

C-111-2001

16 de abril del 2001

Licenciado
Julio Cesar Leiva Muñoz
Alcalde
Municipalidad de Liberia
S.O.

Estimado señor:

Con la aprobación del Señor Procurador General de la República, damos respuesta a su oficio D.E.e 37-00 de fecha 18 de julio del año recién pasado, mediante el cual hace de nuestro conocimiento el acuerdo N° 4 adoptado por el Concejo Municipal en Sesión Ordinaria N° 20-2000, celebrada el día 15 de mayo del 2000, por el que se consulta a esta Procuraduría General sobre varios aspectos relacionados con la procedencia legal de un posible compromiso arbitral o conciliatorio de esa corporación municipal con la sociedad Ecodesarrollo Papagayo S.A., respecto de la determinación del monto y cobro de un canon por concesión otorgada en la zona marítimo terrestre de Bahía Culebra; asunto que ha generado la interposición de dos juicios especiales tributarios, hasta ahora pendientes de resolución en esa vía.

Luego de hacer un breve recuento de los hechos relevantes que han sucedido en torno al diferendo planteado, y de hacer manifiesta la imperante necesidad de recursos económicos que aflige a esa corporación municipal, se nos formulan las siguientes interrogantes:

"a-) Es procedente legalmente, utilizar o aplicar por parte de la Municipalidad, la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y promoción de la Paz Social (Ley N° 7727 de 09 de Diciembre de 1997), para buscar un posible arreglo extrajudicial o arbitraje con la sociedad referida en cuanto a la deuda sobre el pago del canon que tienen con esta Municipalidad?"

b-) Se puede legalmente aplicar el Reglamento a la Ley de Papagayo – Decreto Ejecutivo N° 25.439-MP-TUR de fecha 27 de agosto de 1996- para determinar el valor unitario por metro cuadrado del área efectivamente concesionada.

c-) Se puede negociar extrajudicialmente el pago de los tributos generados por el canon de concesión por parte de la Municipalidad, en este sentido, puede negociar el NO pago de las multas o intereses de esa deuda tributaria?

d-) Es viable la propuesta que formulan los personeros de la sociedad ECODESARROLLO PAPAGAYO S.A., para llegar a un arreglo con la Municipalidad? En este sentido puede legalmente la Municipalidad firmar este contrato de arreglo extrajudicial en el tanto de que estuvieran de acuerdo en los términos propuestos por esa sociedad?

e-) Si fuera viable esa opción, pueden las demás empresas concesionarias de ese sector llegar a un mismo acuerdo extrajudicial en estos términos?"

Sobre el particular, nos permitimos hacer las siguientes consideraciones:

I.- Consideraciones previas.

Ya en otras oportunidades les hemos indicado que según jurisprudencia administrativa reiterada de este órgano Asesor de la Administración Pública, de conformidad con el artículo 2º, en relación con el inciso 3 inciso b) y 4 de nuestra Ley Orgánica (*Ley N° 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas*), nuestros dictámenes se emiten únicamente sobre situaciones genéricas, en las cuales no se aprecie la existencia de un sujeto particular a quien se aplicarán las consecuencias derivadas de nuestro criterio.

Y de conformidad con el contenido del acuerdo transcrito, así como de la documentación que se adjunta a su misiva, es claro que las cuestiones sobre las cuales se solicita nuestro criterio, se contraen a situaciones particulares e individualizadas, es decir, se refieren a un caso concreto, lo cual imposibilita resolver el fondo del problema, en los términos de la actividad consultiva, y por ende, vinculante de este Despacho. Esto por cuanto, de acceder a pronunciarnos sobre casos concretos como el presente, implicaría abandonar nuestra naturaleza de órgano consultivo, y esto, más que llevarnos a sustituir indirectamente a la Administración activa, en el caso concreto, implicaría una flagrante violación de la "autonomía municipal", constitucionalmente reconocida.

Sin embargo, estimamos conveniente exponer algunas consideraciones jurídicas generales sobre las cuestiones que se mencionan, con la intención de colaborar en

la solución de los puntos que se discuten; haciendo para ello abstracción del caso concreto.

Y en tal sentido, como será de su estimable conocimiento, el asunto en cuestión ya ha sido abordado, en varias oportunidades, por esta Procuraduría General (*Dictámenes C-187-96 de 11 de noviembre de 1996 y C-094-2000 de 11 de mayo del 2000*). Sin embargo, respecto de las puntuales interrogantes que se plantean con esta nueva consulta, estimamos procedente retomar los criterios anteriormente externados y definir de una vez por todas nuestra posición al respecto.

II.- El instituto del Arbitraje y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

Ya en varias ocasiones esta Procuraduría General ha tenido la oportunidad de referirse sobre el arbitraje como uno de los medios alternativos de resolución de conflictos surgidos entre los particulares. (*Entre otros, remito a los dictámenes C-187-96 de 11 de noviembre de 1996, C-089-99 de 10 de mayo de 1999, C-094-2000 de 11 de mayo del 2000, así como a las Opiniones Jurídicas OJ-048-99 de 29 de abril de 1999 y OJ-077-2000 de 20 de julio del 2000*).

Este proceso alternativo de resolución de conflictos fue reconocido por nuestro ordenamiento jurídico por medio de la "Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social" –*Ley N° 7727 del 9 de diciembre de 1997*-, como parte del desarrollo de la norma constitucional del artículo 43, según el cual "*Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente*".

En la citada ley se proponen algunos institutos fundamentales como medios alternativos a los judiciales para la resolución de los conflictos patrimoniales que surjan entre particulares, como lo son: el arbitraje, la mediación, la conciliación y otras técnicas similares (Art. 2° de la Ley N° 7727).

Podríamos definir el arbitraje como "*un proceso de carácter jurisdiccional, mediante el cual las partes –o un juez en ausencia de acuerdo- eligen, en forma privada, los sujetos que fungirán como árbitros, para la solución de una controversia y cuya decisión, la ley impone como obligatoria y le confiere los efectos de la cosa juzgada*" (Artavia Barrantes, S. "El Proceso Arbitral en Costa Rica". Tomo I. Editorial Jurídica DUPAS, 1996, p. 45. Citado en el dictamen C-089-99, op. cit.).

Las características más importantes de este instituto jurídico (el arbitraje) son las siguientes: es de carácter facultativo y se erige como un medio alterno y no excluyente de la resolución jurisdiccional de los conflictos (*Véase al respecto, el dictamen C-089-99, op. cit. y resolución N° 2307-95 de 9 de mayo de 1995 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*).

Además, puede ser de Derecho o de Equidad. En el primero, los árbitros deciden el diferendo con base en la normativa jurídica aplicable al caso concreto, es decir, sujetos al ordenamiento jurídico, mientras que en el segundo, el fallo se dicta aplicando los principios de equidad, honradez, prudencia y sentido común.

Sin embargo, entratándose de procesos arbitrales en los que participe como parte la Administración Pública, el arbitraje que deberá de utilizarse es el de derecho, en razón del principio de legalidad al que está sometida, constitucional y legalmente, la Administración (*OJ-048-99 op.cit*). Esta interpretación se realiza a la luz de los artículos 18 y 19 de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos. Lo anterior, para garantizarse la obligación de los árbitros de resolver conforme con nuestro ordenamiento jurídico.

La resolución emitida por el árbitro se denomina laudo arbitral, y una vez dictado, goza de los efectos propios de la cosa juzgada material, pues tiene carácter definitivo y vinculante para las partes, y es inapelable salvo el recurso de revisión, según lo prevé nuestro ordenamiento –Ley N° 7727–.

III.- La Administración como parte del proceso arbitral.

Según lo ha determinado anteriormente esta Procuraduría General, nuestro ordenamiento jurídico vigente establece una autorización genérica para que la Administración someta sus controversias de naturaleza patrimonial disponible a los procesos alternos de resolución de conflictos, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo in fine del numeral 18 de la citada Ley N° 7727, que expresamente establece que "*Todo sujeto de derecho público, incluyendo al Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3) del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública*", el cual indica como atribución del los Ministros conjuntamente con el Presidente de la República "*transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo*". (*Véanse al respecto , entre otros, los dictámenes C-089-99 op. cit., OJ-077-2000 de 20 de julio del 2000*

Y cabe advertir que, mediante interpretación, tanto de esta Procuraduría como de la Contraloría General, se ha considerado que tanto la Administración centralizada como la descentralizada, incluidas las corporaciones territoriales

municipales, están autorizadas a acudir tanto al arbitraje como a la transacción (*Al respecto, véanse los dictámenes C-225-88 de 11 de noviembre de 1988 de la Procuraduría General, y 2239 de 23 de febrero de 1996 de la Contraloría General*).

Sin embargo, ante la insuficiencia e imprecisión con que el legislador trató la regulación de estos institutos en el sector público, a efecto resolver sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible, este órgano asesor estimó necesario precisar algunas consideraciones con el objeto de orientar a la Administración en la decisión de si debe someterse un determinado asunto a arbitraje.

En lo que interesa, se precisó:

- *La Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social está estructurada para regular situaciones entre particulares, haciéndose en un único artículo mención al Estado y sus instituciones. Es, por lo tanto, una legislación prevista para regular situaciones entre particulares, que se encuentran cubiertas por el principio de autonomía.*
- *Por el contrario, la Administración se encuentra sujeta al principio de legalidad.*
- *Consecuentemente, mientras no exista una regulación especial en esta materia para la Administración, ésta debe adaptarlas a la naturaleza de la Administración.*
- *Así, de previo a la toma de la decisión de la Administración de acudir a un arbitraje, debe valorar la posible existencia de un derecho, o al menos la duda razonable o la apariencia de un buen derecho del particular.*
- *Existen materias, que implican el ejercicio de potestades de imperio, que no pueden ser sometidas a arbitraje.*
- *La decisión de la Administración de acudir a este medio alternativo de solución de conflictos debe estar debidamente motivada, como todo acto administrativo.*
- *Los elementos discrecionales de dicho acto quedan sujetos a lo dispuesto en los artículos 15 a 17 de la Ley General de la Administración Pública. (C-089-99 de 10 de mayo de 1999, C-094-2000 de 11 de mayo del 2000 y OJ-077-2000 de 20 de julio del 2000).*

IV.- Materias que pueden ser sometidas a arbitraje, en tratándose de la Administración Pública.

El asunto, sin embargo, va más allá de las disposiciones legales aludidas, pues mientras los sujetos de Derecho Privado están habilitados para disponer de su patrimonio, en ejercicio de su autonomía de voluntad (*artículo 28 de la Constitución Política*) en la forma que mejor les convenga, y de esta forma están posibilitados para resolver sus controversias utilizando los medios alternos de resolución de conflictos, la Administración Pública debe sujetarse al principio de legalidad consagrado tanto en la Constitución Política como en la Ley General de la Administración Pública (*numeral 11 en ambas*). De ello se desprende que la Administración Pública (*concepto que abarca a las Municipalidades*) podrá someter sus controversias a estos medios alternativos únicamente en tanto el ordenamiento y la naturaleza del caso se lo permitan. Consecuencia de ello, existen materias que por su especial naturaleza no pueden ser objeto de un proceso arbitral.

Al respecto, la Procuraduría General ha sido clara y concisa en advertir que existen ciertos asuntos en los que definitivamente no cabe la aplicación de los procesos de arbitraje, como lo serían: tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud, por citar algunos ejemplos.

"Por ello, es conveniente recordar lo que este órgano asesor había pronunciado al respecto, cuando mediante estudio realizado por los Procuradores Dra. Magda Inés Rojas Chaves y Lic. Francisco Villalobos González, de fecha 18 de marzo de 1994, se indicó:

"El principio general en orden al arbitraje es que puede acudirse a él para dirimir las controversias patrimoniales. Principio que se desprende del artículo 43 de la Constitución Política...

Excede dicho principio toda proposición de arbitraje que comprenda directa o indirectamente asuntos de derecho público. Circunstancia que es, por sí sola, excepcional, en la medida en que el arbitraje concierne, por principio, pretensiones de índole patrimonial. El concepto de "asuntos de derecho público" abarca toda regulación que involucre los institutos específicos regulados por el derecho público en sí mismo considerados, sean potestades, servicios públicos, o bien el dominio público, etc. y la ejecución de las regulaciones correspondientes en la medida en que exceda el aspecto puramente patrimonial. Regulaciones que son de rango legal por la índole de la materia y que incluso conciernen el orden público institucional, como es el caso de las potestades públicas y su ejercicio o el dominio público.."

En igual sentido debemos consignar lo expresado por el profesor Ortiz Ortiz, al referirse al arbitraje como medio de solución de conflictos aplicable a la Administración Pública:

"La regla es que en derecho administrativo y público en general el arbitraje sobre los negocios de la Administración está prohibido, salvo disposición en contrario, que sería excepcional y de aplicación restrictiva."

Más adelante, citando al autor Guicciardi, indica:

"El arbitraje debe excluirse del campo de las controversias administrativas; porque si puede concebirse que la Administración acepte una composición de sus controversias de derecho público distinta de la judicial cuando la composición dependa de su voluntad, no parece que pueda sustituir la decisión de un tercero a la del juez, obligándose a respetarla, como es esencial en el caso del arbitraje. Ello tanto más si la solución del litigio implica, aunque sea en forma prejudicial, un control sobre la legalidad de un acto administrativo, que no puede ser desarrollado sino por la misma Administración o por el juez..."

"Lo dicho en el texto en las dos últimas citas queda confirmado cuando se piensa que el compromiso o el arbitraje tienen que recaer, si no versan sobre la conducta de la Administración regulada por el derecho privado, sobre la regulada por el derecho público, dado que estos dos son los únicos segmentos de la actividad de la Administración. Esto es importante entenderlo bien, porque en el campo del derecho administrativo la Administración es titular de competencias públicas irrenunciables, de origen y contenido fijado por ley o por reglamento. Es obvio que la Administración no puede renunciar ni comprometer el ejercicio de sus funciones públicas por virtud de un pacto que lo obligue a abandonar en manos de un tercero (el árbitro) el criterio sobre la legalidad y la conveniencia de su ejercicio.

Es posible, entonces, trazar una distinción muy clara entre el campo de la actividad de la Administración que puede ser objeto de compromiso y el que no puede serlo: la distinción coincide con la que se da entre el derecho público y el privado, y ya no únicamente entre materia patrimonial y materia no patrimonial. Puede haber múltiples diferencias de tipo patrimonial o con repercusiones de igual índole que, sin embargo, no pueden ser objeto de compromiso ni de arbitraje, por ejemplo: todo lo concerniente al pago del precio de una obra pública, o al cobro y al

monto de las tarifas de una concesión. Sólo aquello que es simultáneamente de índole patrimonial y objeto de regulación por el derecho civil, mercantil o laboral comunes, puede ser objeto de un compromiso o arbitraje. Fuera de esta materia ninguna otra puede serlo.

De conformidad, no pueden ser objeto de compromiso ni asuntos privados de la Administración de tipo no patrimonial, ni asuntos de derecho público, sean o no patrimoniales, sobre todo cuando conciernen el ejercicio o a la extensión de una competencia de la Administración. (Aspectos Legales de Concesiones Ferrocarrileras. 1966. Revista de Ciencias Jurídicas, N° 27, pp. 221-223, citado en el dictamen C-187-96 de 11 de noviembre de 1996).

Finalmente, el autor Sergio Artavia Barrantes, también es conteste al señalar que "*...el Estado y sus Instituciones no pueden someter a arbitraje las funciones o potestades administrativas y regladas, propias de cada institución, como son la organización social, la organización política, las potestades de imperio.*" (Op. cit., pág 107, citado en el dictamen C-089-99, op. cit.).

En sí, la aplicación de medios alternativos de resolución de conflictos no es permitida en materias que impliquen el ejercicio de una potestad de imperio, al tratarse de potestades irrenunciables de la Administración, tal y como lo señala el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, al decir:

"1. Las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.

2. Solo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso.

3. El ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad, en virtud de otras leyes." (El subrayado es nuestro).

Entonces, la Administración no puede renunciar ni comprometer el ejercicio de sus potestades públicas por virtud de un pacto que lo obligue a abandonar en manos de un tercero, sea de un árbitro o del propio administrado, el criterio sobre la legalidad y la conveniencia de su ejercicio. El inciso 2 del numeral 66 de la Ley General de la Administración Pública, claramente dispone los límites jurídicos dentro de los cuales podría eventualmente declinarse el ejercicio de esas funciones públicas. En lo que interesa, dicho numeral establece que "*Sólo por ley*

podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral oneroso".

V.- Consideraciones hechas por este Órgano Asesor con respecto a la posibilidad de someter a un arbitraje el diferendo suscitado entre Ecodesarrollo Papagayo S.A. y esa Municipalidad.

Desde el mes de abril del año 1996, esa corporación municipal ha sometido a nuestra consideración la posibilidad de someter a un proceso arbitral el diferendo suscitado con la empresa Ecodesarrollo Papagayo S.A., por el cobro de un canon por concesión otorgada en la Zona Marítimo Terrestre.

En su oportunidad, mediante dictamen C-187-96 de 11 de noviembre de 1996, esta Procuraduría General precisó, al respecto, las siguientes consideraciones jurídicas:

"En este sentido, es claro que tanto la ley que regula genéricamente a la Zona Marítimo Terrestre, como aquella de aplicación específica al Proyecto Turístico Papagayo, contemplan la existencia de una obligación de abonar un determinado importe pecuniario denominado canon. Ese importe no está sujeto a la voluntad de las partes; antes bien, la normativa de derecho público aplicable a la especie establece la necesaria onerosidad de las concesiones, amén de prescribir el sujeto beneficiario de las mismas. Desde esta óptica, resulta aplicable el criterio reseñado de la Sala Constitucional en cuanto a que toda la relación que liga al concesionario y a la Administración se enmarca dentro de la órbita del derecho público.

Por otra parte, se observa que en la determinación del monto que corresponde abonar a los concesionarios, se establece la necesaria participación de un órgano de la Administración Central (Dirección General de la Tributación Directa). La fijación que realiza esa dependencia puede ser discutida -vid. artículo 51 del Decreto Ejecutivo N° 7841-, aunque una vez firme surge una obligación en cuanto a su pago en favor de la Municipalidad respectiva. Amén de lo anterior, el pago en sí mismo considerado no deviene en facultativo para el concesionario, como tampoco existe disposición que faculte a la Municipalidad para suspender o transar el cobro del mismo. Únicamente, se establece un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción cobratoria -vid. artículo 51 ibidem-.

Las anteriores características del instituto que nos ocupa permiten concluir que tanto la realización del avalúo del área física que comprende la concesión, como la fijación del monto concreto del canon a que se obliga el concesionario, vienen impuestas por una normativa de naturaleza pública, siendo ejemplos típicos de competencias específicamente atribuidas a entes y órganos públicos. Amén de lo anterior, es una consecuencia normal de la regulación que cabe dar a los bienes de dominio público, tal y como lo destaca la doctrina y la jurisprudencia citada. El resultado del avalúo y la determinación del canon se materializan en una suma de dinero; sin embargo, cabría cuestionar si esa determinación encuadra en la característica de ser un asunto "estrictamente patrimonial" que encuadre dentro de la prescripción del artículo 508 del Código Procesal Civil.

En nuestro criterio, la pretensión que tendiera a discutir en sede arbitral la corrección del avalúo practicado en una concesión sobre la Zona Marítimo Terrestre, deviene en la renuncia a una competencia de orden público. No son las partes las que establecen la oportunidad de que las concesiones sean onerosas, ni está facultada la Municipalidad interesada en proponer un sistema diferente del prescrito por el bloque de legalidad para llegar a establecer el valor del área física de la concesión. Antes bien, en atención a su naturaleza de dominio público, se emite una normativa detallada en cuanto al sujeto encargado de realizar el avalúo, los plazos en que debe realizarse y los porcentajes aplicables según el destino que se de al bien objeto de la concesión. Si bien es cierto que lo que cobra la Municipalidad, es el producto de aplicar la tabla del artículo 49 del Reglamento a la Zona Marítimo Terrestre al avalúo practicado por la Dirección General de la Tributación Directa; ese monto de dinero no es una pretensión de índole exclusivamente patrimonial del Gobierno Local contra un particular; antes bien, es el resultado del ejercicio de las competencias que derivan de la legislación aplicable a la Zona Marítimo Terrestre, que se concretiza en una suma de dinero.

De tal suerte que, con vista en las precisiones apuntadas al principio del presente estudio, estamos en presencia de competencias públicas derivadas de la naturaleza jurídica específica del bien que interesa (dominio público), las cuales no podrían ser sometidas a la decisión de árbitros por no tratarse de un asunto de naturaleza estrictamente patrimonial". (Lo destacado es nuestro).

Lo señalado con relación al punto consultado es bastante claro, por lo que no es preciso realizar ningún otro comentario al respecto.

Pese a lo anterior, el 4 de diciembre de 1999, la Ministra de Justicia y Gracia somete a nuestro conocimiento un proyecto de pacto compromisorio, por parte de la Municipalidad de Liberia y la empresa Ecodesarrollo Papagayo S.A.

Una vez más la consulta versaba sobre aquel asunto concreto y pendiente aún de resolución en sede jurisdiccional, sin embargo, en aras de colaborar en la solución de los puntos que se discuten, se estimó conveniente exponer algunas consideraciones sobre las situaciones que se mencionan, haciendo abstracción del caso concreto.

Luego de enunciar una serie de aspectos de interés, relativos a la aplicación del arbitraje en el sector público, mediante el dictamen C-094-2000 de 11 de mayo del 2000, expresamente se indicó:

"(...) si bien es cierto que no se puede realizar un laudo arbitral sobre la exhibibilidad o no del canon, por haberse impuesto éste de manera explícita en la Ley sobre Zona Marítimo Terrestre y la legislación especial del tema consultado, no puede deducirse de ello que también se encuentra vedada la posibilidad de realizar un proceso arbitral respecto del monto de éste porque ese aspecto si puede considerarse que es de orden patrimonial, siempre y cuando no se exceptúe la aplicación del ordenamiento vigente.

Claro está, la Administración debe tener muy en claro que es una potestad conferida a ella; en ningún momento puede interpretarse como una obligación. Si la Administración Pública correspondiente no tiene duda alguna en cuanto a la fórmula que utilizó en la determinación de dicho monto, no pareciera necesario someter la controversia a dicha vía alterna. En ese caso, es mejor que los asuntos se ventilen en vía judicial, a efectos de que se resuelva en ella acerca de los reclamos del concesionario, o continuar su trámite ahí, dado el caso que ya se hubiesen elevado a tribunales de justicia.

Únicamente pareciera necesaria la decisión de acudir al arbitraje, en caso de que la Administración tenga duda, suficientemente motivada, para considerar como errónea la fórmula de cálculo del monto del canon exigible a las concesionarias de la zona marítimo terrestre, en ningún momento la exigibilidad del mismo.

De ser así, debe emitirse por parte de la Administración, en estos casos la Municipalidad correspondiente, un acto debidamente motivado y fundamentado en los términos de los artículos 15 a 17 de la Ley General de la Administración Pública, donde sean claras y explícitas las razones por la cuales se considera que existen dudas que ameritan acudir a un proceso arbitral sobre el cálculo del quantum del canon." (Lo destacado es nuestro).

De lo anterior fácilmente se desprende, que es legalmente procedente utilizar o aplicar, por parte de esa municipalidad, la "Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social" –Ley N° 7727 del 9 de diciembre de 1997-, a fin de buscar un posible arreglo arbitral, siempre y cuando exista duda, suficientemente motivada, para considerar como errónea la fórmula de cálculo del monto del canon exigible a las concesionarias de la zona marítimo terrestre, pero en ningún momento podría discutirse la exigibilidad misma de dicho canon.

En todo caso, de conformidad con el numeral 13, inciso e) del Código Municipal, el Concejo Municipal deberá acordar bajo su entera responsabilidad, de manera razonada y fundamentada, la decisión de someter el diferendo aludido a un proceso arbitral, pues debe valorar y reconocer la existencia de un derecho o al menos, de un interés legítimo, a favor del administrado, que fundamente su reclamo pecuniario.

De esta manera, damos parcial respuesta a la primera pregunta formulada en su consulta. Resta por ahora referirnos a la posibilidad de realizar un arreglo extrajudicial, sea transacción y/o conciliación judicial, sobre el punto discutido.

VI.- El instituto de la transacción y/o conciliación judicial, y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico.

A diferencia del arbitraje, la transacción es un medio de auto-composición, pues son las mismas partes, sin participación de ningún tercero, que resuelven la controversia. No se valen de un agente externo que dirima el conflicto, ellas mismas, mediante acuerdo, lo hacen. (Al respecto, véase la OJ-048-99, op. cit.).

Por ello, la transacción se entiende "*como el convenio que efectúan las partes haciéndose recíprocas concesiones con el fin de poner corto a sus diferencias de carácter litigioso, es una de las formas más sencillas que la ley permite para dirimir las controversias*" (Dictamen C-074-89).

En cuanto a las concesiones recíprocas a las que se alude, es preciso aclarar que: "*... la jurisprudencia afirma como necesaria esta reciprocidad, no exige en*

modo alguno que los sacrificios sean de igual valor. Así, el simple deseo de evitar un pleito largo y costoso puede legitimar, a título de transacción el abandono de derechos relativamente importante..." (Planiol, Marcel y Ripert, Jorge. "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés", Tomo XI. Los Contratos Civiles, Segunda Parte, Cultural S.A., La Habana, 1946, N° 1533, p. 921, Citado en el dictamen C-014-92 de 22 de enero de 1992).

En lo que interesa a la consulta formulada, debemos indicar que el artículo 27.3 de la Ley General de la Administración Pública dispone que corresponderá conjuntamente al Presidente y al Ministro respectivo *"transar y comprometer en árbitros los asuntos del ramo"*.

El artículo 219 del Código Procesal Civil establece la transacción como una forma de terminación anormal del proceso judicial.

Por su parte, el artículo 2° de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social –Número 7727– establece *que tanto la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares se aplican "para solucionar sus diferencias patrimoniales"*. Y el artículo 18 *Ibídem* dispone que *"Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública"*

Si bien es cierto, esta última norma no hace mención expresa de la conciliación y/o transacción, a la luz de estas disposiciones, se puede afirmar que existe una autorización general para que la Administración pueda someter sus diferencias a transacción, lo anterior por mención expresa del artículo 27 antes aludido y la conciliación por interpretación ampliativa del citado numeral 18.

Y cabe advertir, como ya lo hicimos, que mediante interpretación, tanto de esta Procuraduría como de la Contraloría General, se ha considerado que tanto la Administración centralizada como la descentralizada, incluidas las corporaciones territoriales municipales, están autorizadas a acudir tanto al arbitraje como a la transacción (*Al respecto, véanse los dictámenes C-225-88 de 11 de noviembre de 1988 de la Procuraduría General, y 2239 de 23 de febrero de 1996 de la Contraloría General*).

De manera general, la decisión de transar o conciliar, así como la de acudir a un arbitraje, debe ser tomada por el jerarca respectivo, aunque la implementación del acuerdo puede ser llevado a la práctica por un funcionario distinto del jerarca, como una delegación de funciones o bien utilizando la figura de la representación

institucional. Pero en todo caso, la decisión de transar debe estar debidamente motivada.

En cuanto a las materias transigibles, no existe disposición alguna que expresamente las regule, por lo cual, en tesis de principio, podría pensarse en una amplitud mayor que la existente entrándose del arbitraje, pues a diferencia de ésta, en la conciliación y/o transacción, es la propia Administración la que se encuentra negociando y resolviendo, y no un tercero.

En todo caso, debemos advertir que la limitación va a estar definida por la imposibilidad de negociar en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. De esta forma, no es posible que se concilie aspectos sobre los que hay norma expresa en contrario, incluidas las reglamentarias, por el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. De lo cual deviene la imposibilidad de transar o conciliar sobre la exigibilidad misma del canon en cuestión.

Dentro de este marco de referencia general, es posible concluir que sería legalmente procedente utilizar o aplicar, por parte de las municipalidades, el mecanismo de la conciliación y/o transacción dentro de un proceso judicial en trámite, no teniendo más límite que propio principio de legalidad al que inexorablemente está sometida la Administración Pública, y por supuesto, el acto por el cual el órgano superior jerárquico acuerde optar por dichos mecanismos, deberá estar debidamente motivado.

Concluimos así, la respuesta a la primer pregunta formulada en su consulta.

VII.- Imposibilidad jurídica de aplicar el Decreto N° 25.439 de 27 de agosto de 1996 –Publicado en La Gaceta N° 173 del 11 de setiembre de 1996–, para la determinación del valor unitario por metro cuadrado del área concesionada.

Con respecto a la posibilidad de aplicar el Decreto Ejecutivo N° 25.439 de 26 de agosto de 1996, denominado "Reglamento a la Ley de Desarrollo Ejecución Proyecto Turístico Golfo Papagayo", para determinar el valor unitario por metro cuadrado del área concesionada, y con base en ello determinar el monto del canon a pagar, debemos hacer las siguientes precisiones:

El decreto ejecutivo que, por especialidad, regula expresamente la materia, es el Decreto Ejecutivo N° 7841 de 16 de diciembre de 1977, Reglamento a la Ley sobre Zona Marítimo Terrestre, concretamente su ordinal 49 (que tiene su fundamento en el artículo 48 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre), el cual claramente dispone:

"Artículo 49.- Los cánones anuales correspondientes a las concesiones, se regularán de acuerdo con la siguiente tabla, aplicada a los avalúos que determine la Dirección General de Tributación Directa.

Uso agropecuario: 2%

Uso habitacional: 3%

Uso hotelero, turístico o recreativo 4%

Uso comercial, industrial, minero o extractivo: 5%

Lo anterior, sin perjuicio de las tasas que deberán pagar las personas físicas o jurídicas que exploten en forma mecánica las acumulaciones de piedra, arena, grava y similares en la zona marítimo-terrestre, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Aguas y con la Ley N° 5046 de 16 de agosto de 1972."

Asimismo, el ordinal 50 de la misma normativa reglamentaria, establece:

"Artículo 50.- Para los efectos del artículo anterior, la Dirección General de Tributación Directa practicará el avalúo de los terrenos objeto de concesiones, el cual deberá ser revisado como mínimo cada cinco años. Los cánones vigentes deberán ajustarse de conformidad con el nuevo avalúo, para lo cual los contratos de concesión deberán contener estipulación expresa en este sentido."

Es importante advertir, que el propio Decreto Ejecutivo N° 25439 que se pretende aplicar, en su artículo 14 in fine, hace expresa indicación de que *"Todo concesionario deberá pagar el canon previsto en el artículo 48 de la Ley de Zona Marítimo Terrestre y 49 del Reglamento a esta Ley. Este canon será fijado de acuerdo al avalúo de la Dirección General de la Tributación Directa tomando como base el valor de concesión del terreno ubicado en la zona restringida de la Zona Marítimo Terrestre"*, por lo que, aún aplicando dicho Decreto Ejecutivo, éste nos remite a la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre y al Reglamento de esa Ley.

Partiendo de lo anterior, y a sabiendas de que la Administración Pública está inexorablemente sometida al bloque de legalidad, del cual forman parte los principios generales de derecho (*Artículos 11 constitucional, 11 y 13 de la Ley General de la Administración Pública*), no puede esa corporación municipal desaplicar o derogar singularmente los reglamentos vigentes como es el caso de

los artículos 49 y 50 del Decreto N° 7841 transcrito. Precisamente, contra su desaplicación se alza el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, conforme al cual aunque la Administración puede derogar o reformar un reglamento, no puede excepcionar para uno o varios casos la aplicación de estos mientras se encuentre vigente. Principio que tiene rango constitucional según jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (*Votos N°s 2009-95 de 10,30 hrs. Del 21 de abril de 1995, 464 del 21 de enero de 1994, 1709-94 de 8 de abril de 1994, 74-89 de 8 de noviembre de 1989 entre otros*), sobre cuyo acatamiento ya esta Procuraduría General se ha pronunciado reiteradamente (*C-045-94 del 16 de marzo de 1994, C-104-96 del 2 de junio de 1996, C-018-94 del 27 de enero de 1994, C-175-98 de 20 de agosto de 1998 y C-057-99 de 19 de Marzo de 1999*).

En consecuencia, debemos concluir que no es posible aplicar el Decreto Ejecutivo N° 25.439 de 26 de agosto de 1996, para determinar el valor unitario por metro cuadrado del área concesionada, mientras se encuentre vigente el Decreto N° 7841 de 16 de diciembre de 1977, que por especialidad es el que rige la materia. En todo caso, como indicamos, aquél decreto hace expresa remisión al artículo 49 del Reglamento a la Ley sobre Zona Marítimo Terrestre, en cuanto a la determinación del canon con base en el avalúo de la Dirección General de la Tributación Directa.

VIII.- Sobre la posibilidad de negociar extrajudicialmente el pago del canon, y la condonación de multas e intereses.

Por aplicación inexorable del principio de juridicidad de la Administración, al que están sujetas también las municipalidades, resulta del todo improcedente someter a negociaciones extrajudiciales la exigibilidad misma de dicho canon, según advertimos anteriormente. Máxime cuando el artículo 51 del Decreto Ejecutivo N° 7841 de 16 de diciembre de 1977, Reglamento a la Ley sobre Zona Marítimo Terrestre, establece la obligación, por parte de los concesionarios, de efectuar el pago por ese concepto, con el correlativo derecho a favor de las corporaciones municipales de hacer efectivas dichas sumas en caso de mora. En lo que interesa, dicha norma establece:

"Artículo 51.- El canon debe ser cancelado por anualidades adelantadas y regirá a partir de la fecha en que quede firme la resolución que apruebe la solicitud. En caso de mora, el derecho de la municipalidad para hacer efectivas las sumas que se le adeudan prescribirá en el plazo de cinco años, conforme lo establece el artículo 86 del Código Municipal."

Es importante indicar, que la remisión que hace la norma anteriormente transcrita al ordinal 86 del anterior Código Municipal -Ley N° 4574 de 4 de mayo de 1970-, hoy derogado, debe entenderse hecha al numeral 73 de la 7794 de 30 de abril de 1998, nuevo Código Municipal, el cual dispone que "Los Tributos Municipales prescribirán en cinco años y los funcionarios que los dejen prescribir responderán por su pago personalmente.

Con respecto a la posibilidad de negociar el no pago de las multas e intereses sobre sumas no canceladas por concepto de dicho canon, debemos hacer las siguientes precisiones:

Según lo ha determinado esta Procuraduría General, la multa es una de las formas en que se manifiesta la potestad punitiva del Estado, y su finalidad básica -más que resarcir el daño causado- consiste en desincentivar una conducta que se considera inconveniente (Dictamen C-125-2000 de 1° de junio del 2000).

Los intereses, por otra parte, tienen más bien naturaleza indemnizatoria, debido a que su objetivo es restituir al sujeto acreedor del tributo, las sumas que presuntamente le habría generado el dinero si hubiese sido cancelado a tiempo. (Dictamen C-125-2000, op cit.)

Cabe advertir, que por esa diversa naturaleza jurídica de tales institutos jurídicos, la propia Sala Constitucional ha descartado la posibilidad de que el cobro de multas, conjuntamente con el de intereses, llevara consigo una doble sanción por una misma conducta. (Resoluciones N°s 936-94 de las 15:21 horas del 16 de febrero de 1994 y 1486-98 de las 17:39 horas del 4 de marzo de 1998).

Hechas las anteriores precisiones, debemos indicar que entratándose de las municipalidades, los artículos 4°e y 69 del Código Municipal disponen:

"Artículo 4.- (...) Dentro de sus funciones se incluyen:

*e) Percibir y administrar, en su carácter de administración tributaria, los tributos y **demás ingresos municipales.**"*

"Artículo 69.- Excepto lo señalado en el párrafo siguiente, los tributos municipales serán pagados por períodos vencidos, podrán ser puestos al cobro en un solo recibo.

Las patentes municipales se cancelarán por adelantado. A juicio del Consejo, dicho cobro podrá ser fraccionado.

La municipalidad podrá otorgar incentivos a los contribuyentes que, en el primer trimestre, cancelen por adelantado los tributos de todo el año.

El atraso en los pagos del tributos generará multas e intereses moratorios, que se calcularán según el Código de Normas y Procedimientos Tributarios." (Lo destacado es nuestro).

Si bien es cierto que el canon establecido a favor de las municipalidades en la Ley de Zona Marítimo Terrestre y su Decreto, no puede conceptuarse como un tributo (*Al respecto, véase el dictamen C-094-2000, op. cit*), con base en lo dispuesto en el numeral 9º de la Ley General de la Administración Pública, es decir, por integración del ordenamiento administrativo, podemos afirmar que con base en lo dispuesto en los artículos 4 y 69 del Código Municipal antes citados, dicho canon, entendido como un ingreso municipal, ante el atraso en su pago, genera igualmente multas e intereses en los términos del numeral 57 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

Ahora bien, como las construcciones modernas del principio de legalidad apuntan a la llamada "vinculación positiva", según la cual "*no se admite ningún poder jurídico a favor de la Administración Pública, que no sea desarrollado de una atribución normativa precedente*" (*DROMI, Roberto. El procedimiento administrativo. Primera reimpresión: Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p.214.*), es decir, aquella sólo puede hacer lo que está permitido expresamente. Por lo tanto se requiere de una norma que expresamente faculte a la Municipalidad para negociar el cobro de los intereses y multas generados por el atraso en el pago del referido canon, ésta no podrá disponer extrajudicialmente el cobro de tales rubros.

IX.- Sobre la viabilidad de la propuesta que formula la empresa Ecodesarrollo Papagayo S.A., a fin de solucionar el diferendo suscitado.

En cuanto al punto que pretende que valoremos la viabilidad de la propuesta formulada por la empresa Ecodesarrollo Papagayo S.A., debemos insistir una vez más, como lo hicimos en términos muy claros a través del dictamen C-094-2000, en que no existe ninguna norma que establezca la participación procesal de la Procuraduría General de la República en los procedimientos de arbitraje, y mucho menos en trasacción y/o conciliación judicial. Por lo tanto, en virtud del principio de legalidad que rige nuestras actuaciones, deviene del todo improcedente solicitarnos aún indirectamente la aprobación de un pacto compromisorio o acuerdo arbitral.

Proceder en forma contraria, es decir, si procediéramos a verter nuestro criterio sobre la viabilidad del acuerdo, nos llevaría a rebasar los límites expresamente establecidos en nuestra Ley Orgánica –Nº 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas-, en cuanto somos un órgano superior consultivo, técnico jurídico de la Administración Pública, y no somos parte de la Administración activa, en la cual descansa la obligación y la responsabilidad de valorar la viabilidad, así como la oportunidad y conveniencia, de las actuaciones adoptadas en los ámbitos específicos de sus competencias.

Recuérdese que las corporaciones municipales gozan de autonomía (Art. 170 constitucional), entendida como *"la capacidad que tienen las municipalidades para decidir libremente y bajo su propia responsabilidad todo lo referente a la organización" de su jurisdicción territorial (cantón), y que se traduce en la capacidad de fijar sus políticas de acción -planes y programas- y de inversión en forma independiente -determinación de su presupuesto-, específicamente del Poder Ejecutivo; autonomía que deriva del carácter electoral y representativo de su gobierno (Concejo y Alcalde). (Resolución Nº 2001-00620 de las quince horas con veintiún minutos del veinticuatro de enero del dos mil uno, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).*

Corresponderá entonces, a esa Municipalidad, valorar con estricto apego al ordenamiento jurídico vigente, así como a los lineamientos generales expuestos en este dictamen, tanto la viabilidad, como la procedencia legal, de la propuesta formulada por los personeros de Ecodesarrollo Papagayo. Todo ello como manifestación fehaciente de la autonomía administrativa constitucionalmente otorgada a esas corporaciones territoriales, que les asegura la libertad frente al Estado, para adoptar las decisiones fundamentales del ente.

En virtud de la respuesta precedente, resulta innecesario evacuar la última interrogante concreta que se somete a nuestro conocimiento la Municipalidad de Liberia.

CONCLUSIONES:

En virtud de todas las consideraciones hechas, podemos concluir lo siguiente:

1.- Será posible que esa municipalidad acuerde un posible arreglo arbitral, siempre y cuando exista duda, suficientemente motivada, para considerar como errónea la fórmula de cálculo del monto del canon exigible a las concesionarias de la zona marítimo terrestre, pero en ningún momento podría discutirse la exigibilidad misma de dicho canon.

2.- El Concejo Municipal deberá acordar bajo su entera responsabilidad, de manera razonada y fundamentada, la decisión de someter el diferendo aludido a un proceso arbitral, pues debe valorar y reconocer la existencia de un derecho o al menos, de un interés legítimo, a favor del administrado, que fundamente su reclamo pecuniario.

3.- Sería legalmente procedente utilizar o aplicar, por parte de las municipalidades, el mecanismo de la conciliación y/o transacción dentro de un proceso judicial en trámite, no teniendo más límite que propio principio de legalidad al que inexorablemente está sometida la Administración Pública, y por supuesto, el acto por el cual el órgano superior jerárquico acuerde optar por dichos mecanismos, deberá estar debidamente motivado.

4.- No es posible aplicar el Decreto Ejecutivo N° 25.439 de 26 de agosto de 1996, para determinar el valor unitario por metro cuadrado del área concesionada, mientras se encuentre vigente el Decreto N° 7841 de 16 de diciembre de 1977, que por especialidad es el que rige la materia.

5.- A falta de norma expresa que le faculte disponer del cobro de multas e intereses generadas por el atraso en el pago del canon referido, no podrá negociar extrajudicialmente esa municipalidad tales rubros.

6.- Corresponderá a esa Municipalidad, valorar con estricto apego al ordenamiento jurídico vigente, así como a los lineamientos generales expuestos en este dictamen, tanto la viabilidad, como la procedencia legal, de la propuesta formulada por los personeros de Ecodesarrollo Papagayo.

Sin otro particular,

Ana Lorena Brenes Esquivel Luis Guillermo Bonilla Herrera Procuradora
Administrativa Abogado Asistente

ALBE/LGBH/pg.

ARBITRAJE

El Alcalde de la Municipalidad de Liberia, mediante oficio su oficio D.E.e 37-00 de fecha 18 de julio del año recién pasado hace de nuestro conocimiento el acuerdo N° 4 adoptado por el Concejo Municipal en Sesión Ordinaria N° 20-2000, celebrada el día 15 de mayo del 2000, por el que se consulta a esta Procuraduría General sobre varios aspectos relacionados con la procedencia legal de un posible compromiso arbitral o conciliatorio de esa corporación municipal

con la sociedad Ecodesarrollo Papagayo S.A., respecto de la determinación del monto y cobro de un canon por concesión otorgada en la zona marítimo terrestre de Bahía Culebra; asunto que ha generado la interposición de dos juicios especiales tributarios, hasta ahora pendientes de resolución en esa vía.

En concreto se formulan las siguientes interrogantes:

"a-) Es procedente legalmente, utilizar o aplicar por parte de la Municipalidad, la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y promoción de la Paz Social (Ley N° 7727 de 09 de Diciembre de 1997), para buscar un posible arreglo extrajudicial o arbitraje con la sociedad referida en cuanto a la deuda sobre el pago del canon que tienen con esta Municipalidad?"

b-) Se puede legalmente aplicar el Reglamento a la Ley de Papagayo –Decreto Ejecutivo N° 25.439-MP-TUR de fecha 27 de agosto de 1996- para determinar el valor unitario por metro cuadrado del área efectivamente concesionada.

c-) Se puede negociar extrajudicialmente el pago de los tributos generados por el canon de concesión por parte de la Municipalidad, en este sentido, puede negociar el NO pago de las multas o intereses de esa deuda tributaria?"

d-) Es viable la propuesta que formulan los personeros de la sociedad ECODESARROLLO PAPAGAYO S.A., para llegar a un arreglo con la Municipalidad? En este sentido puede legalmente la Municipalidad firmar este contrato de arreglo extrajudicial en el tanto de que estuvieran de acuerdo en los términos propuestos por esa sociedad?"

e-) Si fuera viable esa opción, pueden las demás empresas concesionarias de ese sector llegar a un mismo acuerdo extrajudicial en estos términos?"

Mediante dictamen C-111-2001 de 4 de abril del 2001, la Procuradora Administrativa, Ana Lorena Brenes Esquivel y el Abogado Asistente, Guillermo Bonilla Herrera, aclarando previamente la imposibilidad de referirnos a casos concretos, emiten las siguientes conclusiones:

1.- Será posible que esa municipalidad acuerde un posible arreglo arbitral, siempre y cuando exista duda, suficientemente motivada, para considerar como errónea la fórmula de cálculo del monto del canon exigible a las concesionarias de la zona marítimo terrestre, pero en ningún momento podría discutirse la exigibilidad misma de dicho canon.

2.- El Concejo Municipal deberá acordar bajo su entera responsabilidad, de manera razonada y fundamentada, la decisión de someter el diferendo aludido a un proceso arbitral, pues debe valorar y reconocer la existencia de un derecho o al menos, de un interés legítimo, a favor del administrado, que fundamente su reclamo pecuniario.

3.- Sería legalmente procedente utilizar o aplicar, por parte de las municipalidades, el mecanismo de la conciliación y/o transacción dentro de un proceso judicial en trámite, no teniendo más límite que propio principio de legalidad al que inexorablemente está sometida la Administración Pública, y por supuesto, el acto por el cual el órgano superior jerárquico acuerde optar por dichos mecanismos, deberá estar debidamente motivado.

4.- No es posible aplicar el Decreto Ejecutivo N° 25.439 de 26 de agosto de 1996, para determinar el valor unitario por metro cuadrado del área concesionada, mientras se encuentre vigente el Decreto N° 7841 de 16 de diciembre de 1977, que por especialidad es el que rige la materia.

5.- A falta de norma expresa que le faculte disponer del cobro de multas e intereses generadas por el atraso en el pago del canon referido, no podrá negociar extrajudicialmente esa municipalidad tales rubros.

6.- Corresponderá a esa Municipalidad, valorar con estricto apego al ordenamiento jurídico vigente, así como a los lineamientos generales expuestos en este dictamen, tanto la viabilidad, como la procedencia legal, de la propuesta formulada por los personeros de Ecodesarrollo Papagayo.

Sin otro particular,

Ana Lorena Brenes Esquivel

Luis Guillermo Bonilla Herrera

Procuradora Administrativa

Abogado Asistente

ALBE/LGBH/pg.