

Exp. 04-001271-0163-CA

Res. 000199-F-S1-2010

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas treinta minutos del cuatro de febrero de dos mil diez.

Proceso ordinario establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, por **la actora 1, la actora 2**, ambas representadas por apoderado generalísimo sin límite de suma **C., [...], la actora 3, [...]**; contra el **ESTADO**, representado por las procuradoras Ana Cecilia Chen Apuy, vecina de Heredia, y Maureen Medrano Brenes. Figuran como apoderados especiales judiciales de la parte actora, Eduardo Sancho González y Miguel Eduardo Sancho Monge. Las personas físicas son mayores de edad, y con las salvedades hechas, casados, abogados y vecinos de San José.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, la parte actora estableció demanda cuya cuantía se fijó en la suma de cincuenta millones de colones, a fin de que en sentencia se declare: *“a.- Que es absolutamente nula, por arbitraria, la medida cautelar dictada por el MINAE mediante resolución SRSJ-061-03, de las 14:10 horas, del 27 de enero del 2002; b.- Que como consecuencia de la nulidad*

que se declara, se restituye a la parte actora en el pleno goce de sus derechos fundamentales, derivados de los permisos y licencias de construcción de la Urbanización [...], ubicada en el Cantón de Vázquez de Coronado; c.- Que debe, el Estado, resarcir plenariamente –“restitutio in íntegrum”- a la parte actora, de todos los daños –incluido el moral- y perjuicios irrogados, con el dictado de la medida cautelar que se anula, los que se liquidarán en la vía de ejecución de sentencia. d.- Que son ambas costas a cargo del Estado.”

2.- El representante estatal contestó negativamente y opuso la defensa previa de litisconsorcio pasivo necesario, la cual fue rechazada interlocutoriamente, así como las excepciones de falta de derecho y la expresión genérica de “*sine actione agit*”.

3.- El Juez Otto González Vilchez, en sentencia no. 1223-07 de las 8 horas del 19 de noviembre de 2007, resolvió: *“Se declara sin lugar la excepción de litis consorcio pasivo necesario. Se declaran con lugar las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva y falta de interés actual. Se declara sin lugar en todos sus extremos la demanda interpuesta por **la actora 2, la actora 1 y la actora 3** contra **EL** (sic) **ESTADO**. Se condena al pago de ambas costas de este asunto a la parte actora.”*

4.- El licenciado Sancho González, en su expresado carácter, apeló; y el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Décima, integrado por la Juezas Alinne Solano Ramírez, Judith Reyes Castillo, y el Juez Jonatán Canales Hernández, en sentencia no. 32-2009 de las 11 horas 40 minutos del 3 de marzo de 2009, resolvió: *“Se declara sin lugar el recurso de apelación de las actoras y se confirma la sentencia impugnada.”*

5.- Los representantes del actor formulan recurso de casación indicando las razones en que se apoyan para refutar la tesis del Tribunal de instancia.

Redacta el Magistrado González Camacho

CONSIDERANDO

I.- La **actora 2 y la actora 1** iniciaron el desarrollo de un proyecto habitacional en su propiedad, ubicada en Vázquez de Coronado, y que se denominaría [...]. El funcionario del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, **F.**, en una visita de inspección, determinó que se dio una invasión de un área de protección de una naciente permanente con obras constructivas. Como consecuencia de lo anterior, procedió a interponer la denuncia penal correspondiente ante la Fiscalía del Segundo Circulito Judicial de San José, causa que se tramitó bajo el número de expediente [...]. El Área de Conservación de la Oficina Subregional de San José, del Ministerio de Ambiente y Energía, mediante oficio SRSJ-061-03, emitió una medida cautelar en la que se ordenó la abstención de continuar con las labores dentro de esa área. Inconforme las interesadas con dicho acto, lo impugnaron hasta agotar la vía administrativa. Las empresas indicadas interpusieron proceso contencioso administrativo en el que solicitan, en lo medular, que se declare nula la medida cautelar dictada, y en consecuencia, se les restituya en el pleno goce de sus derechos fundamentales, derivados de los permisos y licencias de construcción, se le indemnicen todos los daños y perjuicios irrogados, los que se liquidarán en ejecución de sentencia. Requiere, además, se condene al Estado al pago de ambas costas. La representación estatal se opuso y planteó la excepción previa de litisconsorcio pasivo necesario, rechazada mediante resolución interlocutoria no.

1130-2003, de las 10 horas del 28 de setiembre de 2006. Asimismo, interpuso las de falta de derecho y la denominación genérica de "sine actione agit". El juez de primera instancia se refirió nuevamente a la defensa previa de litisconsorcio pasivo necesario, la cual rechazó, y acogió la de falta de derecho por lo que declaró sin lugar en todos sus extremos la demanda, condenando a las actoras al pago de ambas costas. El Tribunal, por su parte, confirmó la sentencia. Acude en casación el representante de las actoras.

II.- Como **primer** motivo, acusa un error de derecho en la valoración de los hechos probados 10 y 18, así como el segundo hecho no probado, por violación a las reglas de la sana crítica (numeral 330 del Código Procesal Civil) y del valor probatorio de los documentos públicos (ordinales 369 y 370 del mismo cuerpo normativo). Endilga conculcados los principios generales del derecho que informan las medidas cautelares, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 7 de la Ley General de Administración Pública (en lo sucesivo, LGAP), así como el cardinal 145 LGAP. Aclara que en la formulación del recurso, hace referencia tanto al cuadro fáctico que tuvieron por acreditado el Juzgado y el Tribunal, debido a que este último confirmó la mayoría de los hechos fijados por el primero. En cuanto al hecho probado 18, narra, se tiene por acreditado que el acto que impone la medida cautelar impugnada es la resolución administrativa SRSJ-061-03, la cual limita sus efectos temporales o su eficacia hasta tanto el Tribunal Ambiental Administrativo adopte la decisión final. En el número 10, apunta, se tiene por acreditado que mediante oficio TAA-212-02, este órgano se declaró incompetente, por lo que resulta imposible tramitar un proceso administrativo contra el proyecto de los actores, y en el hecho no probado identificado con el número dos,

adicionado por el Ad quem, se establece que no se ha demostrado la existencia de algún proceso administrativo sancionatorio establecido con posterioridad a la medida cautelar ante el Tribunal Ambiental Administrativo. Asevera, no se valoró en forma correcta el oficio TAA-212-02, el cual, por ser documento público, constituye plena prueba, mediante el cual se determina que no hay proceso administrativo alguno al cual se pueda subordinar la medida cautelar. Arguye, los fallos de instancia reconocen, de manera tácita, este hecho, por lo que, en forma oficiosa han intentado subsanar dicha situación subordinando la medida cautelar a la causa penal tramitada bajo el expediente [...], lo que califica como incorrecto. Esto por cuanto, afirma, el acto en cuestión sujeta su validez y eficacia al dictado del acto final del procedimiento administrativo ordinario y no al judicial. En todo caso, agrega, la causa penal fue desestimada desde el año 2006, mediante sentencia de las 7 horas 40 minutos del 5 de mayo de ese año. Como consecuencia de lo anterior, expone, se violentan los principios de subordinación y accesoriedad (o instrumentalidad) de las medidas cautelares, aplicables en virtud de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del numeral 7 de la LGAP, en ausencia de disposiciones normativas que regulan la materia, y que adquieren rango de ley. En este sentido, plantea, el ordenamiento jurídico costarricense no regula las características y naturaleza de dicho instituto procesal. Desarrolla el concepto de medida cautelar y destaca que su finalidad es el aseguramiento del objeto en un proceso principal, por lo que también se les conoce como asegurativas. En respaldo de lo anterior, cita al autor colombiano Devis Echandía. Señala que si bien no existe coincidencia en cuanto a las características, dentro de las cuales cita la instrumentalidad, provisionalidad, sumariedad y urgencia, si

existe uniformidad respecto a las dos primeras. Según la primera, indica, las medidas cautelares sostienen una relación de servicio respecto del proceso principal en el que son dictadas. Explica, la dependencia es tal que, una vez que este último finaliza, la medida deja de existir. En cuanto a la provisionalidad, dice, esta tiene una limitación temporal, puesto que se extingue al momento de dictarse una resolución definitiva, por lo que su duración viene a ser determinada por la pendencia del proceso principal. Transcribe, en refuerzo de lo anterior, lo expuesto por el autor costarricense Jinesta Lobo. Respecto del caso concreto, aduce, al no existir procedimiento administrativo, y siendo que el propio acto mediante el cual se adoptó condicionó sus efectos a la finalización de éste, la violación se vuelve más grosera. De igual forma, endilga quebranto del numeral 145 de la LGAP ya que el acto contenía el límite temporal indicado. Concluye, al día de hoy, 6 años después de dictada la medida cautelar, la cual se supone provisional o de efectos limitados en el tiempo, se ha perpetuado y mantiene su vigencia. Como **segundo** motivo, considera vulnerado, por errónea interpretación, los ordinales 33 y 34 de la Ley Forestal, los cuales, refiere, deben ser analizados en forma conjunta, así como su aplicación indebida, por lo que se conculca el numeral III.3.7.6 del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones. Expone, la propia Procuraduría General de la República, en ejercicio de su competencia consultiva, ha dado el sentido correcto de dichas normas, para lo cual transcribe parcialmente el dictamen C-295-2001, en donde, afirma, la zona de prohibición de 100 metros se refiere, únicamente, a la corta de árboles. Con base en las opiniones jurídicas OJ-022-99 del 19 de febrero de 1999 y OJ-064-2002 (sin indicar su

fecha) plantea que la posición de la Procuraduría es más explícita al indicar que esa zona de protección es una limitación de corta de árboles, y que la titularidad de esa área le pertenece al dueño registral del inmueble, ya que ambas normas se encuentran dentro del capítulo sobre propiedad forestal privada. Además, señala, el pronunciamiento hace referencia al Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamiento y Urbanizaciones del INVU, según el cual, la prohibición para construir alrededor de nacientes es en un radio de 50 metros. Aclara lo anterior explicando que dentro de los 100 metros, no se puede talar árboles, y dentro de los 50 metros, no se puede construir. Por ello considera que se ha incurrido en una interpretación indebida al prohibirse la construcción dentro de la primera de estas zonas. Por ello, aduce, el Ad quem debió determinar que la medida cautelar resultaba contraria a derecho, y que nunca se estableció ni se comprobó que el desarrollo urbanístico en la zona del proyecto hubiese derivado en la corta de árboles, como es lógico entender ya que la naciente se ubica en una propiedad ajena y que nada tiene que ver con el inmueble de las sociedades actoras.

III.- En su primer reparo, el recurrente cuestiona la validez de la medida cautelar por cuanto vulnera los principios generales del derecho aplicables al régimen cautelar en materia administrativa. En primer término, debe aclararse que si bien la censura fue planteada como un error de derecho, esto es, una violación indirecta, lo cierto del caso es que su reclamo no se dirige a cuestionar la valoración del elenco probatorio y la fijación del cuadro fáctico, que con base en este, fue realizada en primera y segunda instancia. Lo anterior resulta más claro si se observa que el propio

recurrente se basa en los hechos que se tuvieron por acreditados y por no demostrados para afirmar la improcedencia de la medida cautelar. En este sentido, lo que se cuestiona es la aplicación del régimen cautelar al caso en concreto, por lo que la censura debe ser recalificada como una violación directa, por falta de aplicación. Ahora bien, es importante destacar que el recurrente no cuestiona la posibilidad que tiene la Administración Pública para adoptar la medida en cuestión, sin embargo, es importante realizar algunas precisiones sobre el régimen cautelar en sede administrativa. El tema de las medidas cautelares ha sido analizado, primordialmente, a partir del proceso jurisdiccional, sin embargo, la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones, y en particular, en relación con los procedimientos administrativos que debe seguir para la emisión de actos administrativos que inciden sobre la esfera jurídica de los particulares (artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública), se ubica en una situación similar a la de los órganos jurisdiccionales. Esto es, de cara al procedimiento administrativo, en determinados casos surge la necesidad de evitar que se produzca un daño de imposible o difícil reparación en tanto se adopta la decisión final. Desde esta perspectiva, el marco general de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, así como sus alcances, características y requisitos, resulta aplicable, *mutatis mutandi*, en sede administrativa. En esta línea, la Ley General de la Administración Pública prevé la posibilidad de suspender los efectos del acto administrativo, a pesar del principio de ejecutoriedad, cuando su ejecución pueda causar daños de difícil o imposible reparación. No obstante, no debe entenderse que esta es la única medida con que cuenta la Administración. La ausencia de una

regulación más amplia del tema no conlleva a que el régimen cautelar se agote en el incidente de suspensión. Por el contrario, dicha facultad es consustancial a la tramitación del procedimiento administrativo, por lo que el órgano competente puede adoptar aquellas medidas que considere oportunas, sin que por ello vulnere el principio de legalidad. Se trata de una potestad implícita, habilitada por la regulación de los fines públicos (los cuales siempre se derivan del ordenamiento jurídico) cuya consecución busca el respectivo procedimiento administrativo del cual pende, y a los cuales se encuentra supeditado. En materia ambiental, esta habilitación se ve reforzada en tanto se reconoce el derecho fundamental de toda persona a un "*ambiente sano y ecológicamente equilibrado*" y concomitantemente, el deber constitucional del Estado de "*garantizar, defender y preservar ese derecho*" (ordinal 50 de la Carta Magna). Ahora bien, la medida cautelar puede ser conceptualizada como aquella decisión del juez o del órgano administrativo, según el caso, en donde se dispone una protección, necesaria, idónea y temporal a un derecho, interés (el cual puede ser incluso difuso) o situación jurídica a efectos de evitar un daño de imposible o difícil reparación que incida o pueda incidir en el objeto del proceso o procedimiento o en la ejecución de la resolución final. Esta puede ser adoptada durante la tramitación del proceso o procedimiento, o bien con anterioridad, a condición de que se interponga el principal. Ahora bien, en cuanto a los principios que le son aplicables, y en lo que interesa para el caso concreto, es necesario referirse a los de instrumentalidad y provisionalidad. En cuanto al primero, calificado también como accesoriedad, se refiere a la función indicada de garantizar la efectividad –que no necesariamente ejecución- de la decisión

final que se adopte. Así, la medida cautelar se encuentra vinculada y supeditada al procedimiento principal (de ahí que se haga la distinción entre proceso cautelar y principal), de forma tal que esta, sólo puede ser dictada con motivo de aquél. Adquiere, en consecuencia, una posición vicarial, al servicio del procedimiento principal. De igual forma, en caso de que el procedimiento finalice por cualquier otra causa, o bien, que no se interponga, la medida adoptada no puede subsistir, por lo que se da su decaimiento. La provisionalidad, por su parte, se refiere a la eficacia temporal de la medida cautelar. En este sentido, la resolución final viene a extinguir y/o sustituir la previsión adoptada en forma interlocutoria.

IV.- Como se indicó, la censura del recurrente no viene a cuestionar la facultad de la Administración para adoptar medidas cautelares, sino por el contrario, a recriminar que el acto contenido en el oficio SRSJ-061-03 de las 14 horas 10 minutos del 27 de enero de 2003, objeto de impugnación en el presente proceso, resulta disconforme con el ordenamiento jurídico, al vulnerar los principios de instrumentalidad y provisionalidad, así como el 145 de la Ley General de la Administración Pública. En la especie, se puede observar que el oficio impugnando ordenó la paralización de las obras en el área protegida como un mecanismo para asegurar la efectividad de lo que en definitiva se resolviera en sede administrativa sobre la supuesta invasión realizada por la empresa actora. Lo anterior se desprende de la parte dispositiva del acto en cuestión, en donde se indica, textualmente: *“Los efectos de esta medida cautelar interlocutoria persistirán hasta que el Tribunal Ambiental Administrativo dicte el acto final del procedimiento ordinario administrativo.”* Esta condición suspensiva, consustancial a la figura y

manifestación de los principios a que se ha hecho referencia en el considerando anterior, según lo ya explicado, no se dio. Tal y como se tuvo por probado en la sentencia de primera instancia, y que fue ratificado por el Ad quem, mediante el oficio TAA-212-02, el Tribunal Ambiental Administrativo consideró que resultaba incompetente para conocer la denuncia interpuesta por haber sido presentada en forma previa en sede penal. De igual forma, no consta prueba de que se haya iniciado, o que se esté tramitando, ningún procedimiento administrativo para definir la situación jurídica de las sociedades actoras en relación con el proyecto urbanístico. En virtud de lo anterior, lleva razón el recurrente cuando endilga el quebranto de los principios de instrumentalidad y provisionalidad, los cuales, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 de la Ley General de la Administración Pública, ante el vacío normativo que existe en la materia, adquieren rango legal. En este sentido, no resulta admisible el criterio expuesto por el Tribunal cuando aduce que *“las medidas acordadas por el Ministerio de Ambiente y Energía, serían el primer paso en la recuperación de bienes pertenecientes a la Nación”*. Tal y como se ha indicado, las medidas cautelares se dan en función de un procedimiento principal que, en el caso concreto, y según se desprende del considerando segundo del acto impugnado, es la denuncia ante el Tribunal Ambiental Administrativo por la invasión de un área protegida. En este sentido, dicho oficio, luego de afirmar que el objetivo es prevenir una afectación de bienes demaniales, ratifica las potestades sancionatorias de la Administración Pública según el numeral 9 de la Ley Orgánica del Ambiente, y señala: *“En el presente caso se ha acreditado que la **actora 2**, ha invadido las áreas de la implementación de la presente protección de un (sic)*

naciente ubicado en el desarrollo de la urbanización [...] en Coronado, quien ejecuta las labores detalladas en la denuncia de marras, podrían ocasionar daños ambientales de imposible reparación al área de protección que afectarán la naciente y su caudal con su posible pérdida.” (el subrayado no es del original) De lo anterior se puede extraer que la intención de la Administración no ha sido expropiar dichos terrenos, sino garantizar el eventual resultado de la denuncia interpuesta por el funcionario **F.** y es respecto de esta que debe analizarse la instrumentalidad. En consecuencia, al no haberse iniciado el procedimiento respectivo, conlleva al decaimiento de la medida cautelar. En razón de lo expuesto, debe acogerse la censura planteada.

V.- No obstante lo anterior, y por la relevancia del tema, es importante referirse al régimen de protección de las nacientes, el cual prevé distintos supuestos, los cuales tienen en común, el establecimiento de un área alrededor de estas sobre la cual recae la respectiva tutela. El ordenamiento jurídico dispone dos supuestos; una afectación de esa franja al demanio público (ordinales 7 de la Ley de Tierras y Colonización y 31 de la Ley de Aguas), o bien, mantener el inmueble como propiedad privada pero protegida (artículos 33 y 34 de la Ley Forestal). Al margen de la naturaleza del terreno en cuestión (que no se encuentra en discusión en el presente proceso), aún en el supuesto de menor protección, es decir, tratándose de un área protegida en propiedad privada, no puede dejarse de lado que las consecuencias que de esta calificación legal se desprenden una serie de limitaciones a la propiedad. Además de la explícita a que hace referencia el numeral 34 del cuerpo normativa citado, y que consiste en una prohibición para cortar árboles, lo cierto es que el establecimiento de un área de protección

alrededor de la naciente lleva implícito una restricción al ejercicio de aquellas facultades de dominio que puedan afectar, directa o indirectamente, una naciente permanente. Afirmar lo contrario podría derivar en el contrasentido de que se permita levantar una edificación que destruya dicho recurso natural a condición de que no se tale ningún árbol, o como en el presente caso, que no hayan árboles sembrados. En este sentido, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el numeral 10 de la Ley General de la Administración Pública, el cual establece que la norma administrativa debe interpretarse de la manera que mejor garantice el fin público que se persigue. En materia ambiental, además de lo preceptuado en el ordinal 50 constitucional y que fue objeto de análisis en el considerando III, debe tenerse en cuenta que el Estado se encuentra compelido a velar por la protección del ambiente, procurando un desarrollo sano y ecológicamente equilibrado. Esta obligación de rango constitucional ha sido desarrollada en diversas normas de rango legal, como por ejemplo la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley de Biodiversidad, entre otras. En virtud de lo anterior, si bien la medida cautelar impugnada debe ser anulada, tanto la parte actora como el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, así como cualquier otra institución competente, se encuentran en la obligación legal de prevenir cualquier acción que pueda incidir en forma negativa sobre la naciente. Adicionalmente, aprecia esta Cámara que existe una disputa en cuanto al cumplimiento o no de los requisitos que en materia ambiental exige la legislación, en particular, respecto de la exoneración en el cumplimiento de la evaluación de impacto ambiental. Este es un aspecto que no fue conocido ni definido en el presente proceso, por lo que lo acá dispuesto, no incide en la solución de dicho

diferendo. En consecuencia, debe la Administración Pública velar por el cumplimiento de las normas que rigen la materia.

VI.- Sobre los restantes extremos de la demanda. Siendo que tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue declarada sin lugar en cuanto a la pretensión anulatoria, de conformidad con el artículo 610 inciso 2) del Código Procesal Civil, procede hacer pronunciamiento expreso en cuanto a las restantes pretensiones aducidas por las sociedades actoras en la deducción de la demanda. Así, en cuanto a los daños y perjuicios, se observa que estos no han sido acreditados mediante prueba en el sub iudice. Tal y como lo ha indicado en otras ocasiones esta Sala, no basta con alegar que estos se han producidos, sino que resulta necesario su efectiva demostración. En virtud de lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el canon 290 inciso 5 del Código Procesal Civil, este extremo de la demanda debe ser rechazado. En cuanto a la condenatoria en costas, considera este órgano que lo procedente es condenar en ambas costas al vencido.

VII.- En virtud de lo anterior, se debe acoger el recurso y anular la sentencia del Tribunal. Por la forma en que se resuelve, se omite pronunciamiento en cuanto al segundo reparo planteado. Según lo prescribe el artículo 610 del Código Procesal Civil, fallando por el fondo, se revoca la sentencia de primera instancia, y en su lugar se acoge parcialmente la excepción de falta de derecho en cuanto a los daños y perjuicios rechazándose en lo demás, junto con la expresión genérica sine actione agit. Así, se debe declarar parcialmente procedente la demanda, anulando el oficio SRSJ-061-03 del 27 de enero de 2002.

POR TANTO

Se acoge el recurso. Se anula la sentencia del Tribunal y fallando por el fondo, se revoca la sentencia de primera instancia. En su lugar se rechaza la excepción de falta de derecho y la expresión genérica sine actione agit, se declara parcialmente procedente la demanda y sus extremos, se anula el oficio SRSJ-061-03 del 27 de enero de 2002. En cuanto al extremo de daños y perjuicios, se acoge la excepción de falta de derecho y en consecuencia se deniega dicha pretensión. Se impone el pago de las costas personales y procesales al Estado.

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya

Óscar Eduardo González Camacho

Carmenmaría Escoto Fernández

José Rodolfo León Díaz

DCASTROA