

Al contestar refiérase
al oficio No. **06395**

13 de julio, 2011
DFOE-EC-0324

Licenciada
Rosa María Vega Campos
Jefa de Área
Comisión Permanente de Gobierno y Administración
ASAMBLEA LEGISLATIVA

Estimada señora:

Asunto: Emisión de criterio solicitado por la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley titulado "*Ley de Concesión de la Zona Fronteriza con la República de Panamá*", expediente Nro. 17.956

Damos respuesta a su oficio Nro. CG-236-11, mediante el cual solicita el criterio de esta Contraloría General, en relación con el proyecto de ley denominado "*Ley de concesión de la zona fronteriza con la República de Panamá*", tramitado con el expediente Nro. 17.956.

1. OBJETIVO DEL PROYECTO DE LEY

De acuerdo con la exposición de motivos, el presente proyecto de ley busca llevar seguridad y tranquilidad a las personas y familias, que desde hace muchos años se encuentran ocupando la zona fronteriza, sin que se les haya dado ninguna solución, lo que a su vez les impide ser sujetos de crédito en las distintas entidades bancarias.

Como una alternativa de solución para aquellos ocupantes, se propone establecer un sistema de concesiones, que permita a quienes cumplan con ciertos requisitos, suscribir con el Estado un contrato de concesión inscribible en el Registro Nacional, por un tiempo determinado, pudiendo ser prorrogado.

Esta iniciativa, considera el proponente, "*vendría a resolver la precaria situación en que se encuentran muchas familias costarricenses*".

2. COMENTARIOS GENERALES

Previo a desarrollar nuestras consideraciones con respecto a este proyecto, siendo competencia exclusiva de esa Asamblea Legislativa la aprobación o desestimatoria de un proyecto de ley, esta Contraloría General procede a emitir una opinión jurídica no vinculante.

Una vez aclarado lo anterior, consideramos importante señalar que tanto la frontera sur como la frontera norte, constituyen patrimonio nacional, pertenecen al Estado, son inalienables e imprescriptibles y ambas fronteras presentan problemas similares a los que motivan la **presentación** de esta iniciativa. De ahí que, en nuestro criterio, tratar de legislar sólo para una ellas, podría ir en contra de la seguridad jurídica e igualdad de trato hacia ciudadanos que se encuentran en la misma situación, lo cual podría ir en contra del artículo 33 de la Constitución Política, por lo que recomendamos a los señores legisladores, valorar la opción de incorporar dentro de este proyecto, a la zona fronteriza norte

Por otro lado, es necesario advertir, que al tratarse de un bien de dominio público, en principio debe estar inscrito a nombre del Estado, por lo que si dentro de la zona fronteriza existieren terrenos que no reúnen esa condición, surge la duda respecto a la competencia que podrían tener las municipalidades de suscribir, en esos casos, un contrato de concesión, máxime que los bienes demaniales están sujetos a la utilidad pública y por ende, su uso en un ámbito privado deviene en una excepción a la regla, debiendo ajustarse a las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico para tales efectos.

Además, de acuerdo con la exposición de motivos, la iniciativa propuesta es con el único fin de tratar de darles seguridad jurídica a quienes ocupan la zona fronteriza, sin embargo, de la lectura del articulado no se desprende que así sea, por cuanto pareciera más bien, que se trata de dar concesiones a toda persona física o jurídica que tenga interés y que sea el primero en presentar la solicitud ante la Municipalidad respectiva (ver artículo 12), no existiendo en consecuencia, relación entre la exposición de motivos y el articulado del proyecto.

Si la intención es otorgar concesiones sólo a los ocupantes actuales, así debe quedar consignado, o si, por el contrario, la intención es dar concesiones abiertas, tal y como pareciera desprenderse, es indispensable que así se indique, incorporando además los requisitos y condiciones que deben reunir los interesados en ser concesionarios, aspectos que también son omisos en el proyecto, por lo que sugerimos a los señores diputados valorar esta situación, con el fin de evitar problemas interpretativos en el momento de su ejecución, en caso de que llegare a aprobarse la presente iniciativa.

3. ANALISIS DEL ARTICULADO

Para su consideración y valoración, de seguido procedemos a emitir nuestro criterio sobre los artículos contenidos en el proyecto de ley.

ARTICULO 2:

En este artículo se le da la administración, supervisión y vigilancia de la zona fronteriza a las municipalidades respectivas, para lo cual recibirá la cooperación del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA); sin embargo, al no regularse el tipo de cooperación de que se trata, su ejecución podría conllevar problemas de competencia y eventuales responsabilidades, por lo que se recomienda delimitar la función del IDA y su ámbito de acción.

Además, siendo que las municipalidades atraviesan una difícil situación económica, llama la atención que las nuevas competencias que se les pretenden asignar, no vayan aparejadas de la asignación de los recursos presupuestarios necesarios, para que puedan asumir esas nuevas funciones. En este sentido, si bien es cierto el artículo 29 asigna recursos, éstos son específicos para la elaboración de los planes reguladores.

Así las cosas, elaborar la logística para que las municipalidades asuman sus funciones, tiene una serie de costos iniciales y permanentes, los cuales debe cubrir con sus propios recursos, desde antes de que perciba pago alguno por concepto de canon sobre esos terrenos, razón por la cual consideramos importante que se valore e incorpore su fuente de ingreso para tales efectos.

ARTICULO 3:

En relación con el nombramiento de los inspectores, remitimos al comentario del artículo anterior, respecto a la necesidad de que el proyecto prevea la fuente de ingresos adicionales, que deben tener las municipalidades para el cabal cumplimiento de sus funciones.

Por otro lado, no queda claro hasta donde llegan las facultades y acciones de los inspectores al darles “plena autoridad”, lo cual podría generar algún tipo de actuaciones no permitidas. Tampoco queda claro si las funciones de dichos inspectores son exclusivas para la zona fronteriza o si deben realizar otras labores.

ARTICULO 4:

Este artículo hace alusión a que únicamente las municipalidades podrán otorgar concesiones en la zona fronteriza; sin embargo, es recomendable que se aclare, tal y como se indica en el artículo 2 del Proyecto, que dicha actuación será en representación del Estado, en apego a lo estipulado en el inciso f) del artículo 7 de la Ley de Tierras y Colonización que dispone, en forma categórica, que las franjas fronterizas son propiedad del Estado.

Además, es importante que se especifique que la concesión se va a otorgar por medio de un “contrato”, ya que en ninguno de los artículos propuestos se indica, a pesar de que tanto en la exposición de motivos, como en los artículos 11, 22 y 24 refieren a un “contrato de concesión”.

Igualmente consideramos indispensable que se detallen los diferentes pasos procedimentales y requisitos que tendrían que cumplirse de previo a otorgar la concesión. Debiendo especificarse en este sentido, tanto los requisitos y condiciones que deben cumplir los interesados para presentar la solicitud, como los de la Municipalidad para concederla.

A su vez se hecha de menos quien en el responsable, a lo interno de la Municipalidad, de aprobar la concesión, no teniéndose claro en consecuencia cual es la participación de Concejo Municipal y el Alcalde Municipal en el proceso de la concesión.

En cuanto al último párrafo, sugerimos revisar la redacción, ya que se indica que la concesión será *“por el plazo y condiciones que esta ley establece”*, lo cual lleva a confusión, por cuanto el proyecto lo que refiere es a plazos máximos, siendo en consecuencia que tanto el plazo como las condiciones de cada concesión serán especificadas en el contrato que se suscriba al efecto.

En este mismo párrafo se hace alusión a que el área de concesión no podrá exceder de cincuenta hectáreas de terreno, sin embargo, no se hace referencia, ni en la exposición de motivos, ni en ninguno de los artículos, cuáles son los parámetros o criterios técnicos para determinar la extensión del área que se daría en concesión, ni cual sería la incidencia en el establecimiento de esta extensión de terreno con respecto al Plan Regulador que eventualmente se implemente.

En virtud de lo anterior, recomendamos a los señores diputados valorar los aspectos señalados.

ARTICULO 5:

En el acápite de los comentarios generales manifestamos que, en nuestro criterio, no existe concordancia entre la exposición de motivos y el articulado del proyecto, por cuanto en la exposición se indica que la iniciativa es con el fin de solventar la situación de quienes ocupan la zona fronteriza, mientras que el articulado se encuentra enfocado, en principio, a otros supuestos, prueba de ello es este artículo, que detalla a quienes no se les otorgará concesiones, lo cual puede llevar a interpretar que se trata de una regulación de tipo general para todos aquellos interesados residan o no en la zona fronteriza.

Lo anterior por cuanto pareciera que el artículo establece una serie de limitaciones a personas físicas y jurídicas que no residen en la zona, salvo que lo que se pretenda es no otorgar concesiones a quienes, aún ocupando dicha zona, se les denegará el derecho, si se encuentran dentro de esos supuestos.

Valga señalar además, que dicha confusión también se presenta en el último párrafo de este artículo, que permite, a contrario sensu, a las sociedades que tuvieran concesiones, ceder o traspasar cuotas o acciones a costarricenses, sin ningún tipo de limitación, entendiéndose entonces, que tales actos pueden ser para cualquier costarricense, independientemente de que habite o no habite en la zona fronteriza.

Con base en lo expuesto, recomendamos aclarar este punto.

ARTICULO 7:

Para evitar problemas interpretativos, sugerimos que se valore la necesidad de especificar dentro del texto, que únicamente se dará una concesión por núcleo familiar, si fuera ésta la intención del proyecto.

ARTICULO 8:

No quedan claras las funciones y competencias que se le asignan a la Procuraduría General de la República en el presente proyecto, A modo de referencia, el artículo 4 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, Nro. 6043, tiene una norma en igual sentido, sin embargo en la práctica no se puede determinar cuales son los alcances de la gestión de esa institución, por lo que su participación resulta ser una mera mención. En este sentido no se delimita que significa el control jurídico para el debido cumplimiento de la Ley, no quedando claro en consecuencia si lo que se pretende es que la Procuraduría se constituya como ente fiscalizador en la materia, o si la intención es que mantenga una gestión permanente para la buena gestión del control jurídico.

En virtud de lo anterior, recomendamos valorar las competencias que aquí se les asignan a la Procuraduría General de la República, en relación con las que les han sido asignadas en su Ley Orgánica, las cuales pareciera que no son compatibles.

ARTICULO 9:

Este artículo obliga a varias instituciones a dictar y hacer cumplir las medidas que estimaren necesarias para mejorar, preservar y evitar que se perjudiquen las condiciones actuales de la zona fronteriza y sus recursos naturales, sin especificar si la normativa debe ser dictada en conjunto o en forma independiente. Si fuere el primer caso, no se delimita el ámbito de acción y grado de responsabilidad de cada una de ellas, lo que podría generar problemas de competencia y de eventuales responsabilidades, por lo que recomendamos clarificar tales aspectos, no sin antes manifestar que, en criterio de esta Contraloría General, al ser las municipalidades las encargadas de administrar la zona fronteriza, serian las competentes para dictar la respectiva normativa, a excepción de las zonas protegidas, que se rigen por su propia normativa.

En concordancia con lo anterior, en el artículo 2 manifestamos que no queda claro que tipo de colaboración brindaría el IDA; sin embargo, en este artículo se le obliga a dictar normativa, siendo ésta una función que va más allá de una simple colaboración. Además, se le asigna una competencia en materia de Recursos Naturales, cuya función pareciera enmarcarse dentro de las competencias del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET) o del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC), por lo que recomendamos aclarar tales aspectos.

ARTICULO 10:

Se hecha de menos en el proyecto, a cual institución le corresponde la fijación del monto del canon y cuales son los parámetros generales que se utilizarían para ello. En ese sentido, el texto otorga potestad a las municipalidades respectivas de cobrar un canon diferenciado a las familias en condición de extrema pobreza debidamente comprobada, sin que se especifique cuáles serían los aspectos a considerar para calificar las familias en la condición citada, ni los parámetros de cobro, por lo que sugerimos analizar estos aspectos.

ARTICULO 11:

Se Incorpora la figura del contrato de concesión sin que se haya definido tal figura anteriormente. Además, no queda claro cuáles serían los términos del contrato a suscribir.

Además, al hablar de gravámenes, entrándose de bienes demaniales, debe quedar claro en que supuestos podría ser gravado por el concesionario, y cual va a ser la participación de la Administración a la hora de constituir dicho gravamen, por lo que se recomienda analizar tales aspectos.

ARTICULO 12:

La redacción de este artículo genera una confusión en cuanto al orden de prioridades para otorgar la concesión, debido a que se indica en primera instancia que éstas se otorgaran atendiendo el principio de *“primero en tiempo primero en derecho”* y seguidamente se indica que: *“Sin embargo, el Reglamento a esta Ley podrá establecer un orden de prioridades atendiendo a la naturaleza de la explotación y a su mayor conveniencia pública”*, e inmediatamente se señala que: *“Sin embargo, tendrán un derecho de preferencia el ocupante del terreno que lo haya usado de manera quieta, pública, pacífica y durante al menos diez años”*.

A su vez al incorporarse la posibilidad de otorgar las concesiones *“atendiendo a la naturaleza de la explotación, y a su mayor conveniencia pública”*, no resulta claro el orden de prioridad de este supuesto con los otros, como por ejemplo en el *“primero en tiempo primero en derecho”*.

Además, conforme lo hemos venido señalando, al tratarse de un proyecto de ley que pretende dar seguridad a los habitantes actuales de la zona fronteriza, no se especifica que esa sea la intención. Caso contrario, tampoco se indica que ellos tendrían prioridad sobre quienes no reúnan esa condición.

A su vez, al ser considerada una preferencia el hecho de que los ocupantes tengan al menos diez años de habitar en la zona, no se indica la forma en que deberá demostrarse tal condición.

En virtud de lo anterior, recomendamos a los señores diputados valorar los aspectos señalados.

ARTICULO 13:

No se indica en este artículo cuales son los efectos o consecuencias de ceder o traspasar los derechos de la concesión, por ejemplo, los requisitos que debe tener el nuevo concesionario, la necesidad de suscribir un nuevo contrato, como quedan las condiciones contractuales suscritas entre las partes, si se continúa con el plazo inicial o empieza a correr uno nuevo, el canon a pagar, etc. por lo que recomendamos realizar el respectivo análisis sobre el particular.

ARTICULO 14:

Se señala en este artículo que sólo podrá otorgarse una concesión por persona, sea física o jurídica, sin embargo, tal y como lo señalamos en el comentario del artículo 7, si la intención es otorgar una concesión por núcleo familiar, recomendamos aclarar ese aspecto.

ARTICULO 15:

Señalan la figura del poblador, sin definir en la ley cuales personas ostentarían dicha condición, cuales serian las características de dicha figura, lo cual podría prestarse a definiciones confusas, que en la práctica podrían representar problemas.

ARTICULO 16:

Este artículo establece varias clasificaciones de las concesiones de acuerdo con la modalidad de la explotación, lo que, en nuestro criterio, trascienden el objeto del proyecto que es darle seguridad y tranquilidad a los ocupantes de esos terrenos.

Además, no se indican cuáles son las razones que motivan hacer esta clasificación, ni el estudio técnico que la respalda, desconociendo en consecuencia los criterios prevalecientes, tanto para la distribución de los usos, como para el tamaño del terreno propuesto para cada una de las modalidades.

Nótese incluso, que en el caso de la concesión de uso múltiple, en la que se pueden explotar todas las modalidades, simplemente refiere a que la distribución de cada una de ella se hará *“de acuerdo con la inspección de campo”*, sin indicarse quien es el responsable, ni los criterios técnicos de distribución.

Por otro lado, preocupa que al concesionar terrenos con extensiones tan amplias, pueden afectar a futuro el Plan Regulador de cada cantón, el cual debe irse ajustando a las necesidades de la Nación.

Debido a lo anterior, recomendamos a los distinguidos señores diputados, valorar detenidamente este artículo y aclarar tales aspectos.

ARTICULO 17:

Llama la atención que siendo la finalidad del proyecto dar seguridad jurídica a los actuales habitantes en la zona fronteriza, por un lado se indique que las concesiones deberán ser explotadas directamente por el concesionario y de seguido se establezca como excepción el caso del subarriendo, lo cual no guarda congruencia que la finalidad del proyecto, de ahí que, pareciera que dicha figura no es compatible con el fin propuesto.

Además, no se indica bajo qué supuestos y condiciones se podría eventualmente subarrendar, ni los requisitos de debe tener la persona que acepte el subarriendo, ni los parámetros que servirán de base para variar el canon establecido, por lo que se recomienda analizar tales aspectos.

ARTICULO 18:

Dadas las certificaciones que se solicitan de las diferentes instituciones públicas, como requisito para presentar la solicitud de concesión, se recomienda verificar la competencia de cada una de ellas para poder emitir ese tipo de certificaciones, por cuanto pareciera que algunas de ellas no son las competentes para tales efectos, pudiendo en consecuencia no tener efectos jurídicos, según así lo dispone el inciso 2 del artículo 65 de la Ley General de la Administración Pública.

Por otro lado, el inciso b) indica que toda solicitud de concesión deberá contener una certificación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, indicando que la finca a "titular" no corresponde a territorios indígenas, lo cual debe ser corregido, toda vez que no se puede hacer referencia a una titulación de tierras, tratándose de terrenos de dominio público, por cuanto los mismos no pueden ser objeto de posesión, razón por la cual recomendamos sustituir dicho término para evitar problemas interpretativos.

ARTICULO 19:

El artículo refiere a un retiro de 200 a 300 metros de las nacientes para el otorgamiento de una concesión, sin que se especifique cuál es el criterio Técnico-Jurídico para establecer ese retiro.

Además, se establecen usos industriales, agrícolas, habitacionales, sin que se indique cual es la valoración ambiental en relación con el tratamiento de los desechos de todas estas actividades humanas a 300 metros de una naciente, por lo que recomendamos su valoración.

ARTICULO 20:

Este artículo prevé la posibilidad de que el derecho de concesión pueda ser heredado en caso de muerte o ausencia declarada del concesionario; sin embargo, parece recomendable analizar este aspecto, por tratarse de terrenos propiedad del Estado, en donde no existe derecho de posesión por parte de los ocupantes. Si se deja abierta esta eventualidad, sugerimos analizar la posibilidad de que los presuntos herederos cumplan determinados requisitos (como por ejemplo que reúnan las mismas condiciones que los concesionarios originales) debiendo a su vez las municipalidades ser garantes del cumplimiento de las condiciones que se les asignen.

ARTICULO 21:

Se prevé la posibilidad de que las concesiones se prorroguen indefinidamente al término de su vencimiento, siempre que lo solicite en tiempo el interesado y lo acuerde la municipalidad respectiva.

No obstante, se indica que la solicitud deberá presentarse dentro de los tres meses siguientes al aviso que dé la municipalidad al interesado sobre su vencimiento del plazo de la concesión, con lo que se pone una carga a la Administración, que en nuestro

criterio, no debería ser, por cuanto el interesado es quien debería estar pendiente de su vencimiento.

Por otro lado, se indica que para presentar la solicitud, el interesado debe estar al día en el pago del canon y a derecho en el cumplimiento de las obligaciones, señalándose que en caso de que no lo estuviera, se tendrá por presentada la solicitud en la fecha en que haga el pago o cumpla sus obligaciones, lo que genera una confusión, por cuanto el inciso a) del artículo 23 del proyecto establece como una causa de extinción de las concesiones el vencimiento del plazo fijado sin haber solicitud de prórroga en forma legal y el inciso a) del artículo 24 señala que la Municipalidad podrá cancelar la concesión por falta de pago de los cánones respectivos, por lo que recomendamos valorar estos aspectos con el propósito de aclarar la situación.

ARTICULO 22:

Se menciona nuevamente la figura de un “contrato”, sin que se especifiquen los términos de su suscripción.

ARTICULO 24:

Este artículo establece varias causales por las que las Municipalidades “podrán” cancelar las concesiones; sin embargo, pareciera que los supuestos señalados, como es el caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales, o de violaciones a las disposiciones legales y reglamentarias, implicarían más que una potestad, un deber por parte de la Municipalidad de cancelar la concesión, por lo que recomendamos valorar este aspecto.

ARTICULO 26:

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, la palabra “fundo” significa “heredad o finca rústica”, por lo que pareciera no ser el mejor vocablo a utilizar en cuanto a terrenos pertenecientes al Estado, por lo que recomendamos su valoración.

ARTÍCULO 30:

Este artículo autoriza a los bancos del Sistema Bancario Nacional e instituciones del Estado a conceder préstamos a los concesionarios de la zona fronteriza, con garantía hipotecaria o fiduciaria de la respectiva concesión y sus edificaciones, mejoras e instalaciones.

Al respecto, nos permitimos remitir a los comentarios realizados por esta Contraloría General sobre este particular en el oficio Nro 09988 (DJ-1314) del 28 de setiembre del 2009, en donde se emitió criterio sobre el texto sustitutivo al proyecto de ley para la “Reforma del artículo 67 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre No. 6043”, expediente legislativo No.16542, que en lo conducente, indica:

“Concesión demanial: tráfico jurídico e hipotecabilidad.

Como observamos, el derecho que dimana de una concesión de dominio público, sí es transmisible e hipotecable, con ciertas limitaciones, sujeción al régimen especial de Derecho Administrativo y al principio de publicidad registral.

Al respecto, hay que diferenciar entre la concesión administrativa, sus construcciones y los terrenos de dominio público, que mantienen incólume su afectación.

El derecho de concesión ingresa al patrimonio del concesionario y es objeto de tráfico jurídico, a través de actos traslativos o constitutivos de derechos reales, previa autorización administrativa. Forma parte del concepto constitucional de propiedad, que –al decir de la Sala Constitucional– comprende los derechos patrimoniales de una persona con valor económico (resoluciones números 2001-01246 y 07792-98); y cuenta con acciones protectoras contra quienes intenten perturbar indebidamente el goce del bien.

El derecho real administrativo que deriva de una concesión de uso de bienes públicos se incorpora al patrimonio del concesionario y puede ser dado en garantía de un préstamo obtenido por su titular (Sala Constitucional, Voto N° 5210 de las dieciséis horas del dos de setiembre de mil novecientos noventa y siete, considerando V, y del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección II, la sentencia de las 9 hrs. 30 mts. del 23 de marzo del 2001).

La posibilidad de hipotecar y enajenar los derechos de concesión en las zonas restringidas de la ZMT, no el dominio público, emana de su carácter patrimonial o valor de cambio que tiene en el mercado (Opinión Jurídica O. J.-074-2003 de la PGR).

El artículo 45 de la Ley No. 6043 permite traspasar o gravar, total o parcialmente, las concesiones o los derechos derivados de ellas, con la autorización previa y expresa de la municipalidad del lugar y del ICT o IDA, según corresponda. Indica la norma que "Carecerán de toda validez los actos o contratos que infringieren esta disposición".

Norma que reitera y desarrolla el Reglamento a dicha Ley:

"Artículo 59: "Para que una concesión o los derechos derivados de ella puedan cederse, comprometerse, traspasarse, gravarse total o parcialmente, deberá contarse con la autorización escrita de la municipalidad respectiva y del ICT o ITCO, según corresponda.

En caso de traspaso, seguirán vigentes todas las estipulaciones del contrato, incluyendo el canon o la proporción que correspondiere de éste si la cesión fuere parcial".

Al estar esos derechos dentro del tráfico jurídico, con las citadas restricciones, se pueden disponer o ceder y gravar. Son nulos los actos de disposición sin autorizaciones administrativas. (Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, sentencia de las 9 hrs. 30 mts. del 23 de marzo del 2001).

"Si una institución bancaria otorga un crédito, con garantía real sobre una concesión, y el deudor incumple, podría sacarse a remate la concesión, con la base acordada en el respectivo contrato y, a falta de estipulación, con la valoración pericial real del derecho" (Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, sentencia de las 9 hrs. 30 mts. del 23 de marzo del 2001).

En el acto de transferencia incumbe a la Administración controlar la posible afectación al interés público implicado en la concesión; el debido cumplimiento del contrato por el cedente y en el tercer adquirente, su ajuste al clausulado y normas legales, así como las condiciones o calidades personales exigidas para ser concesionario y su solvencia moral y económica (Decreto N° 25439-MP-TUR, arts. 4° y 6°, reformado por el Decreto 2979 4-MP-TUR, art. 6°), toda vez que se otorga intuitu personae. Control que se realiza mediante la autorización previa a transmitir los derechos concesionales, so pena de invalidez, ineficacia e incluso declaratoria de caducidad de ésta por incumplimiento culpable.

Con respecto al principio intuitu personae, en los contratos administrativos e ilicitud que entrañan las cesiones no autorizadas, a criterio de la Sala Constitucional: "la necesidad de previa autorización en la transmisión inter vivos o mortis causa no es un requisito meramente formal, sino un requisito ad solemnitatem, ya que hacen ineficaz y sin efecto alguno para la propia Administración la transmisión que no cuenta con la anuencia de la Administración. De este modo, constituye una obligación fundamental del concesionario ejercer por sí mismo la concesión, de ahí que el cambio de titularidad sin autorización administrativa previa y expresa constituye un grave incumplimiento de la concesión, que faculta para declarar la caducidad del contrato" (sentencias 5403-95 y números 2001-01055).

Los traspasos –totales o parciales-, la hipoteca y fideicomisos con respecto a concesiones en ZMT, corresponde autorizarlos a las autoridades competentes, conjuntamente con el ICT. Y en ese supuesto, los adquirentes deben reunir todos los requisitos para convertirse concesionarios que indica la normativa vigente.

-Terrenos demaniales de la ZMT no pueden ser objeto de hipoteca o garantía real.

Como los terrenos de la ZMT forman parte del dominio público, una consecuencia de su inalienabilidad es que son inembargables y no pueden ser gravados con hipoteca u otra garantía real, en vista de que envuelven la probabilidad de culminar en un traspaso judicial a favor de particulares.

El Código Civil, en sus artículos 409, 410, incs. 1º y 7º, y 430, pfo. 2º, excluye la hipoteca de los bienes que no pueden ser enajenados y el derecho de poseer una cosa bajo cualquier concepto que no sea el de dueño, que es quien puede constituirlos (O. J.-121-2003 del 23 de julio del 2003).

No es dable a los Tribunales proceder a la ejecución contra bienes demaniales afectados por ley a un uso público. El acto sería absolutamente nulo.

En el comentado proyecto de Papagayo de Bahía Culebra que administra el ICT en lugar de la respectiva Municipalidad, todos los traspasos –totales o parciales-, la hipoteca y fideicomiso de concesiones, corresponde autorizarlos a la Junta Directiva del ICT, previo informe del Consejo Director. Los adquirentes deben reunir todos los requisitos para ser concesionarios, salvo en cesiones de uso habitacional y adjudicatarios de remates de concesiones otorgadas en garantía. (Artículos 13 inc. e de la Ley 6758; y 12 del Decreto Ejecutivo N° 25439-MP-TUR, modificado por el Decreto 29794-MP-TUR, artículo 6º).

De ahí que es perfectamente aplicable la analogía con este proyecto, ya que ambas son ZMT y en ambas aplican los límites y características de las concesiones que explicamos líneas arriba.

La posibilidad de hipotecar y enajenar los derechos de concesión, no el dominio público, emana de su carácter patrimonial o valor de cambio que tiene en el mercado.

Precisamente por eso, es que el Decreto 22163-MP-H-TUR, derogado por el 29794-MP-TUR, artículo 7º, limitaba a la concesión, la garantía de los préstamos bancarios o instituciones estatales.

*Al indicar este texto sustitutivo que: “Los bancos del sistema bancario nacional e instituciones del estado quedan autorizados para concertar préstamos a los concesionarios de la zona restringida en la zona marítima terrestre, con garantía **hipotecaria** o fiduciaria de la respectiva concesión y sus edificaciones, mejoras e instalaciones: Toda **hipoteca** o fideicomiso de garantía de este tipo deberá cumplir con lo indicado en el artículo 45 y 47 de esta ley. [...]”, se genera una gran y riesgosa incertidumbre en cuanto a si se busca habilitar o no la inclusión de “las tierras” (además del mero derecho de concesión), como garantía real, expuestas a los procesos ejecutivos y de ejecución judiciales y remate por falta de pago de la deuda respaldada, lo que es por completo improcedente y violatorio del principio de inalienabilidad.*

El dominio público está sustraído del tráfico o comercio privado, por lo que no puede ser objeto de actos o negocios que impliquen transferencia de la titularidad del suelo, a manos de particulares. Lo contrario atenta contra su naturaleza jurídica y régimen especial, exorbitante.

Las medidas del embargo e hipoteca acarrear la sujeción del bien al cumplimiento de una deuda, a las resultas de la consiguiente ejecución y una potencial enajenación forzosa. Actos que no se concilian con el carácter indisponible de las cosas públicas y crearía situaciones incompatibles entre su afectación o destino y el derecho del acreedor.

No se ajustaría tampoco a las características esenciales de los derechos de garantía; a saber: que los bienes ofrecidos en garantía real pertenezcan en propiedad a la persona que la constituye; sean enajenables y aquella tenga libre disposición de los mismos (OJ-074-2003 de la PGR)”.

En virtud de lo anterior, recomendamos a los señores diputados analizar los aspectos señalados con el propósito de valorar los términos de este artículo.

TRANSITORIO UNICO

El transitorio alude a que las personas que al momento de la entrada en vigencia de la ley, hayan suscrito un contrato de arrendamiento con el IDA, tendrán derecho a continuar con su uso y disfrute de los terrenos hasta que finalice el plazo del contrato y tendrán prioridad para solicitar y obtener la concesión, siempre y cuando cumplan con los requisitos y condiciones establecidos en la presente ley; sin embargo, tal y como se manifestó en el comentario en el artículo 12, no existe claridad en cuanto al orden de preferencia para otorgar la concesión y además se hecha de menos en el proyecto los requisitos y condiciones que deben cumplir los interesados en presentar una solicitud de concesión ante la Municipalidad respectiva, por lo cual recomendamos su análisis.

Adicionalmente, es importante señalar que el proyecto es omiso en indicar quien sigue recibiendo los alquileres que se han otorgado y se mantienen vigentes.

Atentamente,

Lic. Manuel Corrales Umaña, MBA
Gerente de Área



MCU/MMC/OLAS/ACCH/DMR/krq

ci Expediente (G-2011000539, P-4)
Ni 10142, 10723, 11433