

**LA CONSULTA PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
COSTARRICENSE:**

**Alcances y límites a luz de las recomendaciones de la OECD sobre la  
participación ciudadana en el ciclo de gobernanza regulatoria.**



Hector Hernández Gómez.  
Agosto 2020.

Ministerio de Economía, Industria y Comercio.  
Departamento de Análisis Regulatorio.  
Mejora Regulatoria.

## **Abstract**

La consulta pública es una etapa esencial para la elaboración de regulaciones en nuestro país. No obstante, dicha herramienta tiene una utilidad muy reducida en nuestro país, por lo que este estudio pretende determinar su fundamento legal y la funcionalidad que ha tenido en nuestra práctica regulatoria y, posteriormente, ampliar la perspectiva con respecto a la funcionalidad de la consulta pública dentro del ciclo regulatorio, lo anterior teniendo como referencia las mejores prácticas internacionales según la OECD.

## Contenido

Título 1. La consulta pública en el marco de la OECD .....	4
Título 2. La consulta pública en la legislación nacional.....	14
Título 3. Límites y posibilidades de la consulta pública establecida en nuestra legislación a la luz de la consulta pública según la OECD .....	41
Título 4. Consulta pública amplia y transparente .....	48
Título 5. Retroalimentación ciudadana.....	50
Lista de Referencias .....	53
Vita.....	54

## Título 1.

### La consulta pública en el marco de la OECD

En este apartado se analiza la consulta pública como herramienta necesaria para el desarrollo de política pública, según la OECD. El documento marco sobre el cual se parte es el documento denominado: *Participación Ciudadana Manual de la OECD sobre Información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas* (2001) redactado por Marc Gramberger. En dicho documento se señala que la participación ciudadana se produce en tres tipos de interacciones entre Administración Pública y la Ciudadanía, las cuales se esbozan a continuación:

- a) **Información:** Es una interacción unilateral en la que la administración desarrolla información para que sea de conocimiento del administrado.
- b) **Consulta pública:** Es una interacción bilateral normalmente desarrollada como herramienta utilizada por la administración pública, para demandar información a la ciudadanía o grupos determinados de interesados, a efectos de desarrollar una política pública. Esta herramienta tiene múltiples formas de desarrollarse en los distintos países OCDE en razón de su utilización en distintas etapas del ciclo de gobernanza regulatoria.
- c) **Participación activa:** Es la máxima interacción bilateral en el proceso de elaboración de política pública. En esta interacción la ciudadanía no solo recibe y da información, sino que propone política pública y coopera en su elaboración de distintas maneras, dependiendo de las potestades otorgadas a la ciudadanía con respecto a este tema.

La importancia de fomentar la participación ciudadana en la elaboración de política pública es que la misma genera un fortalecimiento de la democracia que, a su vez, implica una legitimación de las instituciones públicas y de las decisiones políticas que emanan de ella. Detrás del punto a) se desarrolla toda la legislación sobre el Derecho a la información implementada en los distintos países de la OECD en sus Constituciones Políticas y leyes que le otorgan al ciudadano el derecho a obtener, de la Administración, toda la información que se desarrolla alrededor de la gestión pública. Detrás del punto b) está todo el desarrollo normativo, en los países OECD, a la consulta previa a la ciudadanía sobre cualquier propuesta de política pública. Finalmente, detrás del punto c) se desarrolla la normativa sobre la iniciativa popular en la elaboración de la política pública, que está fuertemente vinculado al desarrollado de las democracias participativas.

A juicio de la OCDE los tres tipos de interacción Administración Pública-Ciudadanía no deben ser vistos como tres distintas modalidades de interacción posibles entre el Estado y la ciudadanía, sino que deben ser vistas como momentos necesarios para el desarrollo de una participación ciudadana eficiente en los procesos de política pública. Evidentemente, el tercer momento implica la necesidad de un desarrollo y ejercicio fluido de los otros dos momentos, en la elaboración de la política pública.

Así mismo, dicho Manual hace un desarrollo panorámico sobre los tres momentos de interacción Administración-Ciudadanía en los distintos países OECD. Se advierte que la implementación de cada uno de ellos implica una inversión importante de dinero, tiempo y recurso humano, ya que estas herramientas de interacción implican nuevas formas de ejercer la gestión pública, las cuales tienden a romper el monólogo institucional que ha privado en la práctica administrativa del Estado.

Finalmente, al ser un manual desarrolla una serie de pautas que se deben tomar en cuenta para la implementación eficiente de estas herramientas de interacción Administración-Ciudadanía. Una de ellas es el desarrollo de las Tecnologías de la Información al servicio de estas herramientas, con las precauciones necesarias que hay que tomar para que las TICs no se vuelvan un fin en sí mismo; sino instrumentos que permitan potencializar las formas de interacción.

A efectos del interés de este estudio se va desarrollar la segunda interacción, a saber, la consulta pública. En el documento en cuestión se precisa que la consulta es utilizada en los países OECD de múltiples maneras y sobre distintas decisiones administrativas. Desde la implementación o reforma a un programa o política específica hasta la aprobación de una ley. Muchas veces la consulta, a este tipo de instrumentos, reside en una práctica cultural como en países como Finlandia, Islandia, Suecia y Noruega mientras que, en otros de manera más formal, como en Suiza donde la consulta pública para tratados internacionales y asuntos importantes se encuentra estipulada en la misma Constitución Política. Ahora bien, de particular interés para este estudio es la inclusión de la consulta pública en los Análisis de Impacto Regulatorio (AIR), al respecto señala el Manual:

Estas leyes exigen a las autoridades evaluar el impacto de las leyes, de las políticas e incluso, en algunos casos, de los programas, antes de su adopción. Estas leyes podrán aplicarse a la reglamentación en general, o a sectores específicos como el medio ambiente, la construcción y el uso del suelo. Sus disposiciones pueden velar por que los ciudadanos concernidos reciban información previa y tengan la oportunidad de dar a conocer su opinión sobre los asuntos planteados (es el caso de los 15 Estados miembros de la Unión Europea, de Canadá y Japón) (OECD, 2001, p. 36).

Ahora bien, en dicho manual se indica que la consulta pública, para constituirse una fase importante en la elaboración de política pública, debe asumirse no como una mera formalidad que se debe cumplir, sino que se debe tener claro cuál es el objeto de la consulta. Es decir, antes de poner en consulta pública un proyecto de reglamento o política, es importante tener

claro cuál va a ser el fin de la consulta, qué tipo de información se espera recoger de la ciudadanía en general o de sectores particulares que van a ser afectados por las nuevas propuestas. Qué mecanismos se van a utilizar para hacer llegar la consulta y qué mecanismos se van a utilizar para recibir las respuestas del sector consultado. Qué se pretende hacer con la información recolectada en la consulta y cómo se va a retroalimentar a cada uno de los participantes en el proceso. Una vez claros estos elementos lo recomendable es institucionalizar el proceso de consulta y el tipo de proyectos que pasarían por este proceso<sup>1</sup>.

Aspectos que se deben tomar en cuenta para una consulta eficaz son los siguientes:

**Anunciar la consulta:** para que los ciudadanos puedan dar a conocer sus opiniones durante las consultas, se les debe informar sobre ésta. Es preciso que las instituciones públicas informen claramente al público sobre la fecha, el lugar y el objeto de la consulta antes de que ésta empiece.

**Cuidar los procedimientos de selección:** la selección de las personas a consultar es esencial, no solamente por la calidad de las respuestas, sino para lograr una consulta eficaz. Si los ciudadanos y participantes no son seleccionados por su representatividad, sino en función de su cercanía con el gobierno o con sus funcionarios, los resultados de la consulta no serán fidedignos y la iniciativa posiblemente suscitará desconfianza, en lugar de traducirse en confianza de los ciudadanos hacia los poderes públicos. Establecer, publicar y seguir reglas claras puede ser útil, así como cuidar la transparencia de las modalidades de selección.

**Velar por la utilización de las aportaciones recibidas:** si las instituciones públicas no utilizan las aportaciones que recibieron, o si ni siquiera tenían la intención de hacerlo, la actividad pierde cualquier interés para el fortalecimiento de las relaciones entre instituciones públicas y ciudadanos.

**Tomar en cuenta los plazos:** las consultas pueden durar mucho tiempo, provocar oposiciones y retrasar los procesos de toma de decisiones. Puede ser útil preparar con cuidado la consulta y fijar claramente sus objetivos y sus límites (OECD: 2001, p 66-67).

Asimismo, para que la consulta pública sea una herramienta útil para la elaboración de política pública, resulta fundamental vincularla con otras herramientas implementadas por la OECD y, para ello, resulta de particular interés el documento *Background Document on Public Consultation* (OECD, s.f.) elaborado por Delia Rodrigo. En dicho documento se define la consulta pública de la siguiente forma:

---

<sup>1</sup> Dar respuesta a estas preguntas puede resultar una labor difícil, pero un camino seguro para vaciar de contenido real a la participación ciudadana y hacerla fracasar consiste en refugiarse en los contenidos puramente normativos y después simplemente prescribirla sin objetivos claros e incluso hacerla legalmente obligatoria sin detenerse en los retos de carácter técnico que conlleva hacerla viable, efectiva y sustantiva. (Díaz, 2017, p. 346)

Public consultation is one of the key regulatory tools employed to improve transparency, efficiency and effectiveness of regulation besides other tools such as Regulatory Impact Analysis (RIA), regulatory alternatives and improved accountability arrangements. (OECD, s.f., p.1)

Como puede observarse, la consulta pública está vinculada directamente el Análisis de Impacto Regulatorio (AIR), ya que dentro de esa herramienta se potencializa la transparencia en los procesos de elaboración de política pública. Además, si la consulta pública tiene como objetivo la puesta a discusión del AIR, la ciudadanía puede plantear alternativas regulatorias y no regulatorias, así precisar e incluso exigir el que la propuesta de política contemple herramientas medibles para la rendición de cuentas; la consulta pública se vuelve fundamental para lograr una política pública ampliamente eficiente y eficaz.

Uno de los principales aspectos a tomar en cuenta en la elaboración de política pública es que la consulta pública no debe limitarse a las propuestas regulatoria, sino que la consulta debe incluir, para su discusión, el Análisis de Impacto Regulatorio. De tal manera que la participación ciudadana, en la consulta pública, debe empezar en etapas iniciales de la elaboración de la política pública, es decir, desde la definición del problema. A criterio de la OECD la consulta pública fortalece la calidad de la política pública y reduce los costos de cumplimiento. Pues una consulta pública temprana y vinculada al AIR permite que los sectores involucrados ayuden al regulador a obtener datos empíricos que permitan determinar, con mayor precisión, la problemática e incluso permite evidenciar alternativas no regulatorias no contempladas por el regulador.

La participación de los sectores afectados por la política pública en fases tempranas del proceso de elaboración de política pública, brinda transparencia al proceso, lo que implica generar política pública de calidad. Al abrir el proceso de diseño de políticas públicas a la participación de los afectados lleva necesariamente a un diálogo entre expertos que amplía

las perspectivas del regulador. La discusión, a su vez, le permite al regulador identificar y buscar el equilibrio entre los intereses contrapuestos en la regulación. También, a raíz de la consulta o participación de los afectados, el regulador puede identificar, con antelación, efectos no deseados por la política a implementar o problemas de implementación. Permite una interacción más fluida y coordinada con el resto de la administración y da legitimidad al análisis de costos y beneficios desarrollado por el regulador. Finalmente, un aspecto que surge de la consulta o participación ciudadana es que la política pública, que emana de este proceso, tiene mayor posibilidad de cumplimiento por parte de los afectados, ya que estos conocieron con anterioridad la política y los elementos que deben cumplir al implementarla. Al mismo tiempo, el resultado de ese proceso es un producto en el cual los afectados participaron y, por lo tanto, su legitimación es mayor.

Un análisis de las distintas formas de implementar la consulta pública, en países OECD, nos lleva a resumir las principales técnicas o herramientas utilizadas:

- a) Consulta informal
- b) Circulación de propuestas reglamentarias para la recibir observaciones de grupos determinados
- c) Consulta pública formal de una propuesta de regulación
- d) Audiencias Públicas
- e) Implementación de Consejos Consultivos

Las consultas informales son muy utilizadas por casi todos los países OECD, por su rapidez e informalidad. No obstante, su principal desventaja es que este tipo de consultas no son transparentes y, por ende, carecen de una rendición de cuentas eficaz con respecto al sector consultado.

In the United Kingdom, regulatory bodies have traditionally had close and informal contacts with major interests, particularly businesses, and informal consultation is seen as a norm of the

regulatory process, prior to formal consultation in line with the code of practice on written consultation. The same tradition of informal contacts exists in France. In Japan, informal consultation is crucial in shaping consensus around the final product. In Canada, the government has encouraged regulators to consult informally prior to formal consultation. By contrast, informal consultation is viewed more suspiciously in the United States as a violation of norms of openness and equal access, and in many cases it is a violation of the administrative procedure act requiring equal access for all interested parties”. (OECD, p.4-5)

Con respecto a la circulación de propuestas reglamentarias, para recibir respuestas de parte de grupo interesados, Rodrigo (OECD, s.f.) afirma que es la principal forma utilizada por los países OECD para implementar la consulta pública. Normalmente es un proceso que se encuentra regulado en la normativa de los países miembros y es más formal que la consulta informal y representa poco costo de implementación para el regulador, ya que es un proceso sistematizado, en el cual el regulador es quien decide a qué grupo de interesados le realiza la consulta, normalmente, a través de una audiencia y con el fin de recibir observaciones sobre un borrador de reglamento. La principal desventaja de esta forma de realizar la consulta pública es que existe una discrecionalidad, de parte del regulador, para determinar a quién le realiza la consulta y muchas veces los sectores menos organizados carecen de un organismo o entidad que los represente, lo que hace difícil que estos grupos tengan posibilidad de opinar en esos procesos.

Con respecto a la tercera forma de implementación, la consulta pública formal, se considera que es la más abierta e inclusiva, al mismo tiempo que es la forma más estructurada e institucionalizada para realizar la consulta. Uno de los puntos que se destaca a favor de la consulta pública formal es que, en la misma, además de la propuesta reglamentaria, también pone a disposición del público el Análisis de Impacto Regulatoria, lo que enriquece la discusión del proyecto de regulación. No obstante, la gran mayoría de los países OECD afirman que son muy pocas las regulaciones que reciben comentarios de la ciudadanía. Por

lo general, las regulaciones con temas controversiales son las que más participación ciudadana aceptan.

“However, many countries have found that levels of participation have in practice been low. This can be particularly so when the mechanism is first introduced, because familiarity is lacking. Established groups may prefer to keep their special relations with government officials than to participate in more open processes. Participation is also dependent on the ease of response and the expected results of participation, including the effectiveness of the notice process, the amount of time allowed for comment, the quality and nature of the information provided to interested parties and the attitudes and responsiveness of regulators in their interactions with participants in the comment process”. (OECD, s.f., 5)

Al respecto, se cita al modelo norteamericano como la mejor práctica en este tipo de consulta pública. A continuación, se transcribe su proceso de consulta pública ya que es una buena práctica, a criterio de la OECD

The 1946 Administrative Procedure Act (APA) established a legal right for citizens to participate in rule-making activities of the federal government, based on the principle of open access to all. It sets out the basic rule-making process to be followed by all agencies of the United States’ government. The path from proposed to final rule affords ample opportunity for participation by affected parties. At a minimum, the APA requires that in issuing a substantive rule (as distinguished from a procedural rule or statement of policy), an agency must:

i) Publish a notice of proposed rule-making in the Federal Register. This notice must set forth the text or the substance of the proposed rule, the legal authority for the rule-making proceeding, and applicable times and places for public participation. Published proposals also routinely include information on appropriate contacts within regulatory agencies.

ii) Provide all interested persons – nationals and non-nationals alike – an opportunity to participate in the rulemaking by providing written data, views, or arguments on a proposed rule. This public comment process serves a number of purposes, including giving interested persons an opportunity to provide the agency with information that will enhance the agency’s knowledge of the subject matter of the rule-making. The public comment process also provides interested persons with the opportunity to challenge the factual assumptions on which the agency is proceeding, and to show in what respect such assumptions may be in error.

iii) Publish a notice of final rule-making at least thirty days before the effective date of the rule. This notice must include a statement of the basis and purpose of the rule and respond to all substantive comments received. Exceptions to the thirty-day rule are provided for in the APA if the rule makes an exemption or relieves a restriction, or if the agency concerned makes and publishes a finding that an earlier effective date is required “for good cause”. In general, however, exceptions to the APA are limited and must be justified.

The American system of notice-and-comment has resulted in an extremely open and accessible regulatory process at the federal level that is consistent with international good practices for transparency. The theory of this process is that it is open to all citizens, rather than being based on representative groups. This distinguishes the method from those used in more corporatist models of consultation, and also from informal methods that leave regulators considerable discretion regarding whom to consult. Its effect is to increase the quality and legitimacy of policy by ensuring that special interests do not have undue influence (OECD, s.f., p.5).

El cuarto modelo de consulta pública es la Audiencia Pública, en esta modalidad de consulta se cita a los interesados en un sitio determinado, a fin de que estos expongan, a viva voz, sus observaciones a una propuesta regulatoria en particular. Normalmente es un proceso abierto y espontáneo, no obstante, ese mismo punto, es su principal inconveniente. Al ser un único evento en presencia física, resulta difícil acaparar a toda persona que quiera participar, porque limitaciones espacio temporales no lo permiten, como tampoco es posible una amplia discusión de los temas. Además, si participa mucha gente es difícil lograr una discusión que permite reunir información empírica suficiente para el desarrollo de la normativa. No obstante, como bien afirma Díaz Aldret, puede ser una herramienta útil cuando lo que se busca es obtener información preliminar (Díaz, 2017).

La última herramienta es el consejo consultivo que, en conjunto con la consulta informal y la consulta pública formal, es de las más usadas en los países OECD. La utilización de este tipo de consejos consultivos es utilizada por 21 países OECD en algún momento del ciclo regulatorio, aunque su participación por lo general es al inicio del ciclo, a fin de determinar opciones y posibilidades, incluso antes de plantear una regulación. Su naturaleza es muy variada, pero generalmente es constituida por órganos creados bajo algún tipo de norma que les estipule el tipo de función que van a tener en el ciclo regulatoria. En su gran mayoría incluyen a miembros del sector privado.

Ahora bien, existen dos tipos de consejos consultivos, los primeros son los que incluyen al sector privado y, por lo general, su estatus y funcionamiento es creado por una norma y su principal función es aportar el criterio de los afectados, de primera mano, en las decisiones políticas. Por otro lado, hay otro tipo de consejos consultivos que son de carácter técnico. En

este tipo de consejos participan expertos en determinado tema y por lo general su creación es ad hoc y para trabajar temas muy concretos.

Díaz Aldret (2017) señala que uno de los principales problemas de los cuerpos consultivos es que ellos se pueden incorporar fácilmente a las rutinas y estructuras burocráticas y su participación se vuelva rutinaria.

Si bien, la OECD no estipula cuál debe ser la mejor forma para realizar la consulta pública, lo cierto del caso es que para que esta herramienta sea eficiente lo principal, independientemente de la forma en que se realiza, sea consulta informal, consulta pública formal, consejos consultivos, audiencias, lo principal es que sea un método transparente, institucionalizado y que permita la recolección de datos de la manera más eficiente y confiable. Pues, en términos generales la consulta dentro del marco de las buenas practicas OECD, lo que busca es generar transparencia, participación y una eficiente recolección de datos o insumos que permitan elaborar ya no solo regulaciones sino políticas públicas eficientes y basadas en evidencia. Asimismo, es importante que exista una retroalimentación oportuna a cada uno de los participantes en el proceso y una transparente y pública rendición de cuentas de los resultados de la consulta.

Finalmente, resulta fundamental que en los procesos de consulta se utilice un lenguaje llano, a fin de que la mayor cantidad de la ciudadanía pueda participar en los procesos y esto evite que la participación sea cooptada por fuertes grupos de interés.

Con respecto a los desafíos que implican la consulta pública Ana Díaz Aldret señala lo siguiente:

Una parte importante de los problemas de las políticas participativas radica en que se dota a la participación ciudadana de contenidos normativos y aspiracionales, más que analíticos y técnicos.

Incorporar elementos o fases participativas en el proceso de política pública se convierte en un fin en sí mismo, más que en un instrumento para alcanzar los pretendidos fines de equidad, inclusión, cercanía, rendición de cuentas, transparencia u otros similares. (...) El resultado es que la participación ciudadana suele incorporarse o bien como un requisito con frecuencia obligado desde la ley, o bien de manera apresurada, sin una adecuada planeación y sin tener claros los objetivos que se persiguen y las opciones que mejor sirven a dichos propósitos (Díaz, 2017, 353).

A manera de síntesis, podemos concluir que la consulta pública es una herramienta fundamental en el proceso de elaboración de política pública basada en evidencia, en el tanto, esta herramienta, independientemente de la forma que se utilice, debe estar sistematizada en un procedimiento claro, sencillo y flexible. De hecho, no es raro ver que varias de los mecanismos o instrumentos desarrollados en este apartado sean utilizados en distintas etapas del ciclo regulatorio, ya que cada uno de ellos puede ser utilizado en una fase diferente del ciclo y en busca de objetivos distintos. Es decir, no son instrumentos de uso excluyente sino instrumentos que pueden utilizarse de manera complementaria. Además, el regulador debe tener claro que, si va a requerir retroalimentación de la ciudadanía, debe tener claro qué tipo de información necesita, teniendo como horizonte, que entre mayor información o data recopile mejor va a ser la política pública que va a implementar y los instrumentos que construya, de manera paralela, para determinar la eficacia de la política implementada. Asimismo, es importante retroalimentar, de manera oportuna, a los participantes, a fin de no perder la motivación de quienes participaron en el proceso.

## Título 2.

### La consulta pública en la legislación nacional

En este apartado se analizará la consulta pública en la legislación nacional y cómo los distintos órganos jurisdiccionales han venido dimensionando esa figura en nuestro ordenamiento jurídico. Se va a analizar la Ley General de la Administración Pública, el

Código Municipal, la Ley de Normas y Procedimientos Tributarios y la Ley de creación de la ARESEP. Así como jurisprudencia que ha venido delimitando el contenido de lo señalado en dicha normativa.

#### **A. Ley General de la Administración Pública (LGAP)**

Los reglamentos, de acuerdo a nuestra *Ley General de la Administración Pública (LGAP)*, son actos administrativos de carácter general y con efectos externos. Así lo estipulan los artículos 120 y 121 de dicha ley. Al respecto señalan lo siguiente:

##### **Artículo 120.-**

1. Para los efectos de clasificación y valor, los actos de la Administración se clasifican en externos e internos, según que vayan destinados o no al administrado; y en concretos y generales, según que vayan destinados o no a un sujeto identificado.
2. El acto concreto estará sometido en todo caso al general y el interno al externo, con la salvedad contemplada en los artículos 126 y 127.

##### **Artículo 121.-**

1. Los actos se llamarán decretos cuando sean de alcance general y acuerdos cuando sean concretos.
2. Los decretos de alcance normativo se llamarán también reglamentos o decretos reglamentarios.
3. Los acuerdos que decidan un recurso o reclamo administrativo se llamarán resoluciones.

Asimismo, esa misma norma señala que los actos administrativos de carácter general y con efectos externo deben publicarse en el Diario Oficial La Gaceta<sup>2</sup>, a fin de que tenga efectos jurídicos sobre terceros. En este sentido, el artículo 240 de la LGAP indica lo siguiente:

##### **Artículo 240.-**

1. Se comunicarán por publicación los actos generales y por notificación los concretos.
2. Cuando un acto general afecte particularmente a persona cuyo lugar para notificaciones esté señalado en el expediente o sea conocido por la Administración, el acto deberá serle también notificado.

Es importante destacar que los reglamentos son actos administrativos y, por lo tanto, deben seguir el debido proceso, a fin de no vulnerar la validez del acto. En este sentido, el artículo

---

<sup>2</sup> En este sentido, el artículo 240 de la Ley General es un antecedente genealógico del artículo 4 de la Ley N°8220 y su reforma.

361 de la LGAP establece un requisito de forma o de procedimiento necesario para la validez del acto administrativo. Al respecto señala dicho artículo lo siguiente.

**Artículo 361.-**

1. Se concederá audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas.
2. Se concederá a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectados por la disposición la oportunidad de exponer su parecer, dentro del plazo de diez días, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia debidamente consignadas en el anteproyecto.
3. Cuando, a juicio del Poder Ejecutivo o del Ministerio, la naturaleza de la disposición lo aconseje, el anteproyecto será sometido a la información pública, durante el plazo que en cada caso se señale.

Ahora bien, la idea es analizar el alcance de este artículo, a efectos de determinar el papel de la Consulta Pública en el proceso de elaboración de propuestas de regulación, en la normativa nacional. En primer lugar, los distintos órganos jurisdiccionales han señalado que la consulta pública es un requisito esencial del procedimiento, es decir, que su omisión implica la nulidad del acto. Al respecto:

No cabe duda que conferir la audiencia es una formalidad sustancial, porque de tal actuación puede surgir una modificación del acto final. Precisamente, la audiencia tiene por objeto brindar la oportunidad a la entidad de influir en la voluntad de la Administración, antes que ésta actúe conforme con sus potestades reglamentarias. No cumplir con el trámite de audiencia es incurrir en falta de una formalidad sustancial, por ende, determinante de la nulidad de todo lo actuado por la Administración en relación con el dictado de la disposición reglamentaria dicha. En estos casos, la nulidad del procedimiento equivale a la nulidad del acto reglamentario, pues el procedimiento es un presupuesto formal del acto. Por el mismo motivo es posible anular el acto por violaciones que se hayan cometido, no en sus elementos en sentido estricto, pero sí en el procedimiento preparatorio (**Sala Primera, Sentencia n.º 10, de las 14:20 horas del 22 de enero de 1992**).

En lo que aquí interesa, la audiencia a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectadas, no es discrecional, sino obligatoria y, por lo tanto, unida necesariamente a la validez de la disposición general que se emita (como culminación del procedimiento), y, en consecuencia, su ausencia (podría) causar invalidez (**Sala Primera, Sentencia n.º 749-F-04, de las 9:30 horas del 10 de setiembre del 2004**).

“Con todo, es relevante señalar que la violación del procedimiento consagrado en el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública constituye una omisión a una formalidad sustancial, que conforme al artículo 223 de la referida legislación, acarrea la nulidad de todo lo actuado por la Administración, aspecto que este Tribunal puede declarar incluso de oficio, por disponerlo así expresamente el artículo 182.1 de la Ley General de la Administración Pública. Por todo lo expuesto, se rechazan las argumentaciones esgrimidas por los demandados en el sentido de que el Decreto cuestionado constituye un acto de ejecución, pues resulta clarísimo que se trata de un acto separado de carácter general, que goza de un procedimiento propio y que responde a un régimen y a unos fines independientes y distintos del acto de concesión de explotación y del acto

de la viabilidad ambiental (**Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV, Resolución N° 04399 – 2010 de las diez horas cuarenta minutos del catorce de diciembre del dos mil diez**).

Por otro lado, el artículo 361 de la LGAP establece tres supuestos diferentes referentes a la consulta pública. En el primero, se le debe dar obligatoriamente audiencia a las entidades descentralizadas a las cuales el proyecto de reglamento las puede afectar. En el segundo supuesto, se debe a dar audiencia obligatoria a entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo que puedan afectarse con la normativa propuesta, salvo que existan cuestiones de urgencia o de interés general que justifiquen la no audiencia, situación que debe constar en el expediente del reglamento. Mientras que el tercer supuesto establece la posibilidad, no obligación, de realizar una consulta pública generalizada cuando, a criterio del proponente de la regulación, considere que el proyecto sea de interés de la ciudadanía en general. De la lectura del artículo, la consulta pública generalizada no es obligatoria, sino que queda a discreción de la administración en razón de la naturaleza del proyecto de regulación. Ahora, según criterio jurisprudencial, el legislador consideró que la afectación de la regulación solo puede darse sobre colectividades y no sobre individuos concretos, de ahí que la audiencia obligatoria sea para entidades que representen intereses generales o corporativos y no para la ciudadanía en general. Al respecto:

En cuanto a la afectación de intereses generales o corporativos, estos se refieren a entes privados o públicos que representen con su gestión a la colectividad, a la población o tratarse de una corporación, la cual constituye "una organización colectiva debidamente constituida, personificada y organizada que represente y defienda los intereses de un grupo o sector determinable de personas (v.gr. cámaras, asociaciones, colegios profesionales) (...) ". Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho administrativo. Tomo tercero, San José, Costa Rica, editorial jurídica Continental, 2007, página 244. Sobre el procedimiento la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto número 10 de las 14:20 horas del 22 de enero del año 2002, dispuso que "III° La Ley General de la Administración Pública ideó un procedimiento especial para la elaboración de disposiciones de carácter general, que son actos administrativos de alcance normativo. En la especialidad que adoptó el legislador, está la respuesta a las interrogantes que plantea el subjúdice, en cuanto al valor que dentro de ese proceso especial tiene el trámite de audiencia. Una simple lectura del articulado que regula ese procedimiento especial descubre que éste se ideó con el objeto, precisamente, de consagrar el trámite de audiencia, en algunos casos, a entidades del propio conglomerado estatal (Artículo 361, párrafo 1), en otros, a entidades -no hace distinción entre públicas y privadas-

representativas de intereses de carácter general o corporativo, afectadas por la disposición (Artículo 361, párrafo 2). De ahí resulta indiscutible el valor y trascendencia de la audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, siendo esta una formalidad sustancial, insoslayable, a no ser por la concurrencia de los supuestos de excepción que la misma norma dispone. Esta obligación, en el indicado procedimiento especial, constituye el desarrollo legislativo de normas que, con carácter de principio general, informan el procedimiento administrativo. Los artículos 217, 218 y 220, en relación con el 239 y siguientes, de la Ley General de la Administración Pública disponen sobre la necesaria intervención del administrado en el procedimiento. **No existiendo en la adopción de actos reglamentarios, sujetos individualizados a quienes se les pueda considerar interesados directos, el legislador dispuso que en tales casos el traslado, la audiencia, debía hacerse a entidades representativas de intereses corporativos o generales.** ". En virtud de ello, se reconoce el trámite de audiencia citado, como un requisito necesario de validez y eficacia insoslayable, de raigambre legal y supra legal, del procedimiento especial de creación de normas administrativas de carácter general. Conforme lo anterior, la audiencia que debe otorgarse resulta un requisito esencial del procedimiento, el cual tiene su fundamento en principios constitucionales no solo de debido proceso sino el derecho de participación de los ciudadanos, como lo ha dispuesto reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional en su fallos (**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, ANEXO A, SECCIÓN CUARTA SENTENCIA 120-2013 de las quince horas con treinta minutos del veinte de diciembre de dos mil trece.** (Lo destacado no es del original)

Específicamente, se establece la obligación de conceder audiencia, entre otros, a las entidades descentralizadas y las que son representativas de intereses generales o corporativos sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarles, así como para exponer su parecer, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia, las cuales necesariamente deben ser consignadas en el anteproyecto. **En el fondo, con dicha audiencia se busca la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, en este caso, a través de los entes descentralizados y de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley.** Se trata de un principio reconocido, además, en el artículo 9 de la Constitución Política, según reforma efectuada por Ley No. 8364, del primero de julio del 2003. Lo anterior, claro está, orientado siempre a la mejor realización de los intereses públicos. Consiste, entonces, de una audiencia que no es discrecional sino obligatoria, que constituye un elemento de validez de la disposición general que se emita (como culminación del procedimiento) y, en consecuencia, su omisión puede causar invalidez (**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. SECCIÓN SEXTA CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. ANEXO A. Sentencia No. 155-2016-VI de las diez horas cuarenta minutos del veintiuno de octubre del dos mil dieciséis.** (Lo destacado no es del original).

Como puede observarse, para los órganos jurisdiccionales, la participación ciudadana en los procesos de elaboración de reglamentos se debe realizar únicamente por mediación de organizaciones que defiendan sus intereses y que estén debidamente constituidas. No obstante, el supuesto del inciso c), a criterio de los órganos jurisdiccionales, es fundamental para el caso de propuestas reglamentarias que sean de interés de la colectividad como fue en estos dos casos:

Para el caso concreto, encuentra el Tribunal que el Presidente de la República y el Ministro del ramo inobservaron groseramente este procedimiento, pues de una revisión del expediente administrativo N° DAJ-077-2008, que sustenta el Decreto Ejecutivo N° 34801-MINAET, no se observa, ni por asomo, actos tendientes a dar cumplimiento al procedimiento estipulado por Ley para poder emitir lícitamente este Decreto, no encontrándose que existan razones de interés público o de urgencia que justifiquen el incumplimiento de este requisito necesario para la validez del Decreto aludido, ni mucho menos fueron expresadas en ese acto. Antes bien, estima el Tribunal que, por el contrario, al tratarse de una disposición que declaraba de “interés público y conveniencia nacional” un megaproyecto minero, resultaba absolutamente necesario conceder a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo, ya fueran éstas ambientalistas, sectores académicos o grupos empresariales, el plazo establecido en el artículo 361 citado, a efecto de que éstas organizaciones se pronunciaran sobre el proyecto, y a partir de esos pronunciamientos el Poder Ejecutivo realizara el balance que exige la Ley, para decidir si declaraba o no de conveniencia nacional e interés público la actividad, cosa que no sucedió como se puede constatar fácilmente. **Incluso, el Tribunal considera que la enorme trascendencia de este proyecto minero a nivel nacional, hacía imperativo someter a la información pública el anteproyecto del Decreto, tal y como lo permite el inciso 3 del artículo 361, en relación con el numeral 6 de la Ley Orgánica del Ambiente (principio de participación ciudadana), aplicable al caso concreto por la especialidad de la materia, la cual dispone muy claramente así: “El Estado y las municipalidades, fomentarán la participación activa y organizada de los habitantes de la República, en la toma de decisiones y acciones tendientes a proteger y mejorar el ambiente.”** No obstante, lo indicado, nunca se reflejó en el expediente administrativo, ni en el propio texto del documento la intención del Poder Ejecutivo de cumplir dichas disposiciones. **(Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV Resolución N° 04399 – 2010 del 14 de diciembre del 2010. (Lo destacado no es del original)**

De estudio del inciso segundo de dicha norma, se observan varios presupuestos legales que deben cumplirse, como lo son tratarse del proceso de creación de una norma general, el afectar intereses de carácter general o corporativo al denegar, agravar, suprimir o limitar derechos subjetivos y/o intereses legítimos y directos y tratarse de entidades representativas de los mismos. **No esta demás indicar que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y la Ronda de Uruguay, ambas normas jurídicas ratificadas por Costa Rica y que tienen supremacía sobre las legales, consideran que toda norma reglamentaria que lleve implícito de manera directa o indirecta restricción a las condiciones del comercio (barreras no arancelarias) deben ser consultadas previo a su vigencia.**

(...)

De la revisión de forma minuciosa de dichas normativas efectivamente se establecen requisitos técnicos o bien se eximen respecto de la anterior normativa para la compra de medicamentos, mismos que finalmente son utilizados para cumplir el fin público encomendado a la institución, la salud pública. No debe perderse de vista que efectivamente dichas disposiciones sin entrar al fondo del proceso, van dirigidas a regular los requisitos que deben contener los medicamentos para su compra. Mismos de los cuales dependen gran cantidad de personas en nuestro país, para proteger no solo su salud, sino para preservar y rescatar su vida, normativa que tiene de forma evidente regulaciones que deben garantizar la salud pública, lo que torna de forma indefectible la discusión de sus normas un tema de interés público, pues los efectos de dichas disposiciones, si bien inicialmente son un parámetro para la compra de medicamentos, el objetivo implícito de los mismos, es precisamente salvaguardar la salud de todos los pacientes que acuden a los centros de salud públicos en nuestro país en búsqueda de mejorar y preservar su salud y su vida, por lo que, los efectos de dichas normativas no se supeditan a un tema de organización de la Institución, sino de forma evidente a un tema de Salud Pública. Las disposiciones generales, no solo deben ser clasificadas conforme el órgano que los dicta, sino a sus efectos y hacia quienes están dirigidos éstos, en el caso concreto de las normativas impugnadas, el objetivo final es la garantía de los medicamentos que se suministran a los pacientes. **Por lo que resulta en criterio de este Órgano Colegiado las normas cuestionadas Reglamentos técnicos independientes, si bien no ejecutivo, por los efectos de su aplicación y cumplimiento, por lo que su interés no solo puede ser supeditado a organizaciones o agrupaciones, personas físicas o jurídicas que se dediquen**

**a la producción, distribución y comercialización de los medicamentos, sino de toda persona en garantía de un derecho fundamental a la salud y a la vida como así como tutela nuestra Constitución Política, por lo que no es posible aceptar la posición de sostiene la representación de la demandada, que al ser un reglamento técnico no requiere el procedimiento establecido en la Ley General de la Administración Pública. Por el contrario, por la materia técnica que regula, debió para su formación otorgar la audiencia que dispone el numeral 361 de la ley de cita, no puede obviarse que dicha audiencia tiene como fin la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, siempre que el tema que regule en dichas normativas como en las aquí cuestionadas, sean de interés público, como en el presente caso el derecho a la vida y a la salud (TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, ANEXO A, SECCIÓN CUARTA, SENTENCIA 120-2013, de las quince horas con treinta minutos del veinte de diciembre de dos mil trece). (Lo destacado no es del original).**

Se puede denotar que, en temas ambientales, en razón de lo señalado en la *Ley Orgánica del Ambiente*, en temas de regulación al comercio, por el *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (GATT) y la *Ronda de Uruguay* y en regulaciones vinculadas al derecho a la salud y la vida resulta necesaria una consulta pública generalizada, a fin de que la ciudadanía, sin intermediación de una organización que represente sus intereses, haga sus observaciones a la propuesta de regulación. Es importante señalar que esa ha sido la interpretación de los órganos jurisdiccionales, en el sentido de que existen regulaciones en las que, por estar en juego temas de relevancia nacional, resulta prudente realizar una consulta generalizada; ya que, expresamente, la *Ley General de la Administración Pública* no es tan contundente en este tema. Como puede observarse, los órganos jurisdiccionales sustentan esta línea interpretativa con normativa complementaria que pretende darle mayor participación a los ciudadanos, en los procesos de elaboración de regulaciones.

Por otro lado, los órganos jurisdiccionales han señalado que si bien la consulta pública, de los párrafos 1) y 2), es un requisito de procedimiento sustancial, no obstante, aclaran que ello es así solo en el caso que la regulación afecte los intereses de esas entidades o, más exactamente, de sus agremiados o representados. Por ello, en el caso que la propuesta de regulación se haya puesto en conocimiento de esas entidades en un procedimiento que, no

necesariamente sea la audiencia formal, y mientras haya habido participación de los entes afectados, no necesariamente existe un vicio en el procedimiento. En ese sentido podemos citar las siguientes afirmaciones de distintos órganos jurisdiccionales:

En el fondo, con dicha audiencia se busca la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, en este caso, a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley. Lo anterior, claro está, orientado siempre a la mejor realización de los intereses públicos. Se trata, de una audiencia que no es discrecional, sino obligatoria, unida necesariamente a la validez de la disposición general que se emita (como culminación del procedimiento) y, en consecuencia, su omisión puede causar invalidez. Analizados los argumentos de las partes, estimamos que en el caso concreto no se observa el vicio que se acusa. Lo anterior por cuanto, en este caso, no resulta aplicable el procedimiento que establece el numeral 361 de la LGAP. Ello toda vez que la Ley No. 8582 (posterior a la Ley No. 6227) reguló, en lo fundamental, un procedimiento especial para el dictado de los decretos ejecutivos que fijan el precio del arroz. Se trata, como afirma la representante estatal, de un procedimiento especial que prevalece sobre el que establece el ordinal 361 pero que, además, agrega el Tribunal, no se opone a los principios generales del derecho que orientan aquel. En efecto, según se explicó supra, la fijación del precio de venta del arroz al industrial requiere de la participación de dos sujetos: CONARROZ y el Poder Ejecutivo (entendiendo por éste el Presidente y el Ministro de Economía, Industria y Comercio). El primero, con una participación eminentemente técnica, conforme a la cual sugerirá el precio del arroz en granza. El segundo, quien en definitiva fijará el precio que corresponda. Así, no queda más que entender que el decreto de fijación de precios requiere, necesariamente, de la sugerencia, propuesta o recomendación técnica de CONARROZ, la cual si bien no es vinculante (y no podría serlo porque quien tiene la competencia para el dictado del acto final es el Poder Ejecutivo) sí es una fase esencial dentro procedimiento de fijación de precios. Es precisamente esa participación obligatoria del CONARROZ la que tutela el derecho de audiencia de esa entidad pública no estatal que vela, a su vez, por los intereses de los productores de arroz. **No era necesaria (ni lo es tampoco en el caso del procedimiento del numeral 361 de la LGAP) la audiencia a los productores en forma individual sino únicamente a las entidades corporativas que tutela sus intereses, en este caso, a CONARROZ; la que, se insiste, se protege desde el momento en que ese ente debe emitir una recomendación o sugerencia técnica previo a la fijación del precio del arroz.** En este caso, constan en autos distintas propuestas de esa entidad (folios 3 y 4 del expediente administrativo, así como los folios 184 a 210 del expediente de medida cautelar), lo que lleva a concluir que sí se le escuchó, razón por la cual no se observa la indefensión que se alega (**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. SECCIÓN SEXTA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. ANEXO A, Sentencia No. 137 -2012 – VI de las quince horas treinta y cinco minutos del seis de julio de dos mil doce**). (Lo destacado no es del original).

En lo que aquí interesa, la audiencia a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo afectadas, no es discrecional, sino obligatoria y por lo tanto, unida necesariamente a la validez de la disposición general que se emita (como culminación del procedimiento), y en consecuencia, su ausencia causar invalidez. Debe recordarse, que el procedimiento es el cauce formal legitimante de la actuación de la Administración, por ser una doble garantía: para el interés público y los derechos e intereses privados de los administrados. Sin embargo, también ha de tenerse en cuenta, el carácter antiformalista del procedimiento administrativo, que se manifiesta en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública, cuando establece que sólo “causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento”, entendiéndose como tales, aquellas “cuya realización correcta hubiere impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión”, todo lo anterior, basado en la idea de que no “hay nulidad por la nulidad misma”. En el caso concreto, la Comisión Mixta fue creada con el propósito de llevar a cabo un diagnóstico

de la actividad agropecuaria y agroindustrial nacional, a fin de detectar y analizar la existencia de distorsiones que estuvieran incidiendo en la eficiencia de los procesos productivos, así como proponer eventuales soluciones mediante recomendaciones dirigidas a los entes competentes. Para el cumplimiento de sus objetivos, el Poder Ejecutivo le otorgó a dicha Comisión Mixta amplias facultades, tanto para establecer su mecánica operativa como funcional, pudiendo conocer asuntos de oficio o a solicitud de parte interesada, efectuar investigaciones en los temas de su interés y requerir información a cualquier ente privado o público, estando los últimos obligados a suministrarla. **La Comisión Mixta, dentro de su competencia, conoció de la propuesta de reforma y derogatoria de algunos artículos del Reglamento de Regencia Agropecuarias del Colegio de Ingenieros Agrónomos de Costa Rica, Decreto Ejecutivo N°26503-MAG, elaborada por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio y, luego de una amplia y abierta discusión en su seno, de la cual participó activamente, según se estableció en el considerando III, un delegado del ente actor, propuso al Poder Ejecutivo la promulgación del decreto impugnado. Es precisamente dentro de la Comisión Mixta, competente para elaborar propuestas sobre asuntos sometidos a su conocimiento, que el Colegio tuvo oportunidad amplia para exponer su parecer, tanto sobre la conveniencia de la reforma como de su contenido, cumpliéndose a cabalidad la finalidad del artículo 361.2 de la Ley General de la Administración Pública, por lo que nunca se causó la indefensión alegada. No hay, pues, quebranto de este artículo, ni tampoco, en consecuencia, del 129 y 166 de la misma ley (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA resolución 000749-F-04 de las nueve horas treinta minutos del diez de setiembre del año dos mil cuatro) (Lo destacado no es del original).**

Visto lo anterior, si bien los órganos jurisdiccionales son claros en señalar que la audiencia es un requisito de procedimiento sustancial, también es cierto que para aplicar la nulidad del acto es necesario que exista una total indefensión del órgano o ente representativo, en el proceso de elaboración de la regulación. De constar en el expediente participación de dicho ente u órgano, independientemente de la forma en que se enteró de la propuesta, es posible que no exista una violación al debido proceso y, por ende, no proceda la nulidad del acto final, es decir del reglamento.

Asimismo, es fundamental señalar que, a criterio de los órganos jurisdiccionales, la omisión al procedimiento especial señalado en el artículo 361 LGAP debe necesariamente implicar un perjuicio para los sujetos, a los que se les debió otorgársele la audiencia, incluso más allá de la no participación en la audiencia. De tal manera que, de haberse realizado la misma se hubiera cambiada el acto final emitido por la administración. Por ello, en una revisión del acto en sede jurisdiccional le corresponde al demandante demostrar la afectación o perjuicio

que ocasionó la no realización de la audiencia señalada en el artículo 361 de la LGAP antes de la emisión del reglamento. Al respecto han señalado los órganos jurisdiccionales:

Desde ese plano, es claro que la omisión de audiencia a los entes aludidos, cuando el contenido de las regulaciones suponga un riesgo (al menos) de afectación de los intereses que en virtud de sus potestades y competencias estén llamados a tutelar, genera una deficiencia en el elemento procedimental de ese tipo de actos, que bien puede producir una patología sancionable mediante la declaratoria de invalidez de esas decisiones. **Sin embargo, la satisfacción de esa exigencia participativa solamente ha de concretarse en los casos en que la propuesta de regulación afecte directamente aquellos intereses.** En la especie, a diferencia de lo que expone el colegio accionante, el contenido del Decreto No. 23669-H, en cuanto a las regulaciones del rubro salarial de dedicación exclusiva, no denota un marco de incidencia tal que exija el conferimiento de esa audiencia, para que, de previo a la emisión de esa norma, externara su parecer. El acto en cuestión fija el concepto de la figura de marras, los supuestos en que aplica, así como los requisitos que han de ser acreditados para su procedencia. En ese sentido, según se ha expuesto supra, una de las condiciones previas a acreditar para la aplicación de esta figura, es precisamente la que se estatuye en el artículo 3 inciso e), que impone "e. Estar incorporados al respectivo colegio profesional cuando exista esta entidad en el área correspondiente." De esa norma se desprende que, tratándose del ejercicio profesional del Derecho, en orden a lo que estatuye la Ley Orgánica del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, No. 13 en sus ordinales 6, 7 y 8, tal ejercicio requiere, indefectiblemente de estar incorporado al colegio profesional. Desde ese plano, no observa este Tribunal esa afectación alegada cuando del análisis del citado ordinal 3 del Decreto cuestionado, de manera genérica se reconoce el deber de que el profesional que pretende el pago de prohibición se encuentre incorporado en el colegio respectivo, **de suerte que, ante la preceptividad de tal inclusión al ente corporativo, no existe afectación alguna que justificara de manera obligatoria esa audiencia, aún y cuando fuese potestativo conferirla.** De esa manera, en este caso concreto, al no denotarse que se constituya un supuesto de hecho que hiciera obligatorio conceder esa fase, no se produciría la nulidad alegada (**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEXTA, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Resolución No. 039-2018-V, de las 15 horas 05 minutos del veintitrés de marzo del dos mil dieciocho**). (Lo destacado no es del original).

IV.- En cuanto a la audiencia establecida en el artículo 361 inciso 2 de la Ley General de la Administración Pública. Del informe rendido bajo la fe de juramento se desprende que la audiencia establecida en el inciso 2) del artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública, no aplica en el presente caso, en el tanto los artículos 361 al 363 de ese cuerpo normativo, consagra un procedimiento especial en los casos de disposiciones generales, que puedan afectar a instituciones descentralizadas o corporaciones, razón por la cual, por la naturaleza del contenido de dicho reglamento no se requería la publicación que necesita un Reglamento de carácter general que regule las relaciones entre los administrados y la Administración. En el caso concreto se le dio audiencia a todos los funcionarios de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y al Sindicato de funcionarios, no siendo indispensable la publicación en un diario oficial. **En el caso particular del recurrente, tampoco resulta necesaria la audiencia, ya que bajo juramento también se indicó que el mismo no acreditó su afectación, interés directo o la lesión que la nueva normativa inconsulta puede causarle; ni tampoco, está gestionando en carácter de representante de un colectivo que se vea afectado por la reforma. Bajo esa tesitura no resulta necesaria la audiencia indicada y la falta de ella tampoco anula el Reglamento de cita.** Cabe señalar que al respecto este Tribunal, ha sido cauto en reconocer el carácter constitucional de la audiencia supra mencionada, de ahí que la violación procedimental de comentario será contraria a la constitución, únicamente cuando constituya una infracción al derecho de defensa, que ejercerán las organizaciones representativas de intereses de carácter general o corporativo, respecto la disposición general que pretende ser implementada, a partir de la audiencia que al efecto les sea conferida. Así lo ha reconocido de manera reiterada la jurisprudencia de esta Sala, al definir desde la sentencia número 1991-459, de las quince horas diez minutos del veintisiete de febrero de mil

novecientos noventa y uno –reiterada, entre otras por sentencia número 1999-7657, de las dieciséis horas tres minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve- que:

"I.- Esta Sala estima que la omisión de la Administración Pública de dar la audiencia que establece el artículo 361.2 de la Ley General de la Administración Pública no constituye violación del derecho constitucional de defensa consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política, ya que lo que dicha disposición constitucional tutela es el derecho de defensa en procesos o procedimientos cuya finalidad es imponer una sanción de carácter penal o administrativo, denegar, suprimir o limitar derechos subjetivos, o causar otro agravio directo en los derechos o intereses legítimos de los particulares de la promulgación de disposiciones de carácter general por parte del Poder Ejecutivo, no configura un proceso tendente a imponer sanción alguna sino su propósito es establecer regulaciones que serán de aplicación general para los administrados. Por tanto, no es la Constitución la que establece como derecho el que el Poder Ejecutivo confiera audiencia a los interesados antes de promulgar disposiciones de carácter general, sino que es la Ley General de la Administración Pública la que, en su artículo 361, la ha dispuesto como una obligación de parte del Poder Ejecutivo. Por ello, la omisión de cumplir con dicho requisito antes de promulgar un decreto constituye un asunto de mera legalidad que deberá discutirse en la vía correspondiente, ya que no existe en este supuesto una violación constitucional que haga caer el asunto en la competencia de esta Sala (**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Resolución N° 3346 – 2011 de las nueve horas trece minutos del dieciocho de marzo del dos mil once**). (Lo destacado no es del original).

La jurisprudencia constitucional ha sido cauta en reconocer el carácter constitucional de este requisito formal, de ahí que –analizando cada caso concreto- ha llegado a conclusiones que podrían parecer contradictorias, cuando de este tema ha tratado. (Ver en ese sentido las sentencias de esta Sala números 459-91, 4702-93y 2000-3917) La violación procedimental de comentario será contraria a la Constitución únicamente cuando constituya una infracción al derecho de defensa, que ejercerán las organizaciones representativas de intereses de carácter general o corporativo, respecto la disposición general que pretende ser implementada, a partir de la audiencia que al efecto les sea conferida. Observa la Sala que, en este caso, la Administración, si bien no comprueba haber seguido el referido procedimiento legal en forma estricta, lo cierto es que el contenido de la resolución impugnada no hace sino reiterar lo ya establecido en otras normas legales y reglamentarias, cuya validez no corresponde a la Sala determinar en forma oficiosa. Lo anterior implica que no se está ante el supuesto de afectación de que habla el párrafo 2° del artículo 361 citado, ya que la resolución en cuestión no innova en nada respecto de lo ya establecido por normas de rango superior. Al no existir la afectación, tampoco surge el deber constitucional de brindar la audiencia mencionada, como requisito previo a su emisión. En todo caso, de haber alguna disconformidad, los accionantes cuentan con la posibilidad de atacar la validez de la referida resolución en la vía administrativa y jurisdiccional ordinaria. Lo anterior lleva a que, en cuanto a este extremo, la presente acción de inconstitucionalidad deba ser desestimada. (**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Resolución 2001-04325 de las diez horas con doce minutos del veinticuatro de mayo del dos mil uno**)

Por otro lado, es importante destacar que, a criterio de los órganos jurisdiccionales, la nulidad de la regulación depende no de la omisión de la audiencia señalada en el artículo 361 de la LGAP, sino de que dicha omisión implique una afectación real al ente u órgano no consultado. En este sentido, el análisis de la afectación hecho por los órganos jurisdiccionales se hace cuando el acto se emitió y la afectación es real, siempre y cuando el ente u órgano al que no se le consultó demuestre esa afectación. Mientras que, en el proceso de elaboración

de la regulación, le corresponde a quien emite la regulación garantizar la audiencia para evitar esa afectación. En este sentido la jurisprudencia señala lo siguiente:

Finalmente, y a propósito de la objeción que plantea el Estado en el sentido de que la audiencia era innecesaria por falta de innovación de las normas cuestionada, conviene agregar lo siguiente. Ciertamente de la lectura del artículo 361 inciso 2) de la LGAP, podría inferirse que, si la disposición reglamentaria no afecta intereses generales o corporativos, la audiencia es innecesaria. Sin embargo, la determinación de la eventual afectación y su grado, es tarea que incumbe valorar a las entidades implicadas, según sus propios juicios de ponderación; son ellas y no el autor o promotor de la disposición quien define si aprovecha la audiencia respectiva o si renuncia a su ejercicio, expresa o tácitamente". **(TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. SECCIÓN SEXTA CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. ANEXO A. Resolución No. 002 -2014-VI de las once horas del diez de enero del dos mil catorce).**

Finalmente, la materia contenida en el Reglamento dicho, determina la necesidad de otorgar audiencia a la Cámara Nacional de Armadores y Agentes de Vapores, pues resulta obvio que regulaciones sobre el transporte por agua, incumben directamente a tal entidad, de allí resulta de obligado trámite la indicada audiencia, con el objeto que ésta participe y vele por sus intereses, en el procedimiento de elaboración del Reglamento, de acuerdo con una acertada interpretación del artículo 361, párrafo 2, de la Ley General de Administración Pública (...)"- VII.- No puede aceptarse como excusa para obviar un trámite sustancial de procedimiento, el supuesto conocimiento y por ende la mala fe de la demandante, de lo que se estaba gestando a lo interno del Ministerio. No tenía por qué la actora, instar o solicitar la audiencia que por imperativo legal, debía conceder el ente estatal. Al estar la Administración obligada a respetar el Ordenamiento Jurídico, era su deber, otorgar el traslado, y al no haberlo hecho de ese modo, quebrantó el principio de legalidad y la disposición reglamentaria emitida, merece ser anulada." **(TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. II Circuito Judicial.541-2003 de las diez horas treinta y cinco minutos del catorce de noviembre de dos mil tres.)**

Una vez analizado el carácter obligatorio de la audiencia señalada en los párrafos 1 y 2 del artículo 361 de la LGAP y determinado el alcance de la misma, surge la duda de cómo se debe realizar esa audiencia y qué aspectos formales se deben tomar en cuenta, con respecto a la consulta señalada en el párrafo 3 del mismo artículo. Al respecto señala la Procuraduría General de la República:

Ahora bien, tal y como apuntamos en el apartado anterior, la norma legal en comentario, al regular el trámite de audiencia que debe conferir la Administración de previo a la emisión de una norma de carácter general, contempla diferentes supuestos, claramente diferenciados.

En el primer inciso, la norma dispone que se debe conferir audiencia a las entidades descentralizadas sobre los proyectos de disposiciones generales que puedan afectarlas.

En el inciso segundo, la audiencia se debe conferir a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo que puedan verse afectadas. Inclusive, en este supuesto, se contempla la posibilidad de no brindar audiencia, cuando se oponga a ello razones de interés público o de urgencia, las cuales deberán consignarse debidamente en el anteproyecto.

Finalmente, de conformidad con el inciso tercero, cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, por ejemplo, que sea de interés general, el Poder Ejecutivo o el Ministerio interesado puede disponer que el anteproyecto sea sometido a consulta pública.

Así, en los dos primeros supuestos, a saber, la audiencia a las entidades descentralizadas y a las representativas de intereses de carácter general o corporativo, debe brindárseles mediante la debida comunicación del proyecto de norma general que se pretende emitir. Y, en el tercer supuesto, cuando la Administración estime conveniente una audiencia pública, la misma debe realizarse a través de una publicación en un medio de comunicación colectiva o bien en el diario oficial La Gaceta.

En ese sentido y en respuesta a la primera interrogante, es criterio de la Procuraduría General de la República que, en el caso de que el Poder Ejecutivo o el Ministerio interesado decida realizar una audiencia pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 361, inciso 3) de la citada Ley General, ello no lo exime de la obligación de brindar audiencia, vía notificación, a las entidades descentralizadas o representativas de intereses de carácter general o corporativo que puedan verse afectadas, pues la voluntad del legislador, consignada en los 2 primeros incisos del artículo 361, es que las referidas entidades tengan conocimiento del proyecto de reglamento que se pretende emitir y puedan, si a bien lo tienen, realizar las observaciones que estimen pertinentes.

Ahora bien, ya sea que se trate de una audiencia directa, vía notificación, o de una audiencia pública, vía publicación, la Administración debe indicar expresamente el plazo de la audiencia que confiere para tal efecto (**Procuraduría General de la República Dictamen 077 del trece de abril del dos mil quince**).

Visto lo anterior, a criterio de la Procuraduría debe existir un acto de notificación en el cual se informa de manera directa a los sujetos señalados en los incisos 1) y 2) independientemente de que existe una convocatoria generalizada, como la que se podría dar en el inciso 3), a efectos de no transgredir la formalidad de la audiencia establecida en los dos primeros párrafos del artículo 361 de la LGAP.

Ahora bien, si no se hace la notificación a los entes u órganos señalados en los primeros párrafos del artículo 361, pero los mismos se dan cuenta de la propuesta reglamentaria y dan sus observaciones a la misma, a partir del aviso de consulta pública, emitido por el órgano o ente proponente de la regulación y, tomando en consideración lo aquí analizado y señalado por distintos órganos jurisdiccionales, no procede la posibilidad de invocar la nulidad del reglamento por cuanto existió participación de los posibles afectados. Independientemente de la forma en que se enteraron de la posibilidad de participar, al emitir sus comentarios a la propuesta, no hay afectación o perjuicio por no realizarse la notificación de la audiencia. En este caso, si bien no se cumplió con la formalidad, lo importante es que sí se dio la

participación de los afectados y, por lo tanto, en caso de emitirse el reglamento no sería posible invocar un vicio sustancial al procedimiento al no darse la notificación de la audiencia.

Finalmente, en jurisprudencia se ha dejado claro que, si bien es necesario, a efectos de no invalidar el reglamento, la participación de los posibles afectados identificados en los párrafos 1 y 2 del artículo 361 de la LGAP, también la Sala Constitucional ha dimensionado que no es necesario dar respuesta a cada una de las observaciones señaladas por los afectados, ya que con la emisión del reglamento se da por sobre entendido que las observaciones se recibieron y analizaron. Al respecto señala:

II.- Sobre el fondo. Del informe rendido por el representante de la autoridad recurrida -que se tiene por dado bajo fe de juramento con las consecuencias, incluso penales, previstas en el artículo 44 de la Ley que rige esta Jurisdicción-, se tiene por demostrado que lo presentado por el recurrente no es un recurso administrativo ordinario, sino una oposición al Proyecto de Reglamento del Primer Procedimiento Especial Abreviado para el Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la Modalidad de Taxi, de conformidad con lo que establece el artículo 361 de la Ley General de Administración Pública, con base en el cual se concedió audiencia general a todos los interesados, para que en un plazo de diez días hábiles, presentaran las objeciones –a dicho proyecto- que estimaran convenientes. Asimismo, se constató que la autoridad recurrida atendió los aspectos objetados por la Federación amparada, e incluso se tomó en consideración para la redacción final del Reglamento supra citado; **sin embargo, la Administración no está en la obligación de brindar una respuesta concreta en cada caso, sino que, por tratarse de un acto general, con la publicación del Decreto Ejecutivo número 28913-MOPT, se tuvo por satisfechos los derechos de los objetantes.** Por lo expuesto, esta Sala considera que no existe violación a los derechos constitucionales del recurrente, y lo procedente es ordenar la desestimación del presente recurso, como en efecto se hace (**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Resolución 2002-05858 de las nueve horas con veinticuatro minutos del catorce de junio del dos mil dos.** (Lo destacado no es del original)

Así, no queda más que entender que el decreto de fijación de precios requiere, necesariamente, de la sugerencia, propuesta o recomendación técnica de CONARROZ, la cual si bien no es vinculante (y no podría serlo porque quien tiene la competencia para el dictado del acto final es el Poder Ejecutivo) sí es una fase esencial dentro procedimiento de fijación de precios (**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. SECCIÓN SEXTA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ Resolución No. 137 -2012 –VI. ANEXO A de las quince horas treinta y cinco minutos del seis de julio de dos mil doce.**)

En este sentido, si bien existe una obligación de conceder audiencia a los entes u órganos de la administración o del sector privado, que se puedan ver afectados por la propuesta

reglamentaria, no existe obligación de la administración de asumir las observaciones o comentarios de los posibles afectados, ya que la potestad reglamentaria es de quien tiene la facultad para hacerlo, de acuerdo a una norma que así lo acredite, potestad que no puede delegar. Así tampoco tiene que dar respuesta a cada una de las observaciones señaladas por las entidades que participaron en la audiencia o consulta pública.

Una vez que logramos tener identificado el concepto de consulta pública y audiencia señalado en la Ley General de la Administración Pública, procederemos a ver cómo se aplica ese procedimiento en tres normativas especiales, a saber, el *Código Municipal*, la *Ley de Creación de la ARESEP* y el *Código de Normas y Procedimientos Tributarios*. Ahora bien, es importante señalar que, si bien esa normativa establece procedimientos especiales de consulta pública, lo cierto del caso es que el referente siempre va a ser el procedimiento establecido en el artículo 361 de la LGAP, tal situación se evidencia en la jurisprudencia analizada. Dicho lo anterior se procede a analizar la normativa en cuestión.

## **B. Código de Normas y Procedimientos Tributarios**

De particular interés para este estudio es lo indicado en el *Código de Normas y Procedimientos Tributarios* referente a las resoluciones generales emitidas por las autoridades tributarias, ya que para este tipo de actos el legislador consideró necesario incluir una consulta previa, como parte del procedimiento.

### **Artículo 99.- Concepto y facultades**

Se entiende por Administración Tributaria el órgano administrativo encargado de gestionar y fiscalizar los tributos, se trate del fisco o de otros entes públicos que sean sujetos activos, conforme a los artículos 11 y 14 del presente Código.

Dicho órgano puede dictar normas generales para los efectos de la aplicación correcta de las leyes tributarias, dentro de los límites fijados por las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes. Las normas generales serán emitidas mediante resolución general y consideradas criterios institucionales. Serán de acatamiento obligatorio en la emisión de todos los actos administrativos y serán nulos los actos contrarios a tales normas.

Tratándose de la Administración Tributaria del Ministerio de Hacienda, cuando el presente Código otorga una potestad o facultad a la Dirección General de Tributación, se entenderá que también es aplicable a la Dirección General de Aduanas, a la Dirección General de Hacienda y a la Dirección General de la Policía de Control Fiscal, en sus ámbitos de competencia.

**Artículo 174.- Publicidad de los proyectos de reglamentación**

Los proyectos de reglamentación de las leyes tributarias deberán hacerse del conocimiento general de los contribuyentes a través del sitio en Internet de la Administración Tributaria, ya sea por las redes sociales o por los medios científicos y tecnológicos disponibles, procurando siempre la mayor difusión posible. Para estos efectos, será publicado un aviso en un diario de circulación nacional en el cual se haga, de conocimiento general, la existencia de la información electrónica y la dirección por medio de la cual se puede ingresar.

Se concederá, obligatoriamente, a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo o de intereses difusos, afectadas por los proyectos de disposición referidos en el párrafo anterior, ya sean reglamentos, directrices o normas generales que llegue a dictar la Administración Tributaria, la oportunidad de exponer su parecer sobre tales proyectos, dentro del plazo de diez días contado desde su primera publicación en el diario oficial, salvo cuando se opongán a ello razones calificadas de interés público o de urgencia, debidamente consignadas en el proyecto de disposición general.

Como puede observarse el legislador le otorgó a Directores encargados de la Administración Tributaria la potestad de emitir resoluciones con carácter normativo, la cuales deben respetar el principio de sujeción a la ley, y en ningún momento pueden ir más allá de lo estipulado en la ley o reglamento que complementan. Asimismo, como estamos frente a resoluciones que van a tener efectos sobre los administrados tributarios de manera general, el legislador consideró necesario establecer un procedimiento de audiencia obligatoria para este tipo de actos, a fin de que los sujetos que representan intereses corporativos o difusos puedan dar sus opiniones al proyecto de regulación. Y nuevamente el legislador señaló que esta posibilidad de ejercer el derecho de participación ciudadana en los procesos de elaboración normativa no es facultativa sino preceptivo, de tal manera que su omisión podría implicar la nulidad de la regulación. Ahora bien, a diferencia de lo señalado en el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública se establecen medios por los cuales se deben publicar los avisos de consulta, incluso faculta la posibilidad de usar medios tecnológicos. Sobre la necesidad de la publicación de aviso en un periódico de circulación nacional señalan los órganos jurisdiccionales:

VI. - RESPECTO A LA ALEGADA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y A LA SUPUESTA FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ACEVED. En ese sentido, este Tribunal considera lo que de seguido se expone: i) Con relación al deber de la Administración Tributaria de hacer del conocimiento general de los contribuyentes los proyectos de reglamentos o actos que tengan efectos jurídicos para aquellos. Si bien es cierto, se tiene por demostrado que el proyecto de resolución de ventas por catálogo, se publicó en la página web de la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, el 26 de marzo del 2014 (folio 72 del expediente administrativo); también lo es, que no consta en el expediente administrativo, que se haya publicado un aviso en un diario de circulación nacional, en el que se hiciera del conocimiento general, la existencia de la información electrónica y la dirección por medio de la cual se podía ingresar, respecto al proyecto de resolución de ventas por catálogo (aparte f del considerando II de esta sentencia). Ello a pesar de que constituye un deber que le impone a la Administración Tributaria el párrafo 1º del artículo 174 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y cuyo cumplimiento es necesario y correlativo a fin de que los contribuyentes –como en supuesto de las personas físicas que figuran en condición de actoras en este proceso-, puedan ejercer de manera efectiva los derechos al debido proceso, de defensa, de información y de ser oídas en el trámite de audiencia, con carácter previo al dictado de un acto que tendrá efectos jurídicos en su esfera vital de intereses y derechos, como sucede en este caso. Tan es así, que ninguna de las actoras u otra persona física planteó observaciones al proyecto de resolución de ventas por catálogo (aparte g del considerando II de esta sentencia), dado que no había manera de conocer de la existencia del mismo, a menos que la Administración Tributaria lo publicitara conforme a lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 174 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, sin perjuicio de lo oportuno o no que resulte acceder a un documento de esa naturaleza, únicamente por vía digital (**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. ANEXO A Resolución N° 133 -2016-V de las siete horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre del dos mil dieciséis**).

Ahora bien, esa misma resolución del órgano jurisdiccional aporta un elemento interesante con respecto al procedimiento de audiencia para las resoluciones vinculadas a temas tributarios y, es el de la necesidad de hacer una nueva consulta pública en el caso de una reforma sustancial al primer proyecto de resolución, al estar vinculado a un tema de fijación de tributos, lo cual está amparado en el principio de reserva de ley. Al respecto señala el citado tribunal lo siguiente:

Tampoco se cumple ese deber de publicidad para con los contribuyentes o agentes retenedores del impuesto –específicamente con las actoras de este proceso-, respecto de las modificaciones sustanciales aplicadas al proyecto de resolución publicado, relativas a que, a diferencia de lo indicado en el proyecto de resolución, ahora la base imponible se obtiene dividiendo el precio de venta estimado al consumidor final (que equivale al precio vigente pagado por consumidor final, partiendo de que ese precio incluye el impuesto de ventas), entre el factor 1,13 –que se obtiene sumando 1 a la alícuota actual del impuesto sobre las ventas (13%)-, y sobre ese resultado calcular el impuesto sobre las ventas. Considera este Tribunal que el deber de publicidad previsto en el artículo 174 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y los derechos correlativos de los contribuyentes previstos en los incisos 1, 2, 12 y 13 del numeral 171 de ese mismo cuerpo normativo, tornan imperativo que toda modificación sustancial de un proyecto de resolución que produzca efectos jurídicos en los contribuyentes (o agentes retenedores) a los que pretende ser dirigido, tenga la publicidad debida. Con mucha más razón en el supuesto previsto en el artículo

11 de la Ley 6826, en que se faculta a la Administración Tributaria a determinar la base imponible del Impuesto General sobre las Ventas en los supuestos expresamente regulados en la norma de cita, dado que constituye en última instancia, una manifestación de que el principio de reserva de ley en materia tributaria, es relativo en algunos supuestos previstos por el propio legislador. En consecuencia, considera este Tribunal que si en el procedimiento legislativo constituye una fase esencial, publicitar los cambios sustanciales que se incluyan en un proyecto de ley en materia tributaria, tal y como ha sostenido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias número 04621-2012 de las 16:00 horas del 10 de abril del 2012 y 2015-001241 de las 11:31 horas del 28 de enero del 2015, con mayor razón constituye una formalidad sustancial del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general y normativo (artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública), más en aquellos supuestos en que –como en el caso concreto- la Administración Tributaria sea la que en ejercicio de la potestad otorgada por el artículo 11 de la Ley 6826, vaya a determinar la base imponible del impuesto sobre las ventas para un supuesto específico, amparado en los presupuestos previstos en dicha norma. Ello por cuanto, de ello depende que los contribuyentes (o agentes retenedores) puedan ejercer sus derechos a la defensa, a ser informados y asistidos por la Administración Tributaria, acerca de los valores y los parámetros de valores que se pretendan emplear para fines tributarios, y a ser oído en el trámite de audiencia con carácter de previo al dictado de una resolución o acto que pueda tener efectos jurídicos para los sujetos pasivos, como sucede en la especie (**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. ANEXO A Resolución N° 133 -2016-V. Goicoechea, a las siete horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre del dos mil dieciséis**).

Incluso, el Tribunal va más allá y considera que en el mismo artículo 361 de la *Ley General de la Administración Pública* no existe una limitación a una sola consulta o audiencia de los proyectos de reglamento, lo que podría interpretarse que la necesidad de una segunda consulta pública es prescriptiva en el caso de cambios sustanciales. Al respecto señala:

En todo caso, tómesese en consideración que los artículos 174 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública, no supeditan o restringen la publicidad del proyecto de resolución, reglamento, directriz o norma general, a una sola publicación, pues ello sería contrario a los principios de lógica, razonabilidad y proporcionalidad, en aquellos supuestos en que al proyecto se le introduzcan modificaciones sustanciales, y no únicamente de forma (**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. ANEXO A Resolución N° 133 -2016-V de las siete horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de diciembre del dos mil dieciséis**).

No obstante, es una interpretación que riñe con lo que hemos venido observando con respecto al carácter de formalidad sustancial con el cual se le ha ido definiendo a la audiencia del artículo 361 de la LGAP. Ya que, en los distintos extractos de fallos jurisdiccionales, lo que se busca es cumplir con la formalidad de la participación de los posibles sujetos afectados, sin que ello implique que exista obligación de la administración de dar respuesta a cada una

de las observaciones o bien, de cumplir la formalidad señalada si la regulación no va a generar una afectación real al ente u órgano representativo de intereses generales o corporativos. No obstante, esta sentencia puede abrir una línea interpretativa en sede jurisdiccional muy importante, la cual permitiría ampliar el concepto de la audiencia pública a un tema que va más allá de un aspecto de procedimiento sustancial y nos lleva a una consulta pública entendida como la necesaria participación ciudadana en los procesos de elaboración de política pública, lo cual dejaría de ser un aspecto de forma y pasaría a ser un elemento central en la construcción de una política pública más democrática.

### **C. Código Municipal**

En primer lugar, resulta fundamental establecer en cuál órgano de los gobiernos locales recae la potestad reglamentaria y al respecto señala el artículo 13 del *Código Municipal* lo siguiente:

**Artículo 13.** - Son atribuciones del concejo:

(...)

c) Dictar los reglamentos de la Corporación, conforme a esta ley.

(...)

De tal manera que la potestad reglamentaria recae en el Concejo Municipal. Asimismo, como requisito esencial para cumplir con el procedimiento de elaborar regulaciones establece el artículo 43 del mismo cuerpo normativo lo siguiente:

**Artículo 43.** - Toda iniciativa tendiente a adoptar, reformar, suspender o derogar disposiciones reglamentarias, deberá ser presentada o acogida para su trámite por el Alcalde Municipal o alguno de los regidores.

Salvo el caso de los reglamentos internos, el Concejo mandará publicar el proyecto en La Gaceta y lo someterá a consulta pública no vinculante, por un plazo mínimo de diez días hábiles, luego del cual se pronunciará sobre el fondo del asunto.

Toda disposición reglamentaria deberá ser publicada en La Gaceta y regirá a partir de su publicación o de la fecha posterior indicada en ella.

La Procuraduría General de la República realiza un interesante juicio analítico en el que articula un paso a paso de las etapas esenciales que debe realizar el ente municipal, a efectos de emitir un reglamento de acuerdo a lo señalado en el artículo 43 supra citado. Al respecto señala:

El artículo citado, dispone el procedimiento para “adoptar, reformar, suspender o derogar disposiciones reglamentarias” en el seno municipal, estableciendo los siguientes pasos:

- a) Iniciativa presentada o acogida para su trámite por el Alcalde Municipal o alguno de los regidores.
- b) Publicación del proyecto en el Diario Oficial la Gaceta.
- c) Consulta pública no vinculante por un plazo mínimo de diez días hábiles.
- d) Pronunciamiento sobre el fondo del proyecto
- e) Publicación en La Gaceta (Dictamen 060 del 27 de febrero del 2014).

Asimismo, con respecto a los elementos esenciales para cumplir con el procedimiento de elaboración de regulaciones municipales estima el Tribunal Contencioso lo siguiente:

Para cualquier modificación reglamentaria en el ámbito local, se requiere cumplir, al menos, con las siguientes exigencias: a) Debe presentarse una moción en ese sentido, proveniente de o acogida por uno o varios regidores o el alcalde municipal; b) Asimismo, el proyecto debe someterse a una consulta pública previa y no vinculante, por un plazo mínimo de diez días hábiles, para lo cual deberá publicarse la iniciativa en el Diario Oficial La Gaceta.- Ello debe hacerse, por supuesto, antes de la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto; c) Una vez concluido el trámite anterior, la propuesta, con sus observaciones si se presentaron, debe enviarse a una Comisión, aunque ello puede dispensarse por medio de una votación calificada de los presentes; d) Una vez recibido el dictamen de la Comisión, si los hubiere, el legajo pasará al Concejo Municipal, para la deliberación correspondiente, valga decir, para la discusión acerca de su procedencia y para la toma de una decisión final al respecto. e) Una vez aprobada, la nueva reglamentación debe publicarse en La Gaceta y regirá a partir de su aparición en el Diario o en la fecha en que ella lo indique.- Este Tribunal advierte que, a contrapelo de lo expuesto, la Municipalidad de Turrubares modificó varios artículos de su "Reglamento para la Autorización de Fiestas, Ferias, Turnos y Actividades Bailables o similares", mediante un procedimiento bastante sui géneris y por descontado ilegal en algunos aspectos, según se expone de seguido.- En efecto, se observa que el inicio de los trámites no se debió a la presentación de una iniciativa tendiente a variar las normas del reglamento vigente.- El Concejo, simplemente estimó que había que revisar el texto, y mediante acuerdo tomado en la sesión ordinaria del 29 de febrero del dos mil ocho, dispuso remitir la inquietud a la Comisión de Jurídicos, a la que le encargó "revisar y recomendar al Concejo Municipal el Reglamento", sin dar ningún tipo de parámetro concreto, para el estudio de la cuestión.- La referida comisión, mediante dictamen del catorce de marzo siguiente, propuso modificar los artículos 1 inciso a), inciso i, 3, VII inciso b) y VIII y ese mismo día el órgano deliberativo, en el artículo 17, Capítulo 7 de la sesión 11-2008, acogió el informe, es decir, aprobó los cambios y luego, dispensó el trámite del proyecto de Comisión y ordenó su publicación en el Diario Oficial.- Ahora, si bien es cierto el numeral 43 del Código Municipal antes citado, expresa que la iniciativa de modificación debe provenir de un regidor o del alcalde -o al menos ser acogida por cualquiera de ellos para su presentación-, el hecho de que haya sido el Concejo directamente quien requirió a la Comisión de Jurídicos hacer un análisis del reglamento y proponer ella misma y según su criterio, los cambios que estimara necesarios, no constituye un defecto que pueda causar

nulidad, pues lo cierto del caso es que ese informe sí fue entregado para su conocimiento al órgano deliberativo por los regidores que la integran, con lo cual, se da cumplimiento al precepto recién citado.- En este sentido cabe indicar, que en realidad hay varias posibilidades igualmente válidas, a la hora de presentar una iniciativa de este tipo: en primer lugar, el proyecto puede provenir directamente de los regidores -en forma individual o en colectiva-, o del alcalde.- No obstante, de manera indirecta, podría darse el caso de que ello surja de uno o varios munícipes -vecinos del cantón- interesados, sean personas físicas o jurídicas -piénsese por ejemplo en asociaciones de desarrollo comunal, deportivas, etc-, y también podría el Concejo solicitarle a una entidad determinada -pública o privada, según el procedimiento legal- que le prepare una propuesta (vgr. el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal -IFAM-), o en su caso, que se encargue a un órgano de la misma Municipalidad su elaboración, como podría ser una Comisión, un Departamento específico -rentas, desarrollo humano, planificación urbana, Obras, etc, el Comité Cantonal de Deportes, entre otros-; todo ello, a condición eso sí, de que sea acogida para presentarla ante la corporación local por al menos un regidor o el alcalde.- Las propuestas, como se advierte, pueden provenir de las más diversas fuentes y lo requerido por la ley es únicamente para éstas sean "patrocinadas" por alguna de las personas que ella indica, aunque sólo sea para efectos de su presentación.- En suma, no se encuentra en este extremo, alguna violación sustancial al trámite legalmente establecido.- IV).- Lo que sí constituye un defecto insalvable, es la omisión -por lo demás abiertamente injustificada- de someter la propuesta de la Comisión acogida por los regidores, a consulta pública, en los términos del párrafo segundo del artículo 43 del Código Municipal.- Esa exigencia, que como se dijo resulta insoslayable, se funda en la naturaleza misma de nuestro régimen municipal, que busca sobre todo, la participación plena e informada de los vecinos residentes del cantón, en la toma de decisiones relevantes, como lo es la aprobación, suspensión, modificación o supresión de los reglamentos de la corporación.- Se trata de uno, entre muchos supuestos en donde la participación ciudadana se estima fundamental (otros casos que podrían citarse, sin ánimo de agotar la lista, son la elección de los regidores, síndicos y alcaldes, el plebiscito de revocatoria de mandato del alcalde, así como la consulta pública previa de los planes reguladores), y constituye una manifestación más del principio participativo que enuncia el artículo 9 de la Constitución Política y que prevé el Código Municipal en su artículo 5, cuando señala que: "Las municipalidades fomentarán la participación activa, consciente y democrática del pueblo en las decisiones del gobierno local (...)".- Por otra parte, en tratándose de disposiciones reglamentarias externas, la obligación de publicar los proyectos respectivos es una constante en todo el ámbito la Administración Pública en general, que responde al régimen democrático, pues así lo exige el numeral 361 de la Ley General de la Administración Pública, por lo que no se trata de una obligación única de las municipalidades.- La finalidad del trámite es por supuesto, obtener el criterio de la comunidad sobre el contenido de los cambios buscados y abrir el debate público, propugnar por la transparencia administrativa, y enriquecer la discusión y deliberación que habrá de darse posteriormente en el seno del Concejo.- En el presente caso, ello no ha sido posible, dado que la Municipalidad de Turrubares desatendió esa obligación constitucional y legal, y en cambio, se conformó con obtener el dictamen de la Comisión de Jurídicos, y a aprobarlo sin mayor trámite, impidiendo a los vecinos y demás interesados opinar al respecto.- Lo cual hizo además, a golpe de tambor, dado que según se logró constatar, el dictamen se recibió el catorce de marzo del dos mil ocho y ese mismo día fue puesto en conocimiento del Concejo, quien lo aprobó sin que conste ni siquiera una sola manifestación de los concejales acerca de su necesidad, procedencia, eventuales inconvenientes, oportunidad de las reformas, costo, etc, valga decir, sin que se diera una previa y verdadera deliberación, como lo exige el principio de legalidad y se espera de toda autoridad pública.- De manera que, a juicio de este órgano colegiado, la reforma al Reglamento se produjo no sólo a espaldas de la comunidad, que no fue consultada previamente de acuerdo a la Ley y que por tanto no pudo enriquecer el trámite con sus observaciones -si las tuviere-, sino también de manera intempestiva, y sin que conste en el expediente que existieran razones de interés público o de urgencia que justifiquen la inusitada rapidez con que se hizo el trámite, dejando de lado etapas esenciales del procedimiento que a la postre obligan ahora a acoger las objeciones del alcalde, dado que efectivamente, la modificación adolece de defectos graves e insubsanables, que la tornan sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.- Dada la gravedad de los defectos formales detectados, se estima innecesario emitir pronunciamiento sobre los demás cuestionamientos debatidos, y se declara con lugar el veto interpuesto (**TRIBUNAL DE LO**

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y CIVIL DE HACIENDA. SECCIÓN TERCERA.  
II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. ANEXO A Resolución N° 27-2009. de las once  
horas cuarenta y cinco minutos del doce de enero del dos mil nueve).**

De particular interés, para este estudio, es lo señalado por el Tribunal con respecto a la consulta pública. A juicio de ese órgano jurisdiccional, la consulta pública es un elemento de procedimiento sustancial que su omisión puede implicar un vicio en el procedimiento, que puede acarrear la nulidad del reglamento. Asimismo, resulta de particular interés, que la consulta pública señalada en el artículo 43 del *Código Municipal*, si bien es vinculada por el Tribunal, con el artículo 361 de la LGAP, también lo hace con un principio constitucional establecido en los artículos 9 y 11 de la Carta Magna, a saber el del carácter democrático de nuestro sistema, lo que implica, que por lo menos, en regulaciones municipales resulta fundamental la participación ciudadana, la cual en este caso, no está mediada directamente por un órgano o ente que represente los interés de un grupo. Es en el ámbito municipal que encontramos una mayor apertura a la participación ciudadana, para el caso de los reglamentos que se emiten en la esfera local. Y en este sentido, las normas en cuanto estén dirigidas a terceros, deben cumplir con el procedimiento de consulta pública. En este caso, al parecer, los órganos jurisdiccionales no analizan si, a pesar de la omisión de la consulta pública, existió una afectación o perjuicio a quién solicita la nulidad del reglamento por la omisión de la consulta. Por cuanto, lo que se lesiona es la *Constitución Política*, al omitir un elemento del procedimiento que refuerza nuestro sistema democrático y no el eventual perjuicio o afectación que causó la promulgación del reglamento sin la consulta pública. Para reforzar la tesis aquí expuesta se puede apreciar el tono y el razonamiento el Tribunal Constitucional con respecto al requisito de procedimiento de la consulta pública en el régimen municipal:

(...) La autoridad recurrida informa a la Sala bajo la fe del juramento de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que luego de adoptado el

acuerdo número 132 del 16 de diciembre de 1999, que eliminaba todas las agujas y portones de las urbanizaciones del cantón, se recibió una masiva oposición de los residentes de éstas, alegando razones de seguridad. **Que la recurrente no indica cuál es el perjuicio que se le ocasiona en el presente asunto, al promulgarse en Reglamento regulando esa actividad, pero además, que existe un transitorio en él que otorga plazos a las comunidades para su cumplimiento.** También se indica que no ha sido publicado en el Diario Oficial La Gaceta. **Ahora bien, siendo la recurrente vecina del cantón, le asiste el derecho de exigir no solo la aplicación del principio de legalidad, sino también de participar en la formación de reglamentos municipales, como ocurre en el asunto que nos ocupa en este amparo.** De allí, que está en posición para impugnar la regularidad constitucional de la actuación municipal, por cuanto según se evidencia del informe de la autoridad recurrida, la publicación que pende, será para que el Reglamento entre en vigencia en la comunidad. No obstante que la autoridad accionada ha alegado que existió una participación masiva de los vecinos del lugar contra la decisión de eliminar las llamadas "agujas" en la vía pública, por las protestas que ello generó, estima la Sala que efectivamente se ha actuado en contra del principio de legalidad que consagra el artículo 11 de nuestra Constitución Política, significa que los actos de la Administración deben de conformarse con el ordenamiento jurídico, que también se conoce como el principio de juridicidad de la Administración, en la medida que las instituciones públicas solo pueden actuar si se encuentran apoderadas para hacerlo por el mismo ordenamiento y normalmente a texto expreso. En consecuencia, sólo les es permitido lo que esté constitucionalmente y legalmente autorizado en forma expresa y únicamente en la forma en que les está autorizado hacerlo. En el caso concreto, la Municipalidad debe observar ese principio, que viene ligado al de participación democrática que exige el Código Municipal en el numeral 43. No coincide la Sala con el criterio que parece sugerir la entidad municipal de que los vecinos ya se han manifestado ante el Concejo, pues las gestiones que afirman fueron planteadas ante ellos, lo que determinaron fue la decisión de dictar un reglamento y a partir de allí ha de cumplirse con lo que dispone el artículo 43 del Código Municipal. Lo contrario, sería limitar la posibilidad de que todos lleguen a enterarse de los términos de la propuesta y puedan contribuir en su mejoramiento o incluso que finalmente no se apruebe, dependiendo del tono y carácter de los argumentos que se utilicen. **El legislador, al establecer la publicación previa del proyecto, precisó la más amplia participación ciudadana en la toma de disposiciones de interés local, de modo que el Gobierno vecinal debe mediar entre los intereses públicos y comunales, informándose directamente de la opinión de los vecinos del cantón respecto de la pretendida reglamentación, tal y como se evidencia de lo preceptuado en los artículos 4 inciso g), 5, 13 inciso c), y 43 del Código citado. El fundamento constitucional de lo anterior, se halla en los artículos 1, 11, 28, 30, 129, 168 y 169, al establecer el primer numeral que nuestra República es democrática, por lo que, como entidad pública que es la Municipalidad, debe fundar sus actuaciones en el Derecho de la Constitución, al velar por que la atención de los intereses de los habitantes del municipio responda también al mejor interés democrático.** El numeral 43 manda la publicación previa, situación que como se deriva de los hechos probados y del informe rendido por la autoridad recurrida, no se ha realizado. (...). Por lo expuesto, y en virtud de lo anterior, la Sala estima que el recurso debe declararse con lugar, por violación al principio de legalidad y el principio democrático que debe observar la Municipalidad, sin perjuicio de que se repongan los procedimientos y, además, sin que la Sala prejuzgue sobre el contenido del Reglamento en cuestión, que para nada ha sido examinado (...) (SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sentencia 2001-0050 de las 10:03 horas del 29 de enero del 2001. (Lo resaltado no es del original).

## **D. Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP)**

Finalmente, en la ley en la que se creó la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos existe el procedimiento de audiencia más democrático y participativo de nuestro ordenamiento jurídico, el cual aplica para los servicios públicos y para los servicios de telecomunicaciones. Y los cuales están regulados en los artículos 36 y 81 de dicha ley. A continuación, se transcriben los artículos en cuestión:

### **Artículo 36.- Asuntos que se someterán a audiencia pública**

Para los asuntos indicados en este artículo, la Autoridad Reguladora convocará a audiencia, en la que podrán participar las personas que tengan interés legítimo para manifestarse. Con ese fin, la Autoridad Reguladora ordenará publicar en el diario oficial La Gaceta y en dos periódicos de circulación nacional, los asuntos que se enumeran a continuación:

- a) Las solicitudes para la fijación ordinaria de tarifas y precios de los servicios públicos.
- b) Las solicitudes de autorización de generación de fuerza eléctrica de acuerdo con la Ley N.º 7200, de 28 de setiembre de 1990, reformada por la Ley N.º 7508, de 9 de mayo de 1995.
- c) La formulación y revisión de las normas señaladas en el artículo 25.
- d) La formulación o revisión de los modelos de fijación de precios y tarifas, de conformidad con el artículo 31 de la presente Ley.

Para estos casos, todo aquel que tenga interés legítimo podrá presentar su oposición o coadyuvancia, por escrito o en forma oral, el día de la audiencia, momento en el cual deberá consignar el lugar exacto o el número de fax, para efectos de notificación por parte de la Aresep. En dicha audiencia, el interesado deberá exponer las razones de hecho y de derecho que considere pertinentes.

La audiencia se convocará una vez admitida la petición y si se han cumplido los requisitos formales que establece el ordenamiento jurídico. Para este efecto, se publicará un extracto en el diario oficial La Gaceta y en dos periódicos de circulación nacional, con veinte (20) días naturales de anticipación a la celebración de la audiencia.

Tratándose de una actuación de oficio de la Autoridad Reguladora, se observará el mismo procedimiento.

Para los efectos de legitimación por interés colectivo, las personas jurídicas organizadas bajo la forma asociativa y cuyo objeto sea la defensa de los derechos de los consumidores o de los usuarios, podrán registrarse ante la Autoridad Reguladora para actuar en defensa de ellos, como parte opositora, siempre y cuando el trámite de la petición tarifaria tenga relación con su objeto. Asimismo, estarán legitimadas las asociaciones de desarrollo comunal u otras organizaciones sociales que tengan por objeto la defensa de los derechos e intereses legítimos de sus asociados.

Las personas que estén interesadas en interponer una oposición con estudios técnicos y no cuenten con los recursos económicos necesarios para tales efectos, podrán solicitar a la Aresep, la asignación de un perito técnico o profesional que esté debidamente acreditado ante este ente, para que realice dicha labor. Esto estará a cargo del presupuesto de la Autoridad Reguladora. Asimismo, se faculta a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para que establezca oficinas regionales en otras zonas del país, conforme a sus posibilidades y necesidades.

### **Artículo 81.- Audiencias**

Para los asuntos indicados en este artículo, la Sutel convocará a una audiencia, en la que podrán participar quienes tengan interés legítimo para manifestarse sobre lo siguiente:

- a) Las fijaciones tarifarias que deban realizarse de conformidad con la Ley general de telecomunicaciones.

- b) La formulación y revisión de los reglamentos técnicos que se requieran para el cumplimiento de los objetivos del marco regulatorio de las telecomunicaciones.
  - c) La formulación de los estándares de calidad de las redes públicas y los servicios de telecomunicaciones disponibles al público.
  - d) La aprobación o modificación de cánones, tasas, contribuciones y derechos relacionados con la operación de las redes y la prestación de servicios de telecomunicaciones.
  - e) Los demás casos previstos en el marco regulatorio de las telecomunicaciones.
- El procedimiento de convocatoria para las audiencias se realizará conforme al artículo 36 de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 361.2 de la Ley general de la Administración Pública respecto de las instituciones descentralizadas.

Como puede observarse estos artículos suponen una audiencia ciudadana en la que incluso, es posible la participación de organizaciones que representen los intereses de los ciudadanos, pero a diferencia de lo señalado en el artículo 361 de la *Ley General de la Administración Pública*, no es necesaria una organización que represente o medie en los intereses de cada individuo. Ya que lo principal es la audiencia directa al ciudadano afectado y, en segundo lugar, la de ciudadanos organizados, a fin de defender sus derechos. Esto implica un procedimiento altamente democrático y sin restricciones, en el cual además se permite el nombramiento de un perito especializado que defienda los intereses de la ciudadanía, en caso de que ella no tenga los elementos técnicos para defenderse. Al respecto han señalado los órganos jurisdiccionales lo siguiente:

(...) la reforma del artículo 9º constitucional, por obra de la Ley N°8364 de 1º de julio de 2003, ha incorporado el principio de participación en el gobierno de la República, con lo cual, se ha operado una modificación sustancial en la forma del poder. La incorporación de ese principio en el artículo 9º implica mucho más que un asunto formal, puramente adjetivo, de añadir un nuevo calificativo al Gobierno, entendido como conjunto de los poderes públicos (v. sentencia N°919-99); se trata de un cambio sustancial en el diseño de la democracia y amplía radicalmente el contenido del principio democrático reconocido en el artículo 1º y desplegado en toda la Constitución Política, al sumar al principio y mecanismos de representación en los que ha descansado tradicionalmente nuestra democracia, el elemento de la participación ciudadana. La Constitución, previamente reformada, ha creado mecanismos específicos de participación ciudadana, como el referéndum y la iniciativa popular, todavía pendientes de desarrollo legislativo; por otra parte, diversas leyes anteriores al nuevo texto constitucional contemplan también otros mecanismos mediante los cuales las personas o colectividades intervienen en la toma de decisiones públicas, así, por ejemplo, el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública incorpora la audiencia a entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo en los procedimientos de elaboración de normas de carácter general; en el artículo 13 del Código Municipal, se contemplan los plebiscitos, referéndums y cabildos. Así, la existencia de esos instrumentos a nivel infraconstitucional son signos de la existencia de la democracia participativa. En particular, el artículo 36 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos N°7593 de 9 de agosto de 1996 dispone que la Autoridad Reguladora convocará a una audiencia, en la que podrán

participar las personas que tengan interés legítimo para manifestarse, para lo cual ordenará publicar en La Gaceta y en dos periódicos de circulación nacional, entre otras, las solicitudes para la fijación ordinaria de tarifas y precios de los servicios públicos. Después de la publicación se convocará a una audiencia, dentro de un plazo de treinta días naturales para la presentación de oposiciones con base en estudios técnicos". (sentencia #2005-14654 de las 14:24 horas del 21 de octubre de 2005 interpretó la Sala Constitucional)

(...)

VI.- Sin demérito de lo expuesto en el considerando V, conviene mencionar que este Tribunal reconoce la coexistencia de una fórmula de aumento automático, como es la resolución RRG-4771-2005, siempre y cuando la misma esté supeditada a un instrumento que garantice la participación de los habitantes del país, tal y como lo dispone la Constitución Política. Por lo anterior, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos se encuentra obligada a idear e incorporar a la resolución antes citada, un mecanismo que asegure la participación de las personas ante las solicitudes de aumento extraordinario presentadas por RECOPE, ello con la finalidad de cumplir con lo dispuesto por el artículo 9 constitucional. Ese procedimiento requiere que la solicitud de aumento sea puesta en conocimiento de los habitantes del país con las razones que la fundamentan, por un determinado plazo razonable, para que éstos tengan la posibilidad de pronunciarse respecto a lo pedido y expresar sus argumentaciones de oposición, las cuales deberán ser debidamente contestadas en el acto de autorización del aumento. Asimismo, al desarrollar el mecanismo antes citado, la ARESEP puede recurrir a medios electrónicos como la Internet, con el fin de que el proceso de resolución de las solicitudes de aumento en los combustibles, sea desarrollado de la forma más célere posible, ello en razón de la especial situación en que se encuentran los hidrocarburos (**Res. N° 2007-11266 SALA CONSTITUCIONAL DE LACORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas treinta y cinco minutos del ocho de agosto de dos mil siete.**)

III.- Sobre el procedimiento aplicado. Dado que, dentro del elenco de agravios, los apelantes objetan la producción de vicios procedimentales en el proceso de fijación de la tarifa para el servicio de la terminal de buses en Naranjo, se procede de seguido a realizar su análisis. Sobre este particular, es imperativo precisar que el transporte público remunerado de personas es una actividad regulada por el Estado, dado su evidente interés público, sobre el cual se han definido reglas básicas y precisas para su desarrollo e implementación. Dentro de ellas, se incluye la existencia de terminales de buses municipales, como un servicio municipal que brindan las corporaciones locales tendientes a brindar de espacios útiles tanto para los concesionarios como para los usuarios del servicio. Sobre este particular, la Ley Reguladora de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores -Ley 3503 del 10 de mayo de 1965-, dispone lo siguiente: "Artículo 9.- Declárase de interés público el establecimiento por parte de las municipalidades, de estaciones que sirvan de terminales a las rutas de transporte de personas. Las municipalidades acondicionarán los terrenos y locales apropiados y atenderán la administración y explotación de dichas estaciones conforme a las tarifas que autorice la Contraloría General de la República, previa consulta con el Ministerio de Transportes."

Como se desprende de la norma anterior, el financiamiento de dicho servicio se obtiene del pago de tarifas que deben ser autorizadas por la Contraloría General de la República, previa consulta con el Ministerio de Transportes. Dicha norma debe ser armonizada con lo dispuesto en los artículos 4, inciso d), 13, inciso b), c) y d), 68 y 74 del Código Municipal, Ley n° 7794 de 30 de abril de 1998, en el tanto se atribuye a las Municipalidades la competencia para fijar las tarifas de los servicios cantonales, así como reglamentarlos y organizarlos. En aplicación del artículo 13 inciso b), la fijación de estas tarifas corresponde al Concejo Municipal mediante acuerdo debidamente adoptado al efecto, pero requiere, como requisito de validez, que obtenga la autorización previa del órgano contralor, previa consulta al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Ahora bien, dado que no existe una norma que regule expresamente este mecanismo de fijación tarifaria, es menester realizar una integración normativa, en aplicación del numeral 8 de la Ley General de la Administración Pública, mediante el cual se permita aplicar los principios básicos del proceso de determinación de tarifas contenido en el ordenamiento jurídico administrativo, cuya regulación se encuentra desarrollada en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) -Ley 7593 del nueve de agosto de 1996-. Para tales efectos, se

parte de dos requisitos mínimos esenciales que consisten en la formulación de estudios técnicos que analicen estructuras de costos reales de la operación del servicio, así como la existencia de un espacio de apertura hacia los concesionarios y usuarios, dotándoles de participación activa y efectiva, mediante la cual puedan presentar sus objeciones y planteamientos que estimen necesarios, ya sea por escrito o en una audiencia pública (artículos 35 y 36 de la citada ley). Una vez cumplidas ambas etapas, la Administración puede definir el esquema tarifario que se ajuste a la realidad, analizando las objeciones que se hubieren presentado y sobre la base de criterios técnicos, otorgando certeza jurídica y proporcionando un parámetro de control objetivo, mediante un acto debidamente fundamentado. Caso contrario, cualquier determinación tarifaria podría rozar con la legalidad, lo cual expone a la Administración a transgredir los principios de interdicción de la arbitrariedad, igualdad, legalidad, seguridad jurídica y debido proceso, quedando lo actuado a su vez, expuesto a posibles nulidades. Ha de advertirse que, bajo esta inteligencia, no resulta aplicable al caso, ninguna disposición de Derecho Civil, así como tampoco la Ley Sobre Arrendamiento de Locales Municipales, pues ésta se dirige a locales, puestos y tramos de mercados municipales, supuesto que no es el que se atiende en esta causa; empero, sí se aprecia que ambos modelos establecen mecanismos de participación de usuarios, los cuales no pueden ser obviados en ninguno de los casos, por parte de las autoridades locales **(TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Resolución N° 97-2013 Goicoechea, a las diecisiete horas diez minutos del ocho de marzo del dos mil trece).**

IV.- Sobre el caso concreto. De lo esbozado en el considerando anterior queda claro que la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos debe hacer eficaz, en todos los casos, la intervención y participación de los usuarios en los procesos de fijación de tarifas, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 9° constitucional, siendo que la audiencia no puede otorgarse en condiciones tales que se convierta en una simple formalidad que no alcanza a proteger el derecho o interés de los participantes. Partiendo de lo anterior, se desprende que es relevante para esta Jurisdicción la existencia de una probabilidad material, real y efectiva para las personas interesadas, de poder intervenir en audiencias públicas como aquella a la que se refiere el recurrente. Sin embargo, en el caso concreto, es evidente que esa opción se vio disminuida por el defecto que menciona el recurrente en cuanto a que la convocatoria realizada, se hizo en Barrio La Emilia, Guápiles, Pococí, ello a pesar de que la ruta 705 esta descrita como Limón-Hospital- Los Cocos-Los Lirios-El Celbo, por lo que evidentemente no contempla Guápiles, por ser una ruta interna de Limón. En ese sentido, no lleva razón la autoridad recurrida en cuanto a que el accionante y en general los habitantes de Limón pueden ir a la audiencia pues se escogió un lugar céntrico que se viera afectado por el cambio de tarifas de las rutas analizadas, si bien es cierto otras rutas en cuestión en la audiencia de marras como la 736-747 sí implican Guápiles, específicamente la ruta 705 no pasa por Guápiles, toda vez que como se mencionó anteriormente, es una ruta interna de Limón. En razón de lo anterior, resulta irrazonable pretender que el accionante se traslade hasta Guápiles para atender una audiencia a las diecinueve horas con todo el desplazamiento en servicios de transporte público y demás que ello implica. En consecuencia, considera la Sala que, con lo actuado en el caso concreto, se violentó el derecho de las personas interesadas a participar en tal actividad pública, según se definió arriba. Por tales razones, lo procedente es estimar el amparo ordenando a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, reprogramar la audiencia que aquí interesa, en un lugar en Limón, el cual permita el acceso del amparado y demás interesados que habitan en Limón”. (Sala señaló en su sentencia número 2008-17093 las diez horas y dieciocho minutos del catorce de noviembre del dos mil ocho)

“ VI.- Tomando en cuenta lo dicho en el precedente de cita, la Sala estima que en el caso concreto existe una violación a lo dispuesto por el artículo 9 de la Constitución Política, pues al programarse la audiencia mencionada a una distancia tan considerable del sitio donde habitan los tutelados, se limitan las posibilidades de éstos de conocer y referirse a la solicitud presentada por Coopersantos R.L., a pesar que los interesados tienen un evidente interés por afectarles directamente lo que resuelva la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos con respecto a dicha petición. En ese sentido, conviene mencionar que si bien la autoridad accionada aduce que el lugar escogido para la audiencia es próximo e intermedio a las localidades donde se presta el servicio, lo cierto es que la ARESEP debió realizar las acciones del caso para garantizar que la mayor cantidad de personas

que pudieran verse afectadas por el ajuste solicitado, pudieran referirse al mismo, ya fuera mediante la realización de audiencias en diversos centros de población a los que los interesados puedan acceder sin enfrentarse a problemas de distancias excesivas o falta de servicio de transporte público, o bien, mediante el uso de enlaces tecnológicos que permitan la transmisión de esa audiencia a dichos lugares, así como la participación de los afectados, como sería el uso de la video conferencia. Así al constatar en el caso concreto la lesión a los derechos de los tutelados, lo procedente es acoger el recurso planteado, como en efecto se hace (**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Resolución N° 2009- 018223 de las doce horas y treinta y cuatro minutos del veintisiete de noviembre del dos mil nueve**).

Visto lo anterior nos queda claro, que en el caso de las audiencias señaladas en la ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), la audiencia deja de ser un elemento de procedimiento sustancial y se vuelve un aspecto necesario para la implementación de este tipo de normas. Incluso, en los votos transcritos supra se indica que la ARESEP debe buscar medios para que la participación ciudadana sea haga efectiva en los procesos de audiencia. En este sentido, no se busca solo cumplir una formalidad sino más bien, la participación activa e informada de los ciudadanos, a efectos de contribuir en de manera participativa en las regulaciones en cuestión.

### Título 3.

#### Límites y posibilidades de la consulta pública establecida en nuestra legislación a la luz de la consulta pública según la OECD

En este último apartado se va a realizar un estudio crítico de la figura de la consulta pública desarrollada en nuestra legislación, tomando como base el artículo 361 de la *Ley General de la Administración Pública*, a fin de contrastar la figura con lo desarrollado en el apartado primero de este documento. La idea es encontrar las limitaciones y posibilidades de la figura desarrollada en nuestra legislación en comparación con lo consulta pública en el marco de la OECD.

### **A- La consulta pública no se limita a una fase del ciclo regulatorio.**

En los países OECD es fundamental que la consulta pública sea una herramienta que permita una mayor participación de los ciudadanos en la elaboración de la política pública, por lo que en el mismo momento que la administración decide elaborar una política pública debe utilizar el Análisis de Impacto Regulatorio, de tal manera que la elaboración de la política siga un procedimiento dentro de la AIR. Una de las principales ventajas que surgen de la vinculación de la AIR con la consulta pública es que mediante herramientas como consejos consultivos, consultas informales o audiencias públicas se puede sondear el problema y posibles alternativas regulatorias. Ciertamente muchos países tienen flexibilidad para realizar este tipo de prácticas y una cultura que busca el acercamiento del sector privado en etapas primeras del ciclo regulatorio. De esta forma el eje de la consulta pública no es propiamente la regulación sino la problemática y sus posibles soluciones sean estas regulatorias o no. Mientras que, en nuestro país, la consulta pública es un elemento formal, de carácter sustancial, en el proceso de elaboración de regulaciones. Es decir, en nuestro país, la consulta se vuelve un requisito de validez para poder emitir una regulación. Muchas veces se ha vuelto una formalidad a cumplir, antes de emitir una regulación y por esta razón, es normal que sea hasta este momento que los administrados se dan cuenta de la propuesta regulatoria, la cual nada más debe cumplir la formalidad de consulta, por lo general en un plazo de diez días hábiles para su posterior publicación.

Podemos afirmar que, con la promulgación de la *Ley Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos*, N°8220, su reforma y su reglamento, se ha intentado incorporar el análisis Costo Beneficio, nuestra versión de la AIR, como una etapa necesaria y previa a la consulta pública. No obstante, tal situación sólo aplica a normativa que regula

trámites, requisitos y procedimientos administrativos en el tanto impliquen nuevas cargas administrativas. Lo anterior en virtud a lo señalado en los artículos 12 y 13 de la Ley N°8220 y su reforma y los artículos 12, 12 bis, 13 y 13 bis del Decreto Ejecutivo N°37045-MP-MEIC y sus reformas.

**Artículo 12.- Evaluación costo o beneficio.** Las instituciones señaladas en el artículo 1 de la presente ley están obligadas a realizar una evaluación costo-beneficio antes de emitir cualquier nueva regulación o reformar las existentes, cuando establezcan trámites, requisitos y procedimientos que deba cumplir el administrado ante la Administración y, en todo momento, velarán por que tales regulaciones cumplan, en todos sus alcances, con la presente ley y los principios de la mejora regulatoria que establezca el reglamento a esta ley. Los encargados de velar por el cumplimiento de esta obligación serán el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC) por medio de la Dirección de Mejora Regulatoria.

**Artículo 13.- Criterio del órgano rector.** El criterio que emita el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), por medio de la Dirección de Mejora Regulatoria, sobre los trámites existentes cubiertos por esta ley, así como sobre la emisión de nuevas regulaciones o reformas a las ya existentes que contengan trámites requeridos a los ciudadanos, tendrá carácter vinculante para la Administración Pública central.

Cuando los entes autónomos, semiautónomos o con autonomía universitaria emitan nuevas regulaciones o reformas a las ya existentes que contengan trámites requeridos a los ciudadanos, consultarán al órgano rector la conformidad de estas con los principios y objetivos de la mejora y simplificación de los trámites y a la Ley N.º 8220 y su reglamento. El criterio que vierta el órgano rector para estos casos será con carácter de recomendación.

**Artículo 12.-Control Previo Administración Central.** De conformidad con el artículo 13 párrafo primero de la Ley 8220, todas las regulaciones que, establezcan o modifiquen trámites, requisitos y procedimientos que el administrado tenga que obtener de la Administración Central, tendrán un control previo de revisión por la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía, Industria y Comercio. El criterio que vierta el órgano rector para estos casos tendrá carácter vinculante.

Para dicho control, la Dirección de Mejora Regulatoria pondrá a disposición de las instituciones que conforman la Administración Central, el Formulario de Evaluación Costo Beneficio, que se regula en los artículos del 56 al 60 del presente reglamento; el cual está constituido por dos secciones debidamente identificadas: la Sección I denominada "Control Previo de Mejora Regulatoria" y la Sección II denominada "Manifestación de Impacto Regulatorio ". La Sección I estará conformada por una lista de preguntas que van a definir si se debe de llenar la totalidad del formulario o si por el contrario solo bastará llenar la Sección I.

Cuando la institución proponente determine que la regulación no establece ni modifica trámites, requisitos o procedimientos, que el administrado deba cumplir ante la Administración Central, no deberá realizar este control previo y así deberá indicarlo en la parte considerativa de la regulación propuesta.

El MEIC implementará el procedimiento de control previo de manera digital, cuando cuente con los recursos económicos para su elaboración.

**Artículo 12 bis- Procedimiento de Control Previo Administración Central.** La institución proponente de la regulación deberá completar, como primer paso, la Sección I denominada Control Previo de Mejora Regulatoria, que conforma el Formulario de Evaluación Costo-Beneficio.

En los casos en que las respuestas que se brinden en dicha sección, sean todas negativas, no se deberá llenar la Sección II de dicho Formulario. En este caso, el órgano proponente de la

regulación, deberá indicar en la parte "Considerativa" de la propuesta, que procedió a llenar el Formulario de Evaluación Costo-Beneficio en la Sección I denominada Control Previo de Mejora Regulatoria, siendo que el mismo dio resultado negativo y que la propuesta no contiene trámites ni requisitos.

Asimismo, deberá remitir la propuesta de regulación a la Dirección de Leyes y Decretos de la Presidencia de la República junto con los documentos que se deban aportar para el trámite de firma del Presidente de la República. En esta circunstancia, no se deberá de remitir ninguna de la documentación indicada a la Dirección de Mejora Regulatoria del MEIC.

La Dirección de Leyes y Decretos, recibirá la propuesta de regulación junto con el Formulario de Evaluación Costo-Beneficio lleno en su Sección I y los demás documentos que ésta estipule y verificará el cumplimiento de lo indicado en el párrafo anterior. En los casos en los que la Dirección de Leyes y Decretos considere que la propuesta de regulación sí contiene trámites o requisitos, que impliquen un costo al administrado, dicha Dirección emitirá de manera excepcional, inmediata y debidamente justificada, una consulta mediante correo electrónico a la Dirección de Mejora Regulatoria, quien se pronunciará en el plazo de 1 día hábil sobre dicha consulta, a efectos de determinar si la propuesta debe o no llenar la sección II del Formulario de Evaluación Costo-Beneficio.

En los casos en que se brinde una respuesta afirmativa a una de las preguntas de la Sección I, dará paso a que se deba llenar de manera completa la Sección II denominada Manifestación de Impacto Regulatorio. Bajo esta circunstancia y mediante el sistema digital que el MEIC disponga, la institución proponente de la regulación llenará de manera digital el Formulario de Evaluación Costo-Beneficio y adjuntará la propuesta de regulación junto con cualquier otra documentación (cuadros, diagramas, gráficos, tablas, etc.) como insumo, que respalde la información brindada en dicho formulario.

La propuesta regulatoria deberá enviarse en formato .doc., .docx o cualquier otro que sea compatible con Office 2000.

Al día hábil siguiente de tramitados los citados documentos, la Dirección de Mejora Regulatoria los pondrá en consulta pública en el sistema digital, el cual estará a disposición del público en la página web [www.meic.go.cr](http://www.meic.go.cr), por un plazo de 10 días hábiles, a fin de recibir comentarios de acuerdo a lo establecido en el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública”.

La Dirección de Mejora Regulatoria, contará con un plazo de 15 días hábiles para analizar la propuesta de regulación y el Formulario Evaluación Costo-Beneficio, junto con las observaciones presentadas; dicho plazo empezará a correr de manera paralela al plazo de la consulta pública indicado en el párrafo anterior.

Si la propuesta de regulación y/o el Formulario de Evaluación Costo-Beneficio, cumplen con los principios de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites establecidos en la Ley N° 8220, su reforma y su reglamento, la Dirección de Mejora Regulatoria emitirá un informe positivo vinculante.

En este caso, el órgano proponente de la regulación, deberá indicar en la parte "Considerativa" de la propuesta, que la misma cumple con los principios de Mejora Regulatoria de acuerdo al informe emitido por la Dirección de Mejora Regulatoria, siendo que se deberá indicar el número de informe de referencia.

Dicho informe se notificará el día hábil siguiente de vencido el plazo de los 15 días hábiles, junto con la propuesta de regulación al ente proponente, la cual deberá de remitirlos a la Dirección de Leyes y Decretos de la Presidencia de la República, quien los tomará en consideración para la rúbrica del (la) Presidente(a) de la República y la correspondiente publicación en el Diario Oficial La Gaceta.

Si del análisis de la propuesta de regulación y del Formulario de Evaluación Costo-Beneficio, se desprendieran objeciones contrarias a la Ley N° 8220 y su reglamento, la Dirección de Mejora Regulatoria emitirá el día hábil siguiente de vencido el plazo de los 15 días hábiles, un informe negativo vinculante. Dicho informe se deberá de notificar a la institución proponente de la regulación, la cual deberá subsanar la propuesta y/o la Evaluación Costo-Beneficio. Una vez subsanadas las observaciones, se deberá de remitir nuevamente la propuesta y/o la Evaluación Costo-Beneficio a una segunda revisión de control previo, a la Dirección de Mejora Regulatoria. Para ésta y subsiguientes revisiones, la Dirección de Mejora Regulatoria contará con el plazo de 15 días hábiles, antes indicado.

La propuesta de regulación Junto con la Evaluación Costo Beneficio, únicamente podrán avanzar a la Dirección de Leyes y Decretos de la Presidencia de la República, si cuenta con un informe positivo vinculante de la Dirección de Mejora Regulatoria, lo que llevará a ésta última a revisar los citados documentos cuantas veces sean necesarias, hasta lograr un criterio positivo.

Si del análisis por segunda o más veces de la propuesta de regulación, la Dirección de Mejora Regulatoria constata que la misma ha sufrido cambios sustanciales, se le informará a la entidad proponente de la regulación, que deberá iniciar nuevamente el procedimiento establecido en el presente artículo.

En todos los casos, el Formulario de Evaluación Costo-Beneficio deberá de ser firmado digitalmente por el Oficial de Simplificación de Trámites.

**Artículo 13.- Control Previo Administración Descentralizada.** De conformidad con el artículo 13 párrafo segundo de la Ley 8220, todas las propuestas de regulaciones, que establezcan o modifiquen trámites, requisitos y procedimientos que el administrado tenga que obtener de la Administración descentralizada, realizarán una consulta a la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía, Industria y Comercio como Órgano Rector en materia de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites, a fin de garantizar el cumplimiento de los principios y objetivos de la Ley N° 8220 y su reglamento. El criterio que vierta el órgano rector para estos casos será con carácter de recomendación.

Para dicho control, la Dirección de Mejora Regulatoria pondrá a disposición de las instituciones que conforman la Administración Descentralizada, el Formulario de Evaluación Costo Beneficio, que se regula en los artículos del 56 al 60 del presente reglamento; el cual está constituido por dos secciones debidamente identificadas: la Sección I denominada "Control Previo de Mejora Regulatoria" y la Sección II denominada "Manifestación de Impacto Regulatorio ". La Sección I estará conformada por una lista de preguntas que van a definir si se debe de llenar la totalidad del formulario o si por el contrario solo bastará llenar la Sección I Cuando la institución proponente determine que la regulación no establece ni modifica trámites, requisitos y procedimientos que el administrado tenga que cumplir ante la Administración Descentralizada, no deberá realizar este control previo y así deberá indicarlo en la parte considerativa de la regulación propuesta.

El MEIC implementará el procedimiento de control previo de manera digital cuando cuente con los recursos económicos para su elaboración.

**Artículo 13 bis. - Procedimiento de Control Previo Instituciones Descentralizadas.** La institución proponente de la regulación deberá completar, como primer paso, la Sección I denominada Control Previo de Mejora Regulatoria, que conforma el Formulario de Evaluación Costo-Beneficio.

En los casos en que las respuestas que se brinden sean todas negativas, no se deberá llenar la Sección II de dicho Formulario. En este último caso, el órgano proponente de la regulación, deberá indicar en la parte "Considerativa" de la propuesta, que procedió a llenar el Formulario de Evaluación Costo Beneficio en la Sección I denominada Control Previo de Mejora Regulatoria, siendo que el mismo dio resultado negativo y que no contiene trámites ni requisitos. Esta propuesta podrá ser emitida y publicada por la administración descentralizada en cualquier momento y no deberá enviarse a la Dirección de Mejora Regulatoria.

En los casos en que se brinde una respuesta afirmativa a una de las preguntas de la Sección I, dará paso a que se deba llenar de manera completa la Sección II denominada Manifestación de Impacto Regulatorio. Bajo esta circunstancia y mediante el sistema digital que el MEIC disponga, la institución proponente de la regulación llenará de manera digital el Formulario de Evaluación Costo-Beneficio y adjuntará la propuesta de regulación junto con cualquier otra documentación (cuadros, diagramas, gráficos, tablas, etc.) como insumo, que respalde la información brindada en dicho Formulario.

Al día hábil siguiente de tramitados los citados documentos, la Dirección de Mejora Regulatoria los pondrá en consulta pública en el sistema digital que el MEIC disponga, el cual estará a disposición del público en la página web [www.meic.go.cr](http://www.meic.go.cr), por un plazo de 10 días hábiles, a fin de recibir comentarios de acuerdo a lo establecido en el artículo 361 de la Ley General de la Administración Pública.

La Dirección de Mejora Regulatoria, contará con un plazo de 15 días hábiles para analizar la propuesta de regulación y el Formulario Evaluación Costo-Beneficio, junto con las observaciones presentadas; dicho plazo empezará a correr de manera paralela al plazo de la consulta pública indicado en el párrafo anterior.

Si la propuesta y el Formulario de Evaluación Costo-Beneficio cumplen con los principios de Mejora Regulatoria y Simplificación de Trámites establecidos en la Ley N° 8220, su reforma y reglamento, la Dirección de Mejora Regulatoria emitirá un informe positivo recomendador vencido el plazo de los 15 días hábiles. En este caso, el órgano proponente de la regulación, deberá indicar en la parte "Considerativa" de la propuesta, que la misma cumple con los principios de Mejora Regulatoria de acuerdo al informe emitido por la Dirección de Mejora Regulatoria, siendo que se deberá indicar el número de informe de referencia. Sin embargo, si del análisis de la propuesta de regulación y el Formulario de Evaluación Costo-Beneficio, se desprendieran objeciones contrarias a la Ley N° 8220 y este reglamento; la Dirección de Mejora Regulatoria emitirá un informe negativo recomendador. Dicho informe se deberá de notificar a la institución proponente de la regulación, la cual podrá acoger o rechazar el informe.

Si la institución acoge el informe vertido, subsanará las observaciones y remitirá nuevamente a la Dirección de Mejora Regulatoria la propuesta de regulación, junto con el Formulario Costo-Beneficio de la regulación, para una segunda revisión. Para ésta y las subsiguientes revisiones, la Dirección de Mejora Regulatoria contará con el plazo de 15 días hábiles, antes indicado.

Si del análisis por segunda o más veces de la propuesta de regulación, la Dirección de Mejora Regulatoria constata que la misma ha sufrido cambios sustanciales, se le informará a la entidad proponente de la regulación, que deberá iniciar nuevamente el procedimiento establecido en el presente artículo.

La propuesta regulatoria deberá enviarse en formato .doc., .docx o cualquier otro que sea compatible con Office 2000 y el Formulario Costo Beneficio será firmado digitalmente por el Oficial de Simplificación de Trámites.

Como puede observarse, el control previo y el análisis costo beneficio se han vuelto parte integral del procedimiento para elaborar actos administrativos de carácter general, en el tanto estos incorporen trámites, requisitos o procedimientos que deba realizar el administrado ante la administración pública. Toda otra norma o disposición administrativa que no implique trámites, requisitos o procedimientos nuevos o reformas a estos que impliquen cargas administrativas nuevas no serán parte del procedimiento arriba indicado. Si bien es un paso importante para el establecimiento de política pública basada en evidencia, lo cierto del caso es que es un ámbito de aplicación muy reducido, tal como lo ha señalado la OECD. Ya que toda política pública, independientemente de su forma de materialización, genera impacto en la ciudadanía y, ese impacto, es necesario medirlo y evaluarlo, así como se hace con respecto a normas que generen trámites, requisitos o procedimientos.

Hecha la anterior aclaración se puede afirmar que con la incorporación del formulario Costo Beneficio, se insta a la administración a poner en consulta ciudadana la propuesta, en etapas previas a la consulta pública formalmente establecida en el artículo 361 de la LGAP. Esta afirmación se basa en lo señalado en el apartado VII de la sección II del formulario Costo Beneficio. La cual se transcribe a continuación:

#### VI. PARTICIPACIÓN CIUDADANA

20. ¿Se consultó a las partes y/o grupos interesados para la elaboración de la regulación?

- a) Consulta Interinstitucional.
  - b) Formación de grupo de trabajo/comité técnico para la elaboración conjunta del anteproyecto.
  - c) Circulación del borrador a grupos o personas interesadas y recepción de comentarios.
  - d) Presentación de propuesta en conferencia por invitación cerrado
  - e) Presentación de propuesta en conferencia abierta al público.
  - f) Consulta con organismos o autoridades internacionales.
  - g) Otros.
21. Grupo consultado.
22. Comentarios que se dieron.
23. Comentarios que se incluyeron en la regulación.

Como puede observarse, el Análisis Costo Beneficio fomenta la creación de consejos consultivos, consultas dirigidas hasta audiencias antes de la consulta formal establecida en la Ley General de la Administración Pública y en etapas previas del ciclo regulatorio. No obstante, tal práctica no es habitual en las regulaciones que deben llenar el Formulario Costo Beneficio y son pocas las regulaciones que realizan este tipo de consultas previas.

Si bien, la Ley N°8220 y su reforma han tratado de ampliar la consulta pública a la propuesta regulatoria y su formulario Costo Beneficio, aún se mantiene la idea de que la consulta pública es una formalidad necesaria para poder emitir la regulación, igual idea se ha entendido con el llenado del formulario Costo Beneficio. De hecho, por lo general las regulaciones que entran a consulta pública en el SICOPRE no reciben observaciones relacionadas al formulario Costo Beneficio. De tal manera que el sector privado no cuestiona la información incluida en esa herramienta y solo lo hace con respecto a la propuesta. Así

que también, desde la perspectiva ciudadana, la valoración y análisis del costo beneficio pasa desapercibida. No existe una cultura que cuestione la problemática y la escogencia de una alternativa regulatorio sobre una no regulatoria, no se analizan los datos que se encuentran en el Costo Beneficio con respecto al impacto regulatorio ni se busca contrastar esos datos con otros que tenga en su poder la ciudadanía. El fin de la consulta pública en nuestra práctica es un cuestionamiento sobre aspectos técnicos, legales o de simplificación de trámites de la propuesta regulatoria en consulta y nunca sobre aspectos de la política pública que sustentan esa propuesta regulatoria o los datos que respaldan esa medida.

## Título 4.

### Consulta pública amplia y transparente

Por otro lado, además de una participación en etapas tempranas del ciclo regulatorio, La OECD valora positivamente que la participación sea lo más abierta y transparente posible. En el primer apartado de este documento se manifestó que la consulta pública formal es una de las formas por excelencia para incluir a más sectores de la población. Tan es así que el modelo estadounidense se destacó como uno de los más abiertos y transparentes a juicio de la OECD. Mientras que al observar el modelo desarrollado en el artículo 361 de la *Ley General de la Administración Pública* nuestro sistema aboga por un mecanismo de consulta formal a organizaciones que representan intereses colectivos. Esta consulta dirigida es obligatoria mientras que la posibilidad de una consulta amplia a la ciudadanía, solo es viable si así lo considera el regulador. Tal situación es igual en el *Código de Normas y Procedimientos Tributarios* y solo en el caso del *Código Municipal* y la *Ley de Creación de*

*la ARESEP* es abierto a todo el público, sin necesidad de un ente u órgano que represente los intereses de los individuos.

Además, para el caso de la consulta pública establecida en la *Ley General de la Administración Pública*, el *Código de Normas y Procedimientos Tributarios*, según criterio de órganos jurisdiccionales, solo es obligatoria la consulta a organizaciones cuando la propuesta regulatoria implique una afectación a sus intereses. Sin afectación no es viable la nulidad de la regulación que incumplió con la consulta. Vemos como existe una restricción a la participación ciudadana en el aspecto subjetivo, es decir, el ciudadano debe ser consultado por medio de una organización que represente sus intereses y solo en el caso que, elemento objetivo, esos intereses se vean afectados por la regulación.

Para el caso del *Código Municipal* y la *Ley de Creación de la ARESEP* no es necesario que exista una afectación o perjuicio al ciudadano para que exista nulidad del reglamento. La no realización de la consulta pública o audiencia es motivo de nulidad, en el tanto se vulnera el derecho de todo ciudadano a participar en las decisiones del gobierno. En estos casos, la consulta, por sí misma, es necesaria para establecer la legitimidad de la norma.

Ahora bien, en varios fallos jurisdiccionales se determinó que existen temas que deben necesariamente involucrar una consulta ciudadana amplia, la cual, a juicio de los órganos jurisdiccionales, ya no depende de la discrecionalidad del regulador, tal como lo señala el párrafo 3 del artículo 361 de la LGAP, sino que por el tema y por normativa complementaria como temas ambientales y la *Ley Orgánica del Ambiente*, temas comerciales y la GATT, es necesaria una consulta pública generalizada. Siguiendo esa misma línea argumentativa, esbozada claramente por varios fallos judiciales, podríamos afirmar que con la promulgación de la Ley N°8220 su reforma y su reglamento y en consideración a los principios de mejora

regulatoria de reglas claras, transparencia y publicidad, es posible afirmar que las propuestas regulatorias que impliquen nuevas cargas administrativas para el ciudadano, al estar vinculadas a trámites administrativos y tomando en consideración el artículo 9 de la Constitución Política, el cual afirma que *“El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable”*. Es posible concluir, como tesis hermenéutica que, para ese tipo de propuestas de regulación, la consulta pública general debe ser obligatoria en tanto impliquen el llenado del Costo Beneficio y deban pasar por el Control Previo de esta Dirección. De esta manera se refuerza la necesidad de poner en consulta pública general no solo la propuesta de regulación, sino que el mismo formulario Costo Beneficio. Lo anterior no implica que las consultas señaladas como obligatorias en los incisos 1 y 2 del artículo 361 de la LGAP no deben realizarse, sino que los mismos podrían realizarse en etapas previas a la consulta generalizada, ya sea mediante talleres de trabajo con esas organizaciones o instituciones con consultas formales a esas instancias, tal como lo vimos con respecto a lo señalado en el punto VII de la sección II del formulario Costo Beneficio. Lo cual implicaría que estas consultas podrían incluso realizarse en etapas previas a la emisión de la propuesta reglamentaria y permitirían una mejor recolección de datos que permitan construir una política pública mucho más eficiente.

## Título 5.

### Retroalimentación ciudadana

Finalmente, a criterio de la OECD la consulta pública debe incluir una fase de retroalimentación, en la cual se le señala a toda persona que participó en la consulta pública cuál fue el resultado de su participación. En nuestra legislación ni el artículo 361 de la LGAP

ni el resto de normativa analizada expresamente establecen la obligación de que la administración debe dar respuesta a cada una de las observaciones señaladas por la ciudadanía en la fase de consulta pública. Por ello, es necesario señalar que no existe esa obligación en nuestra normativa, incluso en los fallos analizados se dejó entre ver, en uno de ellos, que no procede ese tipo de respuesta a cada participante de la consulta, al estar al frente de un acto administrativo de carácter general. No obstante, podríamos indicar que para el caso de regulaciones que generan nuevas cargas administrativas, por medio de trámites administrativos, al tener que pasar por el control previo de la Dirección de Mejora Regulatoria y al incluir la consulta pública en este proceso, es posible que la Dirección de Mejora Regulatoria, mediante sus criterios de recomendación o vinculantes pueda obligar al órgano o ente proponente, a que desarrolle una matriz con todas las observaciones y que incluyan la valoración de cada una de ellas, para que las misma puedan ser conocidas por los administrados al formar parte de la información que consta en el expediente del formulario Costo Beneficio de la regulación. Es así como a través del proceso de control previo y el llenado del formulario Costo Beneficio se implementa la retroalimentación señalada por la OECD en la fase de consulta pública.

Se puede concluir que, si bien nuestra legislación tiene importantes avances en el tema de la consulta pública, aún existe temas pendientes que permitan que esa herramienta, en conjunto con la AIR, pueda ser realmente más aprovechada por los reguladores, para que la implementación de políticas públicas basadas en evidencia, por lo menos para el caso de regulaciones que impliquen trámites administrativos, puedan ser implementadas de acuerdo a los estándares OECD. Si bien pueden hacerse reformas importantes en el campo de la consulta pública, lo cierto del caso es que urge con mayor premura cambios en el enfoque

del análisis de impacto regulatorio, ya que como se ha demostrado en este texto, con las herramientas que actual cuenta el país es posible implantar la consulta pública bajo los estándares OECD. Mientras que existe una carencia importante con respecto al análisis de impacto regulatorio de normativa o disposiciones administrativas que no contengan trámites, requisitos o procedimientos.

## Lista de Referencias

- Diaz Aldret, Ana, (2017) Participación ciudadana en la gestión y en las políticas públicas. *Gestión y Política Pública*, XXVI (2). II Semestre de 2017. PP. 341-379, México.
- OECD, (2001) Participación Ciudadana Manual de la OECD sobre Información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas redactado por Marc Gramberger y traducido por la Secretaría de la Función Pública México.
- OECD, (2003) Resumen Un gobierno abierto: fomentar el diálogo con la sociedad civil, [www.oecd.org/bookshop/](http://www.oecd.org/bookshop/).
- OECD, (s.f.) Background Document on Public Consultation por Delia Rodrigo, <https://www.oecd.org/mena/governance/backgrounddocuments.htm>

## Vita

- ✓ Asesor Legal del Departamento de Análisis Regulatorio de la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía, Industria y Comercio de Costa Rica.
- ✓ Licenciado en Derecho de la Universidad Costa Rica. Posee una Especialidad en el Programa de formación de capacidades en materia de Mejora Regulatoria de la Secretaría de Economía de México (SE), a través de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ-UNAM)
- ✓ Cuenta con una amplia carrera profesional en la Administración Pública ocupando diversos puestos de Asesora Legal en instituciones del sector público costarricense.
- ✓ Representante de Costa Rica ante el Comité de Política Regulatoria de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)
- ✓ Representante de Costa Rica ante la Red Iberoamericana y del Caribe de Mejora Regulatoria
- ✓ Co-redactor de La Guía Metodológica Planes de Mejora Regulatoria y Cartas de Compromiso con la Ciudadanía.
- ✓ Co-redactor del Reglamento a la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos
- ✓ Gestor del Sistema Digital de Control Previo (SICOPRE) de la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.