan en sitios de propiedad de la Unión, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo¹⁴⁴.

Luego de realizada la determinación de *bien de la Unión*, es preciso añadir que este Código establece la posibilidad de parte de los particulares de utilizarlos; sin embargo, no les da la potestad de apropiarse de ellos; únicamente pueden hacer uso de estos y disfrutar de él.

Otro de los elementos que este código regula es el aspecto de la construcción de pozos por parte de particulares para la extracción de agua; en este sentido afirma el artículo 1002:

Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a segarlo¹⁴⁵.

Se vemos como en este caso, el Código sí permite el uso del subsuelo por parte de los particulares. Sin embargo, establece una serie de limitaciones como lo son que el beneficio sea mayor que el mal causado y que este, del todo no reporte ningún beneficio. Se considera que esta disposición permite esta situación pues lo que se busca no es tanto la utilización del subsuelo como el abastecimiento de agua.

¹⁴⁴ Artículo 682, Código Civil de la República de Colombia.

¹⁴⁵ Artículo 1002, Código Civil de la República de Colombia.

Se debe precisar que el subsuelo en Colombia ha sido enfocado desde el punto de vista del derecho minero, principalmente, por lo que la mayoría de la bibliografía pertenece a esta rama del Derecho.

En ese sentido, el Código Minero de Colombia, refiriéndose a la propiedad de los Recursos Mineros, ha zanjado la discusión en los siguientes términos:

Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos.

Quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes¹⁴⁶.

Nuevamente, esta normativa vuelve a dejar libre los derechos adquiridos anteriormente a la promulgación del Código y de los cuales se hizo referencia previamente, relativos a la Constitución de este país.

Específicamente, en el derecho urbanístico colombiano se ha establecido la necesidad de solicitar licencias de excavación para la realización de hoyos en los espacios públicos.

Estas licencias de excavación se han entendido en los siguientes términos:

El permiso que se otorga por medio de un acto administrativo en el cual se establecen las condiciones técnicas, obligaciones y responsabilidades que deben cumplir las empresas de servicios

¹⁴⁶ Artículo 5, Código Minero de la República de Colombia, LEY 685 15 DE agosto de 2001.

públicos, los particulares y las entidades públicas que intervengan con excavaciones el espacio público para la instalación de redes y acometidas de servicios públicos domiciliarios¹⁴⁷.

Por otro lado, el Decreto Nacional 1469 del 30 de abril de 2010, por “*el cual se reglamentan las disposiciones relativas a las licencias urbanísticas; al reconocimiento de edificaciones; a la función pública que desempeñan los curadores urbanos y se expiden otras disposiciones*”, en su artículo 2, estableció las licencias de intervención y ocupación del espacio público como una clase de licencias urbanísticas.

Así, el artículo 13 de esta norma determinó como un tipo de licencia de intervención y ocupación de espacio público la requerida para:

- a) La construcción, rehabilitación, reparación, sustitución, modificación y/o ampliación de instalaciones y redes para la provisión de servicios públicos domiciliarios y de telecomunicaciones.
- b) La utilización del espacio aéreo o del subsuelo para generar elementos de enlace urbano entre inmuebles privados, o entre inmuebles privados y elementos del espacio público, tales como: puentes peatonales o pasos subterráneos¹⁴⁸.

Ambos incisos pueden ser utilizados para el uso del subsuelo, de acuerdo con lo referido en el párrafo anterior. El segundo, en cuanto se refiere expresamente al subsuelo, ya que es el particular quien está haciendo uso de este

¹⁴⁷ Instituto de Desarrollo Urbano. (2013). <http://www.idu.gov.co/web/guest/lic_excavaciones>. [Consulta: 8 agosto. 2013].

¹⁴⁸ Artículo 13, Decreto Nacional de la República de Colombia número 1469 del 30 de abril de 2010.

espacio por su propio interés, ya sea para la construcción de un paso con otro edificio privado o para dar acceso a espacios públicos.

A.3.- Reino de España.

En este país europeo, las regulaciones establecidas sobre el subsuelo son pocas; su principal normativa se aplica en cuanto influye sobre la superficie. Esto, con excepción de los reglamentos sectoriales como se comenta a continuación.

En un primer plano, el Código Civil establece en el artículo 350, lo que se refiere a la propiedad del subsuelo¹⁴⁹. A pesar de que este artículo afirma que el propietario es dueño de lo que se encuentre debajo de su terreno, salvadas algunas excepciones, tanto la doctrina de ese país como la jurisprudencia no han entendido este precepto de un modo literal.

De este modo el Tribunal Supremo de este país ha afirmado:

Que si bien es cierto que el artículo 350 del Código civil está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio, y sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigurosa y absoluta cuando las relaciones de vecindad, principalmente en los grandes núcleos de población, exigen la acomodación de técnicas constructivas a los nuevos adelantos universalmente aceptados¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Cfr. supra página 16.

¹⁵⁰ Resolución de La Sala 1º del Tribunal Supremo Español del 3 de abril de 1984.

Así se entiende que la definición establecida en el Código Civil no se refiere a una concepción estática sobre el derecho de propiedad, sino que la interpretación de esta puede variar de acuerdo con el modo en que va mudando la realidad así como la técnica constructiva.

Principalmente, la propiedad que recaiga sobre el subsuelo de un terreno, ha sido entendida en el derecho español, referido al interés que tenga el propietario sobre este, es decir al uso real o potencial que le pueda dar. Por esto, el derecho de un propietario sobre el subsuelo estará determinado por el interés que posea en relación con lo que esté por debajo de la superficie, así como por la función social de la propiedad.

Como se vio anteriormente el citado artículo establece una serie de excepciones al uso que se le pueda dar al subsuelo; en este sentido, el autor Sains Moreno¹⁵¹, establece en su obra sobre el subsuelo urbano, tres excepciones a la regla sobre la plenitud del dominio sobre el subsuelo, como se ve a continuación.

En primer lugar, se tiene la existencia de otras propiedades en el subsuelo; es decir, la existencia de una propiedad en el subsuelo cuyo dueño es distinto al de la superficie. Esta finca ubicada bajo el suelo puede ser privada o pública. En el primer caso existe una presunción de que la finca ubicada en el subsuelo pertenece al dueño de la finca que se encuentra en la superficie.

En segundo lugar, se encuentran los espacios subterráneos que contienen aguas, minas o restos arqueológicos, cada una de los cuales posee una ley propia que las regula. De igual forma, en el país estos son supuestos que impiden el uso discrecional del subsuelo, lo cual se verá en el apartado relativo al régimen preferente del subsuelo.

¹⁵¹ Sainz Moreno, Fernando. "El subsuelo urbanístico" *Revista de administración pública*, (122): 153-208. Página 173.

En tercer lugar estaría la existencia de servidumbres, que pueden ser utilizadas tanto para los servicios municipales, vías de comunicación o redes de telecomunicaciones. Llama la atención que del mismo modo la legislación chilena como la costarricense se haya preocupado por este uso que se le pueda dar a un área subterránea.

Como afirma Sains Morenos, las redes de servicios municipales deben estar en concordancia con sus planes reguladores. Este es un punto a resaltar, puesto que las servidumbres al afectar las propiedades de los administrados requieren que se realicen según un planeamiento, como se explica en la sección respectiva.

Por último, el autor citado se refiere a las limitaciones establecidas en el artículo que se está comentando, según el cual debe respetarse las normas de policía. Al respecto, es necesario aclarar que por esta terminología se entendían las normas de *policía urbanística*, es decir las normas que regulan los aspectos de construcción, seguridad, higiene y en general todas las normas urbanísticas.

Además de lo dispuesto anteriormente, existe normativa sectorial que de alguna forma se refiere al subsuelo como lo es la Ley de Suelo, Ley de Aguas o las regulaciones sobre el hallazgo de restos arqueológicos. En este sentido, la normativa referente a obras públicas ha afirmado, mediante el decreto de 20 de junio de 1972 que “las obras subterráneas no inciden en absoluto sobre el régimen urbanístico del suelo, del que quedan desconectadas por completo”¹⁵².

De esta forma queda claro que los usos que se le puedan dar a cada uno de estos regímenes especiales puede ser diferente, siempre y cuando no se

¹⁵² Nieto, Alejandro. "El subsuelo urbanístico". Revista Española de Derecho Administrativo. 1990. (66): 187-200. Página 191.

contrapongan ni se afecten entre sí, contando siempre con la primacía del plan regulador, mencionado anteriormente.

Por otro lado, en el Real decreto 2187/1978 del 23 de junio de 1978 según el cual se establece el Reglamento de Disciplina Urbanística, establece que estarán sujetos a previa licencia *“las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o cualquier otro uso a que se destine el subsuelo”*.¹⁵³

Esta norma es de acatamiento obligatorio para todo el territorio español; sin embargo, ha sido tomada por otros cuerpos normativos regionales para establecerlo más claramente en las disposiciones sean autonómicas o municipales. Esto, por cuanto se trata de normativizar un tema al que no se ha ahondado.

Es claro que con estas licencias lo que se busca es dar un mayor control sobre los desarrollos subterráneos que se deseen construir; sin embargo, parece estos desarrollos no quedan ligados a una serie de disposiciones sobre la posibilidad de realización o no, con la excepción de los planes reguladores de los que se habló anteriormente. Se considera que con estas licencias lo que se busca es garantizar la no contraposición entre el desarrollo subterráneo y el superficial.

A pesar de lo anterior, la doctrina de este país ha afirmado que *“el subsuelo, carece de una regulación urbanística propia y la Ley sólo interviene en su régimen cuando -y en la medida que – pueda afectar al suelo”*¹⁵⁴.

Esto por cuanto, el subsuelo no tiene ninguna regulación propia que aclare el modo en que este puede ser utilizado; esto crea (al igual que en el sistema jurídico de Costa Rica) una laguna que se ha ido llenando con base en una

¹⁵³ Código de Urbanismo Español.

¹⁵⁴ Nieto, Alejandro. Op. cit. Página 195

interpretación analógica sobre la regulación existente del suelo así como las aplicaciones jurisprudenciales.

A pesar de esto, con base en la normativa anteriormente citada, se ha interpretado que el subsuelo puede utilizarse siempre y cuando no se afecte el uso que ha sido otorgado al suelo en los planes reguladores respectivos, motivo por el cual es necesario pedir una licencia de aprovechamiento de este espacio con el fin de garantizar que la obra que se desarrolle no afectará la condición establecida para el uso del suelo.

De este modo, existe una diferencia entre el aprovechamiento que se le pueda dar al suelo y al subsuelo. En primer lugar, el uso del suelo está condicionado a las disposiciones urbanísticas establecidas en los planes reguladores, como sucede en Costa Rica; sin embargo, la única condición para la utilización del espacio subterráneo es que no haya contraposición con lo establecido en lo que se refiere a la superficie.

Por esta razón, es posible que existan usos diferentes para cada uno de estos espacios, siempre y cuando no se violen las disposiciones establecidas para el suelo. Así por ejemplo, sería posible establecer una zona de área verde en un determinado lugar y que bajo esta se encuentre un espacio de aparcamiento de vehículos.

En consecuencia, parece que el único requisito para la utilización del subsuelo, desde el punto de vista del derecho urbanístico en el sistema jurídico español, es que no se contraponga con las disposiciones emitidas sobre el aprovechamiento de la superficie.

Es importante señalar que el uso que se le debe dar al suelo, tiene preeminencia sobre el uso que se le quiera dar al subsuelo, ya que estas disposiciones están establecidas en los Planes Reguladores, cuya normativa es

vinculante. Es decir, que el uso de este podrá ser cualquiera siempre y cuando no se contraponga ni obstaculice lo establecido en el plan regulador referente al suelo.

Así por ejemplo, la ley establece dentro de los planes reguladores que en cada municipio debe existir una regulación tendiente a la utilización de este recurso. Ello, con el fin de que se establezcan los lugares por donde pasarán las conexiones de servicios públicos, los cuales estarán referidos siempre a la superficie.

B. El régimen preferente del subsuelo en Costa Rica

Así como en estos países, Costa Rica cuenta con una serie de normativa que regula el uso del subsuelo en el campo urbanístico, como se ve a continuación.

Si bien, en el entorno nacional no existe una legislación específica que regule la utilización de este recurso para fines urbanísticos, sí se cuenta con una serie de normas que, aunque fueron pensadas para otros ámbitos del Derecho, impactan el área de estudio.

Entre las normas que regulan este elemento podemos destacar la Constitución Política, Código Civil, Código de Minería, Ley de Hidrocarburos, Ley de Aguas, Ley de Patrimonio Nacional Arqueológico, Ley de Cementerio, entre otros que procede a analizar.

En las normas que se examinan seguidamente se determina cuál es la naturaleza jurídica del subsuelo en el país, además de criterios de aprovechamiento del subsuelo en relación con sectores determinados del

Derecho, así como las limitaciones en su uso para lograr una mayor protección de determinados bienes a cargo del Estado.

B.1.- Constitución Política

La Constitución Política de Costa Rica establece en el artículo 6¹⁵⁵, la exclusividad que posee el Estado para la protección, conservación y explotación del subsuelo. De lo anterior se desprende que el Estado, además de los derechos que posee sobre el subsuelo, también le corresponde ciertas obligaciones para lograr esos fines. Por tal razón, este ente es el encargado de garantizar que se le dé un uso apropiado a este recurso.

Por lo anterior, se puede afirmar que la norma recién citada limita la utilización del subsuelo por parte de los particulares, pues ellos no podrán usar este recurso en caso de que lo realicen de una forma inadecuada, aspecto por el que el Estado debe velar. Si a esto se le añaden las disposiciones relativas a la función social de la propiedad, se observa como el uso del subsuelo está limitado a los permisos que el Estado pueda conceder para su aprovechamiento.

Otra de las limitaciones que se encuentran en la Constitución Política es la referida en el inciso 14 del numeral 121, el cual establece como una de las funciones de la Asamblea Legislativa decretar la enajenación o aplicación a usos públicos de “los yacimientos de carbón, las fuentes o depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarbурadas, así como los depósitos de

155 El artículo 6 de la Constitución Política establece: “El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de bajamar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios del Derecho Internacional.

Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas, de acuerdo con aquellos principios (Reformado por ley N° 5699 de 5 de junio de 1975)” Artículo 6 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

minerales radiactivos existentes en el territorio nacional”¹⁵⁶.

Con lo cual, en caso de que alguien encuentre alguno de estos recursos en la parte subterránea de su propiedad debe ponerlos a disposición del Estado, a pesar de que haya adquirido un permiso para el aprovechamiento del subsuelo.

B.2.- Código Civil

La regulación sobre el aprovechamiento que pueden realizar los particulares del subsuelo ha sido ampliada en la normativa legal; sin embargo, como se verá seguidamente, la realidad de los hechos ha ido más adelante de la misma construcción normativa que se ha dado en esta materia.

La primera legislación en la que se debe indagar corresponde al Código Civil por constituir la primera en categoría que se refiere al derecho de propiedad.

Inicialmente, se debe atender a lo que se refiere el artículo 505 del Código Civil sobre este tema, pues se ha convertido en un importante marco regulatorio que delimita lo entendido como propiedad subterránea en nuestro sistema jurídico. Esta norma regula sobre el derecho de propiedad, lo siguiente: *“El derecho de propiedad no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende por accesión a lo que se está sobre la superficie y a lo que está por debajo.”*

Como se observa en el artículo antes transcrito, una persona ejerce su derecho de propiedad sobre una superficie determinada; sin embargo, según el fenómeno de la accesión, supra referido, se adquiere la propiedad sobre lo que se

156 Constitución Política. Op. Cit, número 1, página 40

encuentre sobre ella y por debajo de ella.

Así por ejemplo, el derecho de adquisición que se obtiene por pertenencias propias, se da ante la necesidad de establecer los fundamentos de una construcción, con lo cual se es propietario de esta debido a la estructura superficial que se edifica.

En esta norma se entendía que la estructura subterránea se encuentra en función de la construcción superficial, por lo que se veía como una parte constitutiva de esta. Sin embargo, las técnicas de construcción modernas permiten otorgar funciones distintas y separadas a lo que se encuentra sobre la superficie y lo que está debajo del nivel del suelo. Lo que produce que surjan nuevas dudas sobre la titularidad de este derecho a nivel subterráneo.

Por lo anterior, se observa que el propietario de un fundo será dueño de la construcción subterránea, debido a lo que se construya sobre la superficie, por lo cual el Estado permite la utilización y aprovechamiento del subsuelo, una vez permitida una construcción en la superficie.

En relación con el artículo 505 del Código Civil, el Tribunal Contencioso Administrativo ha afirmado que si bien este “señala que la propiedad de lo que esté debajo de la superficie es parte de dicha titularidad, no obstante, tal pertenencia se produce por el fenómeno de la accesión, lo que implicaría, incluso en esa visión gramatical, que si en el subsuelo no se ha utilizado para construcción de obras o en general no existe cosa adherida en ese espacio por falta de aprovechamiento, la presunción de propiedad no opera”¹⁵⁷

En la anterior cita se observa que es necesario que exista una construcción

157 Tribunal Contencioso Administrativo y del II Circuito Judicial de San José. 115-2011-VI. Trece de mayo de 2011, quince horas con trece minutos.

ubicada sobre la superficie, bajo la cual exista adherida una estructura. Si este supuesto no se presenta, no opera la presunción de propiedad por cuanto no existe nada a lo que adherirse. Es decir, debe darse un aprovechamiento del área superficial para que se dé el fenómeno de la accesión.

De esta forma, el dueño de un fundo será propietario de lo construido en el subsuelo debido a la estructura que se encuentra por encima de la superficie y que debe ser la principal.

Por otro lado, según el fenómeno de accesión, se debe entender que la parte principal constituye la construcción superficial y que la parte accesorio corresponde a la que se encuentra en el subsuelo. Sin embargo, actualmente existen muchos desarrollos urbanísticos en los que la mayor área de construcción se encuentra ubicada en el subsuelo; incluso en el país se encuentran edificaciones como el Museo de Oro del Banco Central, las cuales tienen su cuerpo principal en el espacio subterráneo.

Con lo cual se considera que la concepción sobre la disponibilidad del espacio subterráneo se encuentra en una evolución, pues se observa una conciliación entre los intereses particulares de aprovechamiento de este espacio con los intereses estatales de mantenimiento de este espacio para usos de interés público exclusivamente.

En relación con el derecho de propiedad que se puede ejercer sobre este recurso, existe una serie de normativa dedicada a sectores de interés concretos como lo son Código de Minería, Ley de Hidrocarburos, Ley de aguas, entre otros. Tales cuerpos legales se refieren a este tema de estudio y han establecido un conjunto de requisitos que deben ser respetados por los particulares en el momento cuando deseen un aprovechamiento de este espacio, como se ve seguidamente.

Esta normativa sectorial se ha desarrollado generalmente en atención a las consecuencias que pueda generar el uso del suelo y los demás bienes que se encuentren en el espacio subterráneo, ya sea que posean un valor monetario o histórico.

B.3.- Código de Minería

El Derecho minero constituye el área del Derecho en el que más se ha ahondado en el tema del aprovechamiento del subsuelo, por ser el medio donde suelen estar los elementos de interés de esta rama jurídica.

Por esta razón, la doctrina minera ha debatido sobre el derecho de propiedad que le podría corresponder al propietario de una finca en la que se encuentran estos elementos. La mayoría de los autores¹⁵⁸ han establecido que el derecho de propiedad que recae sobre una propiedad no afecta los materiales mineros que se encuentren debajo o sobre esta, como se vio en el apartado anterior sobre la propiedad exclusiva de los minerales que establece la Constitución.

El Código de Minería, en su primer artículo, reafirma el dominio absoluto que tiene el Estado sobre el reconocimiento, exploración, explotación y beneficio de los minerales, por lo que serán de su propiedad aun cuando se encuentren en propiedades privadas. De esta forma el citado artículo expresa:

El Estado tiene el dominio absoluto, inalienable e imprescriptible de todos los recursos minerales que existen en el territorio nacional y en su mar patrimonial, cualquiera que sea el origen, estado físico o naturaleza de las sustancias que contengan. El Estado procurará explotar las

¹⁵⁸ Óp. Cit. Página 141.

riquezas mineras por sí mismo o por medio de organismos que dependan de él.

Sin embargo, el Estado podrá otorgar concesiones para el reconocimiento, exploración, explotación y beneficio de los recursos minerales, conforme con la presente ley.

Las concesiones no afectarán en forma alguna el dominio del Estado, y se extinguirán en caso de incumplimiento de las exigencias legales para mantenerlas¹⁵⁹.

De este modo, entendiendo que los minerales son parte constitutiva del subsuelo, como se afirma en la definición geológica anteriormente transcrita, se puede entender que por esta razón el subsuelo se enmarca dentro de los calificativos mencionados por este artículo.

Lo anterior es confirmado por el Reglamento al Código de Minería que define la *mina* de la siguiente manera: “*Lugar físico, ya sea superficial o subterráneo, donde se lleva a cabo la extracción de minerales metálicos o no metálicos*”¹⁶⁰.

Se aprecia como este Reglamento establece como uno de los ámbitos de protección los espacios subterráneos, en donde se localiza una de las fuentes más eficaces para la extracción de este tipo de materiales.

Esta legislación establece la posibilidad de hacer uso de los recursos mineros por medio de permisos y concesiones que se describen en este cuerpo legal como una potestad del Estado. Ello en virtud de su soberanía y con referencia a un derecho legal limitado en beneficio de una persona, debido a que tal privilegio solo puede darse por un tiempo limitado y no a perpetuidad.

¹⁵⁹ Artículo 1, Código de Minería de Costa Rica.

¹⁶⁰ Inciso 36, artículo 4 Reglamento al Código de Minería de Costa Rica.

Este Código ha identificado los medios en los que se pueden realizar estas concesiones. Así lo establece el artículo 4 del mismo cuerpo legal:

Los recursos naturales existentes en el suelo, en el subsuelo y en las aguas de los mares adyacentes al territorio nacional, en una extensión de hasta doscientas millas a partir de la línea de baja mar, a lo largo de las costas, sólo podrán ser explotados de conformidad con lo que establece el inciso 14) (último párrafo) del artículo 121 de la Constitución Política¹⁶¹.

Antes de analizar esta cita es necesario identificar lo que establece el párrafo constitucional mencionado¹⁶². Al ser los minerales propiedad exclusiva del Estado, la Constitución afirma que estos solo pueden ser explotados y explorados por él, o por un particular con una concesión o un permiso especial indicado en la legislación, a tiempo definido. Esto quiere decir que a pesar que este tercero tenga estos derechos, estos no podrán ser enajenados por el Estado o mantenerse indefinidamente por el tercer sujeto.

Este artículo 4 del Código de Minería explica que con estas concesiones o permisos, el Estado otorga una potestad de aprovechamiento con fines de explotación; sin embargo, puesto que este bien le pertenece, puede establecer una serie de condiciones por medio de las cuales se protejan sus intereses y el de terceros.

¹⁶¹ Artículo 4, Código de Minería.

¹⁶² La Constitución Política establece, para lo que nos interesa, entre las funciones de la Asamblea Legislativa:

“Inciso 14, artículo 121: Decretar la enajenación o la aplicación a los usos públicos de los bienes propios de la Nación.

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado :

(...)

b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósito de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional.

(...)

Los bienes mencionados en los apartados a), b) y c) anteriormente sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa”.

De este modo es como los recursos minerales encontrados en el subsuelo sólo podrán ser cedidos a particulares bajo estas condiciones de explotación o permisos especiales de exploración.

En el segundo párrafo del artículo primero del referido código, se establece la posibilidad de otorgar concesiones a los particulares con el fin de contribuir la utilización de los recursos mineros. Para efectos del tema de estudio, es importante aclarar el porqué de la potestad concesionaria.

Las concesiones han sido reconocidas como derechos reales administrativos¹⁶³ que los particulares pueden adquirir a fin de realizar una operación deseada por la administración, en este caso la exploración y explotación.

Doctrinariamente se ha entendido que las concesiones mineras tienen como elemento objetivo un bien de dominio público. Por esta razón, el Código primeramente está remarcando el carácter demanial de este recurso, al tener las minas esta categoría.

El Código, define las concesiones de explotación minera como:

...derechos reales limitados, que nacen de actos administrativos y soberanos del Estado, en virtud de los cuales éste, sin perder el dominio, autoriza a personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, para realizar actividades de exploración o explotación de los yacimientos o depósitos minerales, bajo las condiciones y requisitos que establecen esta ley, su reglamento y otras leyes especiales¹⁶⁴.

¹⁶³ Mayor información sobre este tema en: González Pérez, Jesús en su obra titulada: Los Derechos Reales Administrativos.

¹⁶⁴ Artículo 12, Código de Minería de Costa Rica.

Este artículo aclara la limitación del derecho real, puesto que el concesionario lo que puede tener es la posesión de la mina, no así la propiedad; aun así este derecho lo tiene limitado, pues no puede disponer de forma discrecional sobre esta, sino que debe acogerse a las disposiciones establecidas en la concesión.

Por otro lado, la legislación estableció la posibilidad de que estos recursos sean utilizados por medio de los permisos de exploración, según lo establece el artículo 2 del Reglamento al Código de Minería¹⁶⁵.

Con estos permisos, la Administración otorga a una persona un derecho real por el cual se le posibilita investigar la existencia de minerales. Estos se otorgan para la exploración por un máximo de veinte kilómetros cuadrados.

B.4.- Ley de Hidrocarburos

Además de las minas, los hidrocarburos son de las riquezas más codiciadas por el uso que se le pueden dar en las actividades humanas, razón por la cual se ha hecho necesaria una normativa que regule la explotación de estos recursos.

A medida que va avanzando la historia, el ser humano ha visto la necesidad que tiene de conseguir mayores fuentes de energía para la utilización de sus artefactos. Es por esta razón que se buscan fuentes energéticas que satisfagan una demanda cada vez más grande de energía.

Esto ha producido que se busquen modos nuevos de generación eléctrica, así como una mayor explotación de los ya existentes.

¹⁶⁵ Inciso 39, artículo 4, Reglamento al Código de Minería de Costa Rica: 39) Permiso: Acto jurídico de la Administración pública que otorga un derecho de uso de los bienes públicos, alegable incluso ante terceros

Entre las fuentes de energía más importantes para la industria actual se encuentran los hidrocarburos. Con el fin de poseer una normativa tendiente a regular la utilización de estos bienes se promulgó la Ley de Hidrocarburos y el Reglamento a esta ley.

Esta última norma es la que define los hidrocarburos como aquel concepto que se refiere tanto al petróleo como al gas natural, sea este gas de yacimiento asociado o gas petrolero y a los yacimientos de gas o gases metano¹⁶⁶.

Esta definición es necesaria a efectos de analizar cuáles son las sustancias de interés para esta ley y a partir de las cuales se establece toda la regulación contemplada en este cuerpo normativo.

Como es sabido, para la explotación y exploración de estos recursos es necesario indagar en el espacio subterráneo; esto constituye el objetivo de esta ley. Ahora bien, por la técnica utilizada para tal fin, ello es un elemento importante de esta investigación.

¹⁶⁶ Artículo 1 del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos. Este reglamento define los términos anteriores de la siguiente manera:

I. Petróleo: Roca sedimentaria organogénea, caustobiolítica que se presenta de costumbre en estado líquido hasta pasta, de color negro café y con olor fuerte característico.

II. Gas natural: hidrocarburo en forma gaseosa que comprende:

1) Gas de yacimiento asociado o gas petrolero: es una mezcla de sustancias orgánicas (metano, etano, propano, butano, pentano, etc.) con pequeñas cantidades de nitrógeno y bióxido de carbono, y raras veces sulfuro de hidrógeno.

a) Gas petrolero propiamente dicho: son gases disueltos completamente o parcialmente en petróleo, en función de las condiciones de presión y temperatura del yacimiento. Ellos se separan del petróleo a medida que la presión baja (en el yacimiento, en el pozo o en la superficie);

b) Gas de yacimiento de condensado: provienen de acumulación de hidrocarburos que se encuentran en los yacimientos en estado gaseoso, pero susceptibles de condensar parcialmente por la explotación.

c) Gas rico (húmedo): que se caracterizan por un alto contenido de hidrocarburos condensables;

d) Gas pobre (seco): que se caracterizan por cantidades pequeñas de hidrocarburos condensables.

2) Gas no asociado o gas metano: son los yacimientos de gas que mantienen su estado físico dentro y fuera de él. El componente preponderante de esta mezcla es el gas metano, (CH₄), a la par de otras sustancias hidrocarbурadas parafínicas y pequeñas cantidades de bióxido de carbón, azufre, oxígeno y sulfuro de hidrógeno.

El reglamento a la Ley de Hidrocarburos define la exploración diferenciando la etapa de la prospección de la exploración propiamente dicha¹⁶⁷; la primera se entiende como esos estudios científicos realizados con el fin de determinar la existencia o no de elementos hidrocarbureados. La segunda se refiere a la confirmación de las prospecciones realizadas con el fin de determinar el área en la que se encuentran.

De lo anterior se puede determinar que los estudios anteriores implican estudios de elementos subterráneos, los cuales son necesarios para su explotación y la firma de un contrato especial para este fin.

Los contratos de exploración se otorgan por un plazo de tres años, prorrogables a tres años más. Para obtener esta prórroga, el interesado debe señalar un plan de lo que realizará durante ese período en el que debe establecerse la perforación de al menos un pozo exploratorio al año.

En relación con la explotación la ley define esta actividad como: *“El conjunto de las labores necesarias a desarrollar, para la extracción de los hidrocarburos desde el yacimiento a la superficie, conocido en la industria de los hidrocarburos como desarrollo y producción”*¹⁶⁸.

En este artículo se ve de un modo más patente la necesidad de la extracción de los productos que se encuentran en el subsuelo, lo cual supone una utilización de sus recursos con fines comerciales. Este desarrollo y producción

¹⁶⁷ Artículo 3 del Reglamento a la Ley de Hidrocarburos establece:

Exploración comprende dos etapas:

1. La etapa de prospección, que se define como la etapa de todos los estudios efectuados en una región con métodos geológicos, geofísicos, geoquímicos, hidrogeológicos, geomorfológicos, mineros y de perforación; con el objetivo de localizar la presencia de estructuras geológicas que podrían tener acumulaciones industriales de hidrocarburos.
2. La etapa de exploración (propiamente) que es la totalidad de las labores ejecutadas generalmente en áreas más restringidas, con el objetivo de confirmar la presencia de un yacimiento de hidrocarburos en una zona prospectada, su área de superficie, los elementos que la delimitan en su extensión y su desarrollo en profundidad.

¹⁶⁸ Inciso 54, Artículo 3 Reglamento a la Ley de Hidrocarburos.

mencionados anteriormente, implican el establecimiento de infraestructura para lograr la explotación requerida.

El permiso de explotación se otorga por un período de veinte años. Una vez finalizado el tiempo del contrato, el contratista debe dejar todas las propiedades tanto muebles como inmuebles en perfectas condiciones; finalmente, aquellas pasan a formar parte del patrimonio del Estado.

B.5.- Ley de Aguas

Además de los hidrocarburos, existe un recurso más importante para la comunidad humana: el agua.

Este recurso se hace especialmente apreciable en zonas secas donde algunas veces se dificulta el acceso a este bien. Por esta razón, muchas personas realizan perforaciones en sus propiedades con el fin de buscar este precioso líquido.

Es claro que las excavaciones implican una ocupación del subsuelo, por lo que la Ley de Aguas aclara que para la extracción de agua para el consumo doméstico, es posible que las personas realicen los alumbramientos de este recurso sin la necesidad de obtener concesiones para estos efectos. Sin embargo, cuando la extracción del líquido se destina a otros fines sí es necesario que los interesados soliciten una concesión especial¹⁶⁹.

Por otro lado, la ley aclara que el agua extraída de los pozos será de dominio privado en el tanto se extraiga, pues el agua que no se utilice y se mantenga en los pozos continuará siendo de dominio público. Así lo establece el

¹⁶⁹ Cfr. artículo 6 y 7 de la Ley de Aguas.

inciso 3 del artículo 4: *“Las aguas subterráneas que el propietario obtenga de su propio terreno por medio de pozos”*¹⁷⁰.

Es decir, que los particulares pueden apreciarse de este líquido por medio de la extracción en pozos dentro de su territorio; esto subraya que esa posibilidad de la que gozan los terceros se hace en virtud de las necesidades domésticas que posean.

Por otro lado, tiene interés para el tema de esta tesis, analizar lo establecido en el artículo 55 del mismo cuerpo legal, el cual dice literalmente:

Quando corriendo las aguas públicas de un río, en todo o en parte, por debajo de la superficie del suelo, imperceptibles a la vista, se construyan malecones o se empleen otros medios para elevar su nivel hasta hacerlas aplicables al riego u otros usos, este resultado se considerará, para los efectos de la presente ley, como un alumbramiento del agua convertida en utilizable¹⁷¹.

La ley establece que los ríos que atraviesen propiedades serán de dominio privado; sin embargo, esto se aplica para aguas superficiales. De este modo, las aguas subterráneas que atraviesen una propiedad no son de dominio privado. En el artículo anterior, lo que se establece es que si, por medio de algún tipo de construcción, esas aguas subterráneas se exponen también serán consideradas de dominio privado.

A pesar de que la legislación no determina qué es lo que entiende por aguas subterráneas, la jurisprudencia las ha definido en los siguientes términos: *“Las aguas subterráneas son aquellas que se encuentran bajo la superficie*

¹⁷⁰ Inciso 3 Artículo 4, Ley de Aguas.

¹⁷¹ Ley de Aguas Óp. Cit. Artículo 55.

terrestre ocupando los espacios vacíos en el suelo o las rocas, su fuente más importante lo son las precipitaciones pluviales que se infiltran en el suelo”¹⁷².

De esta forma, la Sala Constitucional las determina como aquellas que van por debajo de la tierra ocupando espacios vacíos conformados en el interior de la tierra. Un elemento importante de esta definición es cuando establece las precipitaciones como la fuente principal de ellas, puesto que la doctrina moderna en esta materia ha determinado la importancia del ciclo hidrológico para determinar la demanialidad de este recurso en estas circunstancias.

Gracias a esta perspectiva, la normativa reciente que regula esta materia les ha otorgado a las aguas subterráneas un carácter público y de interés social¹⁷³. Así, se ha determinado el dominio exclusivo del Estado.

En este sentido, la Ley en cuestión afirma que estas se tratan de dominio público, mientras no hayan sido alumbradas por medio de pozos¹⁷⁴. Por esta razón las aguas de los pozos son de dominio público mientras no sean utilizadas.

B.6.- Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico

Además de los recursos que se pueden extraer del subsuelo, existen una serie de objetos que se encuentran enterrados y que por su relevancia histórica es necesario proteger, como lo es el patrimonio arqueológico.

¹⁷² Resolución número 2004-01923 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del veinticinco de febrero del dos mil cuatro.

¹⁷³ De esta forma el artículo 4 del Código de Minería, establece que “(...) las fuentes y aguas minerales y las aguas subterráneas y superficiales, se reservan para el Estado y sólo podrán ser explotados por éste, por particulares de acuerdo con la ley, o mediante una concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa (...)”.

Por otro lado, la Ley Orgánica del Ambiente en su artículo 50 afirma: “El agua es de dominio público, su conservación y uso sostenible son de interés social”.

¹⁷⁴ Inciso 9, Artículo 2, Ley de Aguas: Las subterráneas cuyo alumbramiento no se haga por medio de pozos;

Uno de los efectos que producen los desarrollos urbanos es la remoción de capas del subsuelo para la colocación de los fundamentos o demás estructuras para el levantamiento de edificios, casas de habitación y demás construcciones. En estos procesos puede ocurrir que se descubran instrumentos de interés arqueológico e histórico.

Para estos efectos se promulgó la Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico, que procura dar una mayor protección a todos aquellos bienes que hayan pertenecido a las culturas precolombinas que habitaron el territorio nacional antes del surgimiento de la cultura hispánica en Costa Rica.

En esta ley se busca dar un especial tratamiento a aquellos bienes, tanto muebles como inmuebles, que se descubran a partir de la promulgación de la ley, con el fin de resguardar la herencia indígena que posee el país.

Como se sabe, la mayor cantidad de objetos indígenas que son del ámbito de aplicación de esta ley, se encuentran enterrados, por lo que saldrán a la luz en la medida en que se dé algún movimiento de tierras. Muchos de estos trabajos tienen como objetivo la construcción de algún proyecto urbanístico.

Antes de continuar, es importante establecer qué es lo que se entiende por patrimonio arqueológico. El artículo 1 de esta ley es la que define el significado de este término: *“Constituyen patrimonio nacional arqueológico, los muebles o inmuebles, producto de las culturas indígenas anteriores o contemporáneas al establecimiento de la cultura hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, flora y fauna, relacionados con estas culturas”*¹⁷⁵.

Al tratarse de una ley sobre bienes arqueológicos, esta solo regula los bienes materiales que correspondieron a las culturas indígenas precolombinas, sin detenerse a considerar los bienes inmateriales de estos grupos. Generalmente se

¹⁷⁵ Artículo 1, Ley de Patrimonio Nacional Arqueológico.

entienden bienes arqueológicos a los bienes materiales de las culturas anteriores a la conquista; sin embargo, esta norma establece la posibilidad de que también sean contemporáneas, lo que da un rango de protección más amplio no sólo para estos objetos, sino también para las mencionadas culturas.

Esta ley establece el dominio absoluto sobre las piezas precolombinas que se encuentren durante la vigencia de esta ley, así como de las que posean los particulares después de la vigencia de la ley número 7 del 6 de octubre de 1938, cuando estos no cumplan con los requisitos establecidos¹⁷⁶.

De esta forma se categorizan los bienes arqueológicos como propiedad del Estado, con las excepciones arriba expresadas. En caso de que una persona posea lícitamente alguna de estas piezas deberá hacerse responsable de su conservación.

Esta ley establece una limitación básica a la propiedad privada, la cual se refiere a un permiso que debe adquirir la Comisión Arqueológica Nacional para la extracción de este tipo de piezas.

De este modo el artículo 12 de la Ley afirma:

La Comisión Arqueológica Nacional podrá autorizar excavaciones con autorización del propietario del terreno, y con la obligación de supervisar la excavación en forma directa y adecuada, y de adoptar las medidas correspondientes para evitar daños a la propiedad de que se trate¹⁷⁷.

De esta forma se aprecia la necesidad de un permiso del propietario que tiene la Comisión, para la extracción de piezas arqueológicas ubicadas en una

¹⁷⁶ Cfr. artículo 3, Ley de Patrimonio Cultural Arqueológico.

¹⁷⁷ Artículo 12, ibídem.

propiedad privada. Sin embargo, este mismo razonamiento hace preguntarse qué ocurre en caso de que un propietario no acceda a darlo. En este caso se entiende que prevalece el interés público por encima del interés particular, razón por la cual el propietario está obligado a otorgar el permiso.

Con el fin de establecer un mejor cuidado del Patrimonio, abundantes legislaciones modernas, especialmente de ámbito universal¹⁷⁸, han afirmado que la protección de los sitios arqueológicos debe tomar en cuenta todos los elementos circundantes al sitio arqueológico. En Costa Rica, una resolución de la Sala Constitucional señala:

Tanto por los inmuebles colindantes inmediatos, como los colindantes o alejados, siempre que una alteración a éstos pudiese afectar los valores propios del bien que se trata, su contemplación, apreciación o estudio; y abarca el subsuelo, el espacio edificado o no que da apoyo ambiental al bien. Se vincula de manera tal al monumento, tal que su preservación es indisoluble al tratamiento que aquellos se dispense, que es lo que justifica su tratamiento¹⁷⁹.

De lo anterior se desprende la importancia del estudio de los lugares arqueológicos no solo sobre ellos directamente sino del entorno que los rodea, ya que estos permiten entenderlos y apreciarlos de una manera más completa.

Para el tema de estudio presente, llama la atención que la Sala se refiera al subsuelo como uno de estos elementos a considerar, puesto que es en este

¹⁷⁸ Para más información cfr.: Recomendación de la UNESCO relativa a la Protección de la Belleza y del Carácter de los Lugares y Paisajes (1962), Carta Internacional de ICOMOS sobre la Conservación y la Restauración de Monumentos y de Conjuntos Histórico-artísticos (1964). Conclusiones de las Normas de Quito (1967). Recomendación de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural y Natural (1972). Carta Internacional de ICOMOS para la Protección de las Ciudades Históricas (1987). Recomendación de la UNESCO sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular (1989).

¹⁷⁹ Resolución número 03656 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las catorce horas con cuarenta y tres minutos del siete de mayo del dos mil tres.

donde se encuentra la mayor cantidad de bienes arqueológicos, razón por la cual es necesario velar por un adecuado resguardo de él, lo que llevará a conseguir un mejor cuidado de estas piezas tan importantes para la historia del país.

B.7.- Ley de manejo, uso y conservación del suelo

Actualmente, se ha desarrollado un gran debate en relación con la utilización que se le puede dar al suelo, ya sea dentro de los planes reguladores de cada municipalidad como de las zonas con vocación urbana. Esto debido a la necesidad que se siente de incluir más espacio destinado al área urbana, en contraposición con el interés que existe sobre la protección de los recursos, sean hídricos como agroalimentarios, que satisfagan las necesidades de la población.

Ante esta disyuntiva, la ley de manejo, uso y conservación del suelo pretende, como afirma el artículo primero, *“proteger, conservar y mejorar los suelos en gestión integrada y sostenible con los demás recursos naturales, mediante el fomento y la planificación ambiental adecuada”*¹⁸⁰.

Es decir, lo que se pretende es buscar una adecuada gestión del suelo que garantice una óptima utilización del suelo, teniendo en cuenta las necesidades futuras de la población que se espera atender mediante la buena planificación de este recurso.

Se debe tener en cuenta que esta ley tiene un importante componente ambiental y agroalimentario, pues lo que se pretende es lograr este manejo y conservación de los suelos con el fin de continúen con su producción agraria, pero manteniendo el balance ambiental que realiza el suelo; por ejemplo, por ser un agente importante en el ciclo de las aguas.

¹⁸⁰ Artículo 1, Ley de Uso, Manejo y Conservación del Suelo. Ley N° 7779 del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y ocho.

Otra de las ideas que plantea el artículo y que resulta de mayor interés para el tema de que se ocupa esta tesis, es que este objetivo pretende materializarse desde un punto de vista más, es decir, teniendo en cuenta una visión global del recurso. Esto significa que no puede verse el suelo de un modo aislado, sino teniendo en cuenta los elementos que lo rodean y las especificaciones legales que recaigan sobre él. Uno de los elementos que debe interesar al momento de realizar este estudio es el subsuelo.

Por esta razón, el artículo 25 de esta ley es la que a la clave sobre el interés que tiene el subsuelo en relación con el suelo; el referido artículo afirma:

Cuando se otorgue un permiso de exploración o una concesión de explotación del subsuelo en áreas de aptitud agrícola, la empresa o persona física permisionaria o concesionaria deberá incluir un estudio de impacto ambiental, el plan de trabajo y el plan de inversiones, con los rubros correspondientes para lograr la recuperación del suelo que se destruya o deteriore con las obras de explotación o extracción¹⁸¹.

Se debe entender que estos permisos de exploración y concesiones de explotación se refieren a las disposiciones contenidas en el Código de Minería, referente a los permisos que se necesita obtener a fin de conseguir uno de esos derechos.

Con esto se ve como la ley, efectivamente, busca tratar el tema del suelo de una forma más integral. Sin embargo, estos autores consideran que el subsuelo al estar íntimamente ligado con el suelo, no puede tratarse de una forma tan escueta. Ello, vistos los distintos usos que se le pueden dar y los distintos puntos que desarrolla la referida Ley, en los que juega un papel determinante el

¹⁸¹ Op. cit. Artículo 25.

suelo como lo es el ciclo hidrológico y la protección la biodiversidad existente en el subsuelo, necesaria para un buen desempeño agrícola.

Por ello, se considera que si bien el objeto de la ley es dar un adecuado mantenimiento del suelo, es necesario proteger de una forma más consistente el subsuelo.

B.8.- Ley de Construcciones

La Ley de Construcciones se inicia con la normativa que obliga a las municipalidades a garantizar la seguridad, salubridad, comodidad y belleza de las vías públicas. Por esta razón es que a estos entes les corresponde realizar un adecuado mantenimiento de estas vías, así como controlar los elementos que las puedan afectar.

Con esta mentalidad es que se desarrollan los artículos que se refieren al uso del subsuelo, pues es este un elemento importante para la buena preservación de las vías públicas.

Es importante tener en cuenta que si bien los permisos de construcción lo otorgan las municipalidades, existen vías que dependen del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, las denominadas nacionales, y otras cuya vigilancia corresponde a los municipios, las vías denominadas cantonales.

Como se afirma anteriormente, el subsuelo tiene unas características que producen un comportamiento distinto según los componentes que posea. Por esta razón, al momento de edificar se realizan estudios de suelo para identificar sus componentes y estructura para así establecer el modo en que deben realizarse los cimientos de una construcción a fin de que la sostengan adecuadamente.

La ley establece la obligación cuando se pueda alterar el equilibrio del

suelo, la municipalidad deberá citar a las partes interesadas, a fin de establecer cuáles serán las medidas a seguir para proteger el derecho de propietario colindante¹⁸².

Un elemento importante es el que establece el artículo 55 de esta ley, el cual dispone: *“Para llevar a cabo cualquier trabajo de excavación deberá recabarse por un Ingeniero el permiso previo de la Municipalidad la que lo concederá previa aprobación del proyecto o memoria sobre precaución”*¹⁸³.

Las municipalidades realizan un importante labor de control de las construcciones que se realicen en su territorio; en este sentido es importante la labor de fiscalización que estas ejercen sobre las excavaciones que se desarrollen debido a los proyectos que estos autoricen.

Además, en el epígrafe del artículo 55 se establece que estos permisos corresponden a *licencias* que los particulares deben adquirir; esto lo hacen con el fin de asegurar las exigencias que la ley establece. Por esto, los particulares deben cumplir una serie de requisitos a fin de aprovechar un espacio subterráneo, como lo es el requerimiento de actos de precaución a fin de que la construcción no perjudique la propiedad de otros ni los servicios públicos que se encuentren al rededor.

Como se puede observar, los municipios juegan un papel importante en el otorgamiento de estas licencias, pues podrían tener algún tipo de responsabilidad en caso de que no se identifiquen los peligros que pueda significar una construcción para los vecinos colindantes.

Por otro lado, se puede apreciar una especie de administración del recurso subterráneo, al observar los problemas que puedan existir en el levantamiento de

¹⁸² Cfr. Artículo 9, Ley de Construcciones.

¹⁸³ *Ibíd*em, artículo 55.

una obra civil para el subsuelo.

Esta misma lógica posee el artículo 10, el cual, cuando se refiere a la invasión de la vía pública, establece: “*Al ejecutar una obra particular no podrá invadirse la vía pública ni el subsuelo de la misma sin permiso escrito de la Municipalidad*”¹⁸⁴.

Nuevamente, en este artículo se busca tutelar el derecho de vía pública, pero además se incluyen estos dos elementos como lo son el espacio físico que incluye la parte aérea y el subsuelo de la esta.

El mantenimiento de las vías que le corresponde a las municipalidades incluye la preservación que ellas mantengan. Esto incluye tanto el respeto del derecho de vía como evitar cualquier tipo de manejo subterráneo que pueda dañar estas construcciones públicas. Para esto, el municipio, en caso de que exista este peligro, solicita a los interesados que establezcan las precauciones para evitar cualquier tipo de daño.

B.9.- Reglamento General de Cementerios

Desde largo tiempo el ser humano se ha servido de la técnica del enterramiento para depositar los cadáveres de las personas.

En el país, el derecho de *ius sepulcri*, como se conoce el derecho de sepultura, es considerado como un bien de dominio público, a pesar de que también se permite la existencia de cementerios privados, por tener una función de carácter social y de salud pública.

¹⁸⁴ Cfr. Artículo 10, Ley de Construcciones.

El *ius sepulcri* ha sido definido como: *“Un derecho real de naturaleza administrativa, caracterizado por la precariedad cuando el interés público lo exige, de allí que tenga carácter revocable, no es más por ello, que solo tienen los alcances de un típico permiso de uso”*.¹⁸⁵

A continuación, se analizan los elementos de esta definición. Ese constituye un *ius sepulcri* pues el derecho que se adquiere sobre el inmueble recae sobre una cosa que le pertenece al Estado, por medio de las municipalidades. Son las Juntas de Administración de Cementerios las que se encargan de otorgar los derechos de arrendamiento sobre un espacio; en este se designa el lugar y el precio establecido por el municipio para albergar el cuerpo; sin embargo, la propiedad del nicho continúa siendo de estos entes.

Se vemos como en la definición anterior, existe un nexo entre el uso en precario que se puede hacer de estos derechos en relación con el interés público; por esta razón se puede decir que es un derecho debilitado que obtiene el interesado. Además, existe una condición por la cual en caso de que no exista un interés público mayor, el particular podrá seguir utilizando estos espacios.

Como se puede apreciar en los considerandos de este Reglamento, uno de los intereses que motivaron su redacción fue el tema de la salubridad; este puede ser un elemento a considerar en el momento de revocar uno de estos derechos.

Por otro lado, lo que se otorga es un permiso de uso para la custodia, guarda y depósito del cadáver¹⁸⁶; por esta razón no es posible la instalación dentro de los cementerios de otro tipo de actividades distintas a las previstas para estos espacios. Este derecho de uso incluye también la posibilidad de realizar

¹⁸⁵ Hernández Hernández, Ronaldo. (2010) “Situación jurídica de los cementerios públicos”. Revista Judicial. (95): 107-145. Mar

¹⁸⁶ Hernández Hernández, Ronaldo. (2010) “Situación jurídica de los cementerios públicos”. Revista Judicial. (95): 107-145. Mar. Página 127.

mejoras en el monumento funerario.

Como se puede apreciar, el Estado otorga la posibilidad de realizar los enterramientos de difuntos en el subsuelo. Para esto ha delegado en las municipalidades la función de administrar estos espacios, lo cual constituye otra forma de disposición de estos entes sobre el subsuelo.

Sin embargo, es interesante que estos permisos se dan como un derecho administrativo; es decir que la utilización de estos espacios está condicionada a una serie de requisitos, como lo es la salubridad pública, con lo cual los municipios nunca entregan la propiedad de estos espacios sino simplemente el uso que se pueda realizar de estos.

A pesar de la regulación existente sobre el tema del subsuelo en general, este ha sido poco explorado desde el punto de vista del Derecho Urbanístico. De hecho, la práctica jurídica sobre este tema presenta un importante desconocimiento ya que, como se ha dicho, nunca se ha dado un desarrollo significativo que requiera una respuesta que zanje el tema.

C. La utilización del subsuelo en Costa Rica

Para los juristas costarricenses presenta cierta dificultad el tema de la utilización de subsuelo, debido básicamente a que es un conflicto que al menos, a nivel judicial, no se había planteado.

Incluso, es tan evidente la falta de atención sobre el tema que nunca se redactó legislación al respecto, ni se intentó al menos reproducir -como se ha hecho con otras- las normas existentes con anterioridad en el derecho comparado, por ejemplo, en España.

De manera que hacer alusión directa y concreta a cuál ha sido la experiencia de Costa Rica con respecto al trato que se le da a la construcción en el subsuelo, resulta ser una investigación sin precedentes factuales y ni mucho menos principios o bases doctrinarias a nivel nacional.

A pesar de lo anterior, los autores de esta tesis han puesto sus mejores oficios a efecto de concretar determinados sucesos. Es así como se encuentran hechos que son usados como referencias inmediatas en la historia nacional sobre el tema de la disponibilidad del subsuelo y como este ha sido parte principal de la controversia.

La utilización del subsuelo en Costa Rica se encuentra marcada por tres acontecimientos principales que son los analizados aquí. El primero de ellos, es la construcción del Museo de Oro en el subsuelo de la Plaza de la Cultura en el centro de San José; el segundo, el proyecto hidroeléctrico Toro 3 que a pesar de no ser el primero de ese tipo en el país, cobra cierta relevancia para los efectos de esta investigación; y finalmente el intento realizado por un sector importante de la Asamblea Legislativa que pretende regular el régimen jurídico del subsuelo por medio del Proyecto de Ley N° 17.938, el cual es analizado en secciones finales de este trabajo.

Estos hechos nacionales aparecieron en un orden cronológico que ha permitido, primero, establecer los antecedentes factuales y, segundo distinguir para fines de este trabajo las etapas que ha ocupado el tema del subsuelo en la historia legislativa del país.

La construcción del Museo de Oro en la Plaza de la Cultura se realizó entre los años 1978 y 1984, para finalmente ser inaugurado el 15 de septiembre de 1985. Su objetivo era convertirse en la sede permanente de las colecciones del Banco Central de Costa Rica.

Lo fundamental de esta obra es que el edificio que ocupa el museo es subterráneo en su totalidad; para el año en que fue inaugurado era la única construcción subterránea a nivel urbano del país.

Su forma es la de una pirámide invertida y cuenta con tres niveles arquitectónicos que suman 12 metros de profundidad desde el nivel de la calle pública.

Esos 12 metros por los cuales se extiende la construcción del Museo de Oro ocupa una parte del subsuelo que había sido declarado de interés público al encontrarse junto al Teatro Nacional, obra declarada Monumento Nacional.

Es lo anterior una de las razones por las cuales la construcción de este proyecto subterráneo no presentó ningún tipo de cuestionamiento o litigio a nivel nacional; no existía sujeto privado agraviado por la construcción del Museo. El territorio debajo del cual se construyó era y sigue siendo propiedad privada administrativa.

Parte de lo que se ha logrado rescatar de la construcción del Museo es un tema que se ha tocado anteriormente. Debería existir una relación coordinada entre los desarrollos de infraestructura en la superficie y el subsuelo que se encuentra por debajo de ella. En esta oportunidad se ve como el interés principal aquí es lo que se encuentra en el espacio subterráneo. Es decir, se encuentra invertido el orden de prevalencia al cual está acostumbrado el conglomerado social, al no ser en este caso el suelo la parte de la propiedad que define el uso que se hace de la totalidad del fundo.

De esta manera, la obra en cuestión, propiedad del Banco de Costa Rica constituye lo que se podría llamar un caso excepcional o *sui generis* en la historia del país. Quizás por su antigüedad y por la geografía del espacio, este se llevó a cabo según principios de optimización que le permitieron el manejo de usos

distintos del mismo lugar. El hecho de que esa explanada de la Plaza de la Cultura sea utilizada como un “parque” en el cual existe el libre tránsito y permanencia de los ciudadanos, y que conjuntamente exista el Museo, no hace al Banco propietario de solo ese espacio subterráneo.

El libre tránsito por encima de lo que en realidad constituye el techo del Museo de Oro es un hecho que existe por mera tolerancia del Banco de Costa Rica en virtud de que su interés predominante se encuentra en el espacio subterráneo, en el Museo de Oro.

De manera que este primer acercamiento al tema del subsuelo en Costa Rica se sale del esquema sostenido hasta ahora. El subsuelo en este caso no cuenta con una proporción de verticalidad en virtud de lo desarrollado en el suelo. Razón por la cual no existe la posibilidad de enmarcarlo dentro de las teorías sobre el interés disponible.

Sin embargo, esto no significa más que un uso del subsuelo sin vinculación alguna al suelo, lo cual es posible y será una de las evoluciones con las que tenga que lidiar el país en un futuro próximo; mas ahondar al respecto, sería tema de al menos una nueva tesis de grado.

Otro de los referentes sobre esta materia pero esta vez en sede judicial y que ha servido para fijar muchas pautas en relación con este tema, constituye un proceso que se llevó a cabo en contra del proyecto hidroeléctrico Toro 3, sobre el cual se hace referencia a continuación.

C.- El proyecto hidroeléctrico Toro 3.

El Instituto Costarricense de Electricidad en conjunto con la JASEC comenzó el proyecto Hidroeléctrico Toro 3 el día 19 de enero del 2007 en Marsella

de Venecia de San Carlos. Ya para el 28 de junio de ese mismo año comenzó a excavar el túnel, lo cual produjo toda la controversia que finalizó con el dictado de la Sentencia N° 115-2011-VI.

La finalidad del proyecto en sí era noble; los beneficios con los que se contaría una vez terminada la obra sugerían un ahorro de electricidad significativo para el país. El proyecto Toro 3 es el tercer aprovechamiento en cascada, después de Toro 1 y Toro 2, del río del mismo nombre, para la generación eléctrica con fuentes limpias. Su entrada en operación adiciona 49 megavatios (MW), con los que se puede abastecer de electricidad a 60.000 viviendas.

Sin embargo el desarrollo del proyecto se vio afectado por una serie de cuestionamientos acerca de la legitimación que tenían estas dos instituciones para construir túneles por debajo de fincas de índole privado y público.

Esta situación llevó a un grupo determinado de ciudadanos a oponerse a la conclusión de la represa en virtud de que -según sus teorías sobre la disponibilidad del subsuelo- su derecho de propiedad, así como el demanio público, estaban siendo utilizados de manera abusiva.

Esta situación llevó a que el proyecto hidroeléctrico se paralizara por varios años debido a la demanda en la Jurisdicción Contencioso Administrativo interpuesta por la familia Arce Salas, quienes denunciaron al ICE por haber hecho la excavación del túnel sin estar debidamente autorizado.

Debido a las gestiones legales de Arce en este conflicto, el ICE y JASEC incluso se vieron obligados a depositar una garantía cercana a los \$3 millones para poder seguir con la construcción del túnel.

A partir de estas discrepancias con respecto al subsuelo y su disponibilidad se dictó la sentencia en cuestión, la cual se pasa a analizar.

C.1.- La Sentencia N°. 115 -2011-VI

Desde inicios de este trabajo se ha traído a discusión esta sentencia dictada a las 15:15 horas del 13 de mayo del 2011 por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, sección sexta del Segundo Circuito de San José, la cual, debido a su relación directa con el tema del subsuelo en Costa Rica y su régimen jurídico, viene siendo una de las principales referencias en el desarrollo de esta investigación.

Esta sentencia resuelve el litigio por medio del establecimiento de criterios, principios y razonamientos respecto al subsuelo en Costa Rica que no tiene precedentes.

El resultando de este Voto se remonta a hechos ocurridos a partir de junio del 2007, momento en que comenzó la construcción del Proyecto Hidroeléctrico Toro 3 en Venecia de San Carlos, donde el Ice junto con JASEC¹⁸⁷ suscribieron el Convenio de Alianza Empresarial para el Desarrollo Conjunto del Proyecto Hidroeléctrico Toro 3.

Mediante este Convenio se establecieron una serie de normas que iban a regular la construcción de una represa hidroeléctrica en este sector del país. Lo anterior con el conocimiento por parte de los implementadores del proyecto de que la obra conllevaba necesariamente el desarrollo de infraestructura tipo túnel a través de los subsuelos pertenecientes a fincas propiedad privada y a una parte del Parque Nacional del Agua Juan Castro Blanco.

¹⁸⁷ Junta Administrativa del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago.

Esta demanda contenciosa fue interpuesta por el señor Marco Luis Arce Salas, Arcesquivel S.R.L y Cascadas del Toro S.A; las dos últimas, compañías ambas relacionadas con la familia del señor Arce Salas. Sus accionantes se enteran de que sus fincas de destino agrícola y ganadero están siendo atravesadas por un túnel en un espacio que, según su concepción de subsuelo, les pertenece así como todos los materiales que los demandados han extraído de aquel y han depositado en fincas privadas rentadas con ese objetivo.

En sí la disconformidad con el proyecto por parte de esta familia constituye dos hechos. El primero consiste en la instalación de dicho túnel subterráneo que atraviesa tres de sus propiedades, pues la excavación del túnel se prolonga a lo largo de 989 metros lineales por debajo de la superficie de dichos inmuebles. Y segundo, reclaman la devolución de los materiales extraídos del subsuelo de sus propiedades por revertir estos en determinado valor económico que es de interés para los accionantes.

En concreto, se puede apreciar como en este proceso lo que se discutía era si existieron o no vías de hecho, actuaciones ilegítimas por parte del ICE y de SACEJ al haber violado el Convenio de Alianza Empresarial en la construcción de dicho Proyecto Hidroeléctrico, y si esa excavación lesionó el derecho de propiedad de los accionantes y del dominio público. Afirman que no existía norma o acto administrativo previo que autorizara la adopción de esa actuación material en forma directa.

Se pretendía la declaración de disconformidad con el ordenamiento jurídico de esa actuación material constitutiva de una vía de hecho, así como la posterior cesación de los efectos del acto administrativo.

Una de las pretensiones de los accionantes fue ordenar a las demandadas a restituir a los primeros el pleno uso y goce de su derecho de propiedad;

además, cesar todo acto de perturbación contra esa garantía constitucional y, a su vez, que se les condenase por daños y perjuicios,

El análisis del Tribunal se desarrolló respecto a diferentes puntos que, al final, son utilizados de premisas suficientes para las conclusiones que componen el por tanto de la sentencia. Tales premisas se refieren a cada una de las peticiones de los accionantes, resumidas en el resultando.

Estos puntos analizados en la sentencia son relevantes para efectos de esta investigación, en tanto versan básicamente sobre la propiedad privada y la posible disponibilidad del subsuelo por parte del sujeto privado, a lo cual el Tribunal hace apreciaciones que serán sometidas a su análisis y crítica respectiva.

PRIMERO.

Estima el Tribunal que al existir en el momento de la suscripción del Convenio de Alianza suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y la Junta Administradora del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago relativo al Proyecto Hidroeléctrico Toro III, normas legales que habilitan y otorgaban competencia a los demandados, no se está en presencia de actuaciones materiales constitutivas de la vía de hecho.

El fundamento legal de esta posición ubica a ambas demandadas como entes con la competencia necesaria para participar en la implementación y ejecución de proyectos hidroeléctricos.

Este asidero legal se ubica a criterio del Tribunal en el artículo 7 de la Ley No. 8345, acorde con la cual se autoriza a las entidades y empresas públicas nacionales y municipales del Sistema Eléctrico Nacional (SEN), suscribir

convenios de “alianza empresarial” con las asociaciones cooperativas y las empresas de servicios públicos municipales.

El desarrollo y la explotación conjunta de obras y servicios de generación eléctrica es un fin público en sí mismo. JASEC fue, según su Ley de creación N°. 3300 del 16 de julio de 1964 publicada en La Gaceta No. 166 del 23 de julio 1964, creada con la finalidad de administrar la empresa eléctrica de la Municipalidad del Cantón Central de Cartago.

El anterior fundamento es para el Tribunal suficiente para que tanto el ICE como la JASEC sean capaces de suscribir convenios de alianza en procura de la construcción, ejecución, mantenimiento y operación de proyectos hidroeléctricos.

Sin embargo, adicionalmente a esta fundamentación del Tribunal, que por cierto termina inclinándose por considerar que sí existió por parte de ambos demandados capacidad jurídica para el desarrollo del proyecto, se puede agregar que en virtud de la Ley N° 7799 del 30 de abril de 1998 publicada en La Gaceta N° 103 del 29 de mayo de 1998, se reforma esta Ley de Creación de JASEC. Con esta reforma se autoriza la suscripción de contratos de asociación empresarial con empresas nacionales o extranjeras, públicas o privadas, cuya finalidad sea el emprendimiento conjunto en el desarrollo y explotación tanto de las obras como de los servicios que presta. Asimismo, se amplían los servicios públicos que pueden ser prestados por la institución, entre los cuales se encuentra el suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización.

Pero si se continúa indagando sobre las reformas que ha tenido dicha institución desde su creación en 1964, se encuentra que mediante la Ley N° 8345 del 26 de febrero del 2003 publicada en La Gaceta No. 59 del 25 de marzo del 2003, Ley de Participación de las Cooperativas de Electrificación Rural y de las Empresas de Servicios Públicos Municipales en el Desarrollo Nacional, se

establece expresamente la competencia a nivel nacional de JASEC para desarrollar y operar plantas de generación de energía eléctrica.

Razones dadas y fundamento jurídico establecido es por lo que el Tribunal concluye -de manera conteste con quienes suscriben- que no hay actuaciones constitutivas de la vía de hecho, sino que la conducta administrativa desplegada por ICE y la JASEC se fundamenta en normas legales como las recién mencionadas. Por lo cual a criterio del Tribunal *“el servicio público estaba autorizado en cuanto a sujeto y fin, tanto para el ICE (Decreto Ley No. 449) como para la JASEC (Ley No. 8345), siendo que los actos dictados y actuaciones desplegadas lo fueron para ejecutar las potestades legalmente encomendadas en aras de la satisfacción de un interés general”*.

SEGUNDO

Con respecto al derecho de propiedad y su función social el análisis fue básicamente el siguiente. Se hace un recuento por parte del Tribunal en su considerando de algunas limitaciones administrativas y cómo estas pueden consistir en meras restricciones, o bien -como se vio en este trabajo en páginas 181 y siguientes- en forma de servidumbres, ocupaciones temporales, entre otras.

En armonía con el desarrollo sobre el derecho de propiedad hecho en este trabajo páginas atrás, en esta oportunidad la Jurisdicción Contencioso Administrativa considera que existen condiciones y restricciones legales que el propietario debe soportar en virtud de su carácter de generalidad.

Dicho lo anterior, hay igualmente que tomar en cuenta que estas restricciones son -tal como lo afirma el Tribunal en esta sentencia- limitadas en número y clase, sin que de ninguna manera lleguen estas a “desmembrar” el

derecho de propiedad ni mucho menos restringir su uso, goce y disposición de manera tal que se vacíe de contenido el derecho.

Siempre y cuando estas se mantengan dentro del marco de una limitación de carácter general, las restricciones no son indemnizables, a menos que se trate de cobros indemnizatorios producto de los daños ocasionados a propiedades de terceros de manera culposa en el desarrollo de las obras.

TERCERO

Ahora bien, con respecto al punto fundamental de este trabajo, sobre el régimen jurídico del subsuelo en Costa Rica y la demanialidad de los materiales extraídos del mismo, el Tribunal realizó un análisis que versó básicamente sobre los siguientes puntos.

En un principio se desarrolla el tema partiendo del artículo 505 del Código Civil, tantas veces mencionado en este trabajo, el cual según una interpretación gramatical o “ligera” puede llevar al equívoco de pensar que tal norma asigna al propietario de la superficie la titularidad del subsuelo.

Sin embargo, tal como se ha dejado establecido en este trabajo, llevar la aplicación de dicho artículo a tal extremo sería un equívoco que no resuelve el dilema expuesto y tal realidad es lúcidamente percibida por el Tribunal. Los autores de esta tesis son conscientes de que el derecho comparado ha demostrado en sistemas jurídicos más evolucionados tales como el español, el italiano y el francés, la negación de esa hermenéutica literal o gramatical de la norma y se echa mano de mecanismos de interpretación más integrales, sistemáticos y evolutivos que permitan a los Tribunales del país, una aplicación más acorde con la realidad social actual del territorio nacional. Todo lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 10 del Código Civil, el cual establece la necesidad de tomar en cuenta a la hora de interpretar las normas “e/

contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”.

Lastimosamente, es evidente como para una norma que data de 1888 era muy difícilmente previsible la realidad social imperante en los días actuales. Las tecnologías con las que se cuenta actualmente permiten desarrollos de infraestructura subterránea en áreas de vocación urbana sin precedentes. La electrificación, la prestación de servicios públicos de transporte en el subsuelo, o proyectos de generación de energía hidroeléctrica exigen el abandono de la literalidad para ajustar la interpretación al contexto actual de los tiempos y las necesidades y tendencias modernas.

Por esta razón el régimen del subsuelo debe considerar, antes de una posible reforma legislativa, una interpretación evolutiva que adapte la legislación a dichos supuestos de hecho que arremeten contra la arcaica regulación, establecida todavía en la modernidad del país.

A partir de lo indicado por el Tribunal es de donde comienza a realizarse un desarrollo, a nivel jurisprudencial, por medio del cual el titular de la superficie no se convierte en el propietario de lo que se encuentra por debajo de esta, de una manera irrestricta o ilimitada; aunque sí existe la posibilidad de disponer de ese espacio, lo que determina si se acredita o no la disposición del subterráneo por medio de la accesión. Es decir, lo que se entendió en páginas atrás como el *interés disponible*.

Es así como se determina de manera conteste con la posición de esta tesis de grado, que la extensión vertical de la titularidad de los bienes inmuebles llega hasta donde sean útiles para su titular, atendiendo por supuesto *“a coeficientes particulares como vocación de la tierra, ubicación, uso conforme, programación de desarrollo territorial, normas de la denominada policía urbana, licencias urbanísticas como los permisos de remoción de tierras, entre otros”*. Puntos que

deberán ser tomados en cuenta para la emisión de normas que traten el tema del subsuelo en el país y que han sido abordados durante la redacción de estas páginas.

De lo establecido en este trabajo en la sección del interés disponible, junto con el análisis del Tribunal, surge el principio por medio del cual, en tanto el propietario de la superficie cuente con una posibilidad real y efectiva de uso o explotación del subsuelo, el ordenamiento le concederá a este titular un *“derecho privativo de aprovechamiento y de ventaja sobre los materiales que se ubiquen en el subsuelo”*. Sin embargo, a contrario sensu, se puede dejar establecido que no podrían alegar los propietarios privados ese derecho de pertenencia sobre los recursos que se localizan en el subsuelo, cuando no se haya acreditado esa posibilidad real de uso.

Por ejemplo, tal como bien lo indica esta sentencia, ante el supuesto de una casa de habitación en espacio urbano en la que se utilizó el subsuelo para la construcción de un sótano, o un parqueo, es claro que lo construido, siempre que respete las normas regulatorias en materia urbanística, por el fenómeno aludido de accesión se entiende como parte del derecho de propiedad que se tiene sobre la superficie.

Lo anterior ciertamente abre la perspectiva de estudio del régimen del subsuelo, en tanto serán distintas las regulaciones que se esgriman para el subsuelo urbano y para el subsuelo rural. No será el mismo tratamiento que se le dé a ambas clases de propiedad debido a que en el caso de zonas urbanas, residenciales, comerciales o industriales, habrá primero que realizar un estudio al plan regulador y normas urbanísticas propias del sector por utilizar, para después determinar la profundidad que podrá ser utilizada a manera de disposición del subsuelo según el interés disponible del propietario.

Con respecto al segundo caso, entiéndase el supuesto de utilizaciones del subsuelo en zonas rurales, se tiene que evidentemente el límite vertical de este será menor en virtud de que son más limitados los usos que se puedan hacer del subterráneo en zonas agrícolas o ganaderas en comparación con la construcción de centros de comercio, torres de condominios y apartamentos que se dan en el espacio urbano.

Esta diferenciación es la que permite en el caso concreto que se resolvió con el dictado de esta sentencia, determinar que para los accionantes no se había generado una lesión a sus derechos subjetivos. En el caso específico, las fincas de los promoventes se localizan en sector de naturaleza meramente rural y, según el Tribunal, nunca se aportó prueba a los autos que permitiera establecer la posibilidad de que se manifieste un interés real y efectivo aprovechamiento en el espacio del subsuelo dentro del cual se construyó el túnel. Los actores nunca mostraron como dicha obra invadió su propiedad, y específicamente nunca demostraron de qué manera se cercenó esa posibilidad de utilizar el subsuelo que se encuentra por debajo de sus propiedades. Y nunca fue demostrado debido a que ese daño nunca sucedió; los accionantes con anterioridad al litigio nunca mostraron algún interés sobre el subsuelo que se encuentra por debajo de sus propiedades.

Haciendo un análisis del caso concreto, es posible darse cuenta que ese daño no se materializó debido a que la construcción del túnel se llevó a cabo a una profundidad considerable, la cual no conlleva una perturbación tal que justifique la aplicación de las formas jurídicas establecidas para los efectos, entiéndase las concesiones e indemnizaciones por daños sufridos por el actuar administrativo.

Dicho lo anterior, es imperativo para esta investigación, a su vez, tomar en cuenta que eventualmente esos desarrollos subterráneos pueden llevar a “disfuncionalizar” o “vaciar” la propiedad privada en los casos que no se pueda

disponer de la superficie debido a ese uso que se haga del subsuelo. Ante lo cual se acepta aquí que efectivamente se estaría ante una expropiación de facto de esa franja de terreno, teniendo siempre en cuenta que no procede en ningún caso el reclamo de un derecho de negarse a desarrollos de interés público.

CUARTO

Por otro lado, pero siempre respecto al régimen del subsuelo en el país, el Tribunal se refiere brevemente al régimen normativo prevalente de determinados bienes.

En general, se puede afirmar –tal como se ha hecho en páginas atrás- que existen determinados supuestos de hecho donde, debido a la especialidad del terreno, existe normativa sectorial que establece lo que el Tribunal llama *“una afectación legal de esos recursos del subsuelo y en cuyos casos, asigna el carácter de demanialidad a esos espacios.”* Tratándose específicamente del régimen de minas y canteras, recurso hídrico, patrimonio arqueológico, materia ambiental, mantos acuíferos, entre otros, existen leyes especiales que permiten clasificar estos regímenes como especiales o prevalentes. Ello tiene como consecuencia la aplicación de reglas distintas a las comunes con respecto a la disponibilidad del subsuelo.

En estos casos se estaría en presencia de un espacio cuya titularidad no puede, ni debe ser privada. Todo desarrollo administrativo debe encontrarse en acatamiento y resguardo de los lineamientos preferentes establecidos respecto a la construcción, cuidado del ambiente y demás restricciones urbanísticas que surgen en virtud de la especialidad de esta clase de terreno.

QUINTO

El último de los puntos relevantes analizados por el Tribunal es el que resuelve la pretensión de los accionantes respecto a la titularidad de los materiales extraídos del subsuelo que se encuentra por debajo de sus propiedades.

La solicitud recibió una negativa rotunda por parte de los Juzgadores debido a que se logró comprobar, por medio de peritajes, que la mayoría de esos materiales eran minerales con un alto valor potencial para la construcción de obras civiles y comerciales, los cuales, debido a tal carácter pertenecen incuestionablemente al Estado; su extracción y aprovechamiento requería de concesión que nunca fue solicitada por las demandadas.

Por lo tanto, los materiales extraídos del subsuelo no pueden ser devueltos a los accionantes de este proceso, por el simple hecho de pertenecerle al Estado; por otro lado, los demandados incumplieron la ley al no seguir el procedimiento respectivo de concesión que les permitiría la extracción de dichos materiales, tanto aquellos que se encontraron por debajo de las fincas de los accionantes como los que se encontraron en territorio del Parque Nacional del Agua Juan Castro Blanco.

En este caso en concreto, se logró comprobar por medio de prueba testimonial que los materiales después de haber sido depositados en determinadas fincas privadas que se alquilaron precisamente para retener los materiales ahí, fueron depositados en vados del río Toro.

El análisis del Tribunal versó en declarar que esos materiales subterráneos constituyen bienes de dominio público, independientemente de dónde hayan sido extraídos. Razón por la cual se negó la petición de los accionantes con respecto a la devolución de dichos materiales y, a su vez, se ordenó al ICE y a la JASEC que no pueden usar el material extraído ni escombros para construir o mantener vados del río.

Además, se ordenó al ICE custodiar el material depositado en las escombreras sin que pueda retirarse o utilizarse para la construcción del Proyecto Hidroeléctrico o de cualquier otra obra civil. Deberá, por su parte, el Tribunal Ambiental Administrativo nombrar técnicos ambientales que determinen cuál fue el impacto ambiental ocasionado al Río Toro al depositar materiales extraídos del subsuelo en el vado ubicado en ese río y *“establecer las medidas para mitigarlo”*.

Es importante destacar como el Tribunal le hizo la advertencia al ICE de que en el futuro, cuando en virtud de la ejecución de proyectos hidroeléctricos se requiera atravesar el subsuelo de un bien público o que tenga una protección especial, deberá solicitar la autorización correspondiente del MINAET o de la administración respectiva.

Estas medidas adoptadas por el Tribunal resuelven lo que corresponde hacer en virtud de la legislación actual, cuando sea necesario extraer materiales del subsuelo, estos deberán ser dispuestos según lo disponga la autoridad pública. Es incuestionable la demanialidad de dichos materiales, debido a que esta se encuentra plasmada, incluso a nivel constitucional, en el artículo 121 inciso 14.b. de la Constitución Política.

D. Conceptualización del subsuelo

Al llegar a este punto de la investigación se convierte en imperativa la necesidad de alcanzar una definición precisa de lo que constituye el subsuelo en Costa Rica, para así poder responder a interrogantes como: ¿es el subsuelo algo distinto del suelo? O bien si es posible que coincida el propietario del suelo y del subsuelo.

Y por otro lado, definir lo que en definitiva no se puede incluir dentro de este concepto. Saber si existe algún medio de prueba que demuestre el cambio del subsuelo conforme se extiende en profundidad, o bien si el subsuelo es todo lo que se encuentre por debajo del suelo sin delimitar su extensión.

En términos generales, se puede afirmar que el subsuelo está conformado por todo aquello que se ubica por debajo de la superficie terrestre y que conforma el espacio inmediatamente posterior a esta, en lo que respecta a las capas geológicas de la Tierra.

El subsuelo es, en principio, todo lo que se encuentra por abajo del suelo. Y dependiendo de la región del planeta a la que se haga referencia, tal elemento podrá estar en estado más o menos natural o más o menos transformado por la acción del ser humano.

Parte importante del derecho administrativo propone una necesaria relación entre los conceptos técnicos y los conceptos jurídicos, lo cual toma relevancia en supuestos como los que plantea el subsuelo.

De acuerdo con los artículos 15 y 16 de la Ley General de Administración Pública Ley No. 6227, *“en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica”*, lo cual obliga a diferenciar dos clases distintas de conceptos del subsuelo que deben ser abordados aquí.

Por un lado, se tiene el concepto jurídico, el cual es el producto de una serie de elementos estudiados aquí. Y por otro, una concepción geológica del subsuelo, meramente técnica, que permitirá fundamentar parte del término jurídico y llegar a conclusiones que se deriven directamente de esa base técnica.

La concepción geológica, en definitiva, traerá consigo tesis a favor de un significado propio, independiente de lo que se entienda por la disponibilidad de la tierra.

Sin embargo, lo importante aquí será el uso y aplicación final que se le otorgue al concepto jurídico de subsuelo. Este y sus teorías sobre la disponibilidad son el instituto jurídico más idóneo para regular el subsuelo de la manera más precisa. Y en parte lo logra, por el aporte que hacen esos conceptos geológicos.

De manera que lo que debería existir entre uno y el otro, entre el derecho y la geología, sería una relación dialéctica de desarrollo multidisciplinario capaz de convertir conceptos de esta ciencia en normas jurídicas propias de la primera disciplina. El producto de esas normas será, en última instancia, un resultado acorde tanto con los fines urbanísticos y comerciales, como con los recursos naturales y el uso de los suelos que determinen los estudios geológicos.

La geología es la ciencia que trata el estudio de la Tierra, de los materiales terrestres por los cuales está conformado el suelo y el subsuelo, así como la importancia de esos materiales y propiedades que genera su composición.

Desde este punto de vista se llama subsuelo a la “roca madre”, es decir, a todos aquellos componentes de la corteza terrestre que no se encuentran expuestos o que no manan a la superficie.

Forman parte de su composición geológica materiales como rocas y minerales de todo tipo. Entre estos últimos se tiene la posible presencia de cal, yeso, mármol, granito, arcilla, cemento; así como también combustibles fósiles tales como el carbón y el petróleo.

Toda esta riqueza en materiales permite que del subsuelo el hombre extraiga una serie de elementos esenciales para el desarrollo de la industria, como

por ejemplo el mismo petróleo, la hulla, el hierro, los combustibles nucleares, entre otros.

Por su parte, el concepto jurídico del subsuelo que se va a establecer aquí, no podrá dejar de tomar en cuenta ese concepto técnico; todo lo dicho anteriormente es base del estudio que pretenda ser aplicado al derecho administrativo.

Para ello se tiene como primera referencia el concepto que proporciona la Real Academia Española (RAE) en su diccionario, la cual define de una manera particular el subsuelo:

1. m. Terreno que está debajo de la capa labrantía o laborable o en general debajo de una capa de tierra.

1. m. Parte profunda del terreno a la cual no llegan los aprovechamientos superficiales de los predios y en donde las leyes consideran estatuido el dominio público, facultando a la autoridad gubernativa para otorgar concesiones mineras¹⁸⁸.

Resulta interesante como la RAE, a partir de una definición en principio “conceptual” del subsuelo, introduce elementos propios de lo que a criterio de esta tesis, ha sido un concepto jurídico, que va más allá de lo etimológico de la palabra.

Comienza la definición a partir de lo general y se desliza por medio de la segunda definición, a lo particular, para detallar fundamentales elementos propios del subsuelo.

¹⁸⁸ La Real Academia Española, sin fecha de creación del sitio web pero la RAE se fundó en 1713 por iniciativa de Juan Manuel Fernández Pacheco. Sitio web <http://www.rae.es/drae/>. Consultado el día veinte de julio del dos mil trece al ser las diez horas quince minutos.

En un primer momento la definición hace un acercamiento, como queda dicho, a lo que se entiende por subsuelo: cualquier terreno que se encuentre por debajo de la tierra.

A pesar de que en un primer momento el diccionario parece haber llegado a una generalización apresurada, al establecer que para que algo sea subsuelo necesariamente debe ser lo que se encuentre debajo de un suelo “laborable”; es decir, que pueda ser explotado por alguna persona física, el planteamiento inmediatamente se retracta y va más allá en su generalidad, al afirmar que es cualquier espacio que se encuentre “debajo de una capa de tierra”.

Ahora, el espesor o magnitud de esa capa de tierra es algo que aún no ha sido precisado por esta fuente.

Para quienes suscriben resulta muy difícil no pensar en una influencia jurídica en el diccionario de la RAE. La segunda definición del subsuelo proporcionada por su diccionario, demuestra el manejo de ciertos conceptos que no son propios del subsuelo, sino que han sido incorporados en virtud de su categoría de bien de dominio público que se le ha otorgado por medio del derecho administrativo español.

Es en virtud del tratamiento preferente que se le ha dado al tema, el subsuelo en España ha sido, en definitiva, clasificado como bien demanial. Mas no ha sido así establecido en Costa Rica.

Lo anterior permite que se aborde un concepto jurídico del subsuelo donde en teoría solo debería existir un concepto literal. El atribuir elementos jurídicos al concepto del subsuelo es una práctica común en el derecho comparado.

Se encuentra que no solo se tiene el primer concepto técnico de este, sino que en virtud de la aplicación de las más modernas teorías sobre el subsuelo, a

este se le han incorporado elementos jurídicos que ahora forman parte de su concepto general.

Por otro lado, se tiene el Código de Minería, Ley N° 6797 del 04 de octubre de 1982. Esta ley, a pesar de tratar una actividad económica que tiene relación directa con el subsuelo como lo es la minería, en sus normas no se encuentra un solo artículo que haga referencia de manera directa a lo que deba entenderse por el subsuelo.

Sin embargo, el Reglamento al Código de Minería Decreto N° 29300-MINAE, vigente a partir del 16 de marzo del 2001, sí nos ofrece en su artículo cuarto, inciso 51, una definición de subsuelo que reza así:

Artículo 4°—Definiciones. Para todos los efectos, de aplicación del presente reglamento los términos que se mencionan tendrán el siguiente significado:

(...) 51. Subsuelo: Zona de roca firme o formación rocosa no consolidada en estado sano, no alterado, que pueden estar localizadas por debajo del suelo, o bien estar expuestas directamente en la superficie y dentro de las cuales no se dan los procesos biofísicos necesarios para sostener la vida micro y macroscópicamente, como el suelo. En el caso de rocas propiamente dichas, se distinguen porque sus agregados minerales están ligados entre sí por fuerzas de cohesión fuertes y permanentes, que solo pueden ser vencidas por acciones mecánicas importantes (martillos, maquinaria, explosivos, otros).

(Así reformado por el artículo 2 del Decreto Ejecutivo N° 29677 de 12 de julio del 2001).

Es interesante como el 7 de agosto del mismo año 2001, tan solo a menos de cinco meses de puesto en vigencia este reglamento, se reforma para cambiar el significado del subsuelo, así como el del suelo.

El concepto introducido por el Reglamento al Código de Minería fue redactado de manera que cumpla los objetivos de la Ley. Mas no permite esclarecer la mayoría de cuestionamientos esbozados aquí con respecto al subsuelo.

El referido documento no clarifica sobre hasta dónde se extiende tal elemento, sobre su titularidad por parte de los propietarios del suelo ni mucho menos dice nada sobre su explotación para un destino distinto a la minería.

Con respecto a las últimas cuatro líneas de este artículo, es claro que la cohesión de la tierra constituye un elemento importante al momento de distinguir el suelo del subsuelo. Según criterios geotécnicos el suelo, siempre estará constituido por materiales naturales disgregables fácilmente.

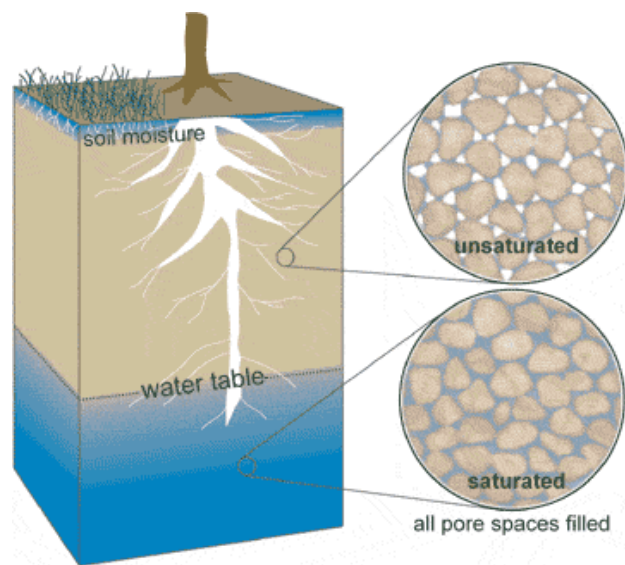
Pero por otro lado, el subsuelo se caracteriza por ser una zona saturada en la cual tanto el aire como el agua presente en sus poros, se encuentran cohesionados de manera que no facilita la inmensa mayoría de actividades humanas, desde cultivos hasta construcción e incluso algunos afirman que ni la urbanización.

Cuestiones preliminares como las anteriores son componentes del término subsuelo y de sus principales características. Sin embargo, es claro como aún no se resuelven cuestiones fundamentales como: ¿dónde comienza el subsuelo? Y es que en definitiva, la respuesta a interrogantes como esta no puede ser única debido a los diferentes usos y problemáticas que puedan surgir.

Según criterio de estos autores, es necesaria la combinación entre distintas disciplinas y no solo la aplicación del Derecho. Cualquier propuesta que intente resolver de manera definitiva hasta dónde llega el subsuelo, tiene necesariamente que echar mano de, al menos la geología, como ciencia capaz de brindarle al derecho los datos técnicos necesarios para su utilización.

En virtud de lo cual se establecen tres tipos diferentes de situaciones por considerar:

- 1) Para el caso de las regulaciones especiales, entiéndase el régimen normativo prevalente que otorga un tratamiento diverso cuando se trata de minas y canteras, recurso hídrico y nacientes de agua, mantos acuíferos, patrimonio arqueológico y materia ambiental; se deberá considerar que el límite del suelo con el subsuelo se corresponde con el límite entre lo que se denomina la zona no saturada y la superficie del suelo. Ello cual permitiría extender al máximo el subsuelo a lo alto, en su límite con la capa superficial, como se aprecia en la siguiente figura.



(Imagen del nivel freático o tabla de agua)

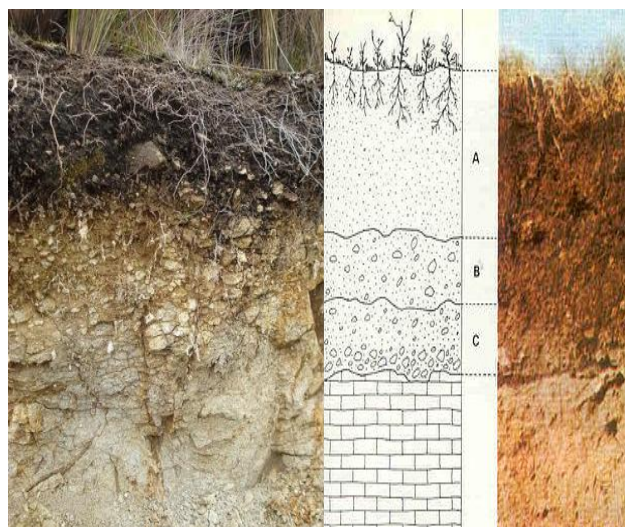
Habría que apegarse de esta manera, a un concepto de subsuelo similar al que proporciona el inciso 51 del artículo 4 del Reglamento al Código de Minería. En el tratamiento de esta clase privilegiada de inmuebles se tomará la medida del subsuelo a partir de donde comienza esa *zona de roca firme o formación rocosa no consolidada en estado sano, no alterado, dentro de la cual no se dan procesos biofísicos necesarios para sostener la vida micro o macroscópicamente*, tal como lo establece el citado inciso.

Esto, con respecto a su límite vertical superior y a su límite vertical inferior; en su profundidad este se extenderá hasta donde la geología del terreno, el nivel freático y el interés de la Administración se lo permitan. El uso y explotación del subsuelo no puede desconocer hechos tales como un posible falseamiento de la superficie por culpa de la excavación desmesurada del subsuelo. O bien, deberán tomarse las previsiones necesarias con respecto a los depósitos subterráneos acuíferos, de manera que el levantamiento de infraestructura no excave a tal profundidad que se vean en riesgo los depósitos de estas aguas.

- 2) Para el resto de terrenos, que por cierto son la mayoría, el subsuelo coincidiría con el límite entre la formación superficial y el sustrato rocoso al que recubre. De manera que para el sujeto privado la profundidad de su propiedad inmueble podrá ir desde los cero metros, momento en que surge el sustrato rocoso y hasta determinado número de metros hacia abajo. Esto, por supuesto, tomando en cuenta todo lo dicho hasta aquí con respecto al interés disponible, la función social y sus principios.

De manera que, para esta segunda clasificación, sería más limitado el área del subsuelo; su profundidad estaría sujeta a la presencia o no de las condiciones necesarias por parte del sustrato rocoso del subsuelo, el cual varía dependiendo del tipo de terreno que se trate. Con la siguiente imagen

se ilustra cómo ese sustrato rocoso cambia conforme aumento su límite vertical inferior.



(Fotografía de las capas del subsuelo)

En virtud de lo anterior, los propietarios se verían sometidos a una tesis básicamente de debilitamiento de la propiedad, conforme aumenta su distancia vertical. Los lineamientos urbanísticos se dictarían tomando en cuenta esa característica y no por razones meramente jurídicas, sino por razones geológicas propias del subsuelo, pues a medida que aumenta su profundidad, la composición de los materiales que se hallan en él, son más lucrativos. De ahí, una parte el interés de algunos propietarios privados por los materiales extraídos de subsuelo que se encuentra dentro de su propiedad ¹⁸⁹, que debe mantener una relación armónica con la Administración Pública en cuanto intenta la conservación de esos materiales preciosos.

- 3) A su vez, no se puede dejar de tomar en cuenta la posibilidad de que existan distintas secciones de la Administración Pública que hagan uso del

¹⁸⁹ Al respecto consultar el expediente 09-000170-1027-CA mismo que se resolvió por la sentencia número 115-2011-VI del Tribunal Contencioso Administrativo, II Circuito Judicial de San José, Edificio Anexo A, a las quince horas quince minutos del trece de mayo de dos mil once

mismo espacio subterráneo. Por ejemplo, cuando la Municipalidad de determinado cantón decide hacer uso del subsuelo que se encuentra por debajo del Palacio Municipal para la construcción de un parqueo, o cuando el ICE construye un túnel por el cual pasará corriente eléctrica. Momento en el cual el subsuelo de uno comenzará donde termina el del otro. No se encontrará discusión con respecto a cuál parte le corresponde a cada quien, debido a que el uso e interés de cada una de las partes sobre determinado sector del subsuelo se resolverá delimitando hasta dónde se extiende el interés disponible de cada uno. Tanto el ICE como la Municipalidad encontrarán una parte de ese subsuelo que se desea explotar; la distribución del espacio deberá realizarse según las reglas que ponderan los intereses presentes.

Con respecto al punto primero, existen varias disposiciones normativas que regulan el tema de los recursos aprovechables existentes en el subsuelo, los cuales son considerados de dominio público. Normativa que funciona como marco para la definición del subsuelo.

Así, a nivel legal, en España el uso y disposición del subsuelo se regula por medio de las siguientes normas:

- a. La Ley de Minas de 1973 que establece en su artículo 2 que *“todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos (...) son bienes de dominio público”*.
- b. La Ley de Aguas, en su texto refundido Real Decreto Legislativo 1/2001, dispone en su artículo segundo que *“los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos, forman parte del dominio público hidráulico”*. Aclara además en su artículo 12 que el propietario del terreno podrá hacer en él cualquier obra siempre que no afecte a la calidad y régimen del agua subterránea o tenga por finalidad su aprovechamiento o extracción.

- c. La Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos, modificada en parte por la Ley 12/2007, por su parte estipula que los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos tienen la consideración de bienes de dominio público estatal.
- d. La Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español la cual establece que los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico hayan sido o no extraídos; tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo forman parte del Patrimonio Histórico Español, artículos 40 y 44.
- e. Además de la legislación sobre infraestructura y servicios públicos en general que regulan temas tales como electricidad, carreteras, transportes, telecomunicaciones, entre otros.

Todo este conjunto de normas fueron redactadas en función de proteger ese sector preferente de bienes que constituyen el demanio público. Estas constituyen una base sólida que le ha permitido a España resolver de manera más expedita los conflictos que se presentan sobre la disponibilidad del subsuelo por parte de los propietarios.

A pesar de la existencia de estos, las incertidumbres derivadas a partir de lo que establece el Derecho Civil, están siendo solucionadas a través de la normativa urbanística.

De forma específica el texto refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008 hace referencia al subsuelo, tal como se ha mencionado páginas atrás. Este en su artículo 8, claramente establece que el uso, disfrute y explotación del suelo y del subsuelo se hará *“de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien (...) aunque sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística”*

De igual manera, este texto refundido contempla la posibilidad de segregar el suelo con respecto del subsuelo, pudiendo incluso llegar a tener la

consideración de finca registral independiente. Tal situación convierte el concepto del subsuelo en el de un bien considerado en sí mismo, capaz de ser apropiado sin necesidad de un nexo o ligamen que lo supedita al uso que se le dé al suelo.

El concepto de subsuelo que se adopte deberá necesariamente ir de la mano con los instrumentos de planificación urbanística que se encuentren vigentes en el momento y con la profundidad que se establezca en ellos. Además, dichas determinaciones habrán de cumplir con las exigencias que se deriven de la legislación sectorial y la normativa reguladora de los recursos naturales que el subsuelo contiene.

Resulta interesante el planteamiento que realiza Francisco Javier Vázquez Matilla en su trabajo “El régimen jurídico del subsuelo en España”, en donde actualiza la concepción del subsuelo al subdividirlo en dos categorías. La primera de ellas llamada “*subsuelo próximo*” y “*subsuelo remoto*”. Ello le permitiría al propietario determinar la profundidad a la que llegaría su propiedad.

Esta diferenciación le permitiría a la Administración establecer una medida específica de metros en la cual comenzaría uno y terminaría el otro, para así lograr determinar, previa comprobación del interés disponible del propietario, hasta dónde llega su derecho de utilización del subsuelo y así dejar establecido su derecho indemnizatorio por las servidumbres que se le impongan.

Por último, sería recomendable que, para todo aquello que está debajo de la superficie de la tierra, aquello que se ha venido denominando aquí como subsuelo, se establezcan cuatro categorías distintas. Se propone aquí distinguir entre lo que sería el subsuelo inmediato, el próximo, el lejano y el remoto.

Estas categorías pueden ser válidamente agrupadas en función de resolver las distintas controversias que se presenten a lo largo de su uso y explotación. De manera que según la utilización que se le quiera dar, se aplicará así uno de los

cuatro criterios anteriores. Tal disposición permite mejor regulación y mayor seguridad jurídica que puede incluso ser plasmada a nivel de un plan regulador municipal.

Los criterios y aspectos básicos que se tomen para establecer una clase de zonificación que responda o exista en función de estas categorías, tienen que necesariamente estar basados en las características y propiedades de ese sector específico de subsuelo y sus componentes físicos. De esa manera se puede garantizar el mejor uso y aprovechamiento de tal bien.

Independientemente del concepto de subsuelo que se adopte, se considera aquí que el primer método de interpretación en el ordenamiento del país, sigue siendo el literal de las palabras. Razón por la cual se considera que el significado dado por la RAE no se ajusta a esa interpretación gramatical y propone una más jurídica, integral y evolutiva.

Lo cual responde a una realidad histórica del subsuelo que le ha permitido una amplia regulación en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, para países como Costa Rica, donde no ha existido una cultura respecto a este tema, significados tan amplios del subsuelo no pueden, por el momento, ser aplicados de manera satisfactoria debido a que no existe legislación que los respalde.

Parte de lo que constituye una propuesta seria, con respecto a este punto, sería tomar como base la dispersa legislación que ya existe sobre el tema y promulgar una nueva redacción del concepto de subsuelo que sea más conteste con la realidad del país. Esta deberá reformar el inciso 51 del artículo 4 del Reglamento del Código de Minería.

Tomando como base la concepción de subsuelo que posee cada ordenamiento jurídico, la doctrina ha intentado explicar cuál uso es el que pueden

disponer los particulares. Por esta razón, se han desarrollado distintas teorías que se exponen seguidamente.

E. Teorías sobre la utilización del subsuelo en el campo urbanístico

Con respecto a la utilización del subsuelo en el campo urbanístico, existen ciertos puntos que merecen ser tratados aquí.

Este trabajo plantea que, en última instancia, independientemente de la posición y teoría que se adopte acerca de a quién le pertenece el subsuelo, estas tesis deberán como requisito sine quo a non, adaptarse a determinados escenarios que circunscriben la libre extensión de la propiedad privada del suelo sobre el subsuelo.

Como ha quedado manifiesto a lo largo de este trabajo, una de las posibles conclusiones respecto a este tema es la limitación de la disponibilidad del subsuelo por parte del sujeto privado en virtud del interés público que reviste tal bien. En virtud de esto es por lo cual surgen a la vida jurídica las excepciones de las que se ha hablado, las cuales entendidas como limitaciones, definen los posibles casos donde se discuta a quién corresponde la titularidad del subsuelo.

Específicamente, se hace referencia a la posible existencia de más de una propiedad en el subsuelo, sean estas públicas o privadas; la constitución de servidumbres que resten volumen de subsuelo por medio de infraestructura subterránea, campo en el cual Costa Rica tiene experiencia por los oleoductos; y, por último, un lugar para las limitaciones al uso y disponibilidad del subsuelo que se encuentran a nivel urbanístico.

E.1.- La titularidad del subsuelo

Como se ha dejado establecido páginas atrás, no es suficiente lo establecido por el artículo 505 del Código Civil. El régimen del subsuelo necesita de una regulación urbanística especial que le permita desarrollarse, tanto como lo ha hecho el uso del suelo en estos tiempos.

Sin embargo, este desarrollo desmesurado que han tenido las posibilidades de uso del subsuelo fue todo un proceso. A través de este se establecieron importantes tesis que intentan explicar cuáles son las probabilidades de un propietario para la utilización y disposición del subsuelo que se encuentra debajo de su propiedad inmueble.

En un inicio, la balanza de intereses respecto a quién la correspondía la titularidad del subsuelo se inclinó, en definitiva, por el sujeto privado; al respecto es de señalar la antigua máxima en el derecho romano: *“Por arriba hasta el cielo y por abajo hasta el infierno”*.

Con lo anterior, se establece para ese entonces, una de las regulaciones más amplia y ambigua, justificable para su época y momento histórico, pero sin prever la actual situación poblacional vivida por el urbanismo moderno.

De esta manera, el derecho romano deja de legado una concepción a la que podría llamársele, clásica del dominio, en virtud de que el derecho de propiedad llegaba hasta *“los infiernos”*; evidentemente no se establecía hasta dónde se extendía el subsuelo.

Si esta primera etapa de las teorías sobre la utilización del subsuelo estuviera vigente en la actualidad, no sería posible un desarrollo planificado de la

ciudad. La Administración se encontraría sujeta, a merced de la voluntad individual, lo cual tornaría que la mayoría de los actos administrativos fueran absolutamente nulos por ser contrarios a los intereses del propietario.

A pesar de su imprecisión, este principio romano se encuentra aún vigente en el Código Civil costarricense. El artículo 505 del Código Civil analizado desde el inicio de esta investigación, refleja esta influencia romana del principio de propiedad ilimitada y absoluta de parte de los propietarios privados.

Tanto es así, que no solo en Costa Rica se encuentra la actual vigencia de esta máxima romana. En varios ordenamientos jurídicos se halla redacciones legales que son muy similares.

Así por ejemplo, en el Código Civil francés, en el Título II, artículo 552 se establece que:

La propiedad del suelo incluye la de la superficie y el fondo (...) Puede hacer en el fondo todas las fábricas y excavaciones que juzgue a propósito, y sacar de estas cuantos productos puedan darle, con las modificaciones de las leyes y reglamentos relativos a minas o policía¹⁹⁰.

Por su parte, el Código Civil argentino expresa en su artículo 2.518 que:

La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos¹⁹¹.

¹⁹⁰ Código Civil Francés París Francia aprobado por la Ley de 21 de marzo de 1804. Traducido y anotado por D. Pio Laborda y Galindo. Madrid, 1850. Imprenta de don José María Alonso. Página 96.

¹⁹¹ Código Civil de Argentina. Aprobado el 29 de septiembre de 1869, mediante la Ley número 340, y entró en vigencia el 1 de enero de 1871.

De esta manera se tiene constancia de como una cantidad importante de la legislación civil alrededor del mundo, aún conserva el resabio a favor del propietario privado; la protección a la propiedad fue en determinado momento de la historia el axioma primordial del ordenamiento. Esa es la razón por la cual se redactaron estos códigos civiles de la misma manera.

Con esta primera teoría sobre la utilización del subsuelo, se tiene que la riqueza encontrada en el subsuelo le pertenecía al dueño de la tierra, incluyendo en este caso las sustancias minerales, los hidrocarburos, tesoros y cuanto material precioso que se encuentre dentro de su propiedad.

Al respecto existen ciertos puntos que deben ser tomados en cuenta. Primero no existen en el ordenamiento jurídico verdades absolutas, dogmas inmutables y capaces de ser regulados de manera tan rígida como lo pretende hacer esta teoría. Si se aplicara esta creencia en la actualidad, se dejarían por fuera una serie de hechos que son capaces de cambiar el destino del uso del suelo y del subsuelo; por ejemplo, en el caso fortuito o fuerza mayor provocado por desastres naturales que necesiten la intervención estatal.

Segundo, no es concebible dejar a alguna de las partes sin el debido derecho de defensa e igualdad de armas. A la Administración Pública no se le puede dejar cercenada la posibilidad de hacer uso de determinado subsuelo que es necesario para el alcance de un objetivo considerado como público o de interés común.

La legislación civil debe dejar su interpretación abierta al eventual interés de la Administración por una parte del subsuelo, razón por la cual la mayoría de los códigos civiles, incluyendo al costarricense, han incluido ciertas limitaciones al derecho de propiedad que funcionan como “portillos” para hacer uso de los inmuebles que cumplirán un fin público.

De esta manera, años después es posible enterarse de que una nueva teoría comenzaba a surgir. Esta posición no resultó ser tan radical a favor del propietario privado, sino que más bien configura una tesis intermedia.

Esta se entiende como aquella en la cual es derecho del propietario la utilización del subsuelo que se encuentra por debajo de su propiedad inmueble, en la medida en que el interés y provecho de aquel sea justificado y a derecho.

Esta noción del concepto de utilidad es desarrollada por la doctrina en el derecho comparado como un criterio de distinción para lograr determinar a cuáles propietarios se les otorgará la capacidad de hacer uso del subsuelo. Este será concedido en calidad de derecho de uso en la medida en que su interés y provecho particular justifique su aprovechamiento.

Si bien es cierto, tal como se deja establecido páginas atrás, el derecho de propiedad encuentra múltiples limitaciones en el campo urbanístico; no menos cierto es el hecho de que con respecto al subsuelo, se encuentran estas en aplicación directa. Sumado a lo anterior, se encuentran otras limitaciones impuestas en virtud del derecho de uso precario que se otorgaría eventualmente a los propietarios para la utilización del subsuelo.

De esta manera, la presente posición intermedia permitiría la explotación del subsuelo, pero sujeta por supuesto a los lineamientos impuestos por La Administración para garantizar el alcance del fin público. Fin que en este caso es el cuidado y preservación de los recursos naturales que contiene el subsuelo.

He ahí la razón de su denominación como “teoría intermedia”, debido principalmente a dos razones. Primero, a que se permite su uso en tanto se justifique el interés y posibilidad de explotación por parte del sujeto privado interesado, quien deberá realizar las gestiones pertinentes ante la Municipalidad respectiva. Tal como se deja establecido en el acápite del interés disponible.

Y segundo, debido a que una vez otorgada la venia administrativa para su uso, esta deberá acatar las regulaciones que la potestad de imperio imponga. Es decir, no será un derecho de propiedad pleno, sino restringido o imperfecto en sus facultades como dueño.

Una vez establecidas las dos anteriores posiciones, lo único que resta es incorporar el extremo opuesto a la primera de las teorías. La referencia es aquella que encuentra criterios suficientes como para tomar la otra postura y colocarse a favor de la indisponibilidad del subsuelo.

Se oportuno el argumento que intenta instituir el subsuelo como dominio demanial que no puede, por ninguna razón, ser ocupado por el sujeto particular. Se limita el ejercicio del derecho de propiedad privada a la disponibilidad únicamente de la superficie del suelo, pero no más allá.

En esta última teoría, se reserva el Estado la propiedad de todo el subsuelo que se encuentre dentro del territorio costarricense, sea este aprovechable o no.

De manera que para el sujeto privado no será posible el desarrollo de proyectos inmobiliarios, ni de ningún tipo, en el tanto La Administración será la única con la capacidad legal de implementar modificaciones a dicho espacio.

Sin embargo, habrá que preguntarse por los casos donde sea un particular y no el Estado, quien se encuentre en la mejor capacidad, por ejemplo económica, para el desarrollo de proyectos de utilidad social, como lo es por ejemplo, un tren subterráneo como solución al caos vial.

En casos como estos es donde se cuestiona aquí la aplicación de esta última teoría a todos los supuestos de hecho que se le presenten a la Administración.

Esta tesis considera que evidentemente existen asuntos en los cuales debido a un interés superior como lo es, por ejemplo, una naciente de agua, o bien la reserva de cualquier otro recurso natural y arqueológico, deberá existir una injerencia directa e inmediata del Estado para garantizar el correcto manejo de dichos recursos.

Y esa injerencia se manifiesta a manera de prohibición, como un no hacer, para el ciudadano común a la hora de intentar disponer del subsuelo que se encuentra debajo de la superficie de su propiedad. O bien, a manera de aprobación y fiscalización periódica minuciosa por parte de las administraciones locales.

Ahora bien, habrá que tener claro que toda esa capacidad de imposición que avala la llamada potestad de imperio, es difícilmente conciliable con la redacción del actual artículo 505 del Código Civil vigente a partir de 1888 y con una reforma en 1999.

Esta norma resulta relevante en tanto sus disposiciones son la regulación de un marco por medio del cual se ventilarán los conflictos con respecto a la titularidad del subsuelo. Es una redacción tan general y lacónica que se convierte en un instrumento jurídico para establecer un sistema de “topes máximos y mínimos” en los que se pueda encuadrar determinados hechos.

Lo cual es importante y necesario para el ordenamiento jurídico; sin embargo este artículo 505 no deja de ser una norma etérea que se encuentra muy lejos de la resolución final de los casos que se presentan en la Corte.

Y es que, a criterio de los autores de esta tesis, el espíritu y objetivo del 505 nunca ha sido convertirse en una norma especial; su vigencia dentro del Código Civil pretende cumplir con ese objetivo mencionado como una “norma marco”. Esta deja definido un punto a partir del cual surge un derecho, en este

caso el artículo comienza diciendo que: *“El derecho de propiedad no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende por accesión a lo que está sobre la superficie y a lo que está debajo”*, lo cual deja claro que este postulado será la regla y no la excepción.

Establece esta regla para luego imponerle cargas o excepciones y establecer que la titularidad del suelo se extenderá mientras estén *“salvadas las excepciones establecidas por la ley o la convención”*, lo cual convierte al derecho de propiedad en imperfecto o limitado. Sin embargo, se observa como esto ya lo hace el artículo en un segundo plano, después de lo dicho en un principio.

Pero no satisfecho aún el legislador del 87, fue más allá de establecer que *“el propietario puede hacer arriba todas las construcciones o plantaciones que le convenga, y hacer debajo todas las construcciones que juzgue a propósito”* en vista de lo dicho por el mencionado artículo 505 del Código Civil, el cual incluso toca el tema sobre las excavaciones y la disposición de los materiales extraídos. Establece, además de este *ius edificandi* a favor del sujeto privado, la posibilidad de *“sacar”*, como literalmente lo dice el artículo, de esas excavaciones todos los productos que se generen como consecuencia de ese aprovechamiento del subsuelo.

Lo que sigue del artículo en cuestión es una reforma que sirve de precedente para todos aquellos regímenes especiales que deben irse incorporando a partir del Código Civil, para así tener el principio rector de su desarrollo legal posterior. La propiedad en condominio en Costa Rica¹⁹² responde a una necesidad impuesta por el desarrollo urbano que la legislación tuvo que incluir dentro de su normativa.

¹⁹² Sobre la propiedad horizontal, véase: Pacheco Murillo Arturo, *“La nueva ley reguladora de la propiedad en condominio y la propiedad horizontal en Costa Rica. Experiencias y problemas concretos”*. Artículo parte de la obra del mismo nombre. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cátedra de Derechos reales. Cuarta reimpresión, 2008.

De una manera similar o mejor, deberá el régimen de la titularidad del subsuelo incorporarse en el ordenamiento jurídico costarricense.

A pesar de todo lo dicho a favor del 505, lo cierto es que en virtud de las teorías contemporáneas analizadas aquí sobre la disponibilidad y titularidad del subsuelo, esta concepción del artículo resulta inaplicable.

Inaplicable, no por ser contraria a los intereses de hoy en día, sino porque lo ahí dispuesto necesita la redacción de una legislación especial. Tal como se dijo antes, el 505 define bien ese marco dentro del cual se encuentra una serie de contenidos tales como la propiedad en condominio y el régimen jurídico del subsuelo; sin embargo, el segundo de estos no existe en Costa Rica, lo cual deja en desuso este artículo del Código Civil.

Es decir, si determinado sujeto privado posee la justificación que haga legítimo su uso y disposición del subsuelo, se intentará por parte de este hacer efectivo su derecho de propiedad sobre esa parte de territorio. Y sin necesidad de reducir el supuesto al absurdo, quizás existan ciertos hechos donde pueda ser aplicable de manera integral lo dispuesto por el 505.

Aquí se considera que todas estas precisiones serían propias de un régimen jurídico del subsuelo urbano, en tanto se cuente con la doctrina y normativa suficiente que le permita su aplicación en el plano material, de manera que las edificaciones en estos espacios, efectivamente se realicen acorde con la regulación urbanística vigente. Algo no menos cierto es la falta de regulación legal que hasta estos momentos ha tenido el subsuelo en Costa Rica. Esta omisión no ha tomado en cuenta la función tan importante que desempeña el subterráneo en la ciudad moderna. Todo esto, a pesar de existir actualmente la capacidad tecnológica y constructiva suficiente como para explotar estos espacios.

En el país no se encuentra una norma que haga expresamente referencia a la propiedad del subsuelo, como sí lo hace España, en el artículo 350 del Código Civil. En lugar de esto, lo que se encuentra es un conjunto de normas desperdigadas alrededor del ordenamiento jurídico.

Tomando en cuenta este artículo 350, se puede llegar a determinar dos aspectos substanciales del problema en cuestión. El primero de ellos pretende resolver la discusión ya planteada sobre el régimen de la propiedad del subsuelo y quién es su titular; el segundo es la pregunta sobre si es o no suficiente el mencionado artículo para limitar un derecho constitucional como es el de propiedad. Ante lo cual se han esgrimido distintos razonamientos encontrados.

A partir de estos, se puede realizar una síntesis para así finalmente tomar criterio respecto al papel que juega el subsuelo en el campo urbanístico; o si es o no posible la enajenación de parte de este para que, por ejemplo, se pueda cumplir con la necesidad de parqueos en edificios de titularidad privada. O bien, definir si por el contrario, se puede considerar el subsuelo un bien de carácter patrimonial que cumpla un fin público que lo separa de la vinculación de la superficie en virtud de su carácter de demanialidad.

Ante interrogantes como estas, el urbanismo en Costa Rica se ha quedado rezagado, a merced de un crecimiento urbano desmedido. El derecho urbanístico sigue regulando el suelo en un sentido referido únicamente a la superficie –con la excepción del Reglamento General de Cementerios, Decreto N° 32833 del 19/12/2005, mediante el cual se regula el arrendamiento y venta de un espacio de dos metros de profundidad en el subsuelo, según los artículos 41 y siguientes-, lo cual deja planteada la discusión sobre si el subsuelo es o no parte de este.

Haciendo referencia al primero de los puntos mencionados en esta sección, es decir respecto a si es posible la titularidad privada del subsuelo, y en virtud de la aplicación de la actual teoría de la función social de la propiedad, es evidente

como el principio de extensión de la propiedad privada del suelo al subsuelo, del cual es reflejo el artículo 505 del Código Civil, encuentra considerables críticas que deben ser analizadas aquí.

Estas críticas provienen precisamente de una discusión iniciada páginas atrás. Es comprensible como el ciudadano promedio inevitablemente se inclinará porque su derecho de propiedad le alcance hasta *los infiernos*, y no como restringido al punto de ser considerado indisponible.

En términos generales, los puntos argumentados por aquellos que cuestionan la apropiación del subsuelo privado como extensión del suelo, encuentra tres críticas principales.

La primera de ellas sería la posible existencia de otras propiedades, sean públicas o privadas, que se vean exigidas a existir en una relación armoniosa debido a su ligamen por medio del suelo.

De manera que se verían los copropietarios en la necesidad de llegar a un acuerdo con respecto a qué porción del subsuelo le corresponde a cada cual, tanto de manera horizontal como vertical.

Ello requeriría una sólida legislación con respecto a la titularización de esas tierras; sería necesario disponer en el Registro Nacional una sección de la misma configuración y características con las que cuenta la actual inscripción de bienes inmuebles.

La idea de una foliatura independiente al suelo, número de finca, planos catastrados, número de matriz y la posibilidad de constituir fincas filiales, conlleva a una sustancial reforma a la actual conformación de más de una institución pública en el país.

Razón por la cual quienes se encuentren del lado de la indisponibilidad del subsuelo, deberán argumentar a favor de la entrada en vigencia de normas que vayan dirigidas a resolver los casos que surgirán al encontrarse distintos derechos sobre una misma finca. Esto, antes del otorgamiento de derechos a los propietarios sobre el subsuelo que se encuentra dentro de su propiedad.

A lo anterior habría que sumarle la posibilidad de que surja dentro de una determinada masa de copropietarios, uno o varios con reales posibilidades de uso y explotación del subsuelo del cual son ambos propietarios. La ausencia de reformas al respecto y aquellas que permitan determinar quién hará uso del subsuelo entre varios con intereses actuales en él, son parte de las críticas hacia el subsuelo en manos privadas.

La segunda es la muy reconocida existencia de servidumbres, como por ejemplo en el caso de los oleoductos tan comunes en Costa Rica. Estas cobran importancia en el momento que se compruebe la existencia de un interés público que deba ser alcanzado por medio de una limitación al subsuelo de un sujeto privado. Esta restricción le resta un espacio determinado de su terreno para establecer en este proyectos de diferente índole, desde el manejo y trato de aguas hasta trenes subterráneos.

Y finalmente, una última excepción conformada por las limitaciones que provienen del uso de la propiedad del subsuelo y su real aprovechamiento por parte del propietario del suelo. Es lo que se ha venido llamando aquí el *interés disponible* y el *interés social* como dos fuentes de donde surgen la mayoría de las restricciones al subsuelo en el campo urbano.

Estas deberán ser analizadas en este acápite en virtud de que la teoría sobre la utilización del subsuelo que se adopte, deberá mantenerse dentro de los lineamientos dictados por esas limitaciones urbanísticas. No puede la solución a los problemas planteados aquí, desconocer la existencia del derecho urbanístico.

E.2.- Propiedades en el subsuelo.

Cuando se habla sobre la posibilidad de apropiarse del subsuelo, es imperativo tomar en cuenta dos eventuales consecuencias. La primera de ellas es la posibilidad de que existan diferentes dueños de un mismo espacio del subsuelo, la presencia de más de un interés tal como sucede con el actual régimen de copropiedad. Y la segunda, es si esa especial configuración de propiedad privada que posee el subsuelo, lo convierte en un tipo de propiedad relativa, o bien si por el contrario, se puede aún considerar en algunos casos como ilimitada.

Lastimosamente, a nivel práctico, en Costa Rica no se cuenta con la opción de inscribir con un número de finca y folio independiente para el subsuelo y el suelo, de manera que se puedan segregar porciones de subsuelo de otras fincas. Con lo que sí se cuenta es con el artículo 268 del Código Civil que establece la obligación de inscribir en el Registro Público cualquier limitación a la propiedad, lo cual constituye una opción para que el subsuelo sea –algún día– inscrito como una limitación especial que pesa sobre determinadas propiedades que interesan a la Administración por su utilidad para la consecución del fin público.

Con respecto al segundo punto, habrá que comenzar estableciendo cuál es la distinción entre lo que se entiende por una propiedad relativa y una ilimitada. Para quienes suscriben el punto se resuelve mediante lo establecido en el artículo 264 del Código Civil, específicamente mediante los atributos a la propiedad que se establecen ahí.

De esta manera, la propiedad ilimitada es aquella en la cual se puede asegurar que el propietario de determinado bien inmueble es conjuntamente el titular de los derechos de posesión, de usufructo, de transformación y enajenación,

de defensa y exclusión, y de restitución e indemnización; es lo que se conoce como ser propietario de manera absoluta o perfecta.

Y por su parte, la propiedad relativa es aquella conocida como imperfecta, debido a la ausencia o anómala presencia de alguno de sus atributos. Sería básicamente aquella clase de propiedad que se encuentra sujeta a limitaciones urbanísticas que desnaturalizan su concepción clásica, tal como quedó fundamentado a nivel histórico jurídico en las páginas 51 y siguientes de este trabajo.

Dentro de la posibilidad de que existan distintos dueños del subsuelo, hay que tomar en cuenta a la propiedad pública. Se considera aquí, que en determinados casos es al Gobierno a quien le corresponde la administración del subsuelo urbano. Esta titularidad en la obligación de dictar actos administrativos dirigidos a fiscalizar el uso y explotación del espacio subterráneo se materializa por medio de los “Planes reguladores” a cargo de las Municipalidades.

Incluso, es la misma Ley la que obliga a darle un trato preferente por parte de la Administración Pública a la propiedad de las minas y las aguas. En el artículo 276 del Código Civil, en el Título del dominio, se hace una referencia directa a su obligación de regirse por las normas especiales correspondientes.

Esto vino a ser complementado años después con el Código de Minería, Ley N° 6797 del 04/10/1982, el cual ha sido en Costa Rica un pilar de protección para esa propiedad especial que constituyen las minas.

El tema de las aguas y su calificación jurídica como bien de dominio público es también otro tipo de propiedad pública que, debido a su pertenencia a un régimen jurídico especial, de interés público, se encuentra regulada por ley en virtud a sus características que la convierten en elemento fundamental. Y por último, también las reservas arqueológicas, las cuales limitan el ejercicio pleno del

derecho de propiedad, con base en criterios de categoría histórica para el país establecidos en la Ley N° 7555 vigente desde el 20/10/1995.

Todas estas diferentes clases de propiedades son lo que en derecho público se ha conocido como bienes demaniales, sobre los cuales se constituye una presunción en virtud de la cual el subsuelo se convierte en dominio público independientemente de dónde se encuentre.

El subsuelo como dominio público local carece de una regulación propia. El Código Civil realiza una aproximación al escindir los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales, al respecto el artículo 261 establece:

LIBRO II

Los bienes y de la extensión y modificaciones de la propiedad

TÍTULO I

De la distinción de los bienes

CAPÍTULO II

De los bienes con relación a las personas

ARTÍCULO 261.- Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público.

Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, los para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona.

Con la anterior transcripción se tiene referencia plena de como una legislación tal cual es el Código Civil, resulta demasiado general como para lograr

adaptar las actuales posibilidades de uso del subsuelo urbano a redacciones legales tan amplias.

El artículo 261 lo que ofrece es una seguidilla de conceptos tales como “utilidad general”, “uso público” que funcionaran como los parámetros para interpretar conforme a la voluntad del legislador, los distintos casos que se presenten.

Sin embargo algo sí deja claro el 261, y es que se reconoce una distinción de los bienes respecto a las personas, por medio las cuales se permite establecer qué bienes serán considerados como “públicos” en virtud de la finalidad que cumplen.

De esta manera, el Estado conserva el dominio de las plazas, calles, aguas y todas aquellas obras públicas de servicio general debido a que ellas son aprovechables por todos o porque, al menos, es interés de la mayoría de integrantes de un determinado grupo que la obra cumpla con un fin que les beneficie.

Con tan poco establecido al respecto, y debido a la ausencia de una norma precisa que se refiera al tema, Costa Rica se encuentra ante un vacío legal. Esto a pesar de que en el derecho comparado español, por ejemplo, desde 1868 mediante una reforma a la Ley de Minas vigente en aquel entonces se estableció lo siguiente:

El suelo podrá ser de propiedad particular o de dominio público, y el dueño nunca pierde el derecho sobre él, ni a utilizarlo, salvo caso de expropiación; el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado, y éste podrá, según los casos, y sin más regla que la conveniencia, abandonarlo al aprovechamiento común, cederlo gratuitamente al dueño del suelo, o enajenarlo mediante un canon a

los particulares o asociaciones que lo soliciten; pero todo ello con sujeción estricta a lo que determinen los artículos siguientes¹⁹³.

Una norma como esta, si estuviera presente en la legislación del país hubiera, hecho más simple la solución de los actuales problemas como los suscitados en el Proyecto Hidroeléctrico Toro 3 en Venecia de San Carlos.

Por el otro lado, y ante una omisión tal, es comprensible cualquier intento de parte de los propietarios de llevar el razonamiento por la línea totalmente opuesta; es decir, el considerar la propiedad privada como ilimitada y no relativa. Para el sujeto privado resulta racional que el subsuelo sea una propiedad parte del suelo, ambos ligados por medio de una accesión natural, accesoria e inseparable, continua, de inmueble a inmueble, y desde el criterio de la teoría intermedia expuesta páginas atrás. Prefiere el propietario considerar que dichas características se encuentran vigentes y que convierten al subsuelo en una extensión del dominio del suelo.

Y es que, en realidad, no existe en Costa Rica la debida uniformidad normativa que le diga lo contrario al sujeto privado. Por esta razón y en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, el sujeto particular, de alguna manera, se representa un derecho a ser el dueño de lo que se encuentra por debajo del suelo de su propiedad, en virtud de que no existe norma que se lo prohíba.

Esta posición es traída a colación en vista de que una de las posibilidades reales de uso del subsuelo por parte de la Administración es, y así lo establece el artículo 6 de la Ley de Minas española, la cesión gratuita al dueño del suelo. Con lo cual habrá con el paso del tiempo una considerable cantidad de propietarios que sí contarán con la disponibilidad del subsuelo.

¹⁹³ Artículo 6 de la Ley de Minas de España, Decreto-Ley De 6 de julio de 1859, reformada por la de 4 de marzo de 1868.

Es por esta razón que no es posible dejar claramente establecido, o al menos no como pretendían los autores de este trabajo, si el subsuelo será capaz de constituir siempre una propiedad de dominio público, independientemente de sus condiciones. La convergencia de ambas clases de propiedad establecidas en el artículo 261 del Código Civil costarricense tendrá que ser tomada en cuenta para otorgar derechos de uso y explotación del subsuelo urbano, según cada caso.

Es una realidad la posibilidad de encontrar más de un interés en un mismo espacio subterráneo, razón por la cual una propuesta de regulación deberá necesariamente tomar en cuenta los institutos jurídicos necesarios para que, a partir del régimen existente de copropiedad, sea posible la conciliación de cada uno de estos, sean parte la Administración Pública o sea entre dos sujetos de derecho privado.

E.3.- Las servidumbres

A través de la historia, el instituto jurídico de la servidumbre ha sido usado como una posibilidad para conciliar aquellas circunstancias donde existe más de un sujeto con derechos sobre un bien inmueble.

Cuando esto sucede y uno de esos sujetos es considerado como el dominante, se le otorga al otro un derecho real sobre cosa ajena. Bajo el cual se le da la posibilidad de explotar la parte de la propiedad en la cual tiene un interés.

De esta manera, a la servidumbre se le ha conceptualizado *como “un derecho real en cosa ajena, es decir, constituye un poder real sobre un predio*

*ajeno para usarse parcialmente en algún aspecto, el propietario del inmueble sirviente tiene un límite en el ejercicio de su derecho de propiedad*¹⁹⁴.

Así, se ha utilizado este instituto jurídico para lograr la emisión de actos administrativos que permitan, por ejemplo, la instalación de redes de servicios municipales en el subsuelo privado, como son las redes de establecimiento de agua, vías de comunicación, alcantarillados, energía eléctrica y demás posibilidades capaces de ajustarse a las condiciones ofrecidas por el subsuelo.

A su vez, este instituto resuelve parte de los cuestionamientos con respecto al desarrollo de proyectos inmobiliarios privados en subsuelo clasificado previamente como de dominio público. Sería posible que se establezcan servidumbres “inversas” que sean a favor del sujeto privado, para que de esa manera se les permita el desarrollo de proyectos en el subsuelo público.

Específicamente, la experiencia en Costa Rica con respecto al tema de las servidumbres se ha inclinado sobre la constitución de estas de tipo “administrativas” o “forzosas por causa de utilidad pública”, mediante las cuales el Estado y sus instituciones llevan a cabo obras dentro del territorio propiedad de un sujeto privado, al cual se le paga un determinado monto como contraprestación al uso que hace la Administración de su fundo.

Esto, valga aclarar, se da en el mejor de los casos. Es de resaltar la realidad de muchos de los propietarios, a los cuales la cantidad de metros cuadrados de su finca necesarios para el desarrollo de la obra pública, hizo que se considerara que la afectación recibida en su derecho de propiedad no es lo suficientemente grave como para ser indemnizable por no lesionar la base esencial del derecho.

¹⁹⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Número 750 de las 16 horas 30 minutos del 2 de octubre de 2002. Tribunal integrado por los Jueces José Paulino Hernández, José Roberto Garita Navarro y Christian Hess Araya.

Un antecedente concreto respecto a este tipo de servidumbres es la Sentencia N° 210-2011 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, en la cual se dejó muy claro que el ICE como institución gubernamental se encuentra en la capacidad legal de establecer estas limitaciones.

El antecedente fáctico en esta oportunidad fue la instalación de una serie de torres en la propiedad de la Sociedad Anónima Lactomar, la cual al ver lesionado su derecho de propiedad privada, de tal manera acudió al Contencioso Administrativo con la finalidad de ser indemnizada.

Lo más destacado de esta sentencia es cómo se define el fundamento jurídico del ICE en la imposición de esta clase de servidumbres en virtud de que existe *“... toda una plataforma jurídica normativa compuesta por la Ley de Adquisiciones, Expropiaciones y Servidumbres del ICE, #6313, artículos 2, 22 y 23; Ley de Expropiaciones, #7495, artículos 13 y 14, y Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del sector de Telecomunicaciones, #8660, artículo 79.”*¹⁹⁵

A causa de esta sentencia se declaró sin lugar en todos sus extremos una demanda establecida por Lactomar S.A contra el ICE por considerar el Tribunal que con base en la normativa apuntada, no encuentra el reclamo de la accionante asidero legal en el país. Se reafirma, de esa manera, la legalidad de los actos administrativos expropiatorios realizados por el ICE.

Otra sentencia relevante con respecto a las servidumbres es la N° 15-F-TC-2011 del Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

En este caso, la Yunta del Trapiche Sociedad Anónima demanda a RECOPE con la pretensión de que se le expropie por medio del procedimiento

¹⁹⁵ Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI. Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 210-2011, al ser las quince horas cincuenta y cuatro minutos del siete de octubre del dos mil once.

legal que culmina con su indemnización. Lo anterior en virtud de que la segunda instaló en una finca propiedad de la primera un oleoducto que vacía, a criterio de los accionantes, su derecho constitucional de propiedad privada al tornarlo inutilizable.

El por tanto de esta sentencia se declara sin lugar para los accionantes, quienes por no fundamentar debidamente y por haber suscrito un contrato previo a la ejecución de la obra, fueron incluso condenados en costas procesales y personales.

Lo más importante de estas sentencias constituye el demostrar lo arraigado que se encuentra el instituto jurídico de la servidumbre administrativa en Costa Rica.

Estos ejemplos permiten evidenciar como instituciones, que ni siquiera forman parte del Gobierno Central, establecen limitaciones al derecho de propiedad, que incluso llegan a disponer del subsuelo privado el cual no ha sido tratado a nivel legislativo para dejar sentada su demanialidad definitiva; tal como sucede en el último de los casos analizados cuando de oleoductos se trata.

Otro de los casos que se le podrían presentar a la Administración es contratar con el sujeto privado de manera que se le otorgue un derecho de uso a este para que realice un determinado proyecto, el cual deberá ser presentado previamente para estudiar su congruencia con el derecho y ser revisado a futuro por medio de una fiscalización periódica.

Y, a cambio de este derecho de uso, la Administración recibiría un canon, monto tasado según la actividad que se pretenda desarrollar, el espacio y la ubicación. Además, podrá la Administración contratar de manera que además de canon, se deberá destinar un determinado monto a la realización del fin público

que cumplirá la propiedad en virtud de su origen como bien público, que sólo ha sido cedido de manera precaria de uso y explotación supervisada.

Se considera seriamente que el desarrollo de una doctrina sólida sobre servidumbres del subsuelo sería capaz de adaptar una infinidad de supuestos de hecho que no tardarán en manifestarse en el país.

La Administración se encontraría en la capacidad de otorgar a los sujetos privados distintos derechos y posibilidades de uso sobre el subsuelo, acorde con la mejor conciliación entre la captación de recursos económicos para la arcas del Estado y el cumplimiento del fin público.

E.4.- Limitaciones del uso del subsuelo.

El tema del libre albedrío, mejor conocido como la autonomía de la voluntad, es actualmente un mito que permite falsamente representar una realidad en la cual se es libre para la disposición de los derechos propios .

La gran cantidad de limitaciones al derecho de propiedad que se repasaron páginas atrás, es una muestra de ello. Y la mayoría de estas son aplicables al subsuelo, además de contener este una serie de limitaciones más que surgen en virtud de tratarse de un régimen especial de propiedad.

Dentro de estas, se encuentran las disposiciones de los reglamentos de policía, mejor conocidos como las normas de policía urbana, las ordenanzas municipales sobre uso del subsuelo; por supuesto, las normas urbanísticas y las normas técnicas.

El único inconveniente es que nada de esto existe en Costa Rica. Empezando por las supuestas ordenanzas municipales sobre el uso de subsuelo,

no existe en el país una sola municipalidad que cuente con un plan regulador que incluya disposiciones respecto al uso y manejo que se le deba dar al subsuelo.

Tampoco se sabe a cuáles limitaciones de orden urbanístico se encuentra sujeto el subsuelo; esto, en virtud de que, tal como se ha visto, no existen ni siquiera regulaciones que comprendan las posibilidades de uso de este por parte de los propietarios privados del suelo.

Las limitaciones al derecho de propiedad en sí mismas actúan como reguladores de la vida en comunidad y permiten el pleno goce de los derechos de todos los ciudadanos conforme a los lineamientos que impone el fin público.

Quienes escriben consideran que siguiendo la mejor interpretación de la disponibilidad del subsuelo, todas aquellas limitaciones repasadas anteriormente confinan al subsuelo.

Actualmente, en el derecho comparado este encuentra aún más limitaciones que la superficie del suelo. El uso y disposición que haga el sujeto privado en posesión del subsuelo deberá limitarse por medio de regulaciones técnicas que aseguren, por un lado, la viabilidad de la obra y, por el otro, el desarrollo de la actividad que mejor satisfaga los intereses de la mayoría.

Todas estas “trabas” administrativas que se están gestando alrededor del mundo con respecto al uso y disposición del subsuelo por parte del sujeto privado, han cumplido con su función de formar parte de la actual teoría que rige los derechos sobre propiedades en el subsuelo.

Se considera que la teoría sobre la utilización del subsuelo más aceptada es aquella que tiene por principio sine qua non, las limitaciones a las cuales este deberá sujetarse.

La constitución de servidumbres subterráneas, de propiedades inscritas a nombre de propietarios privados diferentes al dueño de la superficie, o bien otorgarle la demanialidad a la totalidad del subsuelo, son opciones viables que, sin embargo, tendrán que pasar primero por un estudio pormenorizado que garantice el cumplimiento de los requerimientos establecidos en el respectivo plan regulador.

Se deberá cumplir con la normativa como un conjunto, que vaya desde las normas de ley establecidas para el régimen preferente, hasta las normas directas o actos administrativos finales que avalen el uso que se le dará a determinada sección del subsuelo.

E.5.- La teoría del interés disponible

Además de los elementos anteriormente señalados en relación con el subsuelo, se ha hecho necesario definir cuál es el límite inferior que puede tener la propiedad de un particular.

Para esto, tanto la doctrina nacional como internacional así como la jurisprudencia del país ha encontrado en la *Teoría del interés* una herramienta que ha ayudado a aclarar el uso que le pueden dar los individuos a la zona subterránea de sus propiedades y, al parecer de esta tesis, la que mejor resuelve el tema de la disponibilidad que pueden tener los particulares sobre el subsuelo.

La teoría del interés, principalmente difundida en un principio por Rudolf Von Ihering, afirma que el derecho de propiedad no corresponde a un derecho infinito (*sive ad sidera et usque ad inferos*) como se entendía antiguamente, sino a un derecho que existe en atención al interés que el propietario mantiene sobre este.

El citado autor afirma: “*Una cuestión, sobre el derecho de propiedad, es una cuestión de interés, un negocio como otro cualquiera*”¹⁹⁶. Así, Von Ihering establece el criterio según el cual un propietario puede ejercer todos sus derechos de *dominus*, en tanto existen intereses sobre una propiedad que le pertenece.

Esto, por cuanto se entiende que las personas adquieren y mantienen propiedades con algún propósito.

Sin embargo, ¿qué es lo que se entiende por interés? Este no constituye un concepto etéreo sino que se refiere a la teoría desarrollada por Ihering denominada “teoría del interés” y que aquí se utiliza con el nombre de *Teoría del interés disponible*, con el fin de que quede más claro a qué se está haciendo referencia en este tema de investigación.

Esta teoría surge dentro de la evolución del pensamiento de este autor, quien considera al derecho subjetivo como un “interés jurídicamente protegido”¹⁹⁷, no ya como un poder de la voluntad como venía considerándolo la doctrina jurídica hasta ese momento. Con esto, el derecho empieza a dar mayor importancia a la esencia de la norma, es decir, lo que se busca con cada uno de los preceptos.

Es importante aclarar que el Derecho, antes de esto valoraba únicamente el aspecto formal de la norma, sin considerar su esencia. Por lo que este cambio de perspectiva da un vuelco a la concepción jurídica que se manejaba en ese tiempo.

Mediante este pensamiento Ihering afirma que todo en el mundo humano se desarrolla con el objetivo de llegar a un fin preciso. Es por esto que, además de considerar al derecho con una función direccional, sopesa la importancia de los

¹⁹⁶ Ihering, Rudolf Von (2004). La lucha por el derecho. Segunda edición. Buenos Aires. Editorial Valletta. Página 75.

¹⁹⁷ Cfr.: Pérez Vargas, Víctor (1991). La jurisprudencia de intereses. Segunda Edición. San José. Litografía e Imprenta LIL SA. Página 23.

medios para llegar a este objetivo. En este sentido el autor afirma: *“No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca”*¹⁹⁸.

Ihering considera que el Derecho se desarrolla, no como un proceso evolutivo, sino como la consecuencia de un proceso de lucha entre distintas fuerzas que a lo largo de la historia dan como resultado la prevalencia de la más fuerte y que tiene como efecto la tutela del interés prevaleciente.

Así, estos valores pueden irse imponiendo unos sobre otros con el fin de ir apuntalando un sistema de valores que los individuos de un sitio consideren que es lo mejor para lograr la paz.

Esta concepción del ordenamiento jurídico, causó toda una revolución del derecho de la época, pues empezó a verse desde otra perspectiva. También provocó que en el desarrollo de esta ciencia empezaran a estudiarse los presupuestos desde el punto de vista del derecho subjetivo.

Llevado este pensamiento a los límites que posee la propiedad privada, la doctrina ha reconocido la influencia de su pensamiento, especialmente en lo que se refiere al límite vertical. En este sentido Francisco Javier Vázquez, se ha referido en los siguientes términos:

*“Ihering acuñó la teoría del interés conforme a la cual el suelo llega hasta donde llega el interés de su aprovechamiento, y el punto en el que determina ese interés empieza el subsuelo, y se concreta en la posibilidad real de utilizar el suelo y es esta la tesis acogida en la actualidad”*¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Rudolf Von. Op. cit. Página 47.

¹⁹⁹ Francisco Javier Vázquez. El subsuelo en España. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/repjurad/cont/3/art/art3.pdf>, el 14 de junio de 2013.

Así, se puede apreciar como esta teoría ha ayudado a determinar cuál es el límite vertical de subsuelo.

Sin embargo, este *interés* no se refiere a una oportunidad potencial que un propietario pueda hacer de su terreno, sino a una posibilidad real de aprovechamiento, lo que deja por fuera una expectativa de aprovechamiento.

Siguiendo la línea del pensamiento de Ihering, es preciso que se dé un aprovechamiento real, pues sin este es imposible que exista un interés concreto de parte de un individuo. Este autor no se refería a posibilidades futuras sino a hechos concretos dentro de los cuales se encontraba el interés que se podría defender.

Como se ve, esta teoría no se refiere sencillamente a la prevalencia del interés más fuerte, sino que existe una especie de escala que le da más o menos importancia a aquello que se busque. De forma inicial, se debe nombrar la primacía del interés público sobre el interés particular.

Como se vio anteriormente, la Administración Pública posee una serie de intereses con los cuales busca alcanzar el orden para lograr la mejor organización de la sociedad. Sin embargo, los intereses de un individuo pueden estar en contraposición con los del Estado.

En la sección referente al bien común, se vio que existe una primacía del interés público sobre el particular pues, en teoría, lo que busca es el bienestar social para todo el conglomerado que compone la sociedad. Con lo cual, el interés de una persona no puede contraponerse en tanto solo se busque un beneficio propio.

En atención a estas limitaciones, la doctrina española ha debatido sobre el alcance de este derecho en su sistema jurídico, especialmente debido a la idea

que pueda dar el artículo 350 del Código Civil español sobre una ilimitada titularidad sobre el área vertical de una propiedad. En este sentido la doctrina de este país ha dicho:

Las legislaciones recientes tienden a limitar este principio, aceptando una teoría, preconizada principalmente por Ihering, según la cual el derecho de propiedad no es una señoría absoluta; su extensión tiene por medida sus fines, que se reducen a garantizar el ejercicio de la actividad económica de su titular; el dominio del suelo debe extenderse, pues, por el espacio y por el subsuelo hasta donde sea requerido por el interés del propietario, en relación al uso que se pueda hacer del fondo de que se trate, en las condiciones actuales del arte y de la industria humana²⁰⁰.

Se ve así como, este derecho no es absoluto, sino que, según esta teoría, el ejercicio de este se encuentra en relación con los fines que posea la propiedad; estos fines pueden estar delimitados por la ley, como lo puede ser los usos establecidos por el plan regulador de un municipio u otro tipo de intereses sociales como la protección de mantos acuíferos.

De esta forma, este criterio de utilidad es necesario matizarlo de acuerdo con otros elementos como la función social de la propiedad, a la que se hizo referencia anteriormente y a criterios de legalidad que se establezcan sobre la posibilidad de explotación de este recurso, máxime en un país como Costa Rica, en donde este recurso le pertenece al Estado.

Además, puede estar limitado a las posibilidades reales que tenga el propietario de hacer un uso efectivo de este, sea por el costo económico de la explotación o por una imposibilidad técnica para llevarlo a cabo.

²⁰⁰ Manresa y Navarro, José María (1934). *Comentarios al Código Civil Español*. Sexta edición. Madrid. Citado por Sainz Moreno, Fernando. "El subsuelo urbanístico" *Revista de administración pública*, (122): 153-208.

En el país, este criterio ha servido para delimitar la verticalidad del derecho de propiedad sobre un terreno. Es así como, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ha aplicado esta teoría al referirse a este tema, en los siguientes términos:

...el ordenamiento no concede a ese titular un derecho privativo de aprovechamiento, ni mucho menos de ventaja sobre los materiales que se ubiquen en el subsuelo. Por ello, no podrían cohonestarse pretensiones que se direccionen a alegar una suerte de derecho de pertenencia de los recursos que se localizan en el subsuelo cuando no se ha acreditado la posibilidad real de uso, sea, el interés razonable en su aprovechamiento²⁰¹.

Es interesante observar la aplicación de esta teoría en el sistema legal, en especial mediante esta toma de posición por parte de los tribunales de la nación, pues con base en ella se deberían aplicar los instrumentos de aplicación que se desee implementar, además de que constituye un elemento de seguridad para los ciudadanos sobre la utilización que pueden realizar de sus propiedades.

Desde esta perspectiva, se ve que es el *interés*, el elemento que determina la utilización del subsuelo por parte de un titular y con base en él se define el alcance que tiene este sobre su propiedad.

Por esta razón, un propietario será dueño de una parte del subsuelo en tanto posea un interés real de uso. Sin embargo, este se encuentra limitado por las especificaciones urbanísticas establecidas en los planes reguladores y en la normativa sectorial que intervenga en cada caso.

²⁰¹ Resolución N° 115 -2011-VI del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de hacienda del II Circuito Judicial de San José a las quince horas con trece minutos del trece de mayo de 2011.

De esta forma, en esta teoría prevalece el interés individual, aunque limitado por distintos elementos. Es decir, que los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido previamente.

Sin embargo, también constituye un límite para los particulares, pues estos sólo pueden alegar su derecho de propiedad privada sobre el espacio en el que posean un interés real y no más allá.

En la práctica urbanística nacional, los particulares cuentan con una serie de limitaciones establecidas en los elementos normativos antes mencionados; a partir de ahí los sujetos pueden realizar cualquier acto con su propiedad mientras no los contradiga.

Así, el ordenamiento legitima al interés subjetivo frente a determinadas pretensiones del Estado, pues una vez alegado un interés real por parte del administrado, no podría impedirse la utilización del subsuelo de la propiedad de este, a menos que se expropié, lo cual correspondería a una limitación particular de la propiedad.

Esta teoría ha ayudado a la definición del alcance del derecho de propiedad en diversos ordenamientos jurídicos. De esta forma, se ha visto reflejada en la legislación de distintos países como se ve a continuación.

CONCLUSIONES

En relación con el concepto del subsuelo, se considera que la definición suministrada por el Reglamento al Código de Minería se encuentra alejada de la realidad, ya que no es posible partir de un concepto meramente técnico y detenerse ahí, sin el objetivo de llegar a conclusiones jurídicas.

El concepto en el cual se basa esta propuesta debe no apegarse tanto a los criterios técnicos del subsuelo y prestarle más atención a puntos tales como hasta dónde se extiende este, a quién pertenece y bajo qué circunstancias se puede ceder su aprovechamiento a sujetos distintos de su titular.

Consideran estos autores que el subsuelo es aquel bien de dominio público, el cual, en virtud del valor y relevancia de sus componentes, se encuentra protegido bajo un régimen especial o preferente que lo sujete a una serie de limitaciones que no necesariamente coinciden con las aplicables al suelo que tiene por superficie. Seguidamente y para que la regulación sea más específica, deberá existir un listado de los materiales aprovechables que componen el subsuelo, tal y como quedó establecido en la sección de conceptualización de este trabajo.

De manera que el subsuelo constituye todo aquello que se encuentra por debajo de la superficie, que se extiende desde esa capa superficial de tierra hasta la zona saturada o nivel freático, último punto de referencia vertical inferior por encontrarse más allá de este, yacimientos de agua subterránea que no deberían en principio ser explotadas debido al falseamiento que provocaría y- principalmente- a la conservación que debe privar de estas aguas. Máxime en un

país como Costa Rica donde debe prevalecer el desarrollo sostenible y, como fin último, la preservación de los recursos naturales.

A partir de esto se puede hacer referencia a la titularidad de ese subsuelo descrito anteriormente; se debe señalar que -tal como se vio en páginas 198, 199 y siguientes- es nada menos una realidad histórica la que justifica el punto de vista de esta tesis respecto a cómo este se considera un bien demanial debido a la función social que cumple para el urbanismo contemporáneo.

El uso que pueden realizar los particulares sobre el subsuelo está limitado a una serie de disposiciones que van desde la naturaleza jurídica de este, establecida en la Constitución, hasta las disposiciones municipales contenidas en los planos reguladores urbanos de cada municipalidad.

La Constitución Política del país establece una serie de limitaciones al derecho de propiedad privada por las que se entiende que este no es un derecho absoluto. En este, la jurisprudencia constitucional ha visto elementos limitatorios como lo es la función social de la propiedad.

Específicamente, en lo que se refiere al uso que se puede realizar del subsuelo, la Constitución es insuficiente, por la forma escueta en que se refiere a este tema, ya que únicamente se limita a establecer la naturaleza jurídica de esta y cómo el Estado puede disponer de este recurso.

La normativa legal que se refiere al aprovechamiento que se le puede hacer al subsuelo para finalidades urbanísticas es pobre y dispersa, pues existen

insuficientes disposiciones que aclaran el modo de aprovechamiento que se puede realizar de este. Razón por la cual es necesaria una nueva configuración del régimen jurídico del subsuelo.

Existe normativa sectorial que se refiere al aprovechamiento del espacio subterráneo; sin embargo, el abordaje que se tiene es superficial, pues lo hacen en relación con el tema de interés de la ley como lo es por ejemplo, las minas, el agua, el patrimonio arqueológico.

En la mayoría de las legislaciones mencionadas este tema surge como parte de un interés por alcanzar un cuidado integral sobre el suelo con vistas al objeto de cada ley, no así como un elemento al que es necesario proteger por sí mismo.

Ante el uso del subsuelo para fines urbanísticos, la respuesta del ordenamiento jurídico costarricense es vaga y ha quedado rezagada ante los requerimientos y nuevas técnicas de explotación y aprovechamiento que se puede hacer de este.

Si bien es cierto, existe normativa específica referente a la utilización del subsuelo para algunas circunstancias, establecidas en la normativa sectorial, la realidad es que no existe una legislación clara que defina en qué supuestos y en qué medida se puede aprovechar el espacio subterráneo para finalidades urbanísticas y cuáles son las posibilidades de su aprovechamiento por parte de particulares.

En la mayoría de la legislación se ha podido comprobar cómo el subsuelo aparece únicamente en la medida en que se le relaciona con el suelo, lo cual tiene sentido en la medida en que los seres humanos hasta ahora desarrollan la mayor cantidad de nuestras actividades sobre la superficie; sin embargo, se debe advertir que ante una mayor explotación de este espacio para el desarrollo de las actividades humanas, más allá de la minería, se hace necesaria una normativa que desarrolle el uso del espacio subterráneo de una forma más específica.

Desde el punto de vista del derecho urbanístico en general, han surgido los Planes Reguladores, que constituyen unos instrumentos jurídicos adecuados para la planificación territorial. Estos planes reguladores urbanos son reglamentos emitidos generalmente por cada Municipalidad, con el fin de planificar el territorio de su jurisdicción. Estos tienen como objetivo lograr una mejor eficiencia en la utilización de los recursos y alcanzar una mejora de la calidad de vida de los habitantes de ese territorio.

Como se sabe, uno de los factores que afecta el desarrollo urbano de un cantón es la utilización que se realice del subsuelo, recurso que no ha sido tomado en cuenta como un factor que interviene en la regulación urbana.

Se considera aquí, que dentro de la ordenación que se realice sobre un espacio determinado debe tomarse en cuenta su elemento subterráneo, por cuanto está directamente relacionado con lo que se edifique en la superficie. Esto se traduce en la obligación de los gobiernos municipales de encargarse de la regulación del espacio subterráneo.

En el Derecho Comparado se puede observar como algunos países han

dispuesto que la regulación del subsuelo esté a cargo de entidades locales como los son las municipalidades en el caso de Chile, lo cual constituye una interesante opción para la aplicación en Costa Rica, dadas las similitudes en cuanto al sistema jurídico.

Es imperativo que cada municipio del país, establezca en sus planes reguladores, el modo de utilización del subsuelo para finalidades urbanísticas; ello, con el fin de lograr una regulación más completa sobre el desarrollo urbano que se pueda presentar en un futuro, pues las técnicas de construcción modernas buscan un mayor aprovechamiento de este espacio.

Según se ha observado en el desarrollo del trabajo, los municipios realizan una importante labor, no solo con la regulación urbanística en general del cantón, sino concretamente del espacio subterráneo, pues ellos se encargan de la administración de los cementerios; además son los encargados de otorgar los permisos de construcción, los cuales incluyen el elemento subterráneo.

Por otro lado, al igual que en otros sistemas jurídicos similares al de Costa Rica, estos son los encargados de la administración de este bien demanial en relación con los usos que le pueden dar los particulares para el establecimiento de distintos proyectos urbanísticos como parqueos subterráneos y la construcción de soluciones habitacionales.

Por esta razón, se considera que las municipalidades deben encargarse directamente de la administración de este bien, con el fin de ordenar su uso y fomentarlo cuando sea necesario.

Las posibilidades de uso y disposición del subsuelo por parte del sujeto privado para fines urbanísticos en Costa Rica, se encuentra sin regulación específica que delimite de manera taxativa cuáles son los casos donde este pueda hacer uso del espacio subterráneo que se encuentra debajo de su bien inmueble.

Lo anterior provoca conflictos sobre esos espacios y sobre los materiales extraídos de él; el sujeto privado nunca ha sido instruido con respecto a las limitaciones que el urbanismo moderno impone sobre la disposición del subsuelo. Esto lo lleva a –falsamente- representarse su derecho de propiedad como ilimitado, capaz de extenderse sin restricciones en su límite vertical inferior. Es necesaria una regulación legal que defina cuál es la utilización que se puede realizar del subsuelo para finalidades urbanísticas.

A este respecto se han establecido una serie de teorías que intentan establecer qué tanto pueden disponer los particulares sobre un área subterránea.

En este trabajo, el orden desarrollado en relación con las teorías existentes respecto a la utilización o disponibilidad del subsuelo en el campo urbanístico tiene su objetivo específico. Ello, por cuanto, es a partir de las aproximaciones al concepto de subsuelo, expuestas en la primera parte del cuarto capítulo, donde se observa como una de las tesis que cobra más fuerza, es la que considera el subsuelo como un bien de dominio público.

Sin embargo, es criterio de estos autores, que esto es así única y exclusivamente por ser el Estado el mejor administrador o “padre de familia”, con el suficiente poder coercitivo como para imponer las limitaciones válidas y necesarias para el mejor uso y aprovechamiento de estos espacios.

Se es conscientes del valor de los materiales ahí contenidos, los cuales tienen que estar a cargo de un individuo o un grupo determinado de personas que se haga responsable por estos, razón por la cual, actualmente, es el Estado quien asume dicho compromiso.

Con el fin de entender las posibilidades de aprovechamiento que los particulares pueden realizar del espacio subterráneo, la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional, se han basado en la teoría de Interés disponible para definir este uso. Esta teoría se ha convertido en un instrumento útil para delimitar el derecho de propiedad sobre el subsuelo que pueden tener los particulares.

Es necesario entender esta teoría como un ejercicio del derecho de propiedad en el que no necesariamente se dé una proporcionalidad en la construcción superficial y subterránea. De manera que esta teoría no restringe la posibilidad de que existan desarrollos independientes entre lo edificado en el suelo y en el subsuelo. El interés disponible no será en todos los casos el del propietario del suelo.

Se considera que las municipalidades deben fijar qué es lo que se puede utilizar en la superficie, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad que se puede utilizar en el subsuelo.

Gracias a esta determinación sobre el uso que los individuos pueden realizar, esta teoría ampara el derecho subjetivo de los individuos frente a otros intereses como el estatal, pues este derecho se convierte en un elemento amparado por el Estado. De esta forma, en caso de que realmente exista un interés realizable, este debería indemnizar por el impedimento de uso que está estableciendo.

De esta manera, se ve como una de las conclusiones con respecto a dicha teoría versa sobre la naturaleza del subsuelo y como este se encuentra más allá del interés del propietario.

En el Derecho Comparado esta naturaleza jurídica se ha entendido como un bien bajo el dominio público. Sin embargo, esto no es una regla aplicable a todos los casos. Lo fundamental aquí será establecer como subsuelo privado aquel que pueda atribuirse al dueño de la superficie, atribución que se realizará según criterios de funcionalidad, idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad, bien común, entre otros, que permitan resolver en qué casos es factible –y legal- la licencia que autorice el uso de esos espacios.

Así también, es necesaria la aplicación de la teoría de la función social de la propiedad como un criterio delimitador no solo del espacio horizontal en relación con el uso de la propiedad como del vertical, especialmente en lo referente al área subterránea.

Se ve, entonces, como el derecho de propiedad privada se ha ido relativizando en la época actual, pues se le ha establecido una serie de limitaciones como lo son la función social de la propiedad y la interpretación de este derecho, según la teoría del interés disponible. Y que esta ha servido, a su vez, para demarcar el límite vertical de la propiedad según un criterio de finalidad que posee el propietario para el aprovechamiento de un determinado espacio subterráneo.

De esta forma, los particulares cuentan con una serie de limitaciones que van desde las mencionadas anteriormente, como son los límites impuestos por los planes reguladores de las municipalidades.

Además, se observa como en un momento histórico, el interés del propietario era el argumento más sólido mediante el cual se resolvían las controversias a nivel judicial. Sin embargo, una de las evoluciones intelectuales más destacadas del ordenamiento jurídico ha sido poner en evidencia lo imprevisible que es el interés particular, por lo que el derecho no puede tolerar una inseguridad jurídica de tal magnitud.

De manera que, para los casos en que se cumpla con los requisitos para el otorgamiento de una licencia de uso, el legislador se encuentra en la obligación de llevar a cabo un proyecto que contenga definiciones sobre hasta dónde puede llegar el interés de ese sujeto privado sobre el subsuelo. El establecimiento de tal parámetro permitirá el desarrollo planificado del subsuelo por medio de obras de infraestructura eficientes y de la mano con el medio ambiente.

En diversos capítulos de este trabajo se vio como mediante el instituto de la accesión se intentó ligar al suelo con el subsuelo. Uno de los puntos a tomar en cuenta para la armonía entre los usos de ambos, es el criterio de inseparabilidad que los une. En definitiva, todo suelo o superficie va a encontrar un subsuelo que le da soporte, razón por la cual las propuestas al respecto deben considerar esa dependencia o necesidad de un elemento con el otro.

Fue a partir de los hechos que se resolvieron mediante la sentencia 115-2011, que el régimen del subsuelo se ve confrontado con situaciones jurídicas que no fueron previstas por el legislador. De manera que se puede concluir junto con este voto que, del artículo 505 del Código Civil no se desprende que el

propietario de la superficie posea la titularidad del subsuelo. Es claro como al momento de interpretar dicho precepto, debe aplicarse una hermenéutica evolutiva que permita la adaptación de las normas a la realidad urbana actual

Con respecto al régimen preferente del subsuelo, en Costa Rica se ve como se trata ahí de supuestos de hecho donde, debido a la especialidad del terreno, existe normativa sectorial que establece una afectación legal de esos recursos del subsuelo y en cuyos casos, asigna el carácter de demanialidad a esos espacios. En estos casos la titularidad no debería ser privada en virtud del interés superior que existe con respecto a ellos, razón por la cual se han emitido – de manera dispersa- normas especiales para su regulación.

De esta manera es como consideramos que la teoría que mejor define la disponibilidad que poseen las personas para el aprovechamiento del subsuelo es la teoría del interés disponible, por cuanto logra establecer un límite vertical a la propiedad. Sin embargo, este interés estará limitado por las especificaciones urbanísticas de la propiedad en general, así como por las los establecidas en las regulaciones municipales.

En este sentido, el Estado sería un limitador de los intereses de los individuos con el fin de lograr un desarrollo más ordenado del entorno, con vistas a una mejor utilización y protección de los recursos para el bien común.

Es importante realizar una adecuada especificación de lo que debe entenderse por subsuelo con el fin de que exista seguridad jurídica para los administrados.

Esto, por cuanto, como se ha visto, el desarrollo urbano de las ciudades va aumentando en cantidad de forma acelerada. Por esta razón, el espacio subterráneo comenzará a poseer mayor relevancia en lo que se refiere a su utilización para fines urbanísticos.

Además, con la teoría del interés disponible se logra un balance adecuado en cuanto a la utilización que pueden realizar los particulares sobre el subsuelo, pues además de respaldar el interés subjetivo de los administrados, antes ha supuesto una serie de políticas que funcionan como límites al interés que se pueda tener sobre este espacio. Esto permitirá un desarrollo urbanístico más seguro y ordenado para el país.

RECOMENDACIONES

Tomando como base lo anteriormente expuesto sobre el subsuelo y la conceptualización que existe sobre este en el medio, es necesario establecer una serie de recomendaciones con el fin de proponer una mejor regulación sobre el espacio subterráneo.

Durante esta investigación se ha visto cómo el régimen del subsuelo en Costa Rica se encuentra en una situación de evidente rezago. Un futuro próximo asegura situaciones y circunstancias urbanas en las que el actual desarrollo legislativo, al respecto, se encontraría “atado de manos”.

Ante esa realidad nacional, se considera que un buen comienzo para el mejoramiento de dicho sector del derecho urbanístico en el país, es precisamente el desarrollo de los principales puntos discutidos en el presente estudio.

Estos autores confían en que un análisis crítico del subsuelo en los términos especificados, confrontado directamente con los casos analizados en que Costa Rica ha tenido la experiencia de resolver conflictos sobre el uso y disposición de este espacio subterráneo, suministraría la base doctrinaria y factual suficiente para establecer propuestas fundamentales capaces de dar inicio al nuevo régimen del subsuelo.

El proyecto de ley 17.938 –analizado anteriormente - y el dictado de la sentencia 115-2011-VI del Tribunal Contencioso Administrativo son a su vez puntos de referencia que no pueden dejar de ser tomados en cuenta, en el momento de proponer soluciones efectivas que pongan al día a Costa Rica en relación con el tema de estudio.

A partir de estos es que, para quienes suscriben esta investigación, el tema del subsuelo encuentra asidero doctrinario y legal. Los lineamientos que se han señalado son el resultado de un análisis integral del problema estudiado.

El inicio de una propuesta formal tendrá que comenzar con el acuerdo sobre lo que se entiende por las palabras clave presentes en el análisis. El concepto del subsuelo en el sistema ya fue un tema tratado en páginas 183 y siguientes a las cuales se remite al lector.

Esta definición y sus variaciones deberán ser necesariamente contenidas - mínimo - a nivel reglamentario; será el Poder Ejecutivo quien por medio de una conjunción de elementos técnicos y jurídicos realice la base conceptual capaz de responder a la mayoría de las posibles hipótesis de hecho que el urbanismo moderno puede presentar.

No es factible el progreso de la normativa, si no se cuenta con los fundamentos conceptuales del subsuelo; la definición de lo que es este y hasta dónde llega su límite vertical inferior son puntos que deben –como se dijo- ser abarcados a nivel reglamentario antes de proceder a establecer a quién pertenece este espacio subterráneo.

Una vez que se cuente con una definición del subsuelo que al menos incluya las tres posibles situaciones consideradas aquí en el capítulo de “conceptualización del subsuelo”, se estará en la capacidad de desarrollar teorías sobre la titularidad de este espacio con mayor claridad que antes.

Para tal acción se necesita el trabajo multidisciplinario no solo de los distintos entes encargados de la planificación urbanística, sino de al menos de la geología de la mano con el derecho y la sociología. El reparto de estos espacios, subterráneos conforme a las necesidades de la ciudad, debe ser un trabajo en conjunto.

Las posibilidades futuras de encontrar no uno sino varios propietarios que reclaman el mismo espacio subterráneo, es una realidad que debe tomar en cuenta el concepto y limitaciones que se redacten respecto a estos espacios. Las servidumbres son institutos jurídicos capaces de colaborar con ese objetivo.

Esta es una de las posibilidades con las que cuenta la Administración Pública para equilibrar sus intereses con respecto a los del sujeto privado. Una vez que se cuente a nivel normativo con las precisiones anteriormente dichas, es posible poner en vigencia no solo un tipo de licencia de uso, sino de alguna manera, flexibilizar este instituto y emitir distintas clases de permisos.

De manera que sin importar las denominaciones que estos lleven, lo importante aquí es la exigencia de los requisitos dependiendo del permiso que se trate, para poder sopesar las circunstancias de cada caso. Sería en definitiva un mecanismo administrativo para limitar el uso que se haga del subsuelo.

A nivel normativo, y como complemento a lo que se dijo sobre el proyecto de ley 17.938, habrá que tener claro que cualquiera que sea el uso que se le dé al subsuelo urbano en un futuro próximo, este no puede ir en contra de lo establecido en el plan regulador municipal en lo referente al uso del suelo.

En vista de que la propiedad del suelo es inseparable de la del subsuelo, para una reforma de estos planes no puede dejarse de lado la zonificación y usos establecidos para los distintos lugares del cantón. Considera esta tesis que una vez hechas las modificaciones a nivel legal sobre la facultad de las municipalidades -y otros entes públicos- para regular aspectos específicos del subsuelo dentro de su territorio, uno de los institutos jurídicos más importantes para incidir directamente sobre esta clase de espacios, es el plan regulador por ser este la herramienta encargada de la mayoría de temas urbanísticos a nivel cantonal.

Una de las conclusiones de este trabajo trata sobre la propiedad privada y su dinamismo a través de los años. Sin embargo, habrá que dejar claro que aunque se tenga la visión más ilimitada de propiedad, siempre tienen que respetarse las limitaciones que se emitan a nivel urbanístico.

En la actualidad, el urbanismo ha venido a convertirse en el planificador de la vida en sociedad. No es factible para la doctrina –y eventualmente para la normativa- pronunciarse a favor de una clase de propiedad que no reconozca al menos las limitaciones establecidas en esta investigación.

Esto, aplicado al tema del subsuelo conserva el mismo principio. No importa en qué parte de la ciudad se encuentre, siempre existirán determinados lineamientos que acatar sobre usos y disposición del subsuelo, sumado a las restricciones que arroguen como necesarias los correspondientes estudios técnicos.

Lo que en definitiva sí debe regularse por medio de ley ordinaria, serán aquellas disposiciones que otorguen capacidad jurídica a las municipalidades para la emisión de todas las normas infralegales que, en última instancia, serán las que regulen directamente el uso del subsuelo. Será a nivel legal donde se instaure el mandato para estos entes locales de incluir dentro de sus planes reguladores, la normativa técnica y jurídica del régimen urbanístico del subsuelo.

Dentro de las normas técnicas del subsuelo, que deberán ser emitidas a forma de reglamento ejecutivo, se deberá necesariamente distinguir entre lo que sería el subsuelo inmediato, el próximo, el lejano y el remoto. Ello permitirá una mejor regulación y mayor seguridad jurídica que puede incluso ser plasmada a nivel de un plan regulador municipal.

Por otro lado, la necesidad de regulación para el uso y disposición del subsuelo deberá ser, en última instancia, resuelta por medio de *licencias de uso* otorgadas a los particulares que cumplan con los requisitos para la mejor utilización urbanística del subsuelo. De esta manera se garantiza la coherencia con el régimen superficial, pues así mismo lo manejan los municipios con las licencias de remoción de tierra y los permisos de construcción que corresponden a licencias.

El Proyecto de Ley N° 17.938

El expediente 17.938 se encuentra dentro de la Asamblea Legislativa, específicamente en la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos. Fue iniciativa del diputado Villanueva Monge Luis Gerardo y publicado en la Gaceta N° 101 del 26 de mayo de 2011. La última discusión de este proyecto en el plenario legislativo fue en la Sesión Ordinaria N° 25 del 17 de junio del 2013, al ser las catorce horas cuarenta y cinco minutos.

Este proyecto pretende la reforma al artículo 505 del Código Civil, una adición al artículo 1 BIS de la Ley de Expropiaciones N° 7495 y una adición de un tercer párrafo al artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo; todo con el objetivo de regular el régimen jurídico del subsuelo.

De esta manera la redacción de tales normas tal como fueron en un inicio propuestas en este proyecto de ley es la siguiente:

ARTÍCULO 1.-

Refórmase el artículo 505 del Código Civil, Decreto Ejecutivo N° 30, de 19 de abril de 1886, para que se lea de la siguiente manera:

Artículo 505.- [...] El derecho de propiedad no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende por accesión a lo que está sobre la superficie y se extiende verticalmente hasta donde alcance el interés o utilización real, actual y razonable del propietario, conforme a

los límites que establezca la técnica, la legislación municipal, urbanística, minera y cualquier otra a la cual deba ajustarse. Salvadas las excepciones establecidas por leyes especiales, el propietario puede hacer arriba todas las construcciones o plantaciones que le convenga y hacer debajo todas las construcciones que juzgue a propósito de sus intereses individuales y sacar de esas excavaciones todos los productos que puedan darle.

En los casos de propiedad en condominio, lo anterior solo será aplicable con las limitaciones establecidas en la respectiva ley.”

ARTÍCULO 2.-

Adiciónese un artículo 1 bis a la Ley de expropiaciones, N.º 7495, para que se lea de la siguiente manera:

Artículo 1 bis.- Uso del subsuelo para finalidades públicas

El Estado, sus instituciones descentralizadas y las municipalidades podrán construir o instalar obras en el subsuelo, sin necesidad de ningún procedimiento expropiatorio cuando para la prestación de servicios no se requiera utilizar porción alguna del derecho de superficie, salvadas las normativas de planificación y urbanísticas que le fueren aplicables.

Los propietarios de inmuebles no podrán impedir usos que hayan de practicarse a una profundidad tal que no les perturben o que no ostenten un interés actual y real en excluirlas, ni genera en su favor ningún tipo de derecho a la expropiación, o imposición coactiva de servidumbre ni la obtención de ninguna pretensión indemnizatoria o exigencia de responsabilidad, salvo que producto de la construcción de las obras se cause un daño real y evaluable al derecho de propiedad o se impida su función regular.”

ARTÍCULO 3.-

Adiciónese un tercer párrafo al artículo 22 del Código Procesal Contencioso-Administrativo, Ley N.º 8508, de 28 de abril de 2006 para que se lea de la siguiente manera:

Artículo 22.-

Para otorgar o denegar alguna medida cautelar, el tribunal o el juez respectivo deberá considerar, especialmente, el principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros.

También deberá tomar en cuenta las posibilidades y previsiones financieras que la Administración Pública deberá efectuar para la ejecución de la medida cautelar.

Las acciones judiciales ejercidas por personas físicas o jurídicas que pretendan injustificadamente la suspensión de obras de interés público, y que puedan generar retrasos en la entrada de operación planificada de obras de interés público, deberán estar precedidas del pago de una garantía, la cual será fijada prudencialmente por autoridad judicial, sin perjuicio de que el Estado o sus instituciones aporten la contracautela o garantía que se le fije. Una vez rendida la contracautela o garantía se levantará de oficio la suspensión del acto.

Rige a partir de su publicación.

Luis Gerardo Villanueva Monge

Para comenzar se debe decir que con respecto al intento de reforma al artículo 505, es claro cómo ha incrementado la relevancia que ha tenido el subsuelo en los últimos años y los diferentes criterios que han surgido al momento de estudiar el tema. Sin embargo, los autores de esta tesis consideran que una reforma de esta naturaleza al Código Civil es innecesaria, básicamente por las siguientes razones:

La pirámide de normas sobre la cual se ha regido el ordenamiento jurídico a través de años, tiene su objetivo concreto; a saber, debe funcionar como un parámetro que intenta lograr el hermetismo del Derecho y así evitar las contradicciones entre una norma inferior y otra norma superior en rango jerárquico.

El Código Civil del país fue puesto en vigencia en 1888, y contiene normas que regulan la mayoría de las relaciones –civiles, comerciales y humanas- en sociedad; razón por la cual no debe este intentar regular de manera particular los fenómenos que le presente la modernidad.

Es difícil imaginar un Código Civil que, ante la primera evolución de alguno de los muchos institutos que el mismo documento ya contiene dentro de su normativa, pretenda ir agregando reformas y artículos enteros por medio de la repetición “*bis*” que desnaturalicen su carácter de norma superior, general, a partir de la cual surgieron todas las demás leyes especiales.

Si se lee con detalle el artículo 505 tal como se encuentra actualmente sin la reforma, se ve como el mismo ya contiene de manera clara y precisa cuál es el procedimiento a seguir con respecto a la extensión del dominio por medio de la accesión. Este deja establecido –tal como era su deber en vista del resabio dejado por la doctrina dominante al momento en que entró el Código Civil en vigencia- en un principio lo que parece ser un derecho de propiedad ilimitado, para inmediatamente después decir: “*Salvadas las excepciones establecidas por leyes especiales*”.

Lo anterior constituye todo lo que la Administración Pública necesita para, por medio de ley especial, lograr la aprobación de proyectos en la Asamblea Legislativa con el poder coercitivo suficiente como para lograr la regulación del régimen jurídico del subsuelo. Incluir conceptos tales como “*interés o utilización real, actual y razonable del propietario*” resulta ser competencia de la legislación especial que se redactará para los efectos, y nunca del Código Civil, el cual fue puesto en vigencia con otro espíritu y no con el de ser ley especial a merced de los distintos fenómenos contemporáneos.

No resulta esencial a criterio de quienes suscriben, la inclusión en el Código Civil de una frase que reitere la necesaria conformidad con “*los límites que establezca la técnica, la legislación municipal, urbanística, minera y cualquier otra a la cual deba ajustarse*”. La necesidad de circunscribirse a los límites impuestos por la técnica es algo que ya ha sido establecido por la normativa administrativa – artículos 15 y 16 LGAP- y el trabajo multidisciplinario no es un tema nuevo para el Derecho.

Y la necesaria coherencia con la legislación municipal, es del mismo modo que la técnica, un aspecto que deberá ser abarcado por la ley especial. Esta, por supuesto se redactará conforme a lo ya establecido en la municipalidad por encontrarse ambas en relación normativa directa.

Sin embargo, se considera aquí que para efectos de claridad y coherencia normativa, la reforma propuesta para el artículo 505 resulta necesaria en virtud de que este es la referencia más directa que establece el Código Civil respecto al tema del subsuelo en Costa Rica.

Otra de las posibilidades de esta propuesta es la redacción de una ley especial, la cual debería denominarse Ley Reguladora del Uso del Subsuelo Urbano. Consideran estos autores que esta deberá establecer una regulación en la cual el subsuelo urbano sea definido de manera precisa como bien de dominio público. No obstante el particular, podrá disponer del subsuelo de acuerdo con el interés que tenga sobre este, relacionándolo con lo que establezca el plan regulador. Para lograr esa armonía respecto al plan habrá que, conjuntamente, reformar el artículo 16 de la Ley de Planificación Urbana para incluir en este una atribución más al ente municipal, a fin de regular el uso del subsuelo en el territorio.

Esta regulación del subsuelo como bien de dominio público, deberá contenerse dentro del Código Civil, específicamente en el artículo 261. Mediante la reforma de este se incluirá un párrafo entre el primero y el segundo donde deberá establecerse la demanialidad de estos espacios, haciendo la salvedad de lo que se establezca en cada plan regulador local y en la normativa del INVU.

Además, se considera necesaria para estos efectos, una reforma al artículo 383 dentro del cual se incluyan las limitaciones que posee la propiedad

sobre el subsuelo. También debe establecer lo relativo al interés que se posea sobre esta para su aprovechamiento.

En caso de inclinarse por la redacción de una ley especial como la mencionada ley reguladora del uso del subsuelo urbano, se debe tener presente que deberá contener esta un artículo que haga referencia a la competencia para regular estos espacios; asimismo, será necesario establecer a quién le corresponde emitir las licencias de uso.

Junto con este artículo, se considera importante la inclusión de una lista taxativa que defina cuáles son las obras permitidas en el subsuelo, así como su destino. El dejar a la libre voluntad el tipo de desarrollos a construir, sería un error que permitiría una libre disposición del espacio subterráneo que no estos autores no pretenden apoyar, por su facilidad de convertirse en arbitrariedad.

En general, la reforma normativa sobre el subsuelo deberá partir de una concepción de estos espacios muy distinta a la simplemente minera. El enfoque del subsuelo debe ver este como un bien inmueble sumamente valioso, escaso y capaz de resolver muchos de las problemáticas del urbanismo moderno. Razón por la cual, inclusive, deberá esta reforma prever un sistema de matriculación autónoma que permita la segregación de estos espacios para así permitir la inscripción de fincas en el subsuelo donde exista más que el interés presente, el interés público o privado.

Por otro lado, pero siempre con referencia al proyecto de ley, cabe destacar que las otras dos normas que se planea sean reformadas, dejan la impresión de haber tomado partido en la discusión sobre el régimen del subsuelo. Lo cual es entendible en tanto la Administración Pública debe prever los supuestos de hecho que los diferentes tiempos y circunstancias le presenten.

Con respecto a la reforma del artículo 22 del Código Procesal Contencioso Administrativo y el rendimiento de garantías por parte de los accionantes que pretendan demandar al Estado y soliciten el establecimiento de una medida cautelar, estos autores consideran que en sí, constituye un seguro a que el interés público no se disuelva durante el tiempo que tarde el Tribunal en tomar una decisión. Ello es entendible para quienes suscriben el fundamento de las teorías que argumentan a favor de la conservación del acto administrativo, entre tanto no se generen retrasos en la finalización de obras de interés público.

Sin embargo, se considera que habría que oponerse a esta reforma al Código Procesal Contencioso Administrativo, pues el fijar una garantía obligatoria para todos los casos de medidas cautelares de obra pública, podría afectar el principio constitucional a la tutela judicial efectiva.

En casos donde se pretenda demandar al Estado y sus instituciones sobre la base de indemnizaciones por daños derivados del acto administrativo, deberá cumplirse con una serie de presupuestos –entre ellos el *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, el equilibrio de intereses- para optar por la aplicación de una de las medidas cautelares. Estas serían nugatorias o prácticamente imposibles si se les impone a todas y a cada una, la obligación de rendir una garantía.

Esa propuesta de reforma carece de todo sentido, en el tanto lo referido ahí en el artículo 22 ya se encuentra contemplado en el mismo Código con las medidas de contra cautela en el artículo 28. De manera que ya existe una regla de medida de ponderación para la protección de los derechos e intereses de alguna de las partes, de terceros o del interés público.

Podría tener esta propuesta de reforma del artículo 22 del CPCA vicios de inconstitucionalidad debido a que al obligar a rendir garantía, se está coartando de manera ilegal el derecho de accionar el sistema judicial y así se afecta de manera significativa el derecho a la tutela judicial efectiva. Sería una afectación

universal, generalizada e inconveniente para las medidas cautelares porque tajantemente establece que será aplicada a toda obra pública. No es posible pensar en una reforma que, de manera irrestricta, pretenda el rendimiento de una garantía para cualquier tipo de circunstancia.

Por último, la reforma a la Ley de Expropiaciones de manera parcializada demuestra como los diputados proponentes pretenden extender la capacidad expropiatoria del Estado de manera absoluta sobre el subsuelo, dejando intacto solamente la superficie del suelo.

Al respecto, cobra importancia la distinción descrita en este trabajo sobre aquellas limitaciones que –debido a su grave lesión al derecho de propiedad– conllevan necesariamente algún tipo de indemnización, y aquellas que no. Es comprensible la redacción de una norma que deje en claro el hecho de no indemnizar a quien se le prive de un derecho del cual nunca dispuso, o incluso del cual nunca se enteró que poseía.

Si para el sujeto privado el uso del subsuelo que se encuentra por debajo de su propiedad se lleva a cabo a una profundidad tal que, a través de los años no demuestra consecuencias o cambios a nivel de la superficie del suelo, el principio a seguir será el no indemnizatorio. Lo cual, a criterio de los autores de este trabajo, sería válidamente establecido en la Ley de Expropiaciones por ser esta la norma especial encargada de dicho instituto jurídico tan propio del Derecho Administrativo.

En general, el proyecto no indica qué entidad y bajo qué instrumento se establecerán los límites que definirán el interés o utilidad real, actual y razonable del propietario. Y a su vez no se dispone el plazo en que se deberá emitir la normativa que contenga dichas atribuciones de responsabilidad.

De manera que es necesario incluir quién, cómo y en qué plazo se establecerá la normativa que permitirá resolver los casos concretos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Albaladejo, Manuel (1970). Derecho Civil. Quinta Edición. Barcelona, España. Editorial Bosch.
- Alberto Jaime (2004). Uso del espacio del subsuelo. México. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. 1 Edición.
- Arguello, Luis Rodolfo (1996). Manual de Derecho Romano (Historia e Instituciones). Editorial Astrea. Argentina.
- Brenes Córdoba, Alberto. (2001). Tratado de los bienes. San José: Editorial Juricentro. Séptima edición.
- Calvo Murillo, Virgilio (1983). Derecho de propiedad, derecho urbanístico en la propiedad. San José: Juricentro.
- Calvo, Virgilio (1977) Derecho de propiedad, derecho urbanístico. San José Editorial Juricentro
- Calvo, Virgilio (1983). Derecho de propiedad, derecho urbanístico en la propiedad. San José, Costa Rica.
- Carceller Fernández, Antonio (1993). Introducción al Derecho Urbanístico. Segunda edición. Madrid. Editorial Tecnos.
- Costa Rica Oil Corporation (1921). Estudio sobre la ley del subsuelo y observaciones de la misma. San José: Editorial Alsina.
- Díez Picasso, Luis (1978). Sistema de Derecho Civil. Segunda reimpresión. Madrid, España, Editorial Tecnos.
- Escriche, Joaquín (1985). Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo I. Segunda Edición. México.
- Haba Müller, Enrique Pedro (2007). Axiología jurídica fundamental, bases de valoración en el discurso jurídico. Editorial UCR, San José Costa Rica.
- Ihering, Rudolf Von (2004). La lucha por el derecho. Segunda edición. Buenos

Aires. Editorial Valletta.

- Jinesta Lobo, Ernesto (2007). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Primera edición. San José. Editorial Jurídica Continental.
- Jorge Arturo Matheu Delgado (2011). Derecho de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y Jurisprudencia. 1 Edición. España: Dykinson.
- La Plenitud del ordenamiento jurídico. Editorial Los Andes –Buenos Aires, 2005.
- María Becerra González (1967). Principios de la construcción mexicana de 1917 relacionados con el subsuelo, antecedentes doctrinales y legislativos, principios fundamentales contenidos en la constitución en su versión original y cambios operados después de 1917. México: Editorial UNAM. 1 Edición.
- Martín Mateo, Ramón (1973). Ordenación del sector público en España. Madrid. Editorial Civitas.
- Medina Pabón, Juan Enrique (2011). Derecho Civil. Aproximación al Derecho. Derecho de personas. 2 Edición. Colombia. Editorial Universidad del Rosario.
- Meoño Segura, Johnny (1896). Administración pública. Teoría y práctica. 1 Edición. San José. Editorial Universidad de Costa Rica.
- Pacheco Murillo, Arturo (2008). La nueva Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio y la Propiedad Horizontal en Costa Rica. Experiencias y problemas Concretos. Cuarta reimpression. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Parada Ramón (2007). Derecho Urbanístico. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Puig Peña, Federico (1972). Compendio de Derecho Civil Español. Tomo II. Segunda Edición. Pamplona. Editorial Aranzadi.
- Ripert Georges y Boulanger Jean (1965). Tratado de Derecho Civil. Tomo IV. Buenos Aires, Editorial La Ley.
- Rodríguez Luño Ángel (1989). Ética. Tercera reimpression. España. EUNSA. Página 163.
- Rojas, Magda Inés (1980). El Poder Ejecutivo en Costa Rica. Primera edición. San José. Editorial Juricentro.

- Rojas Morales, Iris Rocío (2010). Derecho urbanístico costarricense. San José. Editorial Investigaciones Jurídicas.
- Sánchez Moro, Miguel (1994) Discrecionalidad administrativa y control judicial. Editorial Tecnos. Madrid, España.
- Sancho González, Eduardo (1999). El fundamento constitucional del derecho de propiedad. San José. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Sarria Eustorgio (1960). Régimen jurídico del subsuelo: esquema de un curso de derecho de minas. Colombia. 1 Edición.
- Segal, Rubén (1960). Dominio y jurisdicción del suelo. Primera parte. Santa Fe: Editorial Universidad Nacional del Litoral.
- Spadaccini, G (1969). Urbanística Edilizia Espropriazioni. Roma. Casa Ed. Stamperia Nazion.
- Zabala Herrero Marisa (2002). Régimen jurídico del subsuelo urbanístico. España. Editorial Montecorvo S.A.
- Ortiz Ortiz, Eduardo (1987). La municipalidad en Costa Rica. Madrid. Instituto de Estudios de Administración Local.
- Alberto J. Arnau Esteller. 2011. “Aparcamientos subterráneos en el subsuelo municipal”. Tomo III. Tercera Edición. Madrid. Editorial Iustel.
- Marrero García-Rojo, Ángel (1996). Algunas notas sobre la discrecionalidad en la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Madrid. Editorial Civitas, S.A.
- López Menudo, Francisco (1996). El control judicial de la administración en la constitución española. Editorial Civitas, S.A.
- Jiménez Acuña, Enrique (1998). Urbanización y derecho. Elementos para su análisis en Costa Rica”. San José. Editorial J & C Editores.
- Roxana Salazar (1993). Proyectos de urbanización. El derecho a un ambiente sano. San José. Litografía Lill.
- Tomas Ramón Fernández (1980). Manual de derecho urbanístico. Madrid. Editorial Publicaciones Abella.
- Matheu Delgado, Jorge Arturo (2011). Derecho de vuelo y subsuelo. Doctrina registral y Jurisprudencia, España: Dykinson.

- Colin Ambrosio y Capitant Humberto (1942). Curso elemental de Derecho Civil. Tomo Segundo. Volumen Segundo. Editorial Reus.
- Costa Rica Oil Corporation (1920) El petróleo para los costarricenses: la ley del subsuelo. 1 Edición. San José: Editorial Lehmann.

Tesis de grado

- Amey Gómez, Paola y Calvo Gómez, Rita (2004). La aplicación de políticas ambientales en la planificación urbanística de Costa Rica. Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- Azuero, F; Barrios, I; Burgos, B (2001). Algunos aspectos jurídicos de La propiedad del Subsuelo Petrolífero Frente a las Minorías Étnicas. Tesis de graduación para optar por el grado de abogado. Pontificia Universidad Javeriana de Colombia.
- Chaves Rodríguez, Luis Fernando (1989). Observaciones sobre el derecho de accesión. Tesis para optar por el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.
- Cordero Madriz, Maritza (1999). Estudio comparativo entre el decreto de 1982 del gran área metropolitana y el decreto de 1997 a la luz de la Ley Orgánica del Ambiente. Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- González Granajo, Maritza y Hernández Hernández, Ronaldo (2005). Urbanismo, pragmatismo y discrecionalidad. Reflexiones. Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- Gómez Zúñiga, María de los Ángeles (2007). Los convenios de colaboración y cooperación interinstitucional en el marco de las relaciones contractuales de la Administración Pública. Tesis para optar por el Grado de Licenciado en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.

- Gutiérrez, Rodrigo Alberto (1986). La propiedad privada y su función social. Tesis para optar por el Grado de Licenciado en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.
- Gutiérrez Berrocal, Gloria Vanessa (2000). Las urbanizaciones privadas como forma de propiedad colectiva: su regulación en Costa Rica. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- León Rodríguez, Jorge (1998). Efectos del plan director urbano del cantón central de San José sobre la propiedad. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- Ortega Elizondo, María del Rocío y Pal Hegedus, George (1984). Las ciudades y los planes urbanísticos. Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- Vargas Brenes, Wilbert Enrique (1981). El derecho urbanístico y las limitaciones a la propiedad. Tesis de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Tesis de postgrado

- González Gramajo Maritza, Hernández Hernández Ronaldo. 2005. Urbanismo, Pragmatismo y Discrecionalidad, reflexiones. Trabajo de graduación de Maestría en Derecho Público. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Seminarios de graduación

- Araya Solano, Rodrigo Eduardo; Herrera Muñoz, Roy de Jesús; Infante Meléndez, Gustavo Adolfo; Salas Chávez, Francisco. (1995). Las limitaciones

a los derechos fundamentales en los campos urbanísticos y ambiental, con referencia al campo salud. Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Jurisprudencia

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 565, a las dieciocho horas con veintiún minutos del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 4205-96 a las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 3550-92 a las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos.
- Sala Constitucional del Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 02162 a las doce horas veintidós minutos del veintisiete de febrero del dos mil cuatro.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 06524 a las dieciséis horas con treinta y tres minutos del dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y ocho
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 2011002096 a las catorce horas y cincuenta y uno minutos del veintitrés de febrero del dos mil once.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 4206 a las catorce horas treinta y seis minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 4465, a las diez horas veintiún minutos del once de junio de mil novecientos noventa y nueve.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 6469 a las dieciséis horas veinte minutos del ocho de octubre de mil novecientos noventa y siete
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 5445 a la a las catorce horas con treinta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 6706 a las quince horas veintiún minutos del veintiuno de diciembre de mil novecientos noventa y tres.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 13330 a las diecisiete horas con treinta y tres minutos del seis de setiembre del dos mil seis.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 13330 a las diecisiete horas con treinta y tres minutos del seis de setiembre del dos mil seis.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 479 a las diecisiete horas del once de mayo de mil novecientos noventa.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 015218 a las doce horas del diecinueve de octubre del dos mil siete.
- Tribunal Contencioso Administrativo del II Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 115 a las quince horas quince minutos del trece de mayo de dos mil once.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 750 de las dieciséis horas treinta minutos del dos de octubre de dos mil dos.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 03656 a las catorce horas con cuarenta y tres minutos del siete de mayo del dos mil tres.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 01923 a las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del veinticinco de febrero del dos mil cuatro.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 5305-93 a las diez horas seis minutos del veintidós de octubre de mil novecientos noventa y tres.
- Tribunal Contencioso Administrativo del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 210 a las quince horas cincuenta y cuatro minutos del siete de octubre del dos mil once.
- Tribunal Contencioso Administrativo y del II Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 115 a las quince horas con trece minutos del trece de mayo de dos mil once.
- Tribunal Contencioso Administrativo y del II Circuito Judicial de San José. Sentencia N° 115 a las quince horas con trece minutos del trece de mayo de dos mil once.

Revistas en español

- Arias, Luis (1970) “Las limitaciones a la propiedad en nuestra historia constitucional”. Revista de Ciencias Jurídicas. 15 (1): 335-361. Junio.
- Calvo Murillo, Virgilio F. (1999) “Derecho Urbanístico, Derecho Ambiental y la técnica autorizatoria” .Revista de Ciencias Jurídicas. 90 (1): 61-72. May –Ago.
- Fernández Richard - Felipe Holmes Salvo, José (2009). "Uso del subsuelo urbano." Jurídica de Chile. 4 (1): 167-170. Noviembre.
- Goñi Rodríguez de Almeida, María. (2007) “Derechos reales: el subsuelo como finca registral independiente”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 702 (1): 1827-1833. Septiembre.
- Hernández Hernández, Ronaldo. (2010) “Situación jurídica de los cementerios públicos”. Revista Judicial. 95 (1): 107-145. Marzo.
- Jurado, Julio (2010). “La potestad pública de planificación urbana y la jurisprudencia constitucional” Revista de Ciencias Jurídicas. (123)13-29. Set-Dic.

- López Fernández, Luis Miguel. (2002) “Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo”. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente. 36 (2): 11-58. Julio-agosto.
- Luque Jiménez, María del Carmen. La configuración registral del subsuelo. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. (172).
- Nieto, Alejandro. (1990). "El subsuelo urbanístico". Revista Española de Derecho Administrativo. 66 (1): 187-200.
- Sainz Moreno, Fernando (1990) “El subsuelo urbano”. Revista de Administración Pública. 122 (1): 153-208. Mayo-agosto.
- Traviesas, Manuel. (1919) “Ocupación, accesión y especificación”. Revista de Derecho Privado. 73 (1): 291-414. Octubre.
- Zeledón Zeledón, Ricardo (1982). “En busca de un nuevo concepto de propiedad”. Revista Judicial. Año VI (22). Jul.

Normativa

- Constitución Política de la República de Costa Rica.
- Constitución Política de la República de Colombia.
- Código Civil de Costa Rica. Ley número 30 del 19 de abril de 1885;
- Código Municipal. Ley N° 7794 del veintisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho.
- Código de Minería. Ley Número 6797 del 4 de diciembre de 1982.
- Código Civil Francés París Francia.
- Código Civil de Argentina. Ley número 340 del 29 de septiembre de 1869.
- Código Civil de la República Argentina. Ley número 340 de 1° de enero de 1871.
- Código Civil Chileno de 22 de noviembre de 1855.
- Código Civil de la República de Colombia Ley número 57 de 1887.
- Código Minero de la República de Colombia, Ley número 685 del 15 de agosto de 2001.
- Ley de Planificación Urbana. Ley número 4240 del 15 de noviembre de 1968.

- Ley de Construcciones, Ley número 833 del 2 de noviembre de 1949.
- Ley de Planificación Urbana, Ley número 4240 del 15 de noviembre de 1968.
- Ley Orgánica del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, Ley número 1788 del 24 de agosto de 1954.
- Ley de Aguas, Ley número 276 del veintiséis de agosto de mil novecientos cuarenta y dos.
- Ley Orgánica del Ambiente, Ley número 7554 del veintiocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.
- Ley de Patrimonio Nacional Arqueológico, Ley número 6703 del de 28 de diciembre de 198.
- Ley de Uso, Manejo y Conservación del Suelo, Ley número 7779 del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y ocho.
- Ley de Construcciones, Ley número 833 del dos de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve
- Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Decreto con Fuerza de Ley número 1-19.704 del 27 de diciembre de dos mil once.
- Ley de Minas de España, Decreto-Ley de 6 de julio de 1859, reformada por la de 4 de marzo de mil ochocientos sesenta y ocho.
- Decreto Nacional de la República de Colombia N° 1469 del 30 de abril de dos mil diez.
- Reglamento a la Ley de Hidrocarburos, decreto número N° 24735-MIRENEM de veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.
- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.
- Real Decreto Español número 2187/1978 del 23 de junio de 1978.
- Contraloría General de la República de Chile. Dictamen N° 21993 del 14 de Julio de 1997.

Páginas Web

- Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014, visto en: Ministerio de Planificación Nacional y Política Exterior. <
<http://documentos.mideplan.go.cr/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/122fcd1c-53a7-47a7-a0ad-84cac6f1d7b9/PND-2011-2014-Maria-Teresa-Obregon-Zamora.pdf>> [Consulta: 23 de mayo del 2013].
- Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos. <
http://www.mivah.go.cr/Documentos/potgam/PROPUESTAS-3_21_AGOСТО_2012.pdf> [Consulta: 3 de mayo de 2013].
- Federación de Municipios del Istmo Centroamericano, FEMICA. <
<http://www.femica.org/areas/modambiental/archivos/docs/Institucionalidad%20del%20plan%20nacional%20de%20desarrollo%20urbano%20San%20Jose,%20Costa%20Rica.pdf>> [Consulta: 24 de mayo de 2013].
- Ministerio de Vivienda y Asentamientos Humanos. <
<http://foro.mivah.go.cr/documentos/pnud/Urbanismo.pdf>> [Consulta: 19 de mayo de 2013].
- El subsuelo en España. Visto en: <
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/repjurad/cont/3/art/art3.pdf>, el 14 de junio de 2013.
- La Real Academia Española. Visto en: <http://www.rae.es/drae/>. [Consulta: 20 de julio de 2013].
- Instituto de Desarrollo Urbano. (2013). <
http://www.idu.gov.co/web/guest/lic_excavaciones>. [Consulta: 8 agosto. 2013].

Otros

- Jinesta, Ernesto (2008). "Planificación urbanística local en la jurisprudencia constitucional". Congreso Internacional de Derecho Urbanístico. Lugar: San José, Costa Rica. 1 Fecha: 15 - 17 mayo.

- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid, España. Decimonovena edición. 1970.
- León XIII, Encíclica Apostólica Rerum Novarum.
- Juan XXIII. Encíclica Apostólica Mater et Magistra.
- Navarro Fallas, Román A. (2008) “Derecho constitucional de propiedad privada”. Antología de la Cátedra de Derechos Reales I. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 2010.