

C-187-96

11 de noviembre, 1996 Señora Denia Salas Alvarez Secretaria Municipal
Municipalidad de Liberia S.O.

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto, damos respuesta a su nota de fecha 29 de abril del año en curso, mediante la cual hace de nuestro conocimiento el acuerdo adoptado por el Concejo Municipal en la Sesión Ordinaria N° 32-96, celebrada el día 25 de abril de 1996, artículo 4, inciso 2.

I. Planteamiento del Problema y circunscripción de nuestro pronunciamiento.

Luego de hacer un recuento de los hechos más relevantes que se han presentado en torno al cobro de un canon por concesión otorgada en la Zona Marítimo Terrestre, por parte de esa Municipalidad a una empresa privada, cobro que ha generado un proceso jurisdiccional entre las partes, incluido el Estado como demandado, se refieren las siguientes interrogantes: "1.- ¿ Conforme a lo expuesto, es oportuno y conveniente que esta Municipalidad junto con el Estado someta a un proceso arbitral el diferendo que actualmente se ventila en sede administrativa así como ante la Sección Segunda del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo ? 2. ¿ Si, dentro de las cláusulas compromisorias del arbitraje para el nuevo cálculo del canon, podría contemplarse como una de las pretensiones de Ecodesarrollo un tercer avalúo que lleve a cabo la Dirección General de la Tributación Directa y con una referencia específica del Plan Maestro que a la presente fecha se encuentra aprobado por la administración pública ? 3. ¿ Si estaría facultada esta Municipalidad, para que en ese texto compromisorio se contemplara como una de las pretensiones de Ecodesarrollo, que la Municipalidad no cobre el canon, las multas e intereses que a la fecha se adeudan, sino que el canon, las multas e intereses se cobren a partir de la firmeza del laudo arbitral ? 5. (sic) ¿ Estaría facultada esta Municipalidad, para renunciar al cobro de las costas procesales y personales ocasionadas a la presente fecha, en el proceso ordinario Especial Tributario que tramita la Sección Segunda del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo por iniciativa única de Ecodesarrollo ? 6. ¿ Siendo codemandado el Estado en ese proceso, está en condiciones la Procuraduría General de la República a prestar asesoramiento a esta Municipalidad para que nuestro asesor legal se redacte y aprueba (sic) el eventual compromiso arbitral contemplado en el artículo 510 del Código Procesal Civil ?" Cabe indicar que ha sido desarrollo de la jurisprudencia administrativa emanada de este Organismo Asesor el establecer que, de conformidad con el artículo 2° en relación con el 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 sobre

situaciones genéricas, en las cuales no se aprecie la existencia de un sujeto particular a quien se le aplicará las consecuencias derivadas de nuestro criterio. Esto por cuanto, de aceptar el pronunciarnos sobre casos concretos, implicaría que abandonaríamos nuestra naturaleza de órgano consultivo para asumir, indirectamente, una condición de administración activa, ya que el órgano u ente consultante devendría en obligado a acatar nuestro criterio, con lo cual estaríamos de hecho asumiendo competencias que nos son ajenas y sustituyendo -en tales circunstancias- al órgano u ente encargado por el ordenamiento jurídico de resolver el asunto concreto.

Para el caso que nos ocupa, es claro que hay una plena identificación del sujeto que tiene interés en nuestro criterio (empresa privada concesionaria de la Zona Marítimo Terrestre), situación a la que se añade que existe un diferendo judicial en el que incluso el Estado es parte. Por tal razón, las consideraciones jurídicas que se realizan en los párrafos subsiguientes de este estudio, se abstraerán de cualquier referencia al caso concreto sobre el que ha sido enterada esta Procuraduría General. En otras palabras, nos proponemos dejar establecido los casos en que resulta procedente el que una Municipalidad acuda al procedimiento de arbitraje, específicamente cuando se discute algún extremo relacionado con las regulaciones pertinentes de la Ley Sobre la Zona Marítimo Terrestre. No entraremos a analizar, como es obvio, cuestiones de oportunidad o conveniencia (pregunta número 1) II. El arbitraje en el sector público costarricense.

Para los efectos de establecer adecuadamente las pautas sobre las que se fundamenta el presente criterio, es necesario establecer una diferencia entre los requisitos para que una Municipalidad pueda acudir a un procedimiento arbitral -por un lado-, y el objeto de las regulaciones de carácter pecuniario que pesan sobre la Zona Marítimo Terrestre como materia susceptible de ser conocida en esa sede de resolución de conflictos -por otro lado-.

En cuanto al primer tema aludido en el párrafo precedente, es necesario partir de lo dispuesto por el numeral 508 del Código Procesal Civil, norma que se ubica en la regulación que el proceso arbitral tiene dentro de ese cuerpo normativo: "Artículo 508.- Facultad de los sujetos públicos de someter a arbitraje El Estado, sus instituciones y las municipalidades podrán someter, a la decisión de árbitros o de peritos, conforme con los trámites de este capítulo, las pretensiones estrictamente patrimoniales en las que figuren como partes interesadas." (Así reformado por el artículo 110 de la Ley de Contratación Administrativa N° 7494 del 2 de mayo de 1995, por el numeral 65, inc. c) de la Ley de Expropiaciones N° 7495 del 3 de mayo de 1995 y por Ley N° 7640 de 14 de octubre de 1996.) La autorización que contempla la norma recién transcrita encuentra, como único límite, el hecho de que las pretensiones sean de carácter "...

estrictamente patrimoniales...". De tal suerte que resulte necesario establecer cuál ha de ser el verdadero alcance que debe otorgársele a esa frase.

Al efecto, esta Procuraduría General, mediante estudio realizado por los Procuradores Dra. Magda Inés Rojas Chaves y Lic. Francisco Villalobos González, de fecha 18 de marzo de 1994, indicó en torno a este concepto: " 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: "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente." 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 "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) Bajo las anteriores prescripciones en orden a la materia posible del proceso arbitral, es que cabe realizar el análisis de la normativa pertinente de la Ley Sobre la Zona Marítimo Terrestre que interesa a la Municipalidad consultante. Para tal efecto, conviene tener presente lo regulado en las siguientes disposiciones de la Ley N° 6043 de 16 de diciembre de 1977:

"Artículo 48.- Las concesiones se otorgarán por un plazo no menor de cinco ni mayor de veinte años y deberán indicar el canon a pagar y su forma de pago. Ese canon sustituye el impuesto territorial.

El reglamento de esta ley establecerá la forma de tramitar la solicitud, las modalidades de la concesión, el canon a pagar en cada zona de acuerdo con sus circunstancias y, en forma especial, con la diferente situación de los pobladores o habitantes de la zona y quienes no lo sean, así como cualesquiera otras disposiciones que se estimaren necesarias para regular las relaciones entre las municipalidades y los concesionarios."

"Artículo 74.- En cuanto al proyecto de Desarrollo Integral de la Bahía Culebra, cuyo litoral limita al Norte en el punto de la Cuadrícula Lamber Costa Rica, latitud 2/94 y longitud 3/53, extendiéndose hasta el punto de latitud 2/84 y longitud 3/50, o sea desde Punta Cabuyal hasta Punta Cacique, las áreas

afectadas quedarán bajo la administración directa del Instituto Costarricense de Turismo. La reglamentación que regirá ese desarrollo será formulada por el Poder Ejecutivo, previa consulta a ese Instituto.

Todo lo anterior sin perjuicio del usufructo y cánones que correspondan a las municipalidades respectivas conforme a esta ley. "

Por su parte, en el Decreto Ejecutivo N° 7841 del 16 de diciembre de 1977 (Reglamento a la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre), encontramos las siguientes disposiciones que versan sobre el tema que nos ocupa:

"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."

"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."

"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."

"Artículo 93.- De acuerdo con el artículo 74 de la Ley, la zona marítimo terrestre comprendida en el Proyecto de Desarrollo Integral de Bahía Culebra, desde Punta Cabuyal hasta Punta Cacique, queda bajo la administración directa del ICT. Las concesiones en esa área serán otorgadas por dicho instituto; las solicitudes se presentarán ante éste y se tramitarán de acuerdo con el procedimiento contemplado en este reglamento, en lo que fuere aplicable. El ICT otorgará esas concesiones únicamente cuando se ajusten al Plan de Desarrollo Integral o no lo

interfieran. Una vez otorgada una concesión, el Instituto lo pondrá en conocimiento de la municipalidad respectiva para que ésta cobre el canon que corresponda.

En todo lo demás, regirán para esta zona las disposiciones de la Ley y el reglamento, sin perjuicio de las normas especiales que se pueden dictar." Por otra parte, no debe desconocerse lo prescrito por el artículo 18 de la Ley N° 6758 del 4 de junio de 1982, que prescribe: "Artículo 18.-Esta ley es de orden público y deroga cualquier norma que se le oponga, excepto en cuanto otorgue derechos o autorice a entes de derecho público para percibir cánones y tarifas, o que en cualquier forma les conceda beneficios económicos. No podrá variarse tampoco el concepto de zona pública, a que se refiere el artículo 20 de la ley N° 6043 del 2 de marzo de 1977." Con fundamento en la anterior normativa, importa determinar si el canon que pagan los concesionarios por la utilización de un bien de dominio público puede conceptuarse como un aspecto "estrictamente patrimonial" a efecto de que como tal pueda ser discutido en vía de arbitraje.

Al efecto, conviene tener presentes algunas pautas sentadas por la Sala Constitucional en cuanto a las relaciones jurídicas que surgen a consecuencia de la utilización de este tipo de bienes: "Conforme lo declaró esta Sala en el Voto N° 893-93 de las nueve horas treinta y tres minutos del veinte de febrero del año en curso, toda construcción de locales destinados en forma permanente a un uso de utilidad general, impone que esos bienes sean considerados como demaniales, como por ejemplo en el caso de los locales comerciales en mercados municipales o en este caso, de los construidos en las terminales para el servicio de autobuses. Lo normal en estos casos, es que el Gobierno Local construya las instalaciones y las dé en arriendo a los particulares: el vínculo que surge de esta relación no constituye un simple alquiler, en los términos del derecho común. Para el particular constituye una forma de uso y aprovechamiento de una cosa pública que queda regulada por el derecho público (Véanse Considerandos Segundo, Tercero y Cuarto). El dominio público entendido como una suma de bienes, sujeto a un régimen jurídico especial en razón de la afectación de esos bienes a un fin de utilidad pública, impone reglas distintas a las que regulan la propiedad privada, puesto que queda sujeto al Derecho Administrativo, según se afirma en la más calificada doctrina al respecto, y como sobre estos bienes se pueden realizar válidamente negocios jurídicos, entonces se trata de los llamadas "Derechos Reales Administrativos". En virtud de esta figura jurídica, el particular se vincula con la Administración titular del derecho por la vía del simple permiso o la concesión, según corresponda." (Voto N° 3918-93 de las catorce horas treinta y seis minutos del doce de agosto de mil novecientos noventa y tres) El canon que se abona a la Municipalidad de Liberia por las concesiones de uso en el Proyecto Turístico Papagayo son consecuencia directa de la naturaleza de

dominio público que tiene el área física en que se asienta dicho desarrollo. Sobre la referida característica, ya este Organismo Asesor había indicado: "El carácter demanial de los bienes informa su régimen de explotación. Por lo que desde ya es preciso señalar que salvo disposiciones expresas en las leyes sobre Papagayo, el régimen jurídico de estos terrenos, por ende, el de explotación, es el común de los bienes de dominio público." (Dictamen C-181-94 de 23 de noviembre de 1994) Podría discutirse cuál es la naturaleza jurídica de ese canon, toda vez que algunos la consideran una especie de sustituto del impuesto a la propiedad ("... abonar los cánones, tasas o tarifas que se establezcan por esa utilización y que tienen naturaleza al impuesto que grava la propiedad." FUENTES BODELON, Fernando, Derecho Administrativo de los Bienes, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1977, p. 123) o una modalidad del acto administrativo que supone la concesión como tal ("El canon no es otra cosa que una mera "modalidad" de la concesión; forma parte integrante del acuerdo de voluntad de las partes (...) Dicha modalidad -el canon- puede o no existir en la concesión, ya que aún el uso especial del dominio público puede ser gratuito u oneroso. (...) El canon, pues, no constituye un impuesto. Sólo en algunos casos de concesiones de uso sobre bienes de dominio públicos integrantes del llamado dominio "artificial" (calles, puertos, etc.) podrá considerársele como "tasa", siempre que efectivamente constituya o represente el pago de un "servicio" del Estado." MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Dominio Público, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960, pp. 373).

En todo caso, es oportuno traer a colación lo dispuesto por el artículo 6° de la Ley N° 7509 de 9 de mayo de 1995 (Ley de Impuesto sobre Bienes Inmuebles), por cuanto elimina cualquier confusión que pueda generar la redacción del artículo 48 de la Ley N° 6043 supra transcrito ("Artículo 48 ... Ese canon sustituye el impuesto territorial."), dado que ahora se prescribe: "ARTICULO 6.- Sujetos pasivos.

Son sujetos pasivos de este impuesto:

a) ... b) ...

c) Los concesionarios, los permisionarios o los ocupantes de la franja fronteriza o de la zona marítimo terrestre, pero solo respecto de las instalaciones o las construcciones fijas mencionadas en el artículo 2 de la presente Ley, pues, para el terreno, regirá el canon municipal correspondiente. (...)" Por ende, el canon que se abona por concepto de concesiones otorgadas en la zona marítimo terrestre ya no tiene naturaleza sustitutiva del impuesto territorial. Lo que sí puede determinarse en este punto es que su pago es una consecuencia derivada de la utilización de un bien de la dominialidad del Estado, y, por ende, su régimen jurídico es de derecho público.

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 da 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.

En virtud de la conclusión a que se arriba en el párrafo precedente, resulta innecesario evacuar las interrogantes concretas que somete a nuestro conocimiento la Municipalidad de Liberia.

Sin otro particular, nos suscribimos, Licda. Ana Lorena Brenes Esquivel Lic.
Iván Vincenti Rojas PROCURADORA ADMINISTRATIVA PROFESIONAL
III
alb.ivr