

Al contestar refiérase
al oficio Nro. **12351**

14 de diciembre, 2010
DFOE-SM-1602

Máster
Celia Pastrana Gutiérrez
Presidenta del Concejo Municipal
MUNICIPALIDAD DE SANTA CRUZ
Guanacaste

Estimada señora:

ASUNTO: Remisión del informe Nro. DFOE-SM-IF-32-2010 sobre el otorgamiento de licencias turísticas por parte de la Municipalidad de Santa Cruz para la venta de licores.

Me permito remitirle el presente informe Nro. DFOE-SM-IF-32-2010, preparado por esta División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, sobre el otorgamiento de licencias turísticas por parte de la Municipalidad de Santa Cruz para la venta de licores. Lo anterior, con el propósito de que ese informe sea puesto por usted en conocimiento de los demás miembros de ese Concejo Municipal, en la sesión de dicho órgano colegiado inmediata posterior a la fecha de recepción de ese documento.

Este informe forma parte del estudio efectuado en esa municipalidad sobre el proceso de otorgamiento y control de las licencias para el ejercicio de actividades lucrativas en ese cantón (patentes municipales), y en relación con el cual se tramitaron los informes Nros. DFOE-SM-IF-14-2010, DFOE-SM-IF-30-2010 y DFOE-SM-IF-31-2010.

El estudio se realizó en atención al Plan Anual Operativo para el año 2010, del Área de Servicios Municipales de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, con el propósito de promover una mayor captación de los tributos municipales, con apego al bloque de legalidad y conllevó el análisis del proceso de aprobación y control de las patentes turísticas para la venta de licores. La revisión abarcó el período comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2009, el cual fue ampliado cuando se consideró necesario. El análisis se efectuó de conformidad con el "Manual de Normas Generales de Auditoría para el Sector Público", Nro. M-2-2006-CO-DFOE.

En reunión celebrada el 9 de diciembre de 2010, se comunicaron verbalmente los resultados del estudio a la Máster Celia Pastrana Gutiérrez, Presidente del Concejo Municipal; al Doctor Jorge Chavarría Carrillo, Alcalde Municipal; Licenciado Mario Moreira Castro, Director Financiero Municipal y al Licenciado Álvaro Moreno Moreno, Auditor Interno Municipal.

El análisis realizado permitió determinar que la municipalidad ha concedido patentes de licores tomando como criterio la presentación de declaratoria turística emitida por el Instituto Costarricense de Turismo (ICT), sin que para los efectos los interesados contaran con el contrato de incentivos turísticos suscrito con dicho Instituto y demostraran estar dedicados a la actividad hotelera, los cuales son requisitos básicos establecidos en la legislación vigente para tales efectos.

De 20 patentes de licores denominadas “turísticas”, 17 se aprobaron con base en un contrato de incentivos turísticos como lo establece la ley y tres se emitieron contando únicamente con la declaratoria turística para actividades diferentes a la de servicios de hotelería y sin que se firmara el correspondiente contrato de incentivos turísticos entre el interesado y el ICT.

El artículo 4 de la Ley Nro. 6990 de Incentivos para el Desarrollo Turístico, establece que los incentivos comprendidos en esa legislación serán otorgados por el ICT, mediante un contrato turístico y como parte de los beneficios se encuentra el de obtener de la municipalidad correspondiente una licencia para la venta de licores. Además, en el numeral 7 de ese cuerpo legal se establece con meridiana claridad que la concesión de las patentes municipales, dentro de las que se encuentra la de licores, solo se podrá dar a las empresas cuya actividad se clasifique como servicios de hotelería.

Sobre la práctica impropia de otorgar patentes de licores a personas que solo contaban con la declaratoria turística, el Departamento de Asesoría Legal de esa municipalidad en oficio sin número del 21 de julio del 2004, lo advirtió a la Administración Municipal; sin embargo, dicha advertencia no fue atendida y se continuó otorgando patentes de licores obviando lo señalado por la Asesoría Legal.

Incluso, la Defensoría de los Habitantes, en informe dirigido a esa Corporación Municipal en abril de 2006¹, concluyó que dentro de los beneficios e incentivos que obtiene una persona física o jurídica por medio de una declaratoria turística, no se visualiza que por ese solo hecho corresponda jurídicamente que la municipalidad le otorgue una licencia o patente para el expendio de licores; argumento que se refuerza en lo contenido en el artículo 12 del Decreto Ejecutivo Nro. 25226-MEIC-TUR, del 15 de marzo de 1996 y sus reformas².

Asimismo, la Defensoría de los Habitantes, en esa oportunidad indicó que en “...relación a la naturaleza jurídica de los acuerdos municipales, estos se determinan como actos administrativos y, por lo tanto se rigen por los preceptos que sobre el particular contiene la Ley General de la Administración Pública¹³, los Acuerdos por los cuales se otorgaron las citadas patentes especiales de licores, son actos administrativos externos y concretos, mismos que por su evidente y manifiesta falta de conformidad con el ordenamiento jurídico son nulos¹⁴. El tipo de nulidad a la que hacemos referencia es a la **nulidad absoluta**, ya que en estos acuerdos tanto el fin, el

¹ Informe Nro. 03372-2006-DHR del 26 de abril del 2006.

² El artículo 12, establece que “La declaratoria de empresa o actividad turística no otorga los beneficios establecidos en la Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico N° 6990 y sus reformas y su reglamento y otros beneficios establecidos en la normativa vigente. Para obtener dichos beneficios deberán realizarse los trámites y procedimientos de contrato turístico una vez obtenida la declaratoria turística”.

contenido como el motivo del acto no se ajustan a los requerimientos de licitud exigidos para su validez y operatividad.../ ¹³ Ver Ley N° 6227, del 2 de mayo de 1978, Ley General de la Administración Pública./ ¹⁴ Ver artículos 128, 146, 158 inciso 1), 2) y 3); 165; 166; 169; 170 de la Ley General de la Administración Pública. ”.

No obstante lo señalado por la Defensoría a la Administración Municipal de Santa Cruz en el año 2006, también se hizo caso omiso y se otorgaron licencias para la venta de licores solamente con la presentación de una declaratoria turística.

Sobre el tema en comentario, la diferencia entre la figura denominada "declaratoria turística" y la del "contrato de incentivos turísticos", consiste en que la primera es una calificación de calidad otorgada por el ICT con base en el cumplimiento de requisitos técnicos, económicos y legales establecidos en el Reglamento de Empresas y Actividades Turísticas, Decreto Ejecutivo Nro. 25226-MEIC-TUR y sus reformas, y de las condiciones físicas señaladas en los manuales de categorización respectivos y, por ser un régimen optativo, basado en un reglamento especial, no incluye facultad de imperio alguna ni interfiere con la debida aplicación de otros tipos de normativa a los que estén sujetas las empresas adscritas a él³.

El contrato turístico es el convenio entre una empresa turística y el Estado, mediante el cual se obtienen beneficios fiscales específicos para el primer desarrollo de la actividad comercial dirigida al turismo, al amparo de la Ley Nro. 6990 de Incentivos Turísticos para el Desarrollo Turístico y su Reglamento⁴.

En cuanto a los beneficios que pueden obtener los interesados que cuentan con una declaratoria de actitud turística están el poder ingresar información en el WebSite del ICT, registrar información sobre el nombre de la empresa, localización, descripción de servicios que brinda o de la zona donde se ubica; si la empresa dispone de una página electrónica, se crea un link recíproco entre la página de ese Instituto y la del empresario; participación en ferias turísticas internacionales y nacionales; acceso a información sobre el comportamiento del mercado; recibir capacitación de ese Instituto, entre otros beneficios; además de que la declaratoria turística es un requisito obligatorio para que las actividades de hospedaje, agencia de viajes receptoras, transporte acuático, líneas aéreas y arrendadoras de vehículos, puedan optar por el contrato turístico⁵.

Con la declaratoria turística, un restaurante o bar no adquiere el derecho de obtener patente de licores ni de algún otro tipo. Además, para las actividades de hospedaje, gastronómica (alimentos y bebidas), centros de diversión nocturna, que se encuentren en operación y que cuentan con la patente comercial y de licores, el ICT podría recomendar a la municipalidad la asignación de la categoría F, mediante la cual el patentado no tiene restricción alguna en cuanto al horario para la venta de bebidas alcohólicas⁶.

³ Oficio DGA-2757-10 del 28 de mayo de 2010, Gestión y Asesoría Turística del Instituto Costarricense Turismo.

⁴ Ibidem anterior

⁵ Ibidem anterior

⁶ Ley 7633 del 26 de setiembre del 1996, la cual regula el horario de funcionamiento de expendios de bebidas alcohólicas.

En cuanto a los beneficios del contrato turístico, específicamente sobre los trámites municipales, sólo en el caso de las empresas de hospedaje a las que ese Instituto les otorga la declaratoria turística y que además, suscriben posteriormente dicho contrato, de conformidad con la Ley Nro. 6990 de Incentivos Turísticos y sus reformas, surge un derecho legal de obtener por parte del gobierno local una patente de licores, sin trámite de remate público y pagándola al costo del último remate oficial. Dicha patente es intransferible, es decir, solamente se le otorga a esa empresa en particular con base en su contrato turístico y no se puede vender, alquilar ni traspasar. Por lo tanto, esa excepción para la adquisición de patentes sin remate público, es únicamente aplicable a empresas de hospedaje, no a restaurantes, pues éstos no pueden obtener contratos de incentivos desde la ya mencionada reforma a la Ley Nro. 6990 del año 1992.

En consecuencia, el acto administrativo de otorgamiento de las patentes solamente con una declaratoria turística, contiene vicios de nulidad absoluta (artículos 158 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública) que exigen la acción pertinente de parte de las autoridades municipales para anularlos.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 166 de la Ley General de la Administración Pública, uno de los presupuestos jurídicos de la nulidad absoluta, es la falta de uno o varios de los elementos constitutivos del acto administrativo (contenido, motivo y fin) real o jurídicamente.

Así, en este caso particular, los actos que dan sustento al otorgamiento de patentes turísticas con solo la declaratoria turística, resultan carentes de contenido lícito, posible y claro; por cuanto, los mismos no se encuentran fundamentados en norma de carácter legal que expresamente lo autorice. La ausencia de motivo se presenta cuando los hechos invocados como antecedentes son falsos o el derecho invocado no existe o se hizo una aplicación incorrecta de la norma. Sobre el particular, los antecedentes utilizados por la Municipalidad de Santa Cruz para fundamentar los actos –otorgamientos de patentes con base en la declaratoria turística para actividades para actividades diferentes a la de servicios de hotelería- carecen de asidero legal por cuanto se hizo una aplicación incorrecta del derecho invocado -La Ley Nro. 6990 de Incentivos para el Desarrollo Turístico- por lo que carece de presupuesto jurídico para la adopción de los actos, lo cual es contrario a lo dispuesto en el numeral 133 de la Ley General de la Administración Pública.

En cuanto al contenido de los actos administrativos, al otorgar patentes turísticas sin contar con el contrato turístico, presentan una deficiencia en su contenido, pues se orienta a establecer un beneficio inaplicable e insostenible jurídicamente, contrario a lo señalado en el ordinal 132 de la Ley General de la Administración Pública.

Carece el acto administrativo señalado de un fin establecido por el ordenamiento jurídico, por cuanto se otorgaron patentes turísticas sin contar con los contratos turísticos, tal como lo establecen los artículos 4 y 7 de la Ley Nro. 6990, por lo que el acto de ejecución carece de norma legal mediante la cual le sea fijado un fin legítimo y acorde con el ordenamiento jurídico.

En virtud de lo anterior, los actos administrativos cuestionados adolecen de un vicio en su fin en el tanto éstos no satisfacen los fines legales propios del Gobierno Local y revela la existencia de una nulidad absoluta de los actos administrativos referentes al otorgamiento de patentes turísticas con solo la presentación de la declaratoria turística para actividades diferentes a la de servicios de hotelería, cuando la ley establece como requisito para obtener esa licencia contar con el contrato de incentivos turísticos (artículos 146, 166 y 172 de la Ley General de la Administración Pública).

Cabe destacar, además, que los actos administrativos en cuestión adolecen de un vicio en la competencia pues, no existe facultad de ningún órgano que integra la Municipalidad de Santa Cruz para cambiar lo establecido en los artículos 4 y 7 de la Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico, como norma especial dispuesta por el legislador y que establece las condiciones para acceder sin necesidad de remate a una licencia para la venta de licores.

En conclusión, y de conformidad con las normas reiteradamente citadas, además, de lo dispuesto, especialmente, en los ordinales 11 de la Constitución Política; 11, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 166, 169 y 172 de la Ley General de Administración Pública, vigentes al momento de dictarse los actos administrativos de otorgar tres patentes turísticas al margen de la normativa legal, contienen vicios sustanciales y por tanto los llevan a la nulidad de los mismos.

En razón de lo expuesto y de acuerdo con las competencias asignadas en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política y los artículos 12 y 21 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Nro. 7428, se emiten las siguientes disposiciones al Concejo Municipal, las cuales son de acatamiento obligatorio y deberán ser cumplidas dentro del plazo conferido para ello:

a) Dictar un acuerdo para suspender la práctica de otorgar patentes de licores, sustentada solo con presentación de la declaratoria turística, de tal forma que las licencias para venta de licores denominadas “turísticas” se concedan únicamente de conformidad con el marco jurídico que regula esa materia. En un plazo de dos meses ese Concejo Municipal debe remitir a este órgano contralor los acuerdos que tome para cumplir con lo dispuesto sobre ese tema.

b) Tomar un acuerdo para instruir al Alcalde para que inicie los procesos (jurisdiccionales) o procedimientos (administrativos) correspondientes para anular los actos relacionados con el otorgamiento de las patentes de licores que se detallan en el oficio Nro. DFOE-SM-1603(12353)-2010 del 14 de diciembre de 2010. Para los efectos que correspondan, se debe tomar en cuenta lo estipulado en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, en relación con lo dispuesto en el numeral 34, inciso 1, del Código Procesal Contencioso-Administrativo. Sobre el cumplimiento de la anterior disposición, se le solicita a ese órgano colegiado informar en el plazo máximo de dos meses a partir de la fecha de recibo de este oficio, las acciones emprendidas en relación con el procedimiento o proceso a seguir con el objetivo de anular las citadas patentes, y en un término de tres meses comunicar el avance de esas acciones; de no concluirse el procedimiento o proceso en ese plazo, informar a esta Contraloría General cada tres meses sobre el avance y hasta que concluya.

Este órgano contralor se reserva la posibilidad de verificar, mediante los medios que considere pertinentes, la efectiva implementación de las disposiciones citadas.

Se advierte que en caso de incumplir injustificadamente con esas disposiciones se le reiterará por una única vez y se fijará plazo para su cumplimiento, pero de mantenerse la desobediencia, una vez agotado ese plazo, dicha conducta se reputará como falta grave y podrá dar lugar a la imposición de las sanciones previstas en el artículo 69 de la citada Ley Nro. 7428, con garantía del debido proceso. Lo anterior, sin perjuicio de incurrir en otras causales de responsabilidad.

La información que se solicita en este informe para acreditar el cumplimiento de las disposiciones anteriores, deberá remitirse, en el plazo antes fijado, a la Gerencia del Área de Seguimiento de Disposiciones del órgano contralor. Además, se requiere que ese Concejo le comunique, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, el nombre, número de teléfono y correo electrónico de la persona que fungirá como el contacto oficial con esa Área de Seguimiento con autoridad para informar sobre el avance y cumplimiento de las disposiciones correspondientes.

De conformidad con lo establecido por los artículos 343, 346 y 347 de la Ley General de la Administración Pública, contra el presente acto caben los recursos ordinarios de revocatoria y apelación, que deberán ser interpuestos dentro del tercer día a partir de la fecha de recibo de esta comunicación, correspondiéndole a esta Área de Fiscalización la resolución de la revocatoria y al Despacho Contralor, la apelación.

De presentarse conjuntamente los recursos de revocatoria y apelación, esta Área de Fiscalización en caso de rechazo del recurso de revocatoria, remitirá el recurso de apelación al Despacho Contralor para su resolución.

Asimismo, una vez firme este acto, cabe el recurso extraordinario de revisión ante la Contralora General de la República, de acuerdo con las condiciones y plazos que señalan los artículos 353 y 354 de la indicada Ley General de la Administración Pública.

Atentamente,



Lic. German A. Mora Zamora
Gerente de Área

LAZ/GMT/GMZ/all

Ci: Sr. Álvaro Moreno Moreno, Auditor Municipalidad de Santa Cruz
Archivo Originales
Archivo Central
Ce: Área de Seguimiento de Disposiciones
G: 2010000181-1