

C-094-2000

San José, 11 de mayo del 2000

Señora

Lic. Mónica Nagel Berger

Ministra de Justicia

Su Despacho

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, doy respuesta a su oficio DM-1184, fechado 04 de diciembre de 1999, mediante el cual nos hace llegar la nota de 3 de noviembre del año en curso, que le enviara a su Despacho el Lic. Rolando Sáenz Ulloa, Asesor Legal de Ecodesarrollo Papagayo S.A, ".con el objeto de recabar la opinión jurídica correspondiente, para lo cual anexa el proyecto de Pacto Compromisorio, por parte de la Municipalidad de Liberia, a efecto de resolver diferendo entre ambas partes".

Cabe aclarar para el caso en cuestión, que conforme a la reiterada jurisprudencia administrativa de este Organismo Asesor nuestros dictámenes se refieren a situaciones genéricas, sin individualizar casos concretos, con excepción del contenido en los artículos 173 y 183 de la Ley General de la Administración Pública. Lo anterior, con fundamento en la relación del artículo 2° con el 3 inciso b) y 4 de nuestra Ley Orgánica (Ley N° 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas).

Amén de lo anterior, tenemos que en la misiva enviada a Usted, por el asesor legal de Ecodesarrollo Papagayo S.A., se le solicita, en lo que interesa, que interponga sus buenos oficios ante la Procuraduría, cuya participación procesalmente es indispensable, con el objeto de que el diferendo suscitado entre esa firma y la Municipalidad de Liberia sea resuelto mediante un arbitraje. Además, se adjunta un proyecto de "pacto compromisorio" que suscribiría dicha sociedad con la Municipalidad de Liberia. En dicho proyecto se señala que ".igualmente la Municipalidad se obliga una vez que la Procuraduría General de la República apruebe este pacto compromisorio."

En virtud de las anteriores manifestaciones es preciso indicar que no existe ninguna norma que establezca la participación procesal de la Procuraduría en los procedimientos de arbitraje. Por lo tanto, en virtud del principio de legalidad que rige nuestras actuaciones, deviene en improcedente solicitarnos formalmente la aprobación de un pacto compromisorio. Lo anterior no obsta para que la Administración interesada -en este caso, la Municipalidad de Liberia- pueda

solicitar nuestra opinión sobre un posible compromiso arbitral, lo que se evacuaría como una opinión jurídica y no como un dictamen.

Proceder en este caso a rendir nuestra opinión, que conlleva al análisis de una situación concreta, a solicitud de un particular, implicaría una violación a la autonomía municipal.

Es por ello, que se procederá a analizar el tema del arbitraje en relación con concesiones en la zona marítimo terrestre, en particular con la normativa referente al Proyecto Turístico Papagayo, de manera general.

Esto implica que las consideraciones jurídicas realizadas en este dictamen deben entenderse para la generalidad de los casos y abstraerse de cualquier referencia a un caso concreto. Lo anterior, por que de procederse en sentido contrario, estaría este órgano suplantando la voluntad de la Administración en la toma de decisiones, ya que al ser los dictámenes vinculantes para la Administración consultante, esta se ve obligada a acatar el criterio manifestado en nuestro pronunciamiento. Así las cosas, nos referimos a la generalidad de los supuestos en relación tema planteado, reservando para la Administración activa la toma de la decisión en el caso concreto.

I. Normativa aplicable al Proyecto Turístico de Bahía Culebra En este sentido, cabe remitirse a dictamen de esta Procuraduría número C-181-94 de 23 de noviembre de 1994, que en lo respectivo afirma:

" A-. ANTECEDENTES NORMATIVOS

De conformidad con la normativa dictada al efecto, la realización del Proyecto Turístico Papagayo debe tender al cumplimiento de los fines superiores del Estado.

En cuanto a los antecedentes normativos, tenemos que en primer término, mediante Ley N° 5847 de 18 de noviembre de 1975 se aprobó el Convenio de Préstamo celebrado entre el Instituto Costarricense de Turismo y el Banco de Centroamericano de Integración Económica, con el propósito de financiar la elaboración de un estudio de factibilidad técnico económico y la preparación de un plan maestro del Proyecto Turístico de Bahía de Culebra.

En el artículo 3° de la ley recién citada se dispuso que el Proyecto que surgiera como consecuencia del mencionado estudio de factibilidad, sería realizado por el Estado costarricense, de conformidad con la ley que debería ser dictada al efecto. Luego de ello mediante ley N° 6370 de 3 de setiembre de 1979, en el numeral 1, se determina el área sobre la cual se realizará y ejecutará el Proyecto turístico en estudio. Igualmente, se declaran de utilidad pública los bienes inmuebles ubicados en dicha área y se establecen los procedimientos para que el Instituto Costarricense de Turismo los adquiera.

Finalmente, mediante Ley N° 6758 de 4 de junio de 1982 se regula el desarrollo y ejecución del Proyecto Turístico citado y se dispone que en el área destinada al

proyecto se realizarán únicamente las obras previstas en el Plan Maestro. Dispuso la citada norma:

"Artículo 1.- Mediante la presente ley se regula el desarrollo y ejecución del proyecto turístico de Papagayo, que se realizará en Bahía Culebra, provincia de Guanacaste."

"Artículo 2.- En el área destinada al desarrollo de este proyecto deberán llevarse a cabo, únicamente las obras previstas en el Plan Maestro, aprobado por el Instituto Costarricense de Turismo, y todas aquellas obras concordantes con el mismo, de conformidad con las disposiciones de esta ley y de acuerdo con las notas técnicas que este instituto emita al efecto."

Es en la recién citada ley en donde se dispone la existencia y necesidad de un Plan, un plan, que como su nombre lo indica, implica la planificación de las obras del respectivo proyecto (suelo y servicios elementales). En general, puede considerarse que esta Ley norma la ejecución precisa del Proyecto: a cargo de quién está la construcción de obras, el financiamiento correspondiente, las competencias de los órganos intervinientes, entre otros aspectos.

Mediante la normativa que el Estado se dota, se pretende regular el uso del suelo para la actividad turística de Papagayo. Este punto es importante para efectos de la aplicación del resto del ordenamiento jurídico en la Zona y respecto de la existencia del Plan Maestro, a que luego nos referiremos.

Dentro de este marco de referencia legal, es evidente que existe un interés público en planificar el suelo destinado al Proyecto Turístico de Papagayo. Ese interés consiste en alcanzar un mayor bienestar de los administrados y la más sana, razonable y balanceada explotación turística del medio en el cual debe éste desarrollarse. Este objetivo es conforme con el fin implícito en todo proceso de planificación de la propiedad, máxime si se trata, como en este caso, de propiedad pública. En este sentido se indica en doctrina que:

"(...) en cuanto al planteamiento urbanístico, y dando (sic) de lado a toda la temática referente a las varias clases de planteamiento, resulta indudable que si esta ordenación urbanística que en todo Plan campea tiende a conseguir el mayor bienestar de los administrados, teniendo para ello en cuenta las convenciones de la promoción social y económica y la ordenación y puesta en práctica de la multitud de los servicios de toda índole que por los varios órganos de la Administración Pública han de prestarse al público en general, resulta incuestionable que en el planteamiento no pueden quedar al margen ninguna clase de propiedades, sean de carácter público o privado." MARTÍNEZ ESCUDERO, Lorenzo, Playas y Costas: Su Régimen Jurídico-Administrativo, Madrid, Editorial Montecorvo, p. 104 y 105.

En ese orden de ideas, es preciso recordar, además, que los terrenos que se adquieren para desarrollar el Proyecto, son bienes de dominio público, afectos al

cumplimiento del fin asignado por la ley, según el artículo 1° de la Ley N. 6370 de 3 de setiembre de 1979:

"Declárase de utilidad pública los bienes inmuebles, sean fincas completas, porciones, derechos o intereses patrimoniales legítimos, que por su ubicación sean necesarios para realizar y ejecutar el proyecto turístico en Bahía Culebra, en jurisdicción de la provincia de Guanacaste... Dicha porción territorial comprende la zona marítimo del litoral Pacífico, ubicada desde Punta Cabuya al Norte, hasta un kilómetro al sur de Punta Ballena".

La afectación al fin público es reafirmada por el artículo 10 de la citada Ley:

"Una vez adquiridas las tierras señaladas en la presente ley, sólo podrán ser utilizadas por el Estado costarricense para el proyecto de desarrollo turístico en Bahía Culebra, de conformidad con la ley especial que la Asamblea Legislativa deberá emitir con ese propósito en cumplimiento del artículo 3° de la Ley N° 5847 del 18 de noviembre de 1975."

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."

Nuestra Sala Constitucional se ha pronunciado acerca de la zona marítimo terrestre y el Proyecto Turístico Papagayo de Bahía Culebra, en su Voto N° 5210-97 de las 16:00 horas del 2 de setiembre de 1997, que en lo que interesa dispone:
" III. SOBRE EL FONDO PROPIAMENTE.

(...) Es cierto, como lo indica la Procuraduría General de la República, que la concesión de uso de bienes públicos, si bien regida por normas de derecho público, no enerva la circunstancia de que, para todo efecto, la concesión -esto es, lo concedido- se incorpore al patrimonio del concesionario, desde que le concede un derecho o ventaja sobre el bien demanial y en tal sentido resulta irreprochable la legitimidad de lo dispuesto en la ley en cuanto a que la concesión puede ser dada en garantía de un préstamo obtenido por su titular. Se trata, desde esa perspectiva y, como lo admite la doctrina que se ha venido desarrollando alrededor de este tema, del ejercicio legítimo de los derechos que deriva el concesionario de un verdadero derecho real administrativo que se le ha concedido sobre el bien de dominio público. Lo propio puede afirmarse, con mayor razón, en relación a la garantía sobre edificaciones, mejoras e instalaciones que nadie discute, pueden ser incorporadas por parte del concesionario, siempre que se observen las disposiciones urbanísticas -legales y reglamentarias- del caso.

(...) IV. CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y ZONA MARÍTIMO TERRESTRE.
Resulta conveniente tener en cuenta, por otra parte, que la Constitución Política no llega a ocuparse de temas relacionados con la zona marítimo terrestre y en su desarrollo como concepto, así como en lo que tiene que ver con el régimen

jurídico aplicable, lo que ha existido es una tradición legal muy antigua que, valga consignar, tampoco ha sido consistente. Nótese que ha habido cambios en el ancho de la zona marítimo terrestre- antiguamente milla marítima -, como en la regulación específica de algunas islas que, no obstante formar parte, en principio y por virtud de la ley, de la zona marítimo terrestre, con el tiempo se han ido dando excepciones, según una calificación que con libertad ha manejado el legislador ordinario. Sobre esto, a modo de ejemplo puede citarse la Ley N° 7108/88, que excepcionó de la normativa general a la Isla de Chira, o la Ley N° 6515/80, que también exceptuó de aquella normativa general, los predios de la zona marítimo- terrestre declarada zona urbana, del distrito noveno, cantón central de Puntarenas, siempre que estuvieran legítimamente poseídos con anterioridad por particulares(...) Lo que puede afirmarse, dada la extraordinaria variabilidad legislativa en la materia, es que el núcleo inamovible de la ley reguladora de la zona marítimo terrestre ha sido el relativo a la franja de cincuenta metros de ancho a partir de la pleamar ordinaria, que ha sido declarada pública y que como tal, no solamente es imposible apropiársela por ningún medio, sino que ha sido puesta al servicio de todas las personas, sin excepción. (...) Sin embargo, lo anterior nos sirve para entender que en lo que tiene que ver con la zona restringida, sea, los restantes 150 metros de la zona marítimo terrestre, debe reconocerse al legislador la posibilidad de dictar las regulaciones que las circunstancias hagan necesarias, claro está, siempre que no se afecten derechos adquiridos u otros derechos reconocidos constitucionalmente, o que excedan el marco de la razonabilidad, esencial a cualquier norma jurídica ..."

II. Naturaleza del canon establecido a favor de las Municipalidades y su exigibilidad

Al respecto de este aparte, debe destacarse la regulación establecida por el artículo 74 de la Ley sobre la Zona Marítimo, Ley N° 6043 de 2 de marzo de 1977, también aplicable al caso en cuestión, y que al respecto del Proyecto de Bahía Culebra establece:

" Capítulo IX. Casos Especiales. 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 la 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."

En el mismo sentido, el Transitorio VII del mismo cuerpo normativo agrega que:

"Transitorio VII.- Las municipalidades con jurisdicción en la Zona marítimo-terrestre cobrarán el canon que establece esta ley para los ocupantes de la misma. El cobro se hará de acuerdo con el uso y con el avalúo actual de la Dirección General de Tributación Directa. Esta autorización tendrá carácter provisional, hasta tanto no entre en vigencia el plan de desarrollo para la respectiva zona, y no produce derecho alguno para los ocupantes en lo que a concesión se refiere. (Así adicionado por el artículo 20 de la ley N° 6890 del 4 de setiembre de 1983)"

En el mismo sentido, la normativa especial del Proyecto, Ley N° 6758 de 4 de junio de 1982 reza en su artículo 18:

"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."

En dictamen N° C-028-94 de 18 de febrero de 1994, se señaló que:

"Está fuera de duda, a la luz del artículo 74 de la Ley 6043, que la administración de la porción territorial (zona pública y resto de la zona adyacente) comprensiva del Proyecto de Desarrollo Integral de Bahía Culebra - como inicialmente se le llamó-, hoy Papagayo, está confiada por entero al Instituto Costarricense de Turismo, con exclusión municipal.

Es más, la titularidad misma la traspasó el Estado al Instituto (ver Ley 6370), hallándose en la actualidad el inmueble inscrito a nombre de este último en el Registro de la Propiedad...

Por imperativo del artículo 74, citado en el acápite precedente, las Municipalidades de Liberia y Carrillo, conforme a su jurisdiccional cantonal, conservan el derecho a percibir los cánones correspondientes de las concesiones que otorgue el Instituto Costarricense de Turismo en el área de Papagayo. (ver relación con el artículo 2, inciso 11) del Reglamento a la Ley 6043).

(...) 7) EXIGIBILIDAD DEL CANON Y BONO DE GARANTÍA

Se consignó en el aparte 1° que por regulación de la Ley 6043, artículo 74, párrafo 2° y 18 de la Ley 6758, las Municipalidades de Liberia y Carrillo tienen derecho a percibir el canon originado de las concesiones de Papagayo.-

Para determinar el momento desde el que ese canon es exigible, a falta de norma expresa en las Leyes y Decretos reguladores del Proyecto, tiene aplicación, por reenvío del numeral 93, aparte 2°, la regla del artículo 51 ibídem, que establece:

"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."

Para ello, el Instituto Costarricense de Turismo está en deber de informar puntualmente a la Municipalidad del lugar de los otorgamientos de concesiones en la zona de Papagayo, tan pronto se aprueben, remitiéndole la documentación

de rigor, contentiva de los datos necesarios para que pueda cobrar los cánones sin contratiempos ni demoras.-"

Con respecto a la naturaleza del canon, en contestación a la acción ante la Sala Constitucional N°98-008187-007-CO, referida a la constitucionalidad de artículos 48 párrafo segundo y Transitorio VII de la Ley 6043, el Procurador Ambiental José J. Barahona Vargas, expone el parecer de este Organo Asesor sobre el punto, integrándose el criterio al presente dictamen.

" (...) NATURALEZA JURÍDICA DEL CANON POR OCUPACIÓN DE LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE

La solución que da la legislación y doctrina extranjera al punto sobre el carácter tributario o no del canon a pagar por quienes "ocupan", en forma temporal y al amparo de un título administrativo habilitante, dependencias del dominio público, no es uniforme. Hay sectores que efectivamente le atribuyen esa condición...

II.1.2) Sistema nacional

Como tesis de principio suscribimos el criterio de MARIENHOFF, quien niega al canon por uso especial del dominio público el carácter de tributo: "Ha sido muy común considerar al canon como un "impuesto", lo que hacen numerosas leyes y escritores. Pero esto importa un error. El canon no es un "impuesto", aunque lo llamen ciertas leyes. La naturaleza de un tributo no depende del nombre que se le dé, sino de su estructura jurídica y del concepto financiero que merezca. El canon es una obligación que pesa sobre los que tienen una concesión para usar una dependencia del dominio público: en cambio, el impuesto, como obligación, es unilateral: el que lo paga no recibe beneficio alguno, inmediato y directo, proveniente de ese hecho"

En nuestro país, con apego al principio de legalidad tributaria, el análisis debe necesariamente partir de las definiciones y requisitos que fija el Código de Normas y Procedimientos Tributarios para las diversas categorías impositivas, que no abarcan el canon por la utilización especial del demanio costero. No es impuesto u obligación que "tiene como hecho generador una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente", porque excluye el elemento coactivo ejercicio único de la potestad de imperio para darle nacimiento; precisa de un acto de solicitud del uso, de una actividad de la Administración para legitimarlo y tiene por causa un beneficio directo que recibe el interesado, ajeno en aquél. No es tasa porque no configuran obligaciones que tengan por hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizado en el contribuyente y un destino dirigido a sufragarlo. Ni es una contribución especial u obligación cuyo hecho generador sean beneficios derivados de la realización de obras públicas o actividades estatales, destinadas a financiarlas, ni proporciona ventaja inmediatas a un grupo determinado de propietarios de inmuebles. El pago del canon objeto de estudio constituye, en

suma, una mera contraprestación pecuniaria que efectúa el concesionario o usuario por el uso y disfrute especial que hace del dominio marítimo terrestre y la ventaja o beneficio diferencial obtenido con ello.

En este sentido, la Procuraduría, al emitir la Opinión Jurídica OJ-084-98, de 2 de octubre de 1998, y el dictamen C-249-98, del 20 de noviembre del mismo año, ha sostenido que la cuota que se paga por mantenimiento en un cementerio público - y por extensión, se agrega, el canon que satisface un concesionario de un bien demanial- no tiene naturaleza tributaria, sino que configura un precio público. Esto en virtud de que se concreta en el cumplimiento de una prestación por servicios no inherentes al Estado y que no se impone en forma coactiva, sino que depende de una solicitud voluntaria del interesado, aunado a un compromiso contractual de cubrirla.

En la misma línea, se citaron en esas oportunidades dos precedentes de la Sala Constitucional. La resolución 3379-96, del 5 de julio de 1996, referida a la fijación administrativa de tarifas por concepto de servicios prestados en los aeropuertos, en la que la Sala consideró "suficiente que la Asamblea Legislativa establezca la competencia del órgano encargado de fijar esos precios públicos". Al no tratarse de materia impositiva, no existía violación del principio de reserva de ley si se dejaba al Poder Ejecutivo la determinación del monto a pagar por servicios aeroportuarios recibidos. Y la resolución N° 3923-96 de 31 de julio de 1996, relativa a la naturaleza jurídica de las tarifas portuarias y ferrocarriles establecidas por JAPDEVA, donde la Sala estimó que "no constituyen exacciones obligatoriamente impuestas por el Estado, como es el caso de los tributos", ni los servicios portuarios y ferroviarios son inherentes al Estado, por lo que las tarifas no requerían aprobación legislativa.

Para el supuesto que ahora se discute, deben añadirse dos sentencias más de la Sala Constitucional, que resolvieron el punto: El voto 6869-96, de las 14 horas 51 minutos del 18 de diciembre de 1996, en la que se dejó aclarado que: "el canon, como la contraprestación a cargo de un particular, por el uso o aprovechamiento de un bien de dominio público, ciertamente escapa al concepto de tributo, que es una imposición por parte del Estado, sin promesa o garantía de que el particular reciba en forma clara y directa un beneficio por ello. La rígida prevención de que solamente la Asamblea Legislativa puede establecer impuestos (tributos en general), escapa a la situación del canon, que más bien atañe a una relación jurídica que se crea entre el particular y la administración, que, por lo demás, puede cesar en cualquier momento, si motivadamente se encontrare que debe procederse así para cubrir el interés público, diferente del particular en sí mismo".

En la segunda, una resolución reciente, la N° 04829-99, de las 15 horas 36 minutos del 8 de julio 1998, que resuelve la acción de inconstitucionalidad contra los artículos 48 y 49 del Reglamento a la Ley de la Zona Marítimo Terrestre,

dijo: "En el caso en estudio, se alega violación al principio de igualdad partiendo de una comparación entre la forma en que está regulando el impuesto territorial y el canon impugnado; comparación que no resulta factible; por cuanto el canon que se regula en las normas impugnadas no constituye un impuesto en sentido estricto; sino un canon por concepto de las concesiones que se otorgan en la zona restringida de la zona marítimo terrestre que se paga a la municipalidad correspondiente, a modo de alquiler o pago por utilización de un particular de un bien demanial, canon que no se origina en estas normas de rango reglamentario, sino en lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 28 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre..." (El destacamento no es del original)

A partir de lo anteriormente expuesto, debe concluirse que el canon establecido a favor de las Municipalidades en la normativa citada no puede conceptualizarse como un tributo.

III. Algunos conceptos sobre la aplicación del arbitraje en la Administración Pública

En materia de arbitraje, en el cual esté involucrada la Administración Pública, ya este órgano asesor se ha pronunciado en varias ocasiones. Al efecto, el dictamen C-089-99 de fecha 10 de mayo de 1999, señala lo siguiente:

"El arbitraje, la mediación, la transacción y la conciliación se presentan como medios alternativos de resolución de conflictos surgidos entre los particulares. El arbitraje puede representar una manera más y expedita de resolver las controversias, y una opción tutelada por el ordenamiento, adicional a la tradicional vía judicial. Así, la Doctrina lo ha definido 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 define los efectos de cosa juzgada." (Artavia Barrantes, S. El Proceso Arbitral en Costa Rica, Tomo I, Editorial Jurídica DUPAS, 1996, pág.45).

La intervención de un tercero en la resolución del conflicto, así como el hecho de que su ejercicio es facultativo para el ciudadano, se presentan como características fundamentales del proceso arbitral. Cabe destacar, que por su carácter facultativo y alterno, su aplicación no excluye el acceso a los tribunales. Es decir, por el hecho de que los particulares sometan la resolución de sus controversias a un árbitro, no significa la renuncia a la tutela judicial efectiva, a su derecho a someter el conflicto ante la jurisdicción común. Ya bien lo indicó la Sala Constitucional, en el Voto N ° 2307-95 de 9 de mayo de 1995...

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, este cuenta con la reciente emisión 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...

La citada ley -que derogó las anteriores regulaciones establecidas en el Código Procesal Civil-, propone también otros medios alternativos a los judiciales para la resolución de los conflictos patrimoniales que surjan entre los particulares, amén del ya mencionado proceso arbitral. Se enuncian entonces tres institutos fundamentales: mediación, conciliación y arbitraje.

El proceso arbitral permite también la participación de la Administración en la solución de sus conflictos con el administrado a través de la aplicación de dicho medio alterno. En efecto, el artículo 18 de la citada Ley, dispone:

"Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley.

Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de las cuales las partes tengan plena jurisdicción de los tribunales comunes.

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 asunto, sin embargo, va más allá de dichas disposiciones legales, 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 el arbitraje, 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 arbitraje 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.

En dicho sentido, en ese mismo dictamen se agrega:

"Así las cosas, el arbitraje en el Derecho Público plantea dos problemas principales. El primero en torno a las materias que pueden ser sometidas a arbitraje y el segundo de ellos, en relación a la capacidad del sujeto público para someter las cuestiones a arbitraje.

(...) El arbitraje no es la regla sino la excepción en los casos de derecho público, por ello requiere una norma expresa que lo autorice, aunque pueden darse los casos de autorización genérica para toda la Administración, con los consecuentes

problemas de indeterminación e inseguridad que pudieran plantearse si no se definen clara y específicamente todos los supuestos.

En el campo de la disponibilidad de la materia para ser sometida a un proceso arbitral, en efecto hay materias que pueden ser sometidas a transacción y arbitraje en virtud de la potestad discrecional de la Administración y su capacidad efectiva de decisión. Sin embargo, es clara la existencia de ciertos asuntos en los que definitivamente no cabe la aplicación de los procesos de arbitraje o transacción, como lo serían: tributos, dominio público, seguridad, orden público y salud, por citar algunos ejemplos.

(...) Pero, en todo caso, considera este Órgano Asesor que es necesario realizar algunas consideraciones que se consideran pertinentes con el objeto de orientar a la Administración en la decisión de si debe someter un determinado asunto a arbitraje.

- 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." (1)

NOTA (1): El tema del arbitraje, también ha sido desarrollado, entre otros, en los siguientes dictámenes y pronunciamientos: C-187-96 de 11 de noviembre de 1996, C-026-98 de 20 de marzo de 1998, C-006-99 de 11 de enero de 1999, OJ-048-99 de 29 de abril de 1999 y OJ-006-2000 de 25 de enero del 2000.

De todo lo anterior se desprende que, de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos existe una autorización genérica para que la Administración someta a arbitraje sus controversias de conformidad con esa Ley, esto es, las controversias de orden patrimonial. Pero, en virtud de la especial naturaleza de la Administración y su sometimiento al principio de legalidad(2),

ésta debe tomar en cuenta y delimitar apropiadamente al suscribir el acuerdo arbitral, además de lo ya expuesto, que no se involucren aspectos sobre potestades irrenunciables de la Administración.

NOTA (2): Si bien referido a las relaciones de empleo público, es importante rescatar lo señalado por la Sala: "Este régimen de empleo público implica, necesariamente, consecuencias derivadas de la naturaleza de esa relación, con principios generales propios, ya no solamente distintos a los del derecho laboral (privado), sino muchas veces contrapuestos a éstos. Obviamente, la declaración contenida en esta sentencia abarca la relación de empleo que se da entre la administración (o mejor, administraciones) pública y sus servidores, más en aquellos sectores en que haya una regulación (racional) que remita a un régimen privado de empleo, la solución debe ser diferente. En esos casos, se daría un sometimiento a los procedimientos de arbitraje, pero con ciertas limitaciones, tales como que en ellos no pueden dispensarse o excepcionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, por lo que incluso en estos casos no procederían decisiones (laudos) en conciencia, ni tribunales formados por sujetos no abogados. Esta declaración se formula con base en las facultades legales que tiene la Sala y por considerarse indispensable para la correcta interpretación del conjunto de su decisión." (Voto 1696 - 92 de 23 de agosto de 1992. Esta resolución es adicionada por el Voto 3285 - 92 de 30 de octubre de 1992.)

Así, por ejemplo, se señaló por parte de este Organismo Asesor que no era posible someter a arbitraje la corrección del avalúo con fundamento en el cual se cobraba al concesionario el monto a pagar a la municipalidad por una concesión sobre la zona marítimo terrestre(3). Nótese que, en ese caso, el avalúo se realizaba en virtud de una disposición expresa de un decreto ejecutivo que así lo establecía, por lo que este se realizaba en ejercicio de competencias públicas derivadas de la naturaleza específica de un bien de dominio público.

NOTA (3): Lo anterior se expuso en el Dictamen C-187-96 de 11 de noviembre de 1996, el que se adjunta a la presente por tener relación directa con el asunto de interés.

Asimismo, es importante señalar, que aún y cuando se trate de un conflicto patrimonial que sí pueda ser sometido a arbitraje, en razón de que no podrían juzgarse o resolverse las actuaciones de la Administración desconociéndose el ordenamiento jurídico como consecuencia de la aplicación a la Administración del principio de legalidad -que no es

renunciabile- la Administración siempre debe acudir al arbitraje de derecho, sin que pueda aceptar recurrir a un arbitraje de equidad. La interpretación dada se realiza a la luz de los artículos 18 y 19 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos. Lo anterior, para garantizarse la obligación de los árbitros de resolver conforme con nuestro ordenamiento jurídico(4) .

NOTA (4): Ver, en este sentido, OJ-048-99 de 29 de abril de 1999.

IV. Análisis de la situación planteada

De lo expuesto sobre la naturaleza del canon que se cancela sobre una concesión, tenemos que éste no se configura como tributo (en los términos del artículo 4 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley N° 4755 de 3 de mayo de 1971) sino que es una contraprestación pecuniaria que efectúa el concesionario o usuario por el uso y disfrute especial que hace del dominio público.

Entonces, si bien es cierto que no se puede realizar un laudo arbitral sobre la exigibilidad o no del canon, por haberse impuesto éste de manera explícita en la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre y la legislación especial del tema de consulta, no puede deducirse de ello que también se encuentra vedada la posibilidad de realizar un proceso arbitral respecto del monto de este porque ese aspecto sí 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 las cuales se considera que existen dudas que ameritan acudir a un proceso arbitral sobre el cálculo del quantum del canon.

Sin otro en particular, se despide de usted, muy atentamente,

Ana Lorena Brenes Esquivel
Procuradora Administrativa

Anexo: Dictamen C-187-96 de 11 de noviembre de 1996.