

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

**“Garantías Reales en Tema de Financiamiento de Concesiones
sobre la Zona Marítimo Terrestre: Referencia al Proyecto Turístico
Golfo de Papagayo”**

**TESIS DE GRADO PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN
DERECHO**

GIDGETT RAMÍREZ HERNANDEZ

SAN JOSÉ, COSTA RICA

2007

**Facultad de Derecho
Área de Investigación**

**Doctor
Rafael González Ballar
Decano
Facultad de Derecho**

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de la estudiante:

GIDGETT RAMIREZ HERNANDEZ

Titulado: "GARANTIAS REALES EN EL TEMA DE FINANCIAMIENTO DE CONCESIONES SOBRE LA ZONA MARITIMO TERRESTRE : REFERENCIA AL PROYECTO TURISTICO GOLFO DE PAPAGAYO"

Fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente:	DR. FEDERICO SOSTO LOPEZ
Secretario:	LIC. GUSTAVO MONTERO UREÑA
Informante:	LICDA. ANA CRISTINA VIQUEZ CERDAS
Miembro:	LIC. FRANK ALVAREZ HERNANDEZ
Miembro:	DR. ALVARO MEZA LAZARUS

La fecha y hora para la **PRESENTACION PUBLICA** de este trabajo se fijó para el día **03 de julio del 2007**, a las **18:00 p.m.** en la **Sala de Replicas.**


Dr. Daniel Gadea Nieto
Director



San José, 11 de junio 2007

Señor
Dr. Daniel Gadea Nieto
Director Área De Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
San Pedro

Estimado Dr. Gadea:

En mi calidad de Directora, me ha correspondido analizar el trabajo de investigación denominado "**Garantías Reales en Tema de Financiamiento de Concesiones sobre la Zona Marítimo Terrestre: Referencia al Proyecto Turístico Golfo de Papagayo**", realizado por la egresada Gidgett Ramírez Hernández, carné número A03414.

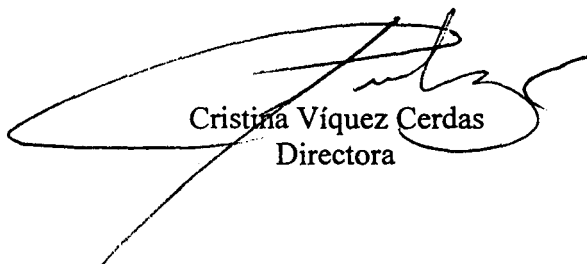
El tema fue reservado con el título "Garantías Reales en Tema de Financiamiento de Concesiones sobre Dominio Público", variándose por el que ahora se propone y que la suscrita aprueba por comprender un conjunto determinado dentro de los denominados bienes públicos (zona marítimo terrestre) y ofrecer una visión más específica del objeto de estudio, al referirse al caso concreto del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo.

La investigación tiene por objeto un análisis detallado de los derechos reales administrativos, bienes dominiales, garantías reales, el fideicomiso y la hipoteca como figuras de garantía. Este es un tema de actualidad, en razón de la importancia de determinar la viabilidad de un régimen jurídico de garantía a los créditos otorgados para las inversiones en la zona marítimo terrestre.

La sustentante estudia las particularidades del otorgamiento de garantías reales sustentadas en el derecho de concesión, edificaciones y mejoras y su desarrollo en la Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo y su Reglamento, valorando sus ventajas y desventajas desde una perspectiva crítica.

Por reunir los requisitos de forma y fondo exigidos por esta Facultad, me es grato informarle que doy mi aprobación al indicado trabajo de investigación.

De usted, cordialmente,


Cristina Víquez Cerdas
Directora

San José, 6 de junio del 2007

Señor

Dr. Daniel Gadea Nieto

Director Área de Investigación

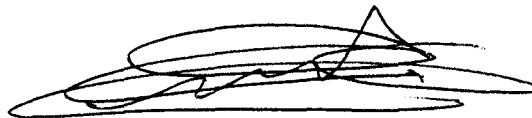
Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por medio de la presente le informo, en mi condición de lector del trabajo final de graduación de Gidgett Ramírez Hernández (carné A03414), titulado “Garantías Reales en Tema de Financiamiento de Concesiones sobre la Zona Marítimo Terrestre: Referencia al Proyecto Turístico Golfo de Papagayo”, que por reunir los requisitos reglamentarios, le he impartido mi aprobación a efectos de presentar la replica correspondiente.

De usted, atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a prominent peak at the end, likely representing the name Gustavo Montero Ureña.

Lic. Gustavo Montero Ureña



Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Prof. Frank Alvarez Hernández
www.derecho.ucr.ac.cr



Ciudad Universitaria Rodrigo Facio
06 de junio de 2007

Dr. D. Daniel Gadea Nieto
Director del Area de Investigación
Facultad de Derecho
S. O.

Estimado Doctor:

Por la presente hago de su conocimiento que he leído y analizado el trabajo final de graduación titulado **“Garantías reales en el tema de financiamiento de concesiones sobre la zona marítimo terrestre: referencia al Proyecto Turístico Golfo de Papagayo”**, de la postulante señorita **Dñ. Gidget Ramírez Hernández**, carné número A03414.

La tesis de la señorita Ramírez cumple con los requisitos formales y de fondo exigidos en los reglamentos y directrices correspondientes en el seno de nuestra Universidad. En ese sentido, noto el aporte que la egresada expone respecto de la viabilidad de un régimen jurídico de garantía a los créditos otorgados para las inversiones en la zona marítimo terrestre. El análisis de opciones de garantía que desarrolla la postulante, desde los niveles normativo y fáctico, es el mayor mérito de su labor, pues concluye con propuestas concretas para resolver la situación de los inversionistas y de los acreedores, dando con ello un elemento relevante para la respuesta positivista que se exige en la actualidad.

Por las consideraciones señaladas solicito se tengan por cumplidos los requerimientos para la defensa oral y pública correspondiente, para lo cual renuncio al plazo de antelación al señalamiento respectivo. Con respeto,

Prof. D Frank Álvarez Hernández
Lector de Tesis

cc. Arch.

RESUMEN

RAMÍREZ HERNÁNDEZ, Gidgett. “Garantías Reales en Tema de Financiamiento de Concesiones Sobre la Zona Marítimo Terrestre: Referencia al Proyecto Turístico Golfo de Papagayo”. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2007.

DIRECTORA: Lic. Ana Cristina Víquez Cerdas.

Lista de palabras claves: dominio público, derechos reales administrativos, concesiones demaniales, zona marítimo terrestre, garantías reales, hipoteca, fideicomiso.

Resumen del trabajo:

Objetivo General:

Analizar las razones por las cuales los derechos reales administrativos que tienen los concesionarios de la zona marítimo terrestre, específicamente del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, pueden ser dados en garantía para obtener financiamiento ante los Bancos del Sistema Nacional.

Metodología:

El estudio final de graduación se tratará de una manera analítica-descriptiva siendo esta la forma para examinar, comprender, y determinar una conclusión de la posibilidad de otorgar garantías reales sobre la zona marítimo terrestre, siguiendo las etapas de investigación, descripción, análisis bibliográfico y descomposición del fenómeno en estudio.

El método analítico es producto de una serie de investigaciones compuestas de estudios sobre el tema y datos fundamentados, basado en las ideas de inicio (premisas) que serán las que prueben el resultado final y la conclusión a la que se llegue con dicho análisis.

Mientras que el método descriptivo tiene características propias que son objetividad, exactitud, imparcialidad y orden.

Estructura:

Este trabajo está compuesto por dos Títulos nombrados:

- Bienes de Dominio Público y la Utilización por parte del Particular
- Garantías Reales sobre la Zona Marítimo Terrestre

Que a su vez se componen de cuatro Capítulos denominados:

- Bienes de Dominio Público
- Nociones Generales del Derecho Real Administrativo
- La Concesión sobre la Zona Marítimo Terrestre como Bien de Dominio Público y sus formas de aprovechamiento
- Caso Especial: Proyecto Turístico Golfo de Papagayo

Integrados por siete Secciones designadas de la siguiente manera:

- Dominio Público
- Formas de Uso sobre los Bienes de Dominio Público
- Derechos Subjetivos y Derechos Reales
- El Derecho Real Administrativo
- La Figura de la Concesión sobre Bienes Demaniales
- Garantías Reales
- Generalidades del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo

Conclusión:

El principal interesado en que se realice un buen manejo de la zona marítimo terrestre y se desarrolle a su vez, el atractivo turístico de estas zonas es el Estado, por lo que debe fomentar los mecanismos que faciliten el acceso de los concesionarios a créditos que le permitan obtener divisas para costear instalaciones, mejoras y el mantenimiento de las mismas y maximizar además, el conocimiento que las instituciones bancarias poseen de la normativa específica que regula el Polo Turístico de Papagayo, en especial, con respecto al tema del otorgamiento de garantías reales.

Agradecimientos

A Dios, por regalarme la vida y en ella tantas alegrías y bendiciones.

A Ana Cristina Víquez, Frank Álvarez y Gustavo Montero por todo su apoyo en la realización de este trabajo, sus buenos consejos y su ayuda desinteresada.

A Victoria por ser a lo largo de estos años más que una jefa, una amiga que me ha enseñado tanto.

A María por ser la mejor amiga con la que se puede contar en los momentos de alegría y dificultad.

A Alfonso Gairaud, Federico Sosto y Roberto Arce por toda su paciencia y guía.

A Fabián por acompañarme a alcanzar mis sueños.

Índice

ÍNDICE	1
INTRODUCCIÓN.....	4
Objetivo General, Objetivos Específicos y Metodología:.....	7
TITULO I BIENES DE DOMINIO PUBLICO Y LA UTILIZACIÓN POR PARTE DEL PARTICULAR	10
CAPITULO I BIENES DE DOMINIO PÚBLICO	11
<i>Sección I Dominio Público.....</i>	<i>11</i>
§ 1 Concepto de Dominio Público.....	12
A. Historia.....	12
B. Distinción con bienes de dominio privado.....	14
C. Concepto de Dominio Público	17
§ 2. Elementos del dominio público	20
A. Elemento Subjetivo	21
B. Elemento Objetivo.....	24
C. Elemento Teológico.....	26
D. Elemento Normativo	27
§ 3. Caracteres Jurídicos del Dominio Público	29
A. Principio de Inalienabilidad	31
B. Principio de Inembargabilidad.....	34
C. Principio de Imprescriptibilidad	35
<i>Sección II Formas de Uso sobre los Bienes de Dominio Público</i>	<i>38</i>
§ 1. Uso Común.....	39
§ 2. Uso Especial.....	43
A. Permiso de Uso	46
B. Concesión.....	50
CAPITULO II NOCIONES GENERALES DEL DERECHO REAL ADMINISTRATIVO	53
<i>Sección I Derechos Subjetivos y Derechos Reales.....</i>	<i>54</i>
§ 1. Derecho Subjetivo	54
A. Concepto	54
B. Elementos del Derecho Subjetivo.....	56
§ 2. Derechos Reales	57
A. Concepto y Características de los Derechos Reales.....	57
Teoría Clásica o Teoría Dualista	59
Teoría Personalista o Teoría Monista.....	60
Teoría Ecléctica.....	62
B. Clasificación de los Derechos Reales.....	64
C. Distinción entre los Derechos Reales y Personales	66

<i>Sección II.- El Derecho Real Administrativo</i>	68
§ 1. Aspectos Generales de los derechos reales administrativos	68
A. Concepto	68
B. Naturaleza Jurídica del Derecho Real Administrativo	71
C. Elementos del Derecho Real Administrativo	72
C.1 Sujetos	72
C. 2 Objeto	75
C. 3 Contenido	76
§ 2. Nacimiento y Comercio Jurídico de los Derechos Reales Administrativos	77
A. Nacimiento	77
A.1 La Concesión	78
A.2 La ley	80
A.3 La Prescripción	82
B. Comercio Jurídico	84

TITULO II GARANTÍAS REALES SOBRE LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE. 87

CAPITULO I LA CONCESIÓN SOBRE LA ZONA MARITIMO TERRESTRE COMO BIEN DE DOMINIO PÚBLICO Y SUS FORMAS DE APROVECHAMIENTO

<i>Sección I La Figura de la Concesión sobre Bienes Demaniales</i>	90
§ 1 Generalidades sobre Concesiones en Costa Rica	91
A. Concepto	91
B. Sujetos	97
B.1 Sujeto Concedente	97
B. 2 Concesionario	98
C. Objeto	100
D. Naturaleza Jurídica	101
D.1 Teoría del Acto Unilateral	102
D.2 Teoría Contractual	104
D.3 Teoría del Acto Mixto	105
D.4 Posición de nuestro Ordenamiento Jurídico	107
E. Comercio Jurídico	111
§ 2. Concesiones en la Zona Marítimo Terrestre	114
A. Aspectos Generales de la Zona Marítima Terrestre	114
A.1 Antecedentes Jurídicos	114
A.2 Concepto y Demanialidad de la Zona Marítimo Terrestre	119
A.3 Zonas que componen la Zona Marítimo Terrestre	122
A.3.1 Zona Pública	123
A.3.2 Zona Restringida	125
A.3.3 Zona Urbana	126
B. Formas de Uso de la Zona Marítimo Terrestre	131
B.1 Permisos de Uso u Ocupación	132

B. 2 Pobladores	138
B. 3 Concesiones	142
<i>Sección II Garantías Reales</i>	152
§ 1 Generalidades	152
A. Concepto y Tipos de Garantías	152
B. Autorización dada por la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y la Ley Reguladora del Polo Turístico Golfo de Papagayo para el otorgamiento de garantías reales sobre la zona marítimo terrestre.....	162
B.1 Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre	162
B.2 Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Polo Turístico Golfo de Papagayo	168
C. La Hipoteca como derecho real de garantía.....	174
D. El Fideicomiso y su consideración como garantía real.....	182
CAPITULO II CASO ESPECIAL: PROYECTO TURÍSTICO GOLFO DE PAPAGAYO	188
<i>Sección I Generalidades del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo</i>	189
§1 Papagayo como un caso de regulación especial.....	190
A. Antecedentes del Proyecto	190
§2 Procedimiento seguido dentro del Instituto Costarricense de Turismo para la aprobación de garantías reales sobre la zona marítimo terrestre.	199
§ 3 Aplicación de las Garantías Reales y referencia a ejemplos concretos	202
§ 4 El deber de indemnizatorio por parte del Instituto Costarricense de Turismo, situación de las edificaciones y mejoras en caso de remate y el caso de no prórroga de las concesiones sobre el Polo	214
CONCLUSIONES.....	232
BIBLIOGRAFÍA.....	238

Introducción

Actualmente, Costa Rica cuenta con diversos focos de inversión, siendo sin lugar a dudas, uno de los principales, el que se encuentra relacionado con las riquezas naturales existentes en las costas y playas nacionales, y el atractivo turístico y recreacional que estas representan tanto para los turistas nacionales como internacionales, permitiendo considerar a este bien demanial, como uno de los medios principales en la generación de divisas para nuestro país.

Una de las formas en que estos bienes de dominio público y el particular se relacionan, es mediante la concesión, la cual es la forma normal y típica para dar nacimiento a los llamados derechos reales administrativos.

Al respecto el Reglamento a la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, específicamente en el artículo 2 inciso j, define la concesión como el *“...Otorgamiento por parte de la autoridad competente para el disfrute o aprovechamiento de la zona marítimo terrestres de dominio publico”*.

Pues como ya dijimos, las zonas dadas en concesión cuentan con una serie de atractivos, los cuales requieren para el disfrute de los concesionarios, una serie de cuestiones adicionales, que le permitan a este materializar su derecho; llámese infraestructura de todo tipo, mejoras a las edificaciones existentes o mantenimiento de las mismas, todo lo cual demanda para su implementación una fuerte inversión de capital, de la que el concesionario muchas veces carece.

En razón de lo anterior, la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y la Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo contemplan la posibilidad, para los concesionarios, de dar en garantía su derecho, las construcciones, y mejoras que se den sobre el terreno concesionado, para así poder obtener el financiamiento necesario.

Por lo cual, nos interesa estudiar las razones jurídicas en que se funda la posibilidad dicha, en específico, en cuanto a los concesionarios del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, quienes pueden ofrecer su derecho real administrativo como una garantía con el fin de calificar como sujeto de crédito ante el Banco de su elección, permitiéndole así, obtener fuentes económicas para invertir en su proyecto, que a su vez, contribuirán con el desarrollo turístico de nuestro país.

Este estudio resulta importante porque hasta la fecha, algunos Bancos se niegan a otorgar créditos a los concesionarios del Proyecto Turístico de Papagayo, con garantía en su derecho de concesión, debido al supuesto riesgo existente para los sujetos que aportan el capital ante un eventual incumplimiento de la obligación crediticia, por la falta de regulación al respecto y por tratarse de una normativa especial.

Sumado a la incertidumbre, ante una eventual pérdida de la concesión, por culpa o negligencia del titular, no existiendo en la normativa una solución clara al respecto.

Es por lo expuesto que se justifica este análisis, para así investigar la viabilidad de otorgar el derecho de concesión como una garantía real efectiva, que permita a Instituciones Bancarias otorgar un crédito a cambio, y estudiar cuan segura es dicha operación de crédito. Analizando a su vez, cuales son las figuras que actualmente se están aplicando para la constitución de dicha garantía, por parte de los concesionarios del Golfo Turístico, el procedimiento seguido dentro del Instituto Costarricense de Turismo para la aprobación de las mismas, referencia a casos concretos y que sucede con las mejoras y edificaciones en caso de un eventual remate.

Objetivo General:

- Analizar las razones por las cuales los derechos reales administrativos que tienen los concesionarios de la zona marítimo terrestre, específicamente del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, pueden ser dados en garantía para obtener financiamiento mediante las figuras de la hipoteca y el fideicomiso con los Bancos del Sistema Nacional.

Objetivos Específicos:

- Analizar las diferencias entre los derechos reales y los derechos personales.
- Caracterizar el régimen especial de los llamados "derechos reales administrativos".
- Desarrollar el régimen jurídico que regula de concesiones en la zona marítimo terrestre.
- Analizar los derechos y deberes que tienen los concesionarios de bienes de dominio público.

- Estudiar el contrato de crédito con garantía real, como medio para obtener financiamiento para infraestructura.
- Realizar un análisis comparativo de la figura de la hipoteca y el fideicomiso como figuras de garantía.
- Examinar la Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, su Reglamento y el Reglamento para el otorgamiento de garantías reales que gravan las concesiones del Polo Turístico de Papagayo.

Metodología:

El estudio final de graduación se tratara de una manera analítica-descriptiva siendo esta la forma para examinar, comprender, hacer comprobaciones y determinar una conclusión de la posibilidad de otorgar garantías reales sobre la zona marítimo terrestre, siguiendo las etapas de investigación, descripción, análisis bibliográfico y descomposición del fenómeno en estudio.

El método analítico es producto de una serie de investigaciones compuestas de estudios sobre el tema y datos fundamentados, que relacionados con una guía

de apoyo darán un resultado, basado en las ideas de inicio (premisas) que serán las que prueben el resultado final y la conclusión a la que se llegue con dicho análisis.

Mientras que el método descriptivo tiene características propias que son objetividad, exactitud, imparcialidad y orden. Este tipo de investigación comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de naturaleza actual, composición de los fenómenos y su proceso

TITULO I BIENES DE DOMINIO PUBLICO Y LA UTILIZACIÓN POR PARTE DEL PARTICULAR

En este Título I haremos un análisis de los bienes de dominio público, empezando por su evolución histórica, y la distinción entre estos bienes y los de dominio privado hasta llegar a su concepto.

También, resulta necesario estudiar los elementos que conforman los bienes de dominio público, los principios que rigen su vida jurídica y los diferentes usos que los particulares y la Administración le pueden dar a éstos.

Asimismo, se hace énfasis en el derecho real administrativo estudiando su composición, naturaleza y elementos. Pero no se deja de lado el comercio jurídico de estos bienes.

CAPITULO I BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

Este capítulo estudia a fondo lo que son los bienes de dominio público, iniciando esta investigación con un análisis del origen de estos bienes y su desarrollo a través del tiempo.

Además, se debe analizar su composición, es decir los elementos que lo conforman, como por ejemplo el elemento subjetivo y el objetivo de los bienes de dominio público. De este modo, se continúa el estudio de los principios jurídicos que regulan la materia. Por último, se estudiará el uso que se les da a los bienes de dominio público.

Sección I Dominio Público

En esta sección primera se hará un desarrollo del dominio público sus características generales, entre las cuales encontramos su origen, concepto, elementos objetivo, subjetivo, teológico y normativo. Analizando, también, sus caracteres jurídicos como los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad y otros más.

§ 1 Concepto de Dominio Público

A. Historia

La palabra dominio es de un enorme significado, porque encierra en sí misma una gran cantidad de historia del hombre. Pero el dominio, actualmente considerado, puede ser definido como el poder que tiene cada uno de usar y disponer de lo que es suyo¹. Siendo el derecho en virtud del cual una cosa se halla sometida a la voluntad y acción de una persona.

Ya definido el concepto de dominio de manera general, debemos empezar por señalar de dónde nace este concepto pero en su acepción pública, diferenciándolo del imperio privado que constituye el derecho en virtud del cual una cosa se halla sometida a la voluntad y acción de una persona en particular.

En cuanto a los orígenes, la categoría de las cosas de dominio público, bienes demaniales aparece en la *res publicae* del Derecho Romano, concepto que aludía a un régimen jurídico propio de determinados bienes que incluyen las reglas de la inalienabilidad e imprescriptibilidad. Entre las *res publicae* sobresalen por su importancia las *res publicae in uso publico*, es decir, afectadas al uso general, al

¹ Bonilla Antillón Warren. (1988) Dominio del Estado, su administración. San José: Imprenta Nacional. Pág. 7

uso de todos (calles, plazas, coliseos, etc.), que se consideraban como propiedad del Estado, quien ejercía sobre ellos verdaderos derechos dominicales².

Entendemos que desde el principio de los tiempos, el hombre a sabido que existen cosas que pueden tener un valor, pudiendo ser algunas veces muy elevado, y que por una necesidad vital tienen que usarse por todos los habitantes de un país, sin que ningún sujeto en particular pueda obtener derechos sobre ellas, que lo diferencien de los demás.

La necesidad de igualdad en cuanto al uso de este tipo de bienes y la importancia de estar adscritos al servicio más conveniente para la colectividad, ha hecho que el Estado absorba un dominio más que justificado sobre este tipo de bienes, pues su principal característica es la afectación al interés público, en el cual destaca el uso al que todos los individuos tienen derecho.

Pero es un dominio limitado por el respeto al mismo interés público que lo justifica, pues es una característica propia de dichos bienes, los cuales están sometidos además, a un régimen jurídico exclusivo de derecho público, esencialmente distinto a las normas que integran el derecho civil.

² Parada Ramón. (1997) Derecho Administrativo I, novena edición, Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Pág. 36.

B. Distinción con bienes de dominio privado

El dominio del Estado está formado por dos categorías de bienes, los de dominio público y los de dominio privado, siendo que a los poseídos por los entes públicos a título público se les denomina como de dominio público y los poseídos por entes públicos a título privado se les llama propiedad privada del Estado.

Tal clasificación se sustenta en el fin a que ambos tipos de bienes han sido destinados. En este sentido, los bienes de dominio público se rigen por las normas de Derecho Administrativo y los de dominio privado por las de Derecho Común.

Los bienes de dominio público, ostentan un destino específico de servir a la comunidad, por tal razón la aplicación de un régimen específico se encuentra en el interés público de dichos bienes, siendo necesaria una protección jurídica especial que impida toda desviación del fin al que se encuentran destinados.

Se justifica entonces, la existencia de fuentes de protección para el uso y defensa de los bienes demaniales, diferentes a las que se aplican en las relaciones entre los particulares y su derecho propio (derechos patrimoniales), que sirvan para garantizar a todos los habitantes su porción correspondiente a los mismos.

De acuerdo con lo expuesto los bienes públicos se caracterizan por su composición, la cual los diferencia del dominio privado, motivo por el cual no les son aplicables las normas que regulan a los segundos.

Utiliza también la doctrina, el término bienes, precisamente para incluir tanto las cosas corporales como las incorporales, y dentro de los bienes distinguir los que son para el disfrute general de las personas y los que utiliza el Estado de manera exclusiva.

Al respecto la Resolución N° 2000-10652 de la Sala Constitucional, hace énfasis en la importante diferencia entre el régimen jurídico aplicable a los bienes dominicales, al señalar que:

“Los bienes de dominio público, sean estos considerados como una relación de poder o como una relación de propiedad, constituye un régimen jurídico especial, distinto de los bienes de titularidad privada, el cual se hace evidente en muchos casos a través de su afectación o destino. Los bienes de dominio público merecen esa condición por encontrarse afectos a una utilidad pública, la cual puede manifestarse porque se reserva su utilización

directa a favor de la Administración con fines de estudio, investigación o explotación o porque ese uso se reserva a los particulares bajo la intervención administrativa. El régimen jurídico de los bienes de dominio público comprende un conjunto de técnicas o reglas especiales para su protección y que la Administración debe acatar obligatoriamente, las que se manifiestan en el poder de determinación de cuáles son esos bienes demaniales y de conservación, ya sea desde un punto de vista posesorio - el que se manifiesta principalmente por medio de la recuperación de los bienes usurpados- y de la conservación de los bienes a efecto de que sigan cumpliendo la finalidad para los cuales fueron afectados".³

Aunque en este estudio no se hará una exposición completa al respecto, cabe señalar que existe otra manera de dividir el dominio administrativo, y que solo lo mencionaremos de manera muy sencilla.

Ahora bien, los bienes dominio administrativo pueden ser: de servicio directo y de servicio indirecto. Los primeros son todos aquellos que el Estado

³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2000-10652 de las 16:26 del 29 de noviembre del 2000.

destina, por ley, al servicio de los habitantes; es decir, los bienes de dominio público. Los segundos son los bienes que constituyen el dominio privado del Estados, los cuales están destinados por ley al servicio de los habitantes de modo indirecto, mediante los servidores públicos.

C. Concepto de Dominio Público

El concepto de dominio público que se conoce hasta ahora es fruto de construcciones e interpretaciones, según reza la doctrina mayoritaria.

Marienhoff afirma que el dominio público es *“un conjunto de bienes que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política pueblo, hallándose destinados al uso público - directo o indirecto- de los habitantes”*.⁴

Domino público es una categoría de bienes, sean estos muebles o inmuebles, que no pertenecen en forma individual a administrados o particulares, destinados a un uso público y sometidos a un régimen jurídico especial, que se manifiesta en su inalienabilidad y su imprescriptibilidad, así como la forma en que se hace efectiva su tutela mediante el poder de policía que ostenta la Administración.

⁴ Marienhoff Miguel S. (1960) Tratado de Dominio Público. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. Pág. 141

Pero el dominio público es a su vez un concepto jurídico, donde su existencia dependerá directamente de la voluntad del legislador, puesto que la ley le sirve de fundamento para su existencia como tal, es decir, para ser considerado dentro de esta categoría especial de bienes se hace necesaria una ley que así lo disponga.

Al respecto la Sala Constitucional ha llegado a la conclusión de que:

*"El dominio público es un concepto jurídico, lo que significa que su existencia depende del tratamiento expreso que le dé el legislador; sin ley que le sirva de fundamento ningún bien o cosa tendrá ese carácter. Un bien público puede ser natural o artificial, según se trate de bienes declarados públicos por el legislador considerándolos en el estado en que la naturaleza los presenta u ofrece (un río por ejemplo), o de bienes declarados públicos por el legislador pero cuya creación o existencia depende de un hecho humano (construcción de una calle o un parque público, por ejemplo)."*⁵

⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 3145-96 de las 9:27 del 28 de junio de 1996.

Además el Código Civil de nuestro país, en el capítulo relativo a los bienes con relación a las personas se refiere a las cosas públicas, señalando que:

“Artículo 261.- Son cosas públicas las que por ley, están destinadas de un modo permanente cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregada al uso público.

Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencia de cualquier otra persona.”⁶

El Código Civil no detalla cuales son las cosas públicas ni hace enumeración de ellas, dando paso a comprender que, siendo la dominicalidad tan amplia, queda a juicio de la Administración, por medio de normas jurídicas, determinar los bienes o cosas correspondientes a esta categoría, asegurando así el dominio del Estado y el de los particulares⁷.

De esta forma Escola ha definido también el dominio público como *“el conjunto de bienes de propiedad pública del Estado, lato sensu, afectados al uso*

⁶ Código Civil de Costa Rica. Artículo 261

⁷ Bonilla Antillón Warren. Op. cit. Pág. 24

*público, directo o indirecto de los habitantes, y sometidos a un régimen jurídico especial de derecho público, y por tanto exorbitante del derecho privado”.*⁸

Dentro de este estudio, al referirnos al término dominio público este será equivalente a bienes dominicales, bienes dominiales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, siguiendo así, el lenguaje técnico jurídico.

Es necesario aclarar, que ningún concepto que se ha dado hasta el momento sobre el dominio público lo abarca completamente, pues el mismo depende a su vez de los elementos que lo conforman, es decir, el dominio público debe estar integrado por cuatro requisitos indispensables, los cuales explicaremos de seguido.

§ 2. Elementos del dominio público

El español Manuel Ballbé, desarrolló ampliamente los componentes del dominio público y fueron cuatro los elementos que prevalecieron en su estudio; el elemento subjetivo, el elemento objetivo, el elemento teológico y el elemento normativo o legal.

⁸ Escola Héctor J. (1984) Compendio de Derecho Administrativo. volumen II, Buenos Aires: Depalma. Pág. 986-987.

Una cosa o bien puede reunir alguno o algunos de los elementos esenciales de la dominialidad, pero eso no basta para que se le tenga como dependencia del dominio público, debe el bien reunir simultáneamente todos los elementos, es decir los cuatro indicados. Si uno de esos elementos faltase, aunque concurren los otros, el bien o cosa no podrá ser tenido por dominical⁹.

A. Elemento Subjetivo

El elemento subjetivo es necesario para hacer referencia al sujeto titular del bien en cuestión, es el elemento inicial, primario, que define a quien pertenece el demanio.

Los bienes dominiales no son *res nullius*, es decir sin sujeto, cosas de nadie, de lo contrario cualquier persona podría apropiárselos y separarlos del fin al que están destinados, significando una lesión grave para los intereses de la colectividad.

Al respecto Ballbé señala que: *“El primer supuesto de la dominialidad pública, el elemento inicial cuya concurrencia es precisa para que una cosa pueda ser considerada como del dominio público, hace referencia al sujeto a quien*

⁹ Marienhoff Miguel S. Op. cit. Pág. 51

corresponde- ha de ser un ente público, una persona jurídico pública y no un particular, un administrado".¹⁰

Lo anterior se justifica en razón de la búsqueda de la satisfacción de necesidades públicas, la cual es una típica función estatal y de ningún modo actividad a cargo de los particulares¹¹.

A modo de ejemplo citamos los casos en que mediante una concesión se otorga a un particular un derecho real administrativo sobre un bien público, esta facultad es distinta de la titularidad del mismo, la cual siempre va estar a cargo del Estado y sometida a las normas de derecho público, diferenciadas ampliamente del concepto de propiedad privada, regulado por las normas de derecho civil.

Por lo tanto, es el destino de los bienes dominiales y aun más su propia naturaleza las que impiden que estos pertenezcan a particulares, por el peligro que representaría para esta categoría especial de bienes.

Además sería ilógico pensar que los bienes demaniales no pertenecen a nadie, pues las cosas deben tener un titular, y son las mismas leyes las

¹⁰ Ballbé Manuel. (1945) Concepto del dominio público. Barcelona: Casa Editorial Bosch. Pág. 9

¹¹ Marienhoff Miguel S. Op. cit. Pág. 55

encargadas de otorgar la titularidad a los diferentes entes públicos o personas jurídico públicas.

Al respecto Garrido Falla ha establecido que *“solo entidades de derecho público pueden ser titulares del dominio público. El dominio público no se concibe, por tanto, respecto de personas privadas”*.¹²

Pese a todo lo dicho, en doctrina no hay un criterio unánime, y han surgido dos posiciones distintas sobre la titularidad del dominio público. Una corriente que considera como titular al Estado y otra que señala al pueblo.

En nuestro caso, compartimos la tesis defendida por Marienhoff, en el sentido de que si se afirma que el Estado es dueño de los bienes públicos, es igual a que el todo sea dueño de una de sus partes, lo cual sería un sin sentido, ya que significaría que el Estado es dueño de sí mismo, pues el territorio es uno de los elementos esenciales para que este se forme.

El pueblo es dueño de los bienes que integran el dominio público pero no los administra en forma directa, sino por medio de sus representantes, es decir, por medio de las autoridades constituidas para tales efectos, las cuales se limitan a ejercer su custodia. Es así, como se resuelve a nuestro parecer, a quien

¹² Garrido Falla Fernando. (1987) Tratado de Derecho Administrativo, 8. ed., Madrid. Pág. 358

corresponderá la titularidad discutida por las dos posiciones mencionadas anteriormente.

El elemento subjetivo es de una vital importancia dentro del dominio público, como lo señala Altamira *“para que un bien tenga carácter público es indispensable que a la satisfacción de una necesidad social, se añada la de ser propiedad de un sujeto de la administración. Es entonces cuando surge el dominio público”*.¹³

B. Elemento Objetivo

Este elemento se refiere a los objetos, bienes o cosas, que se pueden circunscribir dentro del dominio público. Sin embargo no existe acuerdo en la doctrina sobre cuales bienes pueden incluirse dentro de esta categoría dominial.

La opinión mayoritaria considera que el dominio público no esta formado únicamente por cosas, es decir, por objetos corporales, susceptibles de valor económico, sino también por bienes considerados en sentido amplio, lo cual comprende tanto los objetos corporales como los incorporales, susceptibles de tener un valor traducible en términos económicos. De este modo, a los bienes del

¹³ Altamira Pedro Guillermo. (1971) Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Depalma, Pág. 26

demanio público se les atribuye otra cualidad importante el valor patrimonial que poseen¹⁴.

Marienhoff señala que la propia *ratio iuris* a que responde el dominio público demuestra que cualquier bien pueda incluirse en él: bastará con que el respectivo bien tenga la aptitud necesaria, o reúna las correspondientes características, para cumplir las finalidades que motivan la institución dominial, de manera que objetivamente, pueden integrar el dominio público cualesquiera clases de bienes o cosas (objetos corporales o incorporales, ya se trate de inmuebles o derechos)¹⁵.

De la misma manera Ballbé concluye su estudio sobre el elemento objetivo al afirmar que *“la noción de dominio público es independiente de la cualidad material de las cosas y que, por ende, pueden integrarlo así las nudas proporciones del suelo, como los edificios, los bienes muebles, y los incorporales o inmateriales”*.¹⁶

¹⁴ Ranelletti citado por Marienhoff Miguel S. Op.cit. 87

¹⁵ Marienhoff Miguel S. Op. cit. Pág. 88

¹⁶ Ballbé Manuel. Op. cit. Pág. 26

C. Elemento Teológico

Este elemento hace referencia al fin que justifica la inclusión de una cosa o bien dentro del dominio público, de ahí que se le denomine también como elemento finalista.

Al respecto no hay uniformidad en la doctrina, ya que se han dado diversas teorías tales como la tesis de la destinación al uso público directo e inmediato, que señala como característica determinante del concepto de dominio público frente a los bienes patrimoniales, la destinación de los primeros a un uso público directo e inmediato de los administrados, o la doctrina de la destinación al uso público y al servicio público que determina el concepto de dominio público basándose en el uso público tanto directo, ejercido por los administrados, como el indirecto que se da en provecho de la colectividad, a través de la actividad de la administración¹⁷.

Pese a haber hecho referencia en el párrafo anterior, a algunas de las tesis o doctrinas existentes no nos detendremos a explicar cada una, sino más bien, intentar construir según nuestro parecer, un criterio sencillo que nos permita entender este elemento.

¹⁷ Ballbé Manuel. Op. cit. Pág. 31-33

Para descubrir el elemento teológico hay que considerar entonces, el uso público que sobre el bien se practique, entendido también como utilidad o bienestar común que será la característica que debe satisfacer para justificar su inclusión dentro del régimen administrativo.

La afectación que se haga recaer sobre el bien será el elemento fundamental que determina el fin público que el mismo estará destinado a cumplir, siendo por ende, el contenido del elemento finalista.

D. Elemento Normativo

La doctrina no es pacífica en cuanto a la aceptación de este elemento como determinante para la existencia de los bienes de dominio público, una parte de ella considera que esta característica no es más que una consecuencia de los tres elementos anteriores y lo incluyen al referirse al régimen jurídico aplicable a estos bienes; mientras que otro sector si acepta su existencia diciendo que el carácter de dominio público será determinado por la presencia de una norma legal que al respecto se pronuncie, y determine cuales son los bienes que integran el dominio público, reconociéndoles así las características que le son propias.

A este elemento también lo podemos encontrar bajo el nombre de "elemento legal", y según la posición adoptada en este estudio no habrá bienes de dominio público por naturaleza, es decir carentes de alguna ley que los determine como tales.

Es necesario entonces, que mediante un acto del legislador se incorpore a determinados bienes dentro de una categoría especial, confiriéndoles así el carácter dominical.

En Costa Rica esta labor es atribuida según el artículo 14 inciso 121 de la Constitución Política a la Asamblea Legislativa al señalar dentro de sus funciones el "*Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación*".¹⁸

Manuel María Diez sintetiza lo explicado al indicar que "*no existen bienes públicos por naturaleza y que solamente la ley puede servir de fundamento para que un bien tenga carácter dominial*".¹⁹

¹⁸ Constitución Política de Costa Rica. Artículo 121, inciso 14.

¹⁹ Diez Manuel María. (1981) Manual de derecho administrativo. Buenos Aires: Editora Plus Ultra. Pág. 322

§ 3. Caracteres Jurídicos del Dominio Público

Por pertenecer al patrimonio del Estado, al dominio público le son impuestas por la doctrina una serie de características especiales, propias de derecho público e incompatible con las normas de derecho civil.

Al respecto la Resolución N° 101 del Tribunal Superior Agrario señaló:

“A su vez concederle la inembargabilidad de los mismos y estipular expresamente que están fuera del comercio y no podrán entrar en el mientras legalmente no se disponga así según previsto en el ordinario 262 del Código Civil conlleva la inalienabilidad e imprescriptibilidad de tales bienes, también así concebido por la doctrina y los Principios Generales de Derecho aplicables al tema, según se ha previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley General de Administración Pública así como por ser inembargables, características por la que se concibe a los bienes estatales, sea los que están dentro de su patrimonio, como bienes inexistentes por estar fuera del comercio de los seres humanos y de las personas en sentido amplio según la misma normativa lo prevé en lo recién transcrito. Consecuentemente

tampoco resulta ser un bien sujeto a la prescripción positiva por parte de los administrados ya que la usucapión como medio de adquirir la propiedad no le es aplicable a los bienes estatales, entendidos estos a terrenos pertenecientes a cualquier institución del Estado, por tener como características entre otras los de ser imprescriptibles, inembargables e inalienables, en tanto estimarse bienes demaniales sustraídos del comercio de las persona”²⁰

Lo afirmado por el Tribunal Superior Agrario se justifica, pues los bienes de dominio público por el fin al que se hallan destinados y su naturaleza común necesitan de una protección más rígida que la aplicada a los bienes del dominio privado del Estado, buscando así, mantener a salvo los bienes dominicales; protegiéndolos no solo contra a hechos ilegítimos de los administrados sino también contra actos descuidados de la Administración.

Abreviando, dentro del régimen jurídico de los bienes públicos y del patrimonio del Estado, se encuentran varios principios fundamentales que tienen como finalidad su resguardo o protección. Estos principios son: Imprescriptibilidad, inalienabilidad, e inembargabilidad. Estas garantías protegen principalmente a los

²⁰ Tribunal Superior Agrario Resolución N° 101 de las 14:30 del 2 de febrero de 1995.

bienes del dominio natural del Estado y a los que se encuentran destinados a un fin público, por lo cual procedemos a exponerlos.

A. Principio de Inalienabilidad

La regla de la inalienabilidad del dominio público, significa simplemente que el mismo esta sustraído del comercio ordinario de los particulares, que esta prohibido a la Administración enajenar esos bienes siguiendo los procedimientos del derecho civil.

Es un medio jurídico a través del cual se tiende hacer efectiva la protección de los bienes dominiales, a efectos de que estos cumplan con el fin que motiva su afectación, además de impedir toda apropiación o desmembramiento del dominio público.

El propio destino de las cosas públicas es lo que impide que sobre estas haya posesión o tenencia por parte de particulares o personas privadas, que dispondrían de ellas según sus exclusivos intereses; en consecuencia el principio de inalienabilidad conlleva que las cosas estén jurídicamente sustraídas del comercio ordinario del derecho privado, siendo entonces *res extra commercium*.

La inalienabilidad va más allá de la finalidad del bien y trata de proteger la condición pública que, a través de la afectación, los bienes de dominio público cumplen, gozando entonces de una posición excepcional en cuanto a la aplicación de las normas del derecho civil.

Según señala Altamira, de la regla de la inalienabilidad se derivan consecuencias jurídicas importantes tales como:

No son pasibles de servidumbres: La constitución de servidumbres privadas sobre estos bienes es absolutamente incompatible con la afectación al uso público, por cuanto la servidumbre implica una desmembración del dominio.

No pueden ser objeto de usufructo: Esta figura es incompatible con los principios que regulan el uso de los bienes dominicales.

No son susceptibles de reivindicaciones: Son bienes situados fuera del comercio jurídico del derecho privado, por lo que el derecho propiedad se extingue de manera absoluta cuando la cosa es puesta fuera del comercio, por tanto la acción de reivindicación no podría prosperar.

No son expropiables: La expropiación importa la conversión de un derecho de propiedad en derecho de crédito compensatorio, y la causa jurídica es

la utilidad pública. Además la expropiación implica la transferencia de un patrimonio a otro, y toda transferencia es inconciliable con la noción jurídica de dominio público²¹.

Es importante señalar que la inalienabilidad no implica que los bienes demaniales no puedan ser utilizados por los administrados, pero es la ley la que dispone el modo para poder actuar de manera autorizada sobre estos.

Aún cuando se permita a un particular el uso diferencial sobre bienes dominicales, ya sea por medio del permiso o mediante la concesión, la titularidad de los mismos nunca saldrá de las manos de la Administración, pudiendo incluso, ejecutar toda clase de actos que le permita recuperarlos.

Como señala claramente el numeral 262 de nuestro Código Civil, se limita la desafectación a la ley, como un medio de protección más para los bienes públicos, alejándolos del comercio particular y limitando lo más posible su salida del dominio que sobre los mismos tiene el Estado²².

²¹ Altamira Pedro Guillermo. Op. cit. Pág. 702-704

²² Código Civil de Costa Rica, Artículo 262

B. Principio de Inembargabilidad

La venta, el embargo, el gravamen cualquiera, son figuras que pueden implicar una limitación para la utilidad pública de los bienes dominicales, representando un detrimento para los derechos de la comunidad que hace uso de estos bienes.

Es por tanto, el régimen jurídico del embargo incompatible con el régimen del dominio público, teniendo como base el carácter de *extra-comercialidad* que ostentan los bienes públicos en razón de la categoría especial a la que están adscritos.

Este principio está muy ligado al anterior (Principio de Inalienabilidad), pues cuando se hipoteca un bien y se ejecuta dicha garantía, nace un derecho que le permite al acreedor hacer vender la cosa hipotecada para cobrarse la deuda, situación que contraría el hecho de que a esta categoría de bienes debe de protegerse ante cualquier apropiación particular o salida de la titularidad de la Administración.

Siendo entonces la inembargabilidad, una consecuencia de la inalienabilidad, puesto que por impedir esta la realización del bien público, carece de sentido que de manera oblicua, pudiera lograrse su enajenación forzada, que

es en definitiva a lo que tiende ordinariamente la traba del embargo y ejecución del obligado²³.

La inembargabilidad del demanio público se justifica pues, en la falta de autoridad y jurisdicción por parte de los jueces para cambiar el destino de dichos bienes, ya que tal cambio corresponde según señalamos anteriormente, solamente al legislador, imposibilitando así la ejecución judicial que podría darse de los mismos.

C. Principio de Imprescriptibilidad

Como indicamos líneas atrás, es la ley la que destina las cosas a un fin público y mientras sirvan al mismo no pueden ser objeto de comercio privado, pues se dispone que esta clase especial de bienes sean para todos los particulares, pudiendo disfrutarlos o usarlos solamente, como un componente más de la población.

Es precisamente el destino público el que sustrae a los bienes dominiales del comercio de derecho común, pues el mismo obsta a que se puedan tener o

²³ Washington Lanziano. (1993) Estudios de Derecho Administrativo, Montevideo: Universidad de la República, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones. Pág. 156

poseer legítimamente con privacidad; debido a que mientras dichos bienes mantengan su calidad, no pueden adquirirse particularmente por modo alguno. Siendo uno de esos medios incompatibles la prescripción.

En razón de lo anterior, se justifica la existencia del principio de imprescriptibilidad, pues la población no ha dado el consentimiento al Estado para perder cosas públicas, por medio de la prescripción por ejemplo, sino más bien ha confiado en este el poder de mantener y defender el demanio ante cualquier intento de apropiación individual.

Es la imprescriptibilidad, según afirma Marienhoff, *“un medio jurídico de protección a través del cual se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes dominiales, a efectos de que ellos cumplan el fin que motiva su afectación”*.²⁴

El derecho administrativo no acepta entonces, la prescripción en cuanto a los bienes públicos para los cuales se estipula que son imprescriptibles, por cuanto son inalienables. Siendo evidente que la tutela de las cosas públicas es muy rigurosa pues busca mantener ileso el dominio público, protegiéndolo no solo contra hechos de los particulares sino también frente actos ilegítimos del propio Estado.

²⁴ Marienhoff Miguel. Op. cit. Pág. 221

En relación el dictamen C-100-95 de la Procuraduría General de la República señala:

*“Al no ser susceptibles de apropiación privada, nadie puede alegar válidamente prescripción positiva sobre los mismos a su favor, no importa el tiempo que se hubieren ocupado. Ningún tipo de posesión es válida para reclamar derechos de propiedad en ellos. Además del artículo 1º, el artículo 7º de la Ley No. 6043 desarrolla este principio: "Los terrenos situados en la zona marítimo terrestre no pueden ser objeto de informaciones posesorias y los particulares no podrán apropiarse de ellos ni legalizarlos a su nombre, por éste u otro medio".*²⁵

En cuanto a sus efectos, la regla de la imprescriptibilidad impide no sólo la pérdida a favor de un particular de la titularidad total del bien demanial, sino también la pérdida de sus partes físicas o de parte sus facultades jurídicas y en consecuencia, tampoco pueden adquirirse por prescripción servidumbres sobre los bienes de dominio público (medianerías u otras), ni cualesquiera otros derechos de aprovechamiento²⁶.

²⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen C-100-95 del 10 de mayo de 1995

²⁶ Parada Ramón. Op. cit. Pág. 92

Sección II Formas de Uso sobre los Bienes de Dominio Público

El uso de las cosas públicas es regulado mediante las mismas normas que afecta a estos bienes; esta categoría va a estar regulada por las normas legales y reglamentarias que dicten los organismos legislativos y administrativos en sus respectivas competencias.

Los bienes dominiales están destinados a la utilización general de todos los habitantes, su uso esta abierto a los individuos sin discriminación especial de destinatario. Por esto la doctrina ha establecido formas de utilización de este dominio por parte de los particulares que son: el uso común y el uso especial.

Al respecto señala Altamira *"los usos de que son pasibles las cosas del dominio público se dividen en dos grandes grupos: comunes y especiales, y difieren entre sí por la índole del aprovechamiento, por el contenido jurídico y por la naturaleza del derecho de los usuarios"*.²⁷ Sobre la clasificación de los usos sobre los bienes públicos nos referiremos a continuación.

²⁷ Altamira Pedro Guillermo. Op. cit. Pág. 706

§ 1. Uso Común

González Vergara afirma que *"por definición, los bienes nacionales de uso público están destinados al uso de todos los habitantes de la nación. La regla general es, por lo tanto, que estos bienes cumplan su destino entregados al uso común de todos los habitantes"*.²⁸

Uso común o general es el que corresponde por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados. Dentro de este uso, los bienes dominiales le pertenecen a todos los habitantes por igual, pudiendo utilizarlos de manera libre, sin requerir autorización especial por parte del Estado.

Corresponde al público, es decir, a todos los habitantes, pudiéndose afirmar entonces, que el usuario es indeterminado, anónimo. El sujeto del uso común es la colectividad, el pueblo, no el individuo; y este realiza y practica tal uso en calidad de miembro de la colectividad²⁹.

Es un uso ejercitable por cualquiera sin tener ninguna calificación especial, Otto Mayer le llama a este uso el *"derecho del uso de todos"*. Para el autor *"no es*

²⁸ Vergara González Ariel. (1965) La concesión: acto administrativo creador de derechos. Chile: Editorial Jurídica de Chile. Pág. 104

²⁹ Altamira Pedro Guillermo. Op. cit. Pág. 708

*el resultado de un favor que el Estado otorgaría a los individuos, sino que forma parte de la libertad individual".*³⁰

Para sintetizar podemos agrupar en dos las características esenciales de este uso general:

- Que se halla abierto a todos, por tanto excluyen toda individualización en cuanto al círculo de usuarios.

- Que la utilización es libre, independiente de cualquier requisito especial.

Resulta necesario además, dentro de la reglamentación de carácter general que rige para estos bienes, mencionar los tres principios ordenadores de los bienes demaniales, los cuales son: libertad, igualdad en su uso y gratuidad.

Generalmente el uso común puede ser gratuito u oneroso, pero la onerosidad del mismo debe surgir de un texto legal, o hallarse autorizado por este, lo cual obedece a la cualidad de dicho uso, pues integra la esfera de libertad de los individuos.

³⁰ Mayer Otto. (1982) Derecho Administrativo Alemán. 2da. Edición, Título III, Buenos Aires: Ediciones Depalma. Pág. 225

Pese a lo dicho en cuanto a la gratuidad, la doctrina no se opone al uso común la imposición de una tasa, peaje o impuesto, pues estos no constituyen una limitación al acceso a la utilización general, ni tampoco una individualización de los usuarios, sino que conlleva una finalidad exclusivamente fiscal o un medio para costear obras públicas o sufragar gastos de conservación del mismo bien público.

El uso común, se halla sometido al poder reglamentario del Estado, siendo este el único límite puesto al individuo para el ejercicio de los usos comunes³¹. Limitaciones que servirán para adecuar el uso del bien a su destino público, siendo la Administración la encargada de velar por esta adecuación mediante el ejercicio de su poder de policía.

Definiendo al poder de policía mencionado, como la acción de la autoridad por hacer cumplir el deber, que se supone general, de no perturbar en modo alguno el buen orden la cosa pública. Su actuación se determina de diferentes maneras en las formas propias del régimen de derecho, pero es el fundamento de ese poder en el derecho natural, el que da medida y dirección de lo que se considera como su potestad y de lo que es lícito realizar sin autorización especial; el proporciona el marco dentro del cual se originan las instituciones jurídicas. De

³¹ Marienhoff Miguel. Op. cit. Pág. 307

este modo, la naturaleza de ese poder general traza los límites jurídicos del poder de policía en lo que se refiere a las condiciones y el contenido de su acción³².

Así, el uso de los bienes públicos esta regulado por disposiciones normativas, las cuales constituyen la forma práctica de seguir manteniendo dicha libertad pero de manera general, garantizándole a cada individuo su cuota de participación en dicho patrimonio natural perteneciente a la colectividad.

Lo anteriormente dicho en razón de que este uso no debe considerarse como un uso que llegue a establecer a favor del particular derechos adquiridos, la situación del administrado ante esos bienes no se particulariza, sino que esta clase de disfrute del dominio público debe ser normal y sin provocar ningún tipo de detrimento contra este, por tal, corresponde al Estado, ejercer el cuidado y el control del uso y disfrute de los bienes de uso público.

Concluimos, que el uso por parte de los particulares debe ser normal y sin menoscabo del dominio público, mientras que si por el uso anormal del bien público se le causara un daño al mismo, surge la responsabilidad de quien lo hizo y la correspondiente obligación de indemnizar.

³² Mayer Otto. Op. cit. Pág. 19

§ 2. Uso Especial

El uso especial o privativo es el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que mediante la individualización del sujeto titular, se limite o excluya la utilización por parte de los demás miembros de la colectividad.

Es un uso privativo, exclusivo que ejercen personas determinadas y el cual tiene por fin principal el aumentar la esfera de acción y poderío económico del individuo.

Según Ramón Parada, el uso especial puede dividirse en 2 categorías:

Uso normal: el que fuere conforme con el destino principal del dominio público a que afecte.

Uso anormal: anormal no en cuanto al destino del bien sino en cuanto al fin que persigue el mismo³³.

³³ Parada Ramón. Op. cit. Pág. 75

Entendemos que el uso del dominio es especial cuando en el mismo concurren circunstancias singulares de intensidad o peligrosidad que colocan al usuario en una situación distinta a la del resto del público³⁴.

La colectividad dentro de este tipo de uso no es generalizada, sino que está representada por los titulares de los respectivos derechos, lo cual permite individualizarlos y darles el status jurídico particular del cual obtiene una utilización privativa del bien, es decir, un uso especial.

El derecho especial de uso puede ser adquirido por cualquier medio que establezca el ordenamiento jurídico, y en nuestro país requiere además, de un acto expreso de la Administración.

Al respecto, Marienhoff señala *“uso especial corresponde aquel que únicamente pueden realizar aquellas personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento jurídico correspondiente”*.³⁵

Por medio de un acto suyo, la Administración puede otorgar permisos o concesiones, las cuales exigen para su uso el pago de un cánón o contribución especial, pues si bien la gratuidad es condición del uso general, el uso especial

³⁴ Garrido Falla Fernando. Op. cit. Pág. 453

³⁵ Marienhoff Miguel. Op. cit. Pág. 75

supone una ventaja particular para aquel en cuyo favor se ha constituido, razón que justifica el pago dicho.

Altamira expone que “el uso especial no tiene por objeto principal e inmediato satisfacer necesidades físicas, indispensables para la vida misma, ni permitir el desarrollo de la personalidad humana con referencia al ámbito de la libertad, sino aumentar la esfera de acción y poderío económico del individuo”³⁶

Lo anterior en nada disminuye la temporalidad de los mismos, la cual deriva de la misma naturaleza jurídica del dominio público, que impide que sobre ellos se lleguen a constituir derechos irrevocablemente adquiridos, es decir, cuentan con una limitación en el tiempo en vista de que el dominio del bien nunca pasa a manos privadas.

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 llamados "Derechos Reales Administrativos".

³⁶ Altamira Pedro Guillermo. Op. cit. Pág. 712

La doctrina reconoce dos posibilidades para ejercitar ese uso especial sobre el dominio público. Si bien las cosas del dominio público están fuera del comercio respecto de la ley civil, ellas son susceptibles de utilización diferencial, sea por medio del permiso, sea por medio de la concesión³⁷.

A. Permiso de Uso

El permiso de uso especial, también llamado de ocupación, es la utilización de un bien de dominio público, permitido por un acto jurídico discrecional del órgano administrativo en el uso de sus facultades, dando nacimiento a una situación jurídica que antes no existía para el particular.

Se da por medio de un acto jurídico unilateral que dicta la Administración por medio del cual pone el bien en manos del individuo, otorgándole el dominio útil del mismo pero reservándose siempre para sí, el dominio directo sobre la cosa pública.

³⁷ Bielsa. Op. cit. Pág. 475

En el fondo, según señala Bielsa *"el permiso es una "tolerancia" que la Administración admite, en el ejercicio de su poder de policía sobre la cosa pública. De ahí se deduce el carácter precario con que se otorga"*.³⁸

Los permisos de uso no tienen una naturaleza contractual y se caracterizan porque en su mayoría se otorgan tomando en cuenta a la persona que los solicita, son por ello *"intuitu personae"*, además es un acto esencialmente unilateral y para su otorgamiento priva el interés individual sobre el interés público.

Marienhoff afirma que *"generalmente el mero permiso de uso se otorga "intuitu personae", de ahí que, por principio, no sea cesible sin el visto bueno o consentimiento de la Administración"*.³⁹ Este aspecto es de relevancia a fin de que el ente administrador, por tratarse de un acto *"intuitu personae"*, verifique nuevamente si el futuro permisionario reúne las condiciones objetivas y subjetivas requeridas para asumir esa condición.

Además, en ningún caso el permiso de uso puede impedir el goce normal y continuidad del dominio público, es decir la revocación está insita en el mismo acto administrativo que lo otorga.

³⁸ Marienhoff Miguel. Op. cit. Pág. 505

³⁹ Ídem. Cit Pág. 333

La Resolución N° 5399-93 de la Corte Suprema de Justicia, señala:

“La precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la Administración, en cualquier momento lo revoque, ya sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por la construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública. En consecuencia, el régimen patrio de los bienes de dominio público los coloca fuera del comercio de los hombres y por ello los permisos que se otorguen serán siempre a título precario revocables por la Administración unilateralmente cuando razones de necesidad o de interés general así lo señalen”.⁴⁰

Entonces el permiso tiene el ser revocable y precario como sus características distintivas, pues la Administración al conceder el permiso actúa en

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 5399-93 de las 16:39 del 26 octubre de 1993.

ejercicio de su poder discrecional el cual tiene dos elementos: el acto de otorgamiento del permiso y la facultad de revocar el mismo.

Lo anterior bajo el entendido que esta facultad que se arroga la Administración no es antojadiza, sino que el acto revocatorio del permiso deberá ser motivado en las razones de hecho, será menester que el acto revocatorio no sea intempestivo y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para su cumplimiento, según reza el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública.

Recalcamos que es mayoritariamente aceptado por la doctrina que los permisos de uso no generan en favor de sus beneficiarios un derecho, sino que solamente representan un interés legítimo en la esfera de su disposición, debido a la precariedad del permiso y de la posible cancelación de este sin derecho a indemnización alguna para el usuario.

Según señala Escola, *“se deduce que no constituye un derecho subjetivo de quien se favorece con él, sino únicamente un interés legítimo”*.⁴¹ Interés que se

⁴¹ Escola Héctor Jorge. Op. cit. Pág. 1010

entiende como el que poseen ciertos habitantes, en razón de una especial y particular situación de hecho en que se hayan, de la cual pueden resultar beneficiados o perjudicados de manera exclusiva con respecto a la colectividad.

B. Concesión

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por "concesión" la "acción y efecto de conceder". Por su parte "conceder" significa: "dar, otorgar, hacer merced y gracia de una cosa".⁴²

Mientras que el concepto técnico jurídico, nos ofrece dificultades en su precisión, la mayoría de los autores coinciden en el hecho de que es un evento eminentemente creador de derechos, en virtud del cual nacen nuevos poderes o facultades a favor de los administrados.

La concesión es el acto del poder público que atribuye a una persona nuevas capacidades o derechos, sea que estos emanen como consecuencia de la transferencia de derechos propios de la administración o simplemente del

⁴² Diccionario de la Lengua Española. (1956) Madrid: Real Academia. Pág. 340 y 341

ordenamiento jurídico⁴³. Siendo la creación de derechos dicha, el elemento que lo diferencia de los demás actos administrativos.

Según el autor Garrido Falla es *“una especie de acto administrativo, que comprende tanto la que transfiere al particular la potestad de gestión de un servicio público, como la que otorga el disfrute exclusivo de un bien de dominio público”*.⁴⁴

Concesión de uso sobre el dominio público es de naturaleza real; es un poder jurídico sobre la cosa mediante el cual el concesionario ejecuta un uso especial. Dentro de este tipo de concesión se encuentra implícita la reserva del Estado o de la colectividad con respecto del dominio del suelo y la facultad de velar porque los bienes concedidos se les de el uso y goce a que están llamados a proporcionar conforme a su naturaleza y destino.

Siendo el fundamento de estos poderes que se reserva la administración, la necesidad que tiene el Estado de velar por el interés general, el cual prima en todo momento sobre el interés particular del concesionario; en la medida que aquel se vea menoscabado como consecuencia del ejercicio de los derechos del

⁴³ Vergara González Ariel. Op. cit. Pág. 29

⁴⁴ Garrido Falla Fernando. Op.cit. Pág. 454

concesionario o por otras circunstancias, la Administración deberá ejercitar esas prerrogativas.

Resumiendo la concesión es, al igual que el permiso, un medio que otorga un uso especial sobre una cosa pública, pero que es distinto de aquel por cuanto está destinada a actividades que tienen mayor importancia económica o social, lo cual hace necesario que el beneficiario del mismo cuente con un sustento más sólido, que el derivado del permiso, en cuanto a sus posibilidades de acción⁴⁵.

No concluimos aquí el análisis de esta figura pues profundizaremos más sobre ella en el Título II de este estudio.

⁴⁵ Escola Héctor Jorge. Op. cit. Pág. 1011

CAPITULO II NOCIONES GENERALES DEL DERECHO REAL ADMINISTRATIVO

En este Capitulo se tratara el tema de los Derechos Subjetivos, su definición y los elementos que lo conforman.

De igual manera, analizaremos el tema de los Derechos Reales, su concepto, características propias de este conjunto y clasificación de los mismos. Intentando de este modo, el vislumbrar en qué se diferencia de los denominados derechos personales.

Asimismo analizaremos la figura de los derechos reales administrativos en cuanto a sus aspectos generales, las diferentes concepciones que en doctrina se han dado para intentar definir al derecho real, siendo las principales la Teoría Clásica, la Teoría Personalista y la Teoría Ecléctica.

Por ultimo, nos referiremos a las formas en que pueden surgir a la vida jurídica el derecho real administrativo y su comercio jurídico.

Sección I Derechos Subjetivos y Derechos Reales

En esta sección detallaremos acerca de los caracteres propios de los derechos subjetivos y de los derechos reales, para de este modo poder detallar las diferencias existentes entre ambas categorías.

§ 1. Derecho Subjetivo

A. Concepto

No existe un concepto unitario de derecho subjetivo como figura jurídica, así que se darán algunas de las definiciones planteadas, que sirven a los objetivos de este estudio.

Si el conjunto de normas que componen el ordenamiento jurídico constituye e integra lo que se ha dado a designar como *derecho objetivo*, con la expresión *derecho subjetivo* hace referencia, en sentido amplio, al conjunto de relaciones jurídicas establecidas entre los sujetos que en ellas participan, y con alcance más

restringido, a las facultades o poderes, normativamente reconocidos y atribuidos, que en dichas relaciones corresponden a tales sujetos⁴⁶.

Es el derecho que se dirige hacia uno de los sujetos de la relación jurídica, originando para éste una posibilidad, una facultad protegida por la misma norma jurídica, la cual impone al mismo tiempo, al otro sujeto de la relación, una situación de deber correlativa.

Por derecho subjetivo, se debe entender según Marienhoff, *“el poder atribuido por el ordenamiento jurídico a una voluntad, para la satisfacción de intereses humanos”*.⁴⁷

Dentro de este poder, es el deber correlativo, el aspecto más significativo del derecho subjetivo, pues el sujeto titular puede, dentro de los límites que señale el ordenamiento jurídico, reclamar una prestación o un acto, es decir un deber correlativo a su derecho.

Constituyéndose así, el hecho de poder exigir un comportamiento positivo o negativo de las personas que resulten sujetos pasivos dentro de la relación jurídica, la nota distintiva del mismo.

⁴⁶ Escola Héctor Jorge. Op. cit. Pág. 187

⁴⁷ Marienhoff Miguel. Op. cit. Pág. 80

B. Elementos del Derecho Subjetivo

El derecho subjetivo está constituido por tres elementos esenciales, los cuales son:

- Una obligación jurídica impuesta al sujeto pasivo por una regla de derecho.
- La circunstancia de que esa misma obligación haya sido establecida para satisfacer ciertos intereses individuales.
- El sujeto activo del derecho sea el titular de uno de esos intereses, respecto de los cuales ha sido establecida aquella obligación jurídica.

El interés representa el aspecto interno, la acción, el protector del derecho subjetivo. Por esta razón es que Ihering, basándose en estos elementos afirma que el derecho subjetivo debe definirse como un interés jurídicamente protegido⁴⁸.

Se vuelve necesario entonces, que el goce del bien a que se refiere el derecho, encuentre protección mediante las acciones que el sujeto titular pueda

⁴⁸ Ihering citado por Alpizar Monge José Pablo. (1989). Los Derechos Reales Administrativos. Tesis de Graduación para optar al grado de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

desplegar ante los sujetos pasivos de la relación, es decir, la posibilidad de reaccionar contra cualquier acción que ataque su situación jurídica.

En síntesis, la forma más simple es aceptar que el derecho subjetivo está caracterizado esencialmente, por la reunión de dos elementos: una norma jurídica que predetermina concretamente cual es la conducta debida; y que esa conducta sea debida a un individuo determinado en situación de exclusividad, es decir, que solo pueda ser exigida por un individuo, aún cuando esta pretensión pueda ser también requerida por otros sujetos⁴⁹.

§ 2. Derechos Reales

A. Concepto y Características de los Derechos Reales

El Código Civil de Costa Rica señala:

“Artículo 259: Derecho real es el que se tiene en una cosa, o contra una cosa sin relación a determinada persona. Todo derecho real supone el dominio o la

⁴⁹ Escola Héctor Jorge. Op. cit. Pág. 190

limitación de alguno o algunos de los derechos que este comprende. El derecho real puede constituirse para garantizar una obligación puramente personal”. ⁵⁰

De la definición empleada en el numeral citado se desprende que obligatoriamente debe darse la unión de dos elementos para conformar al derecho real, los cuales son:

- Sujeto: el derecho real pertenece por lo menos a una persona aunque existe también la posibilidad de que se de la cotitularidad.

- Objeto: la cosa sobre la cual recae el derecho del sujeto.

Entre el sujeto y la cosa se establece una relación directa o inmediata, un poder que permite al titular obtener de ella una utilidad mayor o menor sin necesidad de la intervención de otra persona.

En efecto, a los derechos reales se les denominan así, por el carácter esencial que los distingue, de recaer directamente sobre la cosa, sin sujeto pasivo individualmente determinado, dando lugar a una acción eficaz contra cualquier poseedor de la misma⁵¹.

⁵⁰ Código Civil de Costa Rica, Artículo 259

⁵¹ Alpizar Monge José Pablo. Op. cit. Pág. 151

El derecho real debe definirse entonces, a partir de la inherencia del derecho a la cosa. El derecho siempre acompañará a la cosa, no importando en cuáles manos esté; es un derecho absoluto, las facultades que goza se ejercitarán contra aquel que pretenda quitar el derecho a su titular, y cuyo contenido es el imperio que se atribuye a la cosa, el cual determina el conjunto de potestades y deberes que se confieren o imponen al titular.

Anteriormente, se dieron varias teorías que intentaron definir al derecho real, en un mayor sentido diferenciándolo del derecho personal como medio para construir algún concepto; tres de las teorías fueron las siguientes:

Teoría Clásica o Teoría Dualista

Esta teoría consideraba que el derecho real se compone por la relación en la que el titular ejerce un poder inmediato sobre la cosa mediante una relación directa y con eficacia "erga omnes".

En contraste con el derecho de obligación que supone un ligamen jurídico entre dos sujetos de derecho, el derecho real se caracteriza por el reconocimiento de un poder directo sobre un objeto que de esta manera queda jurídicamente vinculado al sujeto.

A pesar que señala ciertos elementos fundamentales del derecho real, la teoría clásica encuentra ciertas críticas a su definición. Es como de esta forma algunos autores creían que era erróneo pensar que el derecho real es una relación entre hombre y la cosa, ya que la relación jurídica se da siempre entre personas, y para aceptar una relación entre hombre y objeto, sería preciso admitir que la cosa estuviera obligada frente a la persona. De esta crítica se menciona que la objeción de que una relación jurídica establecida entre una persona y una cosa era inconcebible, no era suficiente para hacer imposible la idea del derecho real.

Con estas definiciones lo que se puso en evidencia fue que en distintos y determinados casos, el ordenamiento jurídico garantizaba la inmediata disponibilidad de un sujeto sobre una cosa, sin perjuicio de las relaciones jurídicas entre sujetos, que por consecuencia a tal garantía pudieran aparecer.

Teoría Personalista o Teoría Monista

A fines del siglo pasado, en Francia, se expuso que no existe diferencia substancial entre los derechos personales, porque en los primeros también existen

sujetos representados por cada uno de los integrantes de la comunidad, obligados a respetarlos⁵².

En efecto en el esquema de los derechos reales también hay un sujeto pasivo con obligación, es decir que el derecho real es concebido como un derecho personal en que los sujetos pasivos (los integrantes de la comunidad) están obligados al cumplimiento de una prestación (obligación de no hacer), todo esto se trata de la Obligación Pasiva Universal.

Esto significa, que el titular de un derecho real no se encuentra en relación con el objeto, sino que la relación jurídica existente se establecía entre el titular del derecho real y todos aquellos que componían la sociedad. En estos últimos recae el deber de abstenerse de todo acto que moleste el disfrute del titular del derecho real. Ya que la existencia de un sujeto pasivo universal no es una característica exclusiva de los derechos reales.

Además no existe en realidad una obligación pasiva ya que su incumplimiento no trae consigo una coacción patrimonial, sino simplemente se trata de un acto ilícito.

⁵² Alpizar Monge José Pablo. Op. cit. Pág. 152

Teoría Ecléctica

Esta teoría critica la corriente clásica y la personalista, por haber tenido en cuenta sólo unos de los aspectos del derecho real, la primera el interno que consiste en la relación del titular con la cosa y la segunda el externo, compuesto por la relación del titular con todos los terceros que forman la comunidad. Es fácil encontrar a los sujetos a los que se refiere el derecho real y estos son todos los no propietarios.

La doctrina clásica hace hincapié en la relación directa e inmediata de la persona con la cosa, olvidando el aspecto externo. Esta relación es de aprovechamiento económico y no jurídico, construyendo el concepto de derecho personal sobre la base de la relación del acreedor y el deudor (relación jurídica). El derecho real fue concebido enfocando la relación entre el titular y la cosa (relación económica). Tal aspecto establece gran diferencia con el derecho de crédito, en donde el derecho como se mencionó puede hacerse valer únicamente contra el deudor.

Mientras que la teoría personalista detalla la relación jurídica, olvidando la relación de la persona con la cosa, el contenido económico del derecho.

Actualmente la doctrina parece manejar un concepto más uniforme, pronunciándose al respecto sin encontrar grandes diferencias en cuanto a su definición. Se denomina al derecho real como aquel que por contraste con el derecho de obligación, que supone un ligamen jurídico entre dos sujetos de derecho, se caracteriza por el reconocimiento de un poder inmediato sobre un objeto, que de esta forma, queda jurídicamente vinculado al sujeto⁵³.

En suma, las características básicas que acompañan al derecho real son: la inherencia, la eficacia erga omnes, el derecho de persecución y el carácter directo e inmediato, como bien lo manifiesta Gatti en su definición del derecho real diciendo que es *“un poder jurídico, de una persona sobre una cosa, reglado por la ley, en virtud del cual se puede obtener directamente de ella, todas, algunas, o alguna de sus utilidades, con exclusión de ingerencias extrañas, y que con suficiente publicidad, se adhiere y sigue a la cosa, pudiendo oponerse a cualquier interesado”*.⁵⁴

⁵³ Garrido Falla Fernando. Op. cit. Pág. 256

⁵⁴ Gatti Edmundo. (1975) Teoría General de los Derechos Reales. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Pág. 133

B. Clasificación de los Derechos Reales

Según ha señalado Brenes Córdoba, podemos encontrar dos clases de derechos reales: unos principales, como el de la propiedad y el de usufructo; y otros accesorios, como la hipoteca y la prenda⁵⁵.

Siendo que en los derechos principales hay una relación directa entre la cosa y la persona que incluye todos o algunos atributos del dominio, sin dependencia de un derecho creditorio; mientras que en los derechos accesorios se dan en función de garantía donde la relación es indirecta y el valor de la cosa es lo que garantiza el cumplimiento de una obligación, es decir dependen de un derecho de crédito al cual avalan.

Pero son muchos los criterios que se pueden utilizar para clasificar a los derechos reales, además de la mencionada líneas antes, y como tal son muchas las categorías utilizadas por los autores en sus estudios sobre los derechos reales.

Por lo dicho, señalaremos algunas de las clasificaciones propuestas por el autor Edmundo Gatti, entre las cuales se encuentran: Derechos reales sobre cosa propia o ajena; Derechos reales de goce o de garantía; Derechos reales

⁵⁵ Brenes Córdoba Alberto (1981). Tratado de los Bienes. Quinta Edición, San José: Editorial Juricentro. Pág. 22

transmisibles o intransmisibles; Derechos reales perpetuos o temporarios; Derechos reales sobre cosas inmuebles y muebles⁵⁶; y de las cuales daremos una breve explicación.

Derechos reales sobre cosa propia o ajena: el medio para clasificar a los derechos dentro de esta categoría será la posibilidad de que la propiedad sobre el objeto del derecho real, sea total o parcialmente de su titular o no.

Derechos reales de goce o de garantía: en los derechos de goce el titular puede extraer directamente de la cosa un beneficio, sin alterar su sustancia y en los de garantía el beneficio esta dado por la seguridad que brindan al crédito que garantizan.

Derechos reales transmisibles o intrasmisibles: son derechos transmisibles los que admiten el cambio en su titular por actos entre vivos o mortis causa, e intrasmisibles los que no admiten sucesión traslativa.

Derechos reales perpetuos o temporarios: son derechos reales perpetuos los que en principio duran indefinidamente mientras que los temporarios están sujetos a extinguirse por el paso del tiempo.

⁵⁶ Gatti Edmundo. Op. cit. Pág. 121-131

Derechos reales sobre cosas inmuebles y muebles: esta categoría se apoya en la naturaleza inmueble o mueble de la cosa sobre la que se ejercita el derecho real.

C. Distinción entre los Derechos Reales y Personales

Tradicionalmente el derecho real y el derecho personal han sido objeto de análisis y discusión por diferentes grupos que defendían tesis distintas en cuanto a los elementos que los caracterizaban, entre las cuales se encontraban la Teoría Dualista, las Teoría Monista y la Teoría Ecléctica; explicadas con anterioridad.

En palabras sencillas, un derecho personal es aquel que da la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, hacer o no, cualquier cosa y el derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa un beneficio mayor o menor.

Pero las ideas anteriores se basan en la comparación de dos figuras, lo que a su vez permite identificar cada concepto y verlo como construcciones distintas una de la otra. Pero son esos criterios diferenciadores, los que pueden variar de autor en autor y hacer surgir así discrepancias en cuanto al contenido de estos derechos, tomando como punto de partida las diferencias entre ambos.

De este modo, algunas de las características que diferencian a los derechos personales de los reales en los diferentes estudios son los siguientes: la esencia, los elementos, la inmediatez, el régimen legal, los modos de adquisición, la oponibilidad, la publicidad, el ejercicio, la permanencia, la duración, la exclusividad, la extinción, la inherencia y el contenido⁵⁷.

Dentro de los componentes mencionados la inherencia es el criterio más importante de distinción, pues en el derecho real el derecho va inherente a la cosa y se adhiere a ellas, mientras que en el derecho personal se necesita de la intervención del sujeto pasivo para poder disfrutar del objeto del derecho pues no se establece con las cosas inherencia alguna.

Es este aspecto objetivo el que identifica al derecho real, debido a que otras de sus características si son compartidas por otros derechos.

La esencia del derecho real debe definirse a partir de la inherencia del derecho a la cosa, no importando en cuales manos se encuentre. El derecho real es un derecho absoluto, el campo de tutela del que goza se ejercita así, contra cualquiera que pueda molestar o quitar el derecho a su titular⁵⁸.

⁵⁷ Gatti Edmundo. Op. cit. Pág. 51

⁵⁸ Sánchez Boza Ligia citada por Alpizar Monge José Pablo. Op. cit. Pág. 152

necesario que se den los tres elementos que integran la definición: primero, que exista un auténtico derecho subjetivo; segundo, que el derecho sea real, y tercero, que el objeto del mismo sea un bien de dominio público⁵⁹.

Es importante explicar los tres elementos que según González Pérez, integran dicho concepto, a saber:

Que sea un derecho subjetivo: El derecho subjetivo es un elemento necesario del derecho real administrativo, este derecho crea un conjunto de privilegios a favor de un sujeto particular, es un poder concreto confiado a un miembro de la comunidad, su esencia se manifiesta en el doble valor de la titularidad, como poder sobre una situación jurídica (facultad de disposición) y por ser lícitos sus actos dentro la esfera conferida (ámbito de lo lícito).

Que sea un derecho real: Es un derecho real porque recae sobre bienes dominiales, constituyendo un derecho real administrativo, que será no solo un derecho subjetivo sino que también un derecho real pues recae sobre cosas públicas y produciendo efectos *erga omnes* que lo hace ejercitable frente a todos incluso frente a la Administración que lo concede.

⁵⁹ González Pérez Jesús. (1975) Los Derechos Reales Administrativos. Segunda Edición, España: Editorial Civitas, S.A. Pág. 29

Que recaiga sobre un bien de dominio público: Los derechos reales administrativos son derechos reales cuyo objeto es siempre un bien de dominio público. Cuando se trata de derechos reales administrativos, esta realidad sobre la que recae el haz de facultades reconocidas al concesionario no es otra que una cosa de dominio público. Si se considera el dominio público como una propiedad administrativa, el objeto de los derechos reales administrativos será siempre la misma cosa que es objeto del dominio público. Es indudable que todos los derechos reales que recaigan sobre dominio público han de ser administrativos, pues los derechos reales civiles son incompatibles con el dominio público⁶⁰.

El derecho real recae sobre cosas y si estamos en presencia de los derechos reales administrativos recaerá sobre cosas públicas como lo son los bienes de dominio público, lo que conlleva la aplicación de un régimen jurídico exclusivo, que señale los usos y restricciones para que se de la utilización privativa del bien público.

⁶⁰ González Pérez Jesús. Op. cit. Pág. 35, 53,54.

B. Naturaleza Jurídica del Derecho Real Administrativo

El derecho real administrativo es un verdadero derecho real, que tiene su origen en el uso preferencial que a un particular se le reconoce sobre una cosa perteneciente al dominio público, el cual tiene eficacia erga omnes.

La naturaleza jurídica de los derechos reales administrativos es en palabras de Fiorini, *“un derecho real sobre la cosa administrativa y regido también por el derecho administrativo”*.⁶¹

Son derechos reales pero no de naturaleza privada; son derechos reales administrativos, teniendo ambas características importantes consecuencias en su régimen jurídico. Se trata de una figura propia del derecho administrativo debido al hecho de que recae sobre un bien demanial del cual la administración pública es el sujeto titular. Por tanto se rige exclusivamente por los principios del derecho administrativo y las leyes o disposiciones administrativas.

Al respecto, Altamira señala que *“los derechos reales administrativos no se rigen por el derecho civil sino por el derecho público, o sea, administrativo, pues sus características son ser temporario y revocable en el interés de servicio”*.⁶²

⁶¹ Fiorini citado por Alpizar Monge José Pablo. Op. cit. Pág. 186

⁶² Altamira Pedro Guillermo. Op. cit. Pág. 681

C. Elementos del Derecho Real Administrativo

Son tres los elementos reconocidos por la doctrina como componentes de los derechos reales, dentro de los cuales es el elemento objetivo, la cosa inmediata sobre el cual recaen los derechos, los que a su vez tendrán un sujeto titular y las facultades que se le darán a este forman el contenido del derecho real administrativo, y sobre los mismos detallamos que:

C.1 Sujetos

Dentro de la teoría general de los derechos reales, al hablar del sujeto activo, se refiere a la persona en general sin hacerse distinción dentro de esta categoría, incluyendo también a las personas de existencia ideal como es el caso de las personas jurídicas.

De esta manera, en los derechos reales administrativos, existe un sujeto activo específicamente determinado, que es *"la persona, física o jurídica -pública o privada-, a la que se confía la situación de poder concreto en que el mismo consiste"*.⁶³

⁶³ González Pérez Jesús. Op. cit. Pág. 49

Para ser sujeto activo es necesario reunir la aptitud para ser titular del derecho. Pero, pese a que la persona cumpla con los requisitos para serlo, la ley puede establecer limitaciones concretas en casos específicos, encontrándose así, ciertas personas impedidas por ley para ser sujetos activos, en razón de alguna circunstancia particular.

Tal es el caso en Costa Rica, de los extranjeros, en el supuesto de solicitar concesiones sobre la zona marítimo terrestre⁶⁴.

Al respecto señala González Pérez, *“en atención a la naturaleza de los bienes objeto del derecho real administrativo, la legislación administrativa establece algunas limitaciones al excluir, en ocasiones, a los extranjeros de la posibilidad de ser titulares de aquellos”*.⁶⁵

Entonces entendemos que la capacidad para ser sujeto activo dependerá de la legislación, pues difieren los requisitos a reunir de un ordenamiento a otro, existiendo sistemas distintos que imposibilitan el señalar un criterio unívoco sobre quien es el sujeto titular del derecho real administrativo de manera estandarizada para todos, pues depende como ya dijimos, del régimen jurídico que se aplique.

⁶⁴ En este sentido el artículo 47 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre del 2 de marzo de 1977, establece en sus incisos a, c y d, que no se otorgaran concesiones por su orden, a extranjeros que no hayan vivido en el país por lo menos durante cinco años; a entidades constituidas en el país por extranjeros o cuyo capital corresponda en más de un cincuenta por ciento a los mismos.

⁶⁵ González Pérez Jesús. Pág. 49

En cambio, el sujeto pasivo lo conforman un conjunto de personas indeterminadas, es cualquiera, tomando en cuenta la eficacia erga omnes que el derecho real administrativo despliega como característica de todo derecho real.

Antiguamente la jurisprudencia francesa considero que la eficacia típica de los derechos reales, se quebraba en el caso de los derechos reales administrativos, ya que estos podían ser ejercitados frente a todos menos a la Administración concedente; frente a ésta el concesionario solo era un poseedor en precario, es decir, ostentaba un derecho revocable previa indemnización⁶⁶.

Pero a partir de 1906, en Francia, se da un importante cambio jurisprudencial, el cual reconoce que el concesionario va poder ejercitar frente a la colectividad su derecho, incluso frente a la Administración, salvo la línea de precariedad, línea muy estrecha que deja al titular del derecho real toda una esfera de acción, como la tiene el propietario declarado su bien de utilidad pública para ser objeto de una expropiación⁶⁷.

La conclusión a que al respecto ha llegado el autor González Pérez señala que *“mientras la Administración Pública no declare extinguido el derecho en aquellos casos en que sea posible- y con la exigencia de la indemnización-, su*

⁶⁶ González Pérez Jesús. Op. cit. Pág. 51

⁶⁷ Altamira Pedro. Op. cit. Pág. 681

*titular puede ejercitarla frente a todos, incluso frente a la Administración Pública... Ahora bien, en tanto no exista el acto ejecutivo, toda perturbación de la Administración Pública en el ejercicio del derecho real administrativo, implicaría una vía de hecho que permitiría al particular perturbado el ejercicio de las correspondientes acciones posesorias frente a la Administración Pública”.*⁶⁸

Consideramos que el sujeto pasivo son todas las personas, la comunidad social, inclusive la Administración concedente, salvo la ya comentada línea de precariedad y las consecuencias que de ella derivan.

C. 2 Objeto

Al tratarse de los derechos reales administrativos, la realidad sobre la que recae el haz de facultades reconocidas al sujeto titular del derecho, lo constituye una cosa de dominio público, siendo el objeto de lo que el titular podrá obtener, en forma directa, algún grado de utilidad.

El objeto o la cosa, deberá ser siempre un bien dominial pues de lo contrario su carácter de administrativo no tendría razón de ser. Ante, esta regla general existen dos excepciones, la primera cuando la Administración haya

⁶⁸ Altamira Pedro Guillermo. Op. cit. Pág. 52-53

acordado la retención bienes para estudio, investigación o explotación⁶⁹. La segunda excepción se configura cuando los bienes demaniales por alguna característica especial resultan incompatibles con el uso que les pretende dar el particular.

C. 3 Contenido

Contenido del derecho real es el poder o señorío de una persona sobre una cosa y que se traduce en una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa que constituye el objeto⁷⁰.

Es el conjunto de facultades que se reconoce a su titular sobre un bien de dominio público. Es muy difícil precisar, en una teoría general de los derechos reales administrativos, su contenido, pues -como ya señalaba Rigaud- el contenido de estos derechos es mucho más variado que el de los derechos civiles ordinarios, porque al recaer sobre dependencias de dominio público están sometidos a la reglamentación y a la acción de policía⁷¹.

Se desprende de la cita anterior que, intentar definir con claridad el contenido del derecho real administrativo resultaría una tarea extensa y compleja,

⁶⁹ Altamira Pedro Guillermo Op. cit. Pág. 54

⁷⁰ Edmundo Gatti citado por Alpizar Monge José Pablo. Op. cit. Pág. 238

⁷¹ Rigaud citado por González Pérez Jesús. Op. cit. Pág. 55

pues sería necesario entrar al análisis de cada concesión de uso especial posible sobre el bien demanial.

Dependerá pues, de los términos del contrato de concesión (forma típica de nacimiento del derecho) dónde se regulará por ejemplo lo relativo al plazo, fin, modo, facultades del concesionario, entre otras. Lo que obliga a analizar en cada caso la concesión específica, para conocer las distintas facultades dadas al sujeto activo, y así intentar construir un contenido específico del derecho real administrativo en cada caso.

§ 2. Nacimiento y Comercio Jurídico de los Derechos Reales Administrativos

A. Nacimiento

El derecho real administrativo recae sobre bienes de dominio público, por lo que su creación no puede darse por los modos típicos del derecho privado. Se encuentra limitada la constitución de los mismos por las características propias de los bienes demaniales y los mecanismos que utiliza el Estado en procura de evitar la salida de los mínimos de su patrocinio, los bienes de dominio público, constituye

un régimen jurídico especial, hace que sean excluidos del ordenamiento jurídico común de la propiedad ordinaria, como ha quedado dicho en los puntos anteriores, lo que implica la existencia de un régimen jurídico propio, singular y privativo, regulado por el Derecho Administrativo.

El nacimiento de los derechos reales depende de un acto administrativo, la concesión, como modo normal de surgir a la vida. Unido al anterior, se dan dos modos especiales de nacimiento de los derechos reales administrativos que son la ley y lo que la doctrina denomina como prescripción.

A.1 La Concesión

No se hará en este momento un estudio completo de la concesión administrativa, pero si hacemos referencia a la misma como medio de nacimiento de los derechos reales administrativos.

Es la forma típica del nacimiento de los derechos reales administrativos a favor de los particulares, cuyo fundamento jurídico radica en la disponibilidad jurídica que la Administración tiene sobre el dominio público de que es titular⁷².

⁷² González Pérez Jesús. Op. cit. Pág. 55

Es un acto administrativo realizado por el Estado cuando existe norma general que así lo autoriza, donde transfiere a otro sujeto de derecho, público o privado, físico o jurídico, un poder que antes no tenía, es decir, crea para este un nuevo estatus jurídico, al otorgarle ese derecho real administrativo.

La concesión sobre bienes demaniales crea derechos reales administrativos, que le confieren a su titular ciertos atributos similares al dominio, sin que llegue a ser propietario, como el hecho de poder otorgar garantías inscribibles en el Registro Público de la Propiedad con base en dichos derechos⁷³.

El nuevo derecho dado por la concesión, no puede ser calificado de existente hasta tanto no haya un acto administrativo que le permita surgir a la vida; y una vez consolidado el derecho, este le confiere al concesionario, un uso especial sobre el bien de dominio público concesionado.

La concesión es la vía normal de dar nacimiento al derecho real administrativo; siendo el título que faculta el uso privativo o extraordinario de los bienes dominiales, a favor de un particular dotándolo de un derecho de uso especial sobre un bien público visiblemente identificado.

⁷³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 5210-97 de las 16:00 horas del 2 de setiembre de 1997.

Queda claro que no bastan los llamados actos de tolerancia de la Administración, es necesario un acto inequívoco de la misma, para reconocer la intención de constituir el derecho a favor del sujeto y otorgarle así el uso privativo del bien. Por tanto las utilidades exclusivas sobre el bien dominial a favor del concesionario, configuran el contenido mismo de las concesiones.

A.2 La ley

González Pérez señala que *“cabe que la ley o una disposición general cree directamente el derecho real administrativo. Es la disposición general la que crea el derecho real administrativo sin necesidad de acto alguno posterior o del transcurso del tiempo por prescripción”*.⁷⁴

El derecho real surge *“ope legis”*, es decir, por fuerza de ley o de pleno derecho, siempre que se de el supuesto de hecho contemplado por la norma de modo general y abstracto⁷⁵.

Es la misma ley la que directamente hace surgir el derecho, estableciendo además, las condiciones previas que se deben cumplir para que tal derecho real nazca a la vida jurídica. De lo cual entendemos, que para que un derecho surja

⁷⁴ González Pérez Jesús. Op. cit. Pág. 58

⁷⁵ Altamira Pedro Guillermo. Op. cit. Pág. 682

mediante ley, esta debe estar referida desde su nacimiento, a regular una situación específica o lo que es lo mismo, otorgar este beneficio a sujetos previamente identificados.

Castrillo Arias señala que mediante *“ley o una disposición general se crean derechos cuando se den los supuestos de hecho contemplados en la norma, sin necesidad de una declaración de voluntad ulterior”*.⁷⁶

Por tanto, no se debe confundir este modo de nacimiento, con aquellos casos en que se exige como requisito una ley formal, como acto previo al otorgamiento de un derecho real administrativo, entiéndase, una ley marco que regule determinada situación pero que de la misma no deriva directamente el derecho.

Tal es el caso de este estudio, pues la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y la Ley Reguladora de la Ejecución y Desarrollo del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo son leyes que establecen los requisitos que debe cumplir el particular para poder llegar a ser concesionario demanial, pero requiere para el nacimiento del derecho, de un acto administrativo que lo haga surgir a la vida jurídica, no bastando la existencia de las mismas, pues resulta indispensable que los requisitos establecidos por ellas sean verificados por la Administración y

⁷⁶ Castrillo Arias José Pablo. Op. cit. Pág. 60

posteriormente se de un acto expreso que evidencie el nacimiento de una situación especial, para el particular (concesionario).

A.3 La Prescripción

Es importante, antes de referirnos a esta figura, indicar que la misma no es de aplicación en nuestro país, pero la analizaremos por encontrarse contemplada en varias legislaciones, tal como la española.

La prescripción es una forma excepcional de nacimiento de derechos reales administrativos, a favor de los particulares, consagrada, según indica González Pérez, por ejemplo en la Ley de Aguas y Ley de Puertos españolas⁷⁷.

En términos simples, podemos indicar que la prescripción es la forma de adquisición de un derecho real administrativo por el transcurso del tiempo, mediante la cual la persona para quien el derecho surge, alega la ocupación del bien de forma ininterrumpida por cierto plazo (estipulado por ley para que la prescripción pueda darse) y en virtud de ello se constituye a su favor un derecho subjetivo.

⁷⁷ González Pérez. Op. cit. Pág. 62 y 63

Es importante aclarar que mediante la figura de la prescripción no se crea a favor del particular un derecho de propiedad, ya que estamos en presencia de bienes públicos, cuya naturaleza impide cualquier apropiación individual y por tanto se habla de una prescripción distinta a la regulada por el derecho común (prescripción positiva).

De esta forma, por el transcurso de un determinado periodo de tiempo, el particular adquiere una situación distinta a la del resto de la colectividad, pues surge para este un derecho, similar al que se obtiene con las concesiones administrativas, las cuales conceden un uso especial o privativo al concesionario, como bien dispone Escola al señalar que *“el uso adquirido por prescripción, debe asimilarse al obtenido mediante una concesión de uso”*.⁷⁸

Concluimos entonces, que la prescripción es considerada en ciertas legislaciones diferentes a la costarricense, un medio para adquirir el derecho a utilizar privativamente ciertos bienes de dominio público, sin que los mismos salgan del patrimonio estatal; y que su aplicación requiere además, estar autorizada mediante ley formal, que determine el plazo y demás requisitos, para que el particular pueda acceder a tal derecho.

⁷⁸ Escola. Op. cit. Pág. 320

B. Comercio Jurídico

Una vez que nace el derecho real administrativo, el mismo es un derecho negociable aunque el bien de dominio público esta sustraído del tráfico jurídico, es decir, el derecho real administrativo podrá ser objeto de negocios jurídicos de derecho común.

Pero la naturaleza especial de los derechos reales administrativos presenta un régimen específico, el cual exige que se cumplan ciertos requisitos a la hora de realizar actos jurídicos de derecho privado sobre estos, entre los cuales podemos citar la necesaria comunicación del sujeto titular a la Administración previo a realizar actos con el derecho que ostenta⁷⁹. Es cuando conviene hacer el cuestionamiento de que tanto se podrá aplicar el régimen jurídico privado a esta clase de derechos ya que para los mismos existen en algunos casos limitaciones de carácter administrativo.

Por lo anterior, se vuelve necesario y hasta un requisito previo, la inscripción del nuevo derecho en el Registro respectivo y la autorización para actuar por parte de la Administración.

⁷⁹ González Pérez. Op. cit. Pág. 65

El primer requisito se da por razones de publicidad, orden y seguridad jurídica, pues el hecho de que sea la Administración la concedente del derecho no es suficiente, debiendo darse ineludiblemente la inscripción del mismo en el Registro Público, con el fin de obtener seguridad. Pues los derechos reales administrativos, una vez nacidos, viven en el tráfico jurídico⁸⁰.

En la legislación costarricense, se dan casos en que no se necesita la autorización de la Administración para comerciar el derecho, por ejemplo la Ley de la Zona Marítimo Terrestre permite al concesionario poner en garantía la concesión para pedir financiamiento a los Bancos y así invertir en el desarrollo de la misma, sin necesidad de una autorización previa de la Administración, pues la ley lo faculta⁸¹.

Otra situación se da en el caso de transmisión del concesionario a otro sujeto distinto al autorizado, donde si será indispensable autorización expresa de la Administración concedente, pudiendo incluso sancionarse con la pérdida del derecho, en ausencia del consentimiento dicho.

⁸⁰ González Pérez Jesús. Op. cit. Pág. 65

⁸¹ Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Artículo 67.

Consecuencia de lo anterior es la regla general que impone que el traspaso del derecho de concesión no puede efectuarse libremente, sino bajo los supuestos y en las condiciones que la propia ley establezca.

Así pues, ante el silencio del legislador en un caso concreto, la transferencia del derecho, sin la autorización del ente público concedente, debe entenderse como prohibida. Esta prohibición es mucho más rígida y evidente cuando se trata de la concesión de servicio público, pero también tiene aplicación en lo que a concesiones de dominio público se refiere⁸².

Es importante recalcar que de existir situaciones prohibidas dentro del tráfico jurídico para el concesionario, debe prohibírsele de manera expresa en el momento en que el derecho nace así como también advertirle las consecuencias en caso de un eventual incumplimiento.

Pero como señala González Pérez, *“algunas veces meramente se exige dar cuentas de los actos realizados a la Administración.... Otras veces se exige algo más, y la legislación prevé la necesidad de la autorización previa... Y por último, a veces se llega a la prohibición expresa de toda transmisión”*.⁸³

⁸² Procuraduría General de la República, Dictamen C-103-93 del 4 de agosto de 1993

⁸³ González Pérez Jesús. Op. cit. Pág. 66

TITULO II GARANTÍAS REALES SOBRE LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE

En este titulo estudiaremos varias figuras, que aunque diferentes, se relacionaran en lo que es el fin principal de este estudio. De este modo, en primer lugar, analizaremos un tipo concreto de concesión, denominado en doctrina como “concesión demanial” y las características que le son propias y la diferencian de los demás tipos de concesiones.

Ahondaremos también, en el tema de las concesiones en al zona marítimo terrestre, como bien dominical, y sus principales implicaciones.

Analizaremos la situación del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo como un caso especial contemplado en la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre del 2 de marzo de 1977, y los antecedentes que dieron origen a esta normativa específica.

Finalmente mencionaremos la estructura del Instituto Costarricense de Turismo y sus competencias en cuanto a esta zona. Y concluiremos

considerando las distintas garantías reales que pueden otorgar los concesionarios de este proyecto.

CAPITULO I LA CONCESIÓN SOBRE LA ZONA MARITIMO TERRESTRE COMO BIEN DE DOMINIO PÚBLICO Y SUS FORMAS DE APROVECHAMIENTO

En este Titulo II analizaremos la figura de la concesión sobre bienes de dominio público. Su aplicación en nuestro país y su aprovechamiento por parte de los particulares.

Estudiaremos la figura de la concesión sobre bienes dominicales pero aplicada a un bien específico, que el caso de este estudio será la zona marítimo terrestre. De esta forma, profundizaremos en el tema de la zona marítimo terrestre, su concepto y demanialidad, las zonas que la conforman y las formas de aprovechamiento particular sobre la misma.

Por último, analizaremos la figura de la garantía de manera general y en detalle las formas de garantías existentes, para de este modo poder adentrarnos en el tema de las denominadas garantías reales y su aplicación práctica por medio de la hipoteca y el fideicomiso.

Sección I La Figura de la Concesión sobre Bienes Demaniales

En esta Sección abarcaremos el tema de las concesiones sobre bienes de dominio público y las generalidades que sobre la misma se dan en Costa Rica. Entre los puntos a tratar se encuentra el concepto, sujetos, objeto y comercio jurídico. Haciendo además, un análisis detallado de las diferentes teorías que en cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de concesiones se han dado, y que nos permitan deducir cuál es la corriente que al respecto, sigue nuestro ordenamiento jurídico.

En el párrafo segundo, nos centraremos en el tema de las concesiones en la zona marítimo terrestre como bien dominial. Haremos un análisis jurídico de la normativa que, a lo largo de los años, se ha creado para regular esta zona. Estudiaremos también, el concepto de la zona marítimo terrestre y los caracteres que permiten considerarla un bien dominial, su composición territorial y los modos en que puede ser utilizada por los particulares. Mencionando en todos estos puntos, lo que al respecto han indicado los dictámenes de la Procuraduría General de la República y la jurisprudencia de nuestro país.

Abarcaremos además, el tema de las garantías, sus generalidades, concepto y los distintos tipos de garantías existentes. Señalaremos las

características que componen el conjunto denominado garantías reales y en que forma la Ley Reguladora del Polo Turístico Golfo de Papagayo y la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre permite que las mismas sean otorgadas por sus concesionarios.

Al final, analizaremos las cualidades que contienen la hipoteca y el fideicomiso, que permiten incluirlas dentro de la categoría de garantías reales.

§ 1 Generalidades sobre Concesiones en Costa Rica

A. Concepto

Concesión es el acto mediante el cual se da a los particulares la facultad de realizar actividades que son propias del Estado, es mediante esta figura del derecho administrativo que se permite a los habitantes llevar a cabo distintos actos de uso y explotación de los bienes de dominio público.

En palabras del autor Ariel Vergara *“la concesión es el acto de la autoridad que crea a favor de un particular una capacidad o un derecho nuevo o que transfiere al particular un derecho que es propio de la administración y del que*

*este carecía totalmente. De esta manera, por la concesión se amplía la esfera jurídica del particular”.*⁸⁴

Y según Serra Rojas *“la concesión será el acto administrativo por medio del cual se confiere a una persona extraña a la administración, una nueva condición jurídica, un nuevo derecho subjetivo”.*⁸⁵

Según las definiciones citadas podemos concluir que la concesión es entonces, un procedimiento eficaz dentro de la estructura social, para entregar a manos particulares ciertas actividades que por diversas razones el Estado no está en condiciones de desarrollar, ya sea por su incapacidad económica o porque así lo estima más conveniente para el beneficio común.

Extractando, podemos señalar como las características esenciales que conforman la definición de concesión los siguientes aspectos:

- Es uso privativo a favor de personas determinadas, limitando así el uso de personas ajenas al título jurídico que faculta al concesionario.

⁸⁴ Vergara Ariel. (1965) La concesión: Acto administrativo creador de derechos, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Pág. 28

⁸⁵ Serra Rojas Andrés. (1961) Derecho Administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia, segunda edición. México: Librería de Manuel Porrúa. S.A.

- Asigna al titular de la concesión un carácter excluyente para hacer uso y aprovecharse del bien sobre el cual recae el derecho.
- Es de carácter constitutivo, el cual consiste en la creación de un derecho que antes no existía, un derecho nuevo que otorga diversas facultades y significa un aumento del patrimonio del concesionario.
- El otorgamiento de la concesión es un acto discrecional de la Administración, debiendo seleccionar, el sujeto que reúna las mejores y más adecuadas condiciones.
- Es estable por dos razones distintas, la primera es el otorgamiento por plazos de disfrute bastante amplios que permitan así el desarrollo de determinada actividad y para su extinción exige que las causas estén claramente señaladas⁸⁶.

La concesión consiste básicamente, en una delegación de potestades que realiza la Administración a uno o varios administrados individualmente identificados, consistiendo tal cometido en la concesión pública, un servicio público o aquella que permite el uso del dominio público.

⁸⁶ Ver al respecto los artículos 48 y 52 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre N° 6043 del 2 de marzo de 1977.

Ahora bien, dentro del instituto general de la concesión, la concesión administrativa es una categoría especial; y dentro de la cual, la concesión de uso de bienes públicos constituye solo una manifestación particular. Es decir, que la concesión administrativa puede referirse a facultades, a la propiedad de un bien, a cosas y a servicios públicos⁸⁷.

Lo anterior, en virtud de que el Estado se encuentra facultado para contratar con los particulares de diversas maneras, ya sea mediante la concesión a un individuo para que preste un servicio que corresponde al Estado realizar; mediante las concesiones de obra pública en las cuales él contrata para que el concesionario realice la construcción de carreteras y puentes, entre otras obras de infraestructura, y por último se da la concesión que permite delegar en manos individuales el uso y la explotación de los bienes dominiales.

Vemos así, que el concepto de concesión no es único dentro del derecho administrativo, pues varía dependiendo del objeto mismo sobre el que recae cada concesión.

En cuanto a las concesiones sobre bienes de dominio público en particular, el término concesión implica el acto administrativo que confiere a un particular el

⁸⁷ Contreras Briceño Shirley Eugenia. (1990). Las concesiones de dominio público: referencia a la materia forestal. Tesis de Graduación para optar al grado de Licenciada en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. Pág. 197.

derecho de usar de manera privada, una parte específica de un bien público, cuyo efecto esencial es crear para el concesionario un derecho preferente o especial para usar de manera exclusiva el bien concedido.

También se le conoce como concesión demanial, definida así por el autor Garrido Falla, *“la cual otorga al particular un uso privativo mediante la ocupación de una parte del dominio público, de tal forma que queda excluida, al menos en cuanto a ella, la utilización de los demás”*.⁸⁸

Ya en el Título I de este estudio se explicó en que consiste el dominio público y las características del mismo entre las cuales se encuentra el hecho de ser para el disfrute de la generalidad de las personas pero en algunos casos se autoriza para un sujeto particular el aprovechamiento individual del mismo, sin que esto signifique un cambio en la demanialidad del bien dado en concesión, es decir, la salida del bien del patrimonio estatal, sino más bien significa un medio que le permite al concesionario contratar con el Estado.

La concesión sobre bienes públicos se puede definir como el acto administrativo que otorga un uso privativo del dominio público⁸⁹ de lo cual se desprende que para dar nacimiento a la concesión se requiere de la existencia de

⁸⁸ Garrido Falla. Op. cit. Pág. 398

⁸⁹ Reyes Riveros Jorge. (1960) Naturaleza jurídica del permiso y la concesión sobre bienes nacionales. Chile: Editorial Jurídica de Chile. Pág. 228

un acto administrativo, un acto jurídico de la Administración quien en el ejercicio de sus funciones crea a favor del particular un derecho subjetivo.

Es mediante este tipo de concesión, que nace un título habilitante, otorgado por la Administración, que confiere al particular la posibilidad de utilizar un bien de dominio público con carácter excluyente, constitutivo, estable y explotable.

Dicho uso especial del dominio público, tendrá como fin el aprovechamiento y la obtención de algún tipo de rendimiento económico, como contrapartida al cánón que el Estado recibe por estos beneficios.

En el ordenamiento costarricense no existe una ley que establezca, en forma general, cual es el régimen jurídico aplicable a todas las concesiones dominiales, sino que se limita a establecer mediante leyes especiales y sus respectivos reglamentos, es decir, se regula en atención del bien público del que se trate y no de manera general.

B. Sujetos

B.1 Sujeto Concedente

El Estado, como persona jurídica que es, contrata con los particulares para que estos puedan, realizar dentro de la ley y de manera eficaz, distintas actividades, por esta razón se le denomina sujeto concedente o sujeto activo.

Esta cualidad de ser sujeto activo de las concesiones se manifiesta cuando el Estado concede al particular un derecho especial de uso sobre alguna dependencia del dominio público. Demandando para la efectividad de dicha asignación de facultades, que el ente gubernativo que en nombre del Estado lleve a cabo el acto administrativo, tenga asignada la competencia para hacerlo, en virtud del principio de legalidad que rige las actuaciones de la Administración Pública.

Será pues, el Estado, por medio del órgano o ente facultado legalmente, el que otorga los derechos especiales de uso sobre bienes dominicales, adquiriendo así una serie de prerrogativas que se deben respetar en beneficio de quien explote la concesión, tal como el plazo y las demás condiciones estipuladas en el contrato de concesión.

De manera recíproca, el Estado tendrá también responsabilidades frente a los administrados, debiendo ejercer su poder de policía ante cualquier posible abuso del concesionario que afecte y desvíe la finalidad del bien público.

B. 2 Concesionario

Como contraparte del sujeto activo se encuentra el concesionario, quien es la persona a cuyo favor se otorga una concesión, se le denomina también sujeto pasivo.

El concesionario, para llegar a serlo, debe cumplir primero una serie de requisitos y una vez constituido el derecho a su favor, se obliga a respetar todas las cláusulas contempladas en el contrato de concesión tales como el pago del canon y el desarrollo del uso asignado al bien de dominio público. Significando que el uso diferencial que adquiere, tiene la doble característica de ser un derecho y una obligación.

En principio, toda persona física o jurídica puede ser titular de una concesión de uso, siempre que cumpla con los requisitos que consagra la ley que regule las concesiones de un bien dominial determinado. Y de manera supletoria atenerse a lo que establece la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho especial que adquiere el concesionario de bienes públicos, en doctrina se han dado diversas tesis que intentan explicarla, pero actualmente la tesis que prevalece, aunque no en forma unánime, es la que considera a los derechos del concesionario dentro de la categoría denominada "*derechos reales administrativos*", cuyas características ya fueron enumeradas en el título primero de este trabajo y cuya posición nos parece la más acertada⁹⁰.

Siendo los presupuestos esenciales de la teoría de los derechos reales administrativos los siguientes:

La concesión de uso es creadora de un derecho subjetivo a favor del concesionario: La concesión dominial no crea una mera situación de tolerancia o expectativa, sino que al contrario, otorga un derecho protegido por el ordenamiento jurídico, y que se refiere a la posibilidad de usar de manera privativa todo o parte de un bien dominial⁹¹. Situación que se ve sustentada por el hecho de que el concesionario puede ejercer su derecho incluso frente a la Administración concedente y ante terceros.

⁹⁰ Ver en este sentido: Garrido Falla. Op. cit. Pág. 447-452; Marienhoff. Op. cit Pág. 360-363; Escola. Op. cit. Pág. 1012.

⁹¹ Quesada citado por Alpizar Monge. Op. cit. Pág. 133

Naturaleza real del derecho subjetivo que otorga la concesión

dominial: El carácter real del derecho se da al otorgarle al concesionario un poder jurídico sobre la cosa pública, que puede hacer valer frente a cualquiera, incluso frente a la Administración concedente. Y que lo faculta además, para hacer un uso exclusivo del bien sobre el que recae el derecho.

El derecho real que otorga la concesión de uso es de naturaleza

administrativa: dada la naturaleza de los bienes dominiales, los derechos que sobre ellos se constituyan deben ser necesariamente administrativos, puesto que tales bienes están excluidos del comercio jurídico privado, pudiéndose realizar respecto a ellos, únicamente aquellos negocios jurídicos que se enmarquen dentro del ámbito de derecho administrativo⁹².

C. Objeto

Dentro del contrato de concesión el objeto es la facultad que se le concede al sujeto pasivo de aprovechar un bien del régimen dominial, pues el objeto de un contrato es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo.

⁹² Bielsa. Op. cit. Pág. 187

Sin objeto, no puede haber contrato; es un elemento tan esencial como la existencia de dos sujetos⁹³.

Los objetos más comunes de las concesiones son los que se refieren a bienes de servicios públicos, obras públicas y dominio público. Dentro de esta última categoría ubicaremos las concesiones en la zona marítimo terrestre ya que esta comprende parte del dominio público de conformidad con la Ley N° 6043⁹⁴.

En suma, el objeto de la concesión de bienes dominicales, es otorgar el uso exclusivo de una parte de un bien dominical al concesionario para realizar los fines que se determinan en el acto de concesión.

D. Naturaleza Jurídica

No existe en doctrina un criterio unánime respecto a cual es la naturaleza jurídica del acto que otorga las concesiones y en este sentido se han dado variadas opiniones sin existir hasta el momento una posición única.

⁹³ Bercaitz Miguel Ángel. (1980) Teoría General de los Contrato, segunda edición, Buenos Aires: Ediciones De Palma. Pág. 276

⁹⁴ Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Artículo 1.

Dentro de las posiciones existentes son tres las más importantes teorías denominadas: teoría del acto administrativo unilateral, teoría contractual de la concesión y teoría del acto mixto, las cuales explicaremos de seguido.

D.1 Teoría del Acto Unilateral

Esta teoría sostiene que para el surgimiento de la concesión demanial, basta con un acto unilateral el cual no requiere la intervención del concesionario, sino que el mismo nace y se perfecciona con la sola voluntad de la Administración.

Autores como González Vergara y Reyes Rivero consideran que la participación del administrado no concurre junto con la voluntad de la Administración para la creación del acto de concesión⁹⁵.

La intervención del concesionario se da en dos momentos, el primero es antes del nacimiento del acto de concesión al solicitar la misma, poniendo en marcha a la Administración y un segundo momento en que el concesionario, una vez otorgada la concesión a su favor, se limita a aceptarla o no.

⁹⁵ González Vergara Ariel. Op. cit. Pág. 107 y Reyes Rivero Jorge. Op. cit. Pág. 229

Por lo que la voluntad del particular solo representará un presupuesto para la eficacia del acto, el cual no será eficaz hasta tanto no se de una manifestación positiva por parte del sujeto concesionario.

Reyes Rivero señala que *“son actos emanados de una autoridad y perfectos solo una vez que esta emanación tenga lugar. La voluntad del particular influye sobre su eficacia, pero no sobre su existencia o validez. Ella (la voluntad del particular) debe considerarse como un presupuesto del acto o como una condición, que subordina los efectos del acto mismo a la aceptación o a la renuncia del particular”*.⁹⁶

La concesión es un acto jurídico unilateral que se somete por un mandato del poder público a una situación legal determinada, y donde el concesionario solo interviene para aceptar el pliego de condiciones preestablecidas por la Administración.

Pero pese a ser considerado un acto unilateral, esta teoría reconoce derechos y obligaciones concurrentes para la Administración y el concesionario, y que para este último surge además, un derecho público subjetivo⁹⁷.

⁹⁶ Reyes Rivero Jorge. Op. cit. Pág. 229

⁹⁷ Escola citado por Contreras Briceño Shirley. Op. cit. Pág. 208

D.2 Teoría Contractual

Los partidarios de esta tesis sostienen el carácter bilateral del acto administrativo, considerando la reunión de ambas voluntades (sujeto concedente y concesionario) indispensables para que surja la concesión.

Sin la voluntad del concesionario no se concibe la existencia del acto de concesión, pues la misma no puede ser considerada como un simple requisito de eficacia, sino que se presenta como un elemento esencial dentro de la relación.

Para Marienhoff *"la concesión de uso no solo es bilateral en cuanto a su perfeccionamiento, sino también en lo que respecta a sus efectos, es decir, considerada como negocio jurídico, ya que la misma crea derechos y obligaciones recíprocas para ambas partes"*.⁹⁸

No hay ningún obstáculo que se oponga teóricamente a que en las concesiones demaniales se utilice una técnica contractual; será el derecho positivo el que resolverá la cuestión en uno u otro sentido⁹⁹.

⁹⁸ Marienhoff. Op. cit. Pág. 352

⁹⁹ Garrido Falla. Op. cit. Pág. 546

Pero los autores que defienden esta posición, reconocen que la concesión presenta, sumado al elemento contractual, un aspecto reglamentario que si podría ser modificado unilateralmente por el Estado en el ejercicio del poder de policía.

Serán entonces, los aspectos fundamentales de la concesión, pactados de manera contractual, los que no pueden ser variados de forma unilateral por ninguna de la partes de la relación, tales como duración de la concesión y las causas de caducidad de la misma, obligaciones pecuniarias del concesionario, entre otras.

Y el aspecto reglamentario comprende el modo en que el particular deberá ejercitar el derecho concedido a su favor y cual puede ser modificado en cualquier momento por la Administración, pues tal facultad de cambio queda excluida de la concepción contractualista de la concesión¹⁰⁰.

D.3 Teoría del Acto Mixto

Esta teoría sostiene que el acto de concesión es un acto mixto o complejo pues contiene elementos contractuales y reglamentarios.

¹⁰⁰ Marienhoff. Op. cit. Pág. 354

Según Fraga, *"mediante la concesión se organiza la explotación de ciertos bienes, teniendo en cuenta para ello, el interés colectivo vinculado con el regular y mejor aprovechamiento de las riquezas naturales, o bien, se limita a someter dicha explotación a las disposiciones legales o reglamentarias existentes. Y es indudable que en este aspecto la concesión no tiene carácter contractual puesto que no se crea una situación jurídica individual por el concurso de varias voluntades, que tengan entre sí una recíproca interdependencia. El acto jurídico que en esas condiciones existe es creador de una situación jurídica general o la condición para que una situación de esta naturaleza se aplique a un caso concreto... Por otra parte, puede decirse que la concesión tiene también un carácter contractual, puesto que la facultad que posee el concesionario de aprovechar los productos que se obtengan de la explotación, si nace en virtud de las partes, representando dicha facultad, una situación de carácter individual para el concesionario"*.¹⁰¹

De esta forma, el aspecto reglamentario encierra las pautas que establecen la forma en que el particular ejecutará el derecho obtenido, poderes y deberes relativos al funcionamiento del servicio las cuales son modificables por la Administración sin requerir para ello consentimiento del concesionario, pues se trata de actos unilaterales de esta.

¹⁰¹ Fraga citado por Contreras Briceño Shirley. Op. cit. Pág. 13-14

Mientras que las cláusulas contractuales se refieren a condiciones pactadas por las partes, obligándose de manera recíproca al cumplimiento de las mismas.

Los seguidores de esta tesis ponen el aspecto reglamentario por encima del elemento contractual, pues consideran que el primero es fundamental para la relación pues establece la organización y funcionamiento de la concesión, y el segundo aspecto se refiere a obligaciones contratadas por las partes.

D.4 Posición de nuestro Ordenamiento Jurídico

Garrido Falla señala, *"conviene saber si en el otorgamiento de estas concesiones utiliza la Administración Pública la técnica contractual. Hay, desde luego, una corriente doctrinal negadora que configura la concesión demanial como un acto administrativo unilateral en el que la voluntad del concesionario representa simplemente un presupuesto o requisito de su eficacia. Y si bien es cierto que la construcción unilateralista ofrece menos dificultades que en la relación con servicios públicos, debemos reiterar aquí la posición que expusimos al tratar dicha materia: no hay ningún obstáculo que se oponga teóricamente a que en las*

concesiones demaniales se utilice una técnica contractual; será el derecho positivo el que resolverá la cuestión en uno u otro sentido". ¹⁰²

Nuestra Constitución Política regula, -aunque no de manera expresa-, las concesiones de uso de dominio público, en los artículos 121 inciso 14 y 140 inciso 19¹⁰³, dentro de los cuales se prevé la posibilidad de dar en concesión los bienes considerados como dominio del Estado y la posibilidad de explotar los servicios públicos mediante contratos, así como el dominio público, el cual forma parte de las llamadas "riquezas del Estado".

¹⁰² Garrido Falla Fernando. Op. cit. Pág. 461-462

¹⁰³ **Artículo 121 inciso 14:** Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación.

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:

- a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional;
- b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;
- c) Los servicios inalámbricos.

Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores solo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.

Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales estos últimos mientras se encuentren en servicio no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado.

Artículo 140 inciso 19: Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

19) Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado.

La aprobación legislativa a estos contratos no les dará carácter de leyes ni los eximirá de su régimen jurídico administrativo. No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales.

En las normas transcritas se equipara la concesión con los contratos administrativos, pues ambas figuras comparten una serie de elementos entre ellos, tal como requerir un acuerdo de voluntades del que surgen obligaciones para ambas partes, sujetos a un régimen de derecho público, etc.

Además las concesiones de instalaciones públicas y concesión de gestión de servicio público se encuentran reguladas en diversas leyes, y de manera general dentro de la Ley de Contratación Administrativa, la cual es el instrumento legal que regula en nuestro país los contratos administrativos.

Por tanto inferimos que es la tesis contractual la adoptada por nuestro ordenamiento jurídico, la cual se aplicará también a las concesiones sobre bienes de dominio público, y en este sentido se ha manifestado la Procuraduría General de la República, al indicar que *“en la medida en que la concesión de uso constituye un contrato, la Administración está autorizada por el ordenamiento para hacer uso de sus poderes de rescisión y resolución administrativas, que son potestades implícitas en todo contrato administrativo. El artículo 11 de la Ley de la Contratación Administrativa señala como motivos justificantes del ejercicio de la potestad la fuerza mayor, caso fortuito o por interés público. Este último motivo es retomado por el artículo 73, in fine de la Ley de la Contratación Administrativa en relación con la concesión de instalaciones públicas para la prestación de servicios complementarios del servicio público. El interés público justifica poner fin a la*

*relación contractual y, por ende, la recuperación de las instalaciones públicas por parte de la Administración”.*¹⁰⁴

Otro ejemplo de que la tesis contractual es la aceptada por el ordenamiento costarricense se da con respecto a la zona marítimo terrestre, pues el artículo 54 de la Ley 6043 dispone que *“de cada concesión deberá extenderse el respectivo contrato con los requisitos que señale el reglamento”.*¹⁰⁵

Contrato que el Reglamento a la ley de la zona marítimo terrestre define como un *“pacto o convenio entre la municipalidad de la jurisdicción respectiva y el concesionario, por medio del cual se formaliza la concesión y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas ambas partes”.*¹⁰⁶

Debiendo entender dicho contrato, como de carácter administrativo, pues una de las partes intervinientes será la Administración, con un fin público, regido por normas de derecho público y el cual generará derechos y deberes para ambas partes contratantes.

¹⁰⁴ Procuraduría General de la República, Dictamen 083 del 28 de abril del 2000 dirigido al señor Rodolfo Méndez Mata, Ministro de Obras Públicas y Transportes.

¹⁰⁵ Ley de la zona marítimo terrestre, Artículo 54.

¹⁰⁶ Reglamento a la ley de la zona marítimo terrestre, Artículo 2 inciso k.

E. Comercio Jurídico

Como ya hemos indicado, el régimen jurídico que define a los bienes de dominio público, impide que sobre los mismos puedan darse apropiaciones de forma privada por parte de los particulares, en razón de las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de dichos bienes públicos.

Escola, en cuanto al comercio jurídico con la concesión, señala que *“ésta al igual que los permisos de uso, puede ser transferida o cedida con previa autorización de la administración cuando haya sido otorgada intuitu personae y en el caso de que no hubiera sido otorgada con tal carácter, no requiere tal autorización previa”*.¹⁰⁷

Acerca de este tema, Bercaitz ha señalado que *“la intransferibilidad pertenece también a la naturaleza de los contratos administrativos.- Como hemos dicho, los contratos administrativos se celebran fundamentalmente intuitu personae. La Administración Pública no tiene libertad para contratar con cualquier persona la concesión de un servicio público, la ejecución de una obra, la prestación de un servicio, la ocupación de un bien del dominio público, la colocación de un empréstito, etc.- Es necesario, antes que nada, solvencia económica en relación a la importancia de la obra o del servicio público a prestar.*

¹⁰⁷ Escola citado por Contreras Briceño Shirley. Op. cit. Pág. 210.

Luego, solvencia moral, ya que las obligaciones contraídas con la Administración Pública, por lo mismo que se vinculan con un fin público o pueden afectar una necesidad pública, deben cumplirse con absoluta lealtad y buena fe (...) interesa al Estado evitar toda clase de contratos con trust, cartels, holdings, etc., que en un momento dado pueden paralizar su actividad y afectar su seguridad exterior e interior, mediante maniobras de carácter financiero y económico".¹⁰⁸

Sobre el mismo punto, Marienhoff apunta "el fundamento de la originaria prohibición de 'ceder' o 'transferir' el contrato, o de 'sub-contratar' ya se esté en presencia de un contrato celebrado 'intuitu personae', o de un contrato celebrado 'intuitu rei', o ya se esté en presencia de un contrato que ponga a cargo del cocontratante 'obligaciones' o que le otorgue a éste 'derechos', consiste en que, aún cuando lo 'intuitu personae' no fuere decisivo, siempre la 'persona' del cocontratante es de fundamental importancia, en el sentido de que debe tratarse de una persona de 'buenos' antecedentes, o por lo menos que no los tenga 'malos'. La 'persona' del cocontratante es siempre de importancia para la Administración, quien no puede contratar con 'malas' personas ni aún tratándose de contratos de 'atribución' o en los celebrados 'intuitu rei' y como la actividad que despliega la Administración debe tender al 'bienestar general' se estima que para

¹⁰⁸ Bercaitz Miguel Ángel. (1980) Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda Edición, Buenos Aires: Ediciones Depalma. Pág. 353.

lograr éste el colaborador voluntario de la Administración Pública debe ser persona 'buena' o por lo menos 'no mala'. Razonablemente, el bienestar general sólo puede lograrse con la actuación de personas 'buenas'. De las personas 'malas' poco puede esperarse. De ahí que, habiéndose aceptado como cocontratante a una persona 'determinada' de antecedentes satisfactorios, dicha persona no pueda transferir su contrato, en todo o en parte, 'cediéndolo' o 'subcontratando', sin la anuencia de la Administración Pública, pues ésta tiene el indiscutible derecho –e incluso 'obligación'– de saber quien será su colaborador y si los antecedentes personales de éste aconsejan o no relacionarse con él".¹⁰⁹

De los textos transcritos resulta claro que la posibilidad de ceder, total o parcialmente, la ejecución de un contrato administrativo, debe verse restrictivamente, de manera tal que sólo resulta aceptable cuando para ello haya mediado autorización expresa de la Administración.

¹⁰⁹ Marienhoff Miguel S. (1980) Tratado de Derecho Administrativo, tercera edición, tomo III, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. Pág. 322-323

§ 2. Concesiones en la Zona Marítimo Terrestre

A. Aspectos Generales de la Zona Marítima Terrestre

A.1 Antecedentes Jurídicos

La zona costera es el área de influencia directa y mutua entre el mar litoral y el borde continental, donde los factores y procesos ambientales de ambas presentan un grado de traslape efectivo, o dan origen a otros procesos ambientales y bióticos específicos¹¹⁰. Por tanto esta es un área sumamente sensible por factores tales como importante atractivo turístico, zona estratégica para la defensa nacional, importancia de los recursos marinos, biodiversidad existente y fuentes de trabajo para las personas.

Por esas razones los legisladores desde las primeras décadas del siglo pasado han venido otorgando una protección especial a la franja adyacente a los litorales, bajo la denominación de la *milla marítima*, dándosele incluso el carácter de dominio público, inalienable e imprescriptible.

¹¹⁰ Salas Duran Sergio citado por la Procuraduría General de la República en el Dictamen 100-95 del 10 de mayo de 1995.

En la Ley de Aguas N° 8 del 26 de mayo de 1884, se definió que la zona que conformaba la milla marítima era la sección de las costas bañada por el flujo y reflujo del mar y los terrenos inmediatos hasta una distancia de una milla¹¹¹.

Pero en el siglo 20, se dan una serie de leyes que empiezan a perturbar la denominada “milla marítima”, entre ellas la Ley N° 60 del 13 de agosto de 1914 que autorizaba en el artículo primero, al Poder Ejecutivo para vender o arrendar los terrenos de la milla marítima¹¹² y la leyes N° 19 del 12 de noviembre de 1942 y 201 del 26 de enero de 1943 que redujeron la milla marítima a los doscientos metros que hoy conocemos, significando una importante desafectación del resto de terreno para efectos de apropiación particular¹¹³.

Es posteriormente, en la Ley de Tierras y Colonizaciones N° 2825 del 14 de octubre de 1961, que se determinó que la zona marítimo terrestre, así como el territorio que esta abarcaba, era un bien inalienable.

Como señala la Procuraduría General de la República, “*no es sino hasta finales de la década de los sesenta cuando comienza a darse un mayor interés por el desarrollo de los sectores urbano y turístico en la zona marítimo terrestre, lo que*

¹¹¹ Ley de Aguas N° 8 del 26 de mayo de 1884, Artículo 20.

¹¹² Villalobos González Francisco. (1984) La milla marítima: un bien de dominio público. Revista de la Procuraduría General de la República, N° 15-16, Pág. 91.

¹¹³ Procuraduría General de la República, Dictamen 100-95 del 10 de mayo de 1995.

*se evidenció en la proliferación de contratos para estos usos otorgados por el Instituto de Tierras y Colonizaciones”.*¹¹⁴

Por lo dicho y ante la situación de que muchas de las zonas reguladas por la Ley de Tierras y Colonizaciones como áreas de terreno aptas para la explotación agropecuaria, adquirieron una condición típicamente turística; surgió el cuestionamiento sobre la competencia de este Instituto ante la materia, dándose a su vez, la necesidad de una ley que regule de manera más especializada la zona marítimo terrestre, según se señala el expediente legislativo N° 3764:

“Sin embargo, dentro del avance del país al impulso de su propio desarrollo, es evidente que algunas partes de la zona marítimo-terrestre establecida por la Ley de Tierras y Colonización, no tienen ya carácter de tierras aptas para la explotación agropecuaria, sino que son zonas típicamente turísticas.(...) El desarrollo urbano y turístico de nuestros litorales marítimos corresponde, según el buen sentido, a las municipalidades, en coordinación obligada con el Instituto de Turismo y bajo las prescripciones de la nueva Ley de Planificación Urbana. Esto, cuanto se trate de desarrollar para fines de habitación y recreo, las playas, bahías o ensenadas que tengan condiciones aptas para esos fines. Consecuentes con

¹¹⁴ Procuraduría General de la República, Dictamen 097-97 del 13 de junio de 1997 dirigida al Consejo Municipal de Liberia.

este criterio es que venimos a proponer una legislación especial para las partes de la zona marítimo-terrestre que el Instituto de Turismo declare como óptimas para el turismo, nacional o internacional."¹¹⁵

Dentro de esos acontecimientos, Surge así la Ley de Urbanización Turística de la Zona Marítimo Terrestre, No. 4558 de 22 de abril de 1970, cuyo objeto, según su artículo 1º, es el de "poner bajo el dominio de las municipalidades respectivas las áreas urbanizables o aprovechables turísticamente de la zona marítimo terrestre; promover y planificar su urbanización para fines de recreo, turismo y habitación, así como autorizar el arrendamiento o venta de parcelas para esos fines"¹¹⁶.

Pero según se desprende de la lectura de los dictámenes números 157-95 y 097-97 de la Procuraduría General de la República, la Ley N° 4558 trajo consigo más complicaciones que ventajas, tales son los casos de aparición de legislación diferente en cada Municipalidad del país, la no ejecución de los programas de desarrollo previstos en la ley, desorden en el cobro y administración del dinero

¹¹⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen 097-97 del 13 de junio de 1997 dirigida al Consejo Municipal de Liberia.

recibido por concepto de cánones, entre otros. Siendo la consecuencia más preocupante, los graves abusos que se dieron en cuanto a la titulación y venta de terrenos de la zona marítimo terrestre¹¹⁷.

Lo anterior, por cuanto la Ley N° 4558 permitía incluso, la venta de la zona marítimo terrestre por parte del Instituto Costarricense de Turismo y solo se prohibían las construcciones sobre los 50 metros inalienables, para aquellos lugares declarados de interés turístico, autorizándose por ende, construir y arrendar en esas porciones de terreno.

Todo lo cual motivo la necesidad de promulgar una normativa de carácter más proteccionista y que suspendiera la ley anteriormente dicha. Por tal razón, el 4 de noviembre de 1974 se promulga la Ley N° 5602 dentro de la cual, entre otras disposiciones, se ordenaba a las municipalidades abstenerse de otorgar permisos de construcción en terrenos que poseyera en consecuencia de la ley N° 4558 hasta que una nueva ley viniera a regular los relativo al arrendamiento y venta de playas e islas.

Promulgándose así, la ley que actualmente regula lo correspondiente a la zona marítimo terrestre, la ley N° 6043 del 2 de marzo de 1977. Esta ley es la

¹¹⁷ Ver en este sentido los dictámenes 157-95 del 7 de julio de 1995 y 097-97 del 13 de junio de 1997 de la Procuraduría General de la República.

encargada de definir esta zona, las áreas que comprende, procedimientos para solicitar una concesión, la descentralización y vigilancia de las actividades atinentes a la franja y exclusión de la adquisición particular de tierras en la zona marítimo terrestre, entre otras.

A.2 Concepto y Demanialidad de la Zona Marítimo Terrestre

Es dentro de la Ley de Tierras y Colonizaciones N° 2825 del 14 de octubre de 1961 donde se da el cambio en cuanto al concepto de la milla marítima (distancia de 1672 metros desde la pleamar ordinaria) por cuanto es la primera norma jurídica que define a la zona marítimo terrestre bajo el criterio que hasta la fecha sigue la ley vigente para la materia.

En este sentido, la Ley N° 6043 dispone en su artículo noveno que:

“La zona marítimo terrestre es la franja de doscientos metros de ancho a todo lo largo de los litorales Atlántico y Pacífico de la República, cualquiera que sea su naturaleza, medidos horizontalmente a partir de la línea de pleamar ordinaria y los terrenos y rocas que deje el mar en descubierto en la marea baja.

Para todos los efectos legales, la zona marítimo terrestre comprende las islas, islotes y peñascos marítimos, así como toda la tierra o formación natural que

*sobresalga del nivel del océano dentro del mar territorial de la República. Se exceptúa la Isla del Coco que estará bajo dominio y posesión directos del Estado y aquellas otras islas cuyo dominio o administración se determinen en la presente ley o en leyes especiales “.*¹¹⁸

Pero desde el artículo primero de este cuerpo normativo, se le asignan a la zona marítimo terrestre las características de imprescriptibilidad e inalienabilidad, propias de los bienes dominiales, según lo analizado en el título primero de este estudio.

Otras de las notas que podemos señalar para justificar la pertenencia de la zona marítimo terrestre a la categoría de bienes demaniales, es en cuanto a la declaratoria de utilidad pública dispuesta en el artículo 8 de la ley 6043 y que el uso y aprovechamiento de la misma estará sujeta a las disposiciones de la ley.

También en nuestra Constitución Política encontramos el fundamento constitucional de la demanialidad de los bienes públicos, específicamente en el artículo 121 inciso 14 dentro del cual se autoriza a la Asamblea Legislativa para decretar la enajenación o aplicación a usos públicos de los bienes propios de la nación¹¹⁹.

¹¹⁸ Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Artículo 9.

¹¹⁹ Constitución Política de Costa Rica, Artículo 121 inciso 14.

Al respecto se ha pronunciado la Sala Constitucional, acogiendo la tesis de que la zona marítimo terrestre es un bien de dominio público en los términos del artículo 261 del Código Civil, indicando que:

V- LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE COMO BIEN

DEMANIAL: *La zona marítimo terrestre es de naturaleza demanial, en otras palabras, se trata de un bien de dominio público, tesis que ya ha sido acogida por este Tribunal en resolución número 0447-91, de las quince horas treinta minutos del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y uno, considerando que en efecto se trata de un bien de dominio público, en los términos del artículo 261 del Código Civil. "El carácter demanial de la zona marítimo terrestre (o ribera marina como se le denominó antiguamente) se reconoce desde tiempo inmemorial, y el Derecho Romano mismo recoge ese status, como "res communes" y "extra commercium". En nuestro medio, con toda claridad desde el siglo pasado se ha reconocido el carácter*

público de esa franja marina adyacente al territorio nacional, en la que ejerce su soberanía...".¹²⁰

De igual manera se ha manifestado la Procuraduría General de la República en diversas ocasiones, indicando entre otras cuestiones, que en el caso de la zona marítimo terrestre nos encontramos en presencia de bienes de dominio público no susceptibles de apropiación particular, y de manera especial, la franja de los cincuenta metros contigua a la línea de la pleamar ordinaria denominada zona pública, que se encuentra destinada al libre tránsito y uso común¹²¹.

Consecuencia de lo expuesto, la zona marítimo terrestre como bien público que es, debe ser tutelado y mantenido por el Estado, representado en este caso por el Instituto Costarricense de Turismo y las Municipalidades de cada sector.

A.3 Zonas que componen la Zona Marítimo Terrestre

La Ley de la Zona Marítimo Terrestre divide la franja de doscientos metros de ancho a lo largo de los litorales de la República en dos componentes:

¹²⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1347-95 de las 9:51 del 10 de marzo de 1995.

¹²¹ Procuraduría General de la República, Dictamen C-092-96 del 13 de junio de 1996.

“La Zona Pública, que es la faja de cincuenta metros de ancho a contar de la pleamar ordinaria y las áreas que quedan al descubierto durante la marea baja; y la Zona Restringida, constituida por la franja de los ciento cincuenta metros restantes o por los demás terrenos, en casos de islas. Los islotes, peñascos y demás áreas pequeñas y formaciones naturales que sobresalgan del mar corresponden a la zona pública”.¹²²

Podemos incluir además una tercera zona, la cual a pesar de encontrarse dentro de los doscientos metros de longitud que forman la zona marítimo terrestre, no le es aplicable la Ley 6043 ni su Reglamento y que se denomina como zona urbana o áreas de ciudades ubicadas en los litorales.

Las tres zonas mencionadas presentan características propias que las identifican y las cuales analizaremos de seguido, pues la debida identificación de las mismas es muy importante a la hora del otorgamiento de las concesiones.

A.3.1 Zona Pública

La Zona Pública corresponde a la parte de la zona marítimo terrestre destinada al uso común y en especial al libre tránsito de todas las personas,

¹²² Ley de la Zona Marítimo Terrestre N° 6043, Artículo 10.

resguardándola incluso mediante sanciones de tipo penal¹²³, debido al gran atractivo de las áreas que la integran así como las playas, manglares y esteros.

Los artículos 10 y 11 de la Ley 6043 disponen que esta zona se encuentra constituida por los cincuenta metros de ancho a partir de la pleamar ordinaria, y las áreas que quedan al descubierto durante la marea baja y que además existen tipos de terrenos a nivel nacional donde se aplica la zona pública sea en los manglares de los litorales continentales e insulares y esteros.

Salvo las excepciones establecidas por la ley, la zona pública no puede ser objeto de ocupación bajo ningún título ni en ningún caso. Nadie podrá alegar derecho alguno sobre ella. Está dedicada al uso público y, en especial, al libre tránsito de las personas. El Reglamento a la ley 6043 en el artículo 2°, inciso I define el uso público como *"el derecho que tiene toda persona de usar y disfrutar la zona pública en toda su extensión, sin otra limitación que la que impongan las leyes y sus reglamentos"*.¹²⁴ Es en el ejercicio de ese derecho al uso público que debe tenerse presente el interés general, garantizando en todo momento el acceso a la zona y el libre tránsito en ella de cualquier persona.

¹²³ Ver en este sentido Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Artículo 64.

¹²⁴ Reglamento a la ley de la zona marítimo terrestre, Artículo 2.

Como expresamos, la regla general es que dentro de la zona pública no puede darse ocupación bajo ningún título ni se puede alegar derecho alguno sobre la misma, sin embargo en el numeral 21 de la Ley 6043 se establecen una serie de casos de excepción (configuración geográfica, topografía o condiciones especiales) que permiten otorgar una utilización privada -como la concesión- mediando permiso de la Municipalidad respectiva y el Instituto Costarricense de Turismo, situación que será analizada con mayor detalle más adelante.

Igualmente es aplicable el concepto de zona pública a ciertas áreas regidas por leyes especiales, como el Proyecto Turístico de Papagayo y los Refugios Nacionales de Vida Silvestre. La demarcación de esta es función exclusiva del Instituto Geográfico Nacional, en representación del Estado; está implícita dentro de las atribuciones confiadas en su Ley de creación y por tratarse de puntos importantes en el interior del país, no puede confiarse a profesionales particulares.

A.3.2 Zona Restringida

Podemos afirmar de manera más sencilla que la zona restringida está compuesta por los ciento cincuenta metros posteriores a la zona pública, salvo la medida de la zona restringida de las islas la cual no es específica, y es la única que puede ser utilizada de manera privativa por los particulares.

De tal manera que esta zona no está destinada al uso común, pues como su nombre lo indica se haya restringida a las personas que han obtenido de previo alguna concesión o permiso de ocupación sobre la misma, pero siempre dentro de los límites propios que caracterizan a los bienes de dominio público, es decir, la titularidad y conservación de la misma no saldrá de manos estatales.

Por lo tanto, corresponde a las municipalidades la vigilancia de las porciones de terreno que integran la zona restringida y que el procedimiento para el disfrute de las mismas se realice de manera acorde a las disposiciones y condiciones que establece la Ley 6043, existiendo las salvedades en lo que se refiere a las islas, islote marítimo o parte de las mismas, pues el procedimiento para obtener una concesión requiere de aprobación legislativa¹²⁵ y la declaratoria previa, de aptitud turística o no turística por parte del Instituto Costarricense de Turismo¹²⁶.

A.3.3 Zona Urbana

La Ley de Planificación Urbana en su artículo 1 y el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones en el artículo 1. 9 definen el área urbana como el *"ámbito territorial de desenvolvimiento de un centro de*

¹²⁵ Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Artículo 42.

¹²⁶ Reglamento a la Ley de la Zona Marítima Terrestre, Artículo 15.

población". De donde se deduce que toda ciudad es área urbana, pero a la inversa no siempre es así, pues con la errónea equiparación de los vocablos de "ciudad" y "áreas urbanas" bastaría la creación o desarrollo de éstas para desafectar el demanio marítimo terrestre y privatizar los espacios en cuestión, lo que en ningún modo es el espíritu de la Ley sobre Zona Marítimo Terrestre, orientada al contrario, por el régimen publicista¹²⁷.

La zona urbana se encuentra ubicada dentro de los 200 metros de la zona marítima terrestre, aunque puede extenderse aún más. Señalando en su artículo sexto la Ley 6043 que *"Las disposiciones de esta ley no se aplicarán a las áreas de las ciudades situadas en los litorales, ni a las propiedades inscritas, con sujeción a la ley, a nombre de particulares, ni aquellas cuya legitimidad reconozcan las leyes"*.¹²⁸

Siguiendo el artículo 6 transcrito líneas atrás, se desprende que la normativa citada no es aplicable para las ciudades cuya definición presenta una normal complicación por la serie de agentes cambiantes que lo componen tales como: densidad demográfica, existencia de funciones principales y centros de administración e intercambio social, comercial y cultural, equipamiento de servicios públicos, entre otros; además del surtido de criterios definitorios que pueden

¹²⁷ Procuraduría General de la República, Dictamen C- 002-99 del 5 de enero de 1999.

¹²⁸ Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Artículo 6.

adoptarse como son el elemento poblacional, cantidad e importancia de actividades y servicios que concentre, áreas de influencia, etc.

En el plano jurídico de nuestro país, para atribuirle el carácter de ciudad a ciertos conglomerados, se ha recurrido al artículo tercero del Código Municipal, que confiere dicho título a la “*población cabecera de cantón*”¹²⁹, de pleno derecho, sin necesidad de proclama legislativa suplementaria.

En relación, la Procuraduría General de la República señala *“La ciudad aparece como una circunscripción territorial administrativa central, que agrupa un número considerable de habitantes, quienes desenvuelven su actividad ordinaria dentro de un sistema de vida urbano, bajo un gobierno local. La ciudad es el eje del cantón que concentra: la sede del gobierno local, los más destacados servicios públicos, comercios, actividades financieras, industriales, desarrollo urbano, etc. Un mínimo de habitantes es necesario, pero no describe por sí sólo el concepto. Implícitamente lo reconoce la Ley de División Territorial Administrativa de la República, N° 4366 de 19 de agosto de 1969, que aunque asume como básico el factor poblacional para la creación de provincias, cantones y distritos, autoriza a la Comisión de División Territorial Administrativa a considerar otros factores de tipo*

¹²⁹ Código Municipal, Artículo 3.

*geográfico, económico y sociológico, para la formación de la División Territorial... En nuestro país hay una ciudad por cantón y Municipio. La ciudad constituye fundamentalmente un centro administrativo unitario, y esa unidad es el municipio. Se observa entonces la siguiente trilogía: el cantón es la base territorial de la Municipalidad, cuyo gobierno tiene su sede en la ciudad, con lo que se da un amalgamamiento de conceptos".*¹³⁰

La exclusión de las ciudades por parte del legislador, de la afectación que hace la Ley 6043 se basa principalmente en la consolidación del proceso de formación de ciudades en los litorales del país, con altos porcentajes de espacios reducidos a patrimonio privado lo cual genera una alta onerosidad a la hora de intentar restituirlos al demanio costero que conforma la zona marítimo terrestre. Siendo la correcta determinación de las ciudades costeras primordial, por los efectos que conlleva, en torno a la exclusión de las mismas del patrimonio público de la Nación y la administración municipal.

El dictamen C-002-99 previamente mencionado, aclaró que en lo concerniente a las costas, las únicas ciudades litorales cabeceras de cantón, que ostentan este rango por declaratoria legal expresa son "*Puntarenas (Decreto*

¹³⁰ Procuraduría General de la República, Dictamen C-002-99 del 5 de enero de 1999.

Legislativo 10 de 17 de setiembre de 1858), Limón (Decreto Legislativo 59 de 1° de agosto de 1902), Puerto Cortés de Osa (Ley 2155 de 13 de setiembre de 1957), Jacó (Garabito; Ley 6512 de 25 de setiembre de 1980, artículo 3), Golfito y Quepos (Aguirre); estos dos últimos por Ley 3201 de 21 de setiembre de 1963".¹³¹

Dentro de la Ley 6043 se excepcionan también de su aplicación las propiedades debidamente inscritas a nombre de particulares, lo cual reafirma el mandato constitucional de respeto a los derechos adquiridos al amparo de leyes anteriores; siendo tales, los que a la emisión de la ley de la zona marítimo terrestre ya habían ingresado a formar parte del dominio privado de los particulares y no las simples expectativas de derecho que se vieron afectadas por el cambio de legislación¹³².

¹³¹ Procuraduría General de la República, Dictamen C-002-99 del 5 de enero de 1999.

¹³² Ver en este sentido Opinión Jurídica 172-J del 13 de diciembre del 2004 de la Procuraduría General de la República.

B. Formas de Uso de la Zona Marítimo Terrestre

Según lo anteriormente analizado, el demanio marítimo terrestre se divide en la zona pública y la zona restringida, tal distinción se da con el fin de delimitar territorialmente las diferentes formas de aprovechamiento que los particulares podrán realizar sobre cada uno de estos sectores.

De manera general, y salvo algunas excepciones, podemos indicar que sobre la zona pública el uso permitido será de carácter general y en procura de garantizar el libre tránsito de todas las personas, mientras que en la zona restringida se autoriza una utilización "especial".

En forma más específica, dentro del articulado de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y su Reglamento se hace mayor mención de las concesiones como forma de utilización de la zona marítimo terrestre, dejando con una escasa regulación otras formas de aprovechamiento que se dan en la práctica, tales como los permisos de ocupación y los pobladores.

Pese a la poca regulación existente para estas figuras, intentaremos explicarlas de manera clara, para que el lector comprenda que son posibles otras formas de utilización distintas a la concesión.

B.1 Permisos de Uso u Ocupación

La forma más simple de otorgar derechos de uso especial sobre dependencias del dominio público, consiste en el "permiso de uso", que en ningún momento debe confundirse con la "concesión" de uso, de la cual difiere esencialmente, máxime en lo que respecta a la naturaleza del derecho que surge de cada uno de esos actos¹³³.

Una de las diferencias básicas con la concesión es que los permisos deben provenir de un acto unilateral de la Administración Pública y según señala Marienhoff, *"el permiso lo da generalmente la autoridad administrativa como un acto esencialmente unilateral. Justificase esto porque se trata necesariamente de hechos, de circunstancias que están en la esfera de la facultad o poder*

¹³³ Marienhoff. Op. cit. Pág. 327.

discrecional que la Administración pública admite, en el ejercicio de su poder de policía sobre la cosa pública". ¹³⁴

En resolución número 2306-91 del 6 de noviembre de 1991, la Sala Constitucional indico al respecto:

"...El permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa. La precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la administración, en cualquier momento lo revoque, ya sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de

¹³⁴ Marienhoff. Op. cit. Pág. 429:

intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado debe prevalecer el uso natural de la cosa pública.-¹³⁵.

En apoyo a la tesis precedente, la Procuraduría General de la República manifestó "*En cuanto a sus efectos jurídicos, el permiso en cuestión produce en la esfera jurídica de su destinatario únicamente un interés legítimo. Interés que se pone de manifiesto en la posibilidad de recurrir contra actuaciones de la Administración que irrespeten las regulaciones que rigen el permiso de uso. No hay pues, un derecho subjetivo del permisionario porque el permiso solo constituye un acto de tolerancia administrativa que por ello no puede alcanzar estabilidad.*" ¹³⁶

Entonces, podemos afirmar que los permisos de ocupación de la zona marítimo terrestre, no constituyen derecho subjetivo alguno para el titular del mismo, sino un mero interés legítimo, que de ninguna manera se puede considerar como un "derecho de ocupación", pues es de carácter precario y ante su revocación no cabría el exigir una indemnización a la Administración.

¹³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2306-91 de las 14:45 del 6 de noviembre de 1991.

¹³⁶ Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica del 12 de setiembre de 1991.

De lo dicho anteriormente, se desprende que el permiso de ocupación es un acto administrativo unilateral, que refleja un simple acto de tolerancia de la Administración, el cual se encuentra regulado, -aunque no de manera expresa-, dentro de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre en los siguientes artículos:

*“Artículo 5: Salvo disposición legal en contrario, solamente la Asamblea Legislativa podrá conceder permisos u otorgar concesiones en las zonas cubiertas permanentemente por el mar, adyacentes a los litorales. Se exceptúan aquellas instalaciones de protección y salvamento, autorizadas por la respectiva municipalidad, que hagan para resguardo de las personas y la seguridad en la navegación”.*¹³⁷

*“Artículo 12: En la zona marítimo terrestre es prohibido, sin la debida autorización legal, explotar la flora y fauna existentes, deslindar con cercas, carriles o cualquier otra forma, levantar edificaciones o instalaciones, cortar árboles, extraer productos o realizar cualquier otro tipo de desarrollo, actividad u ocupación”.*¹³⁸ Norma que es tajante al no permitir ningún tipo de ocupación o actividad previa autorización que así lo permita, según a manifestado también la

¹³⁷ Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Artículo 5.

¹³⁸ Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Artículo 12.

Procuraduría al indicar que *"... si alguien se apoderare ilícitamente de un inmueble en la Zona Marítimo Terrestre, estableciéndose en él, la posesión en todo momento será viciosa y no se beneficia por el simple paso de los meses o años. Su carácter seguirá siendo de mero detentador de dominio público, y no le dará derecho alguno, siquiera de reclamar por las obras que instale al margen de la ley".*¹³⁹

En cuanto las condiciones personales y requisitos que debe cumplir el sujeto que desee solicitar un permiso de ocupación, la Ley 6043 y su Reglamento no establecen listado alguno, de lo cual concluimos que se aplicará de manera supletoria, lo dispuesto en la normativa para las concesiones. Así las cosas, el único requisito que podríamos citar es que el premiso de uso no imposibilite el cometido normal de las actividades de la colectividad, como lo señala la Procuraduría al indicar *"para la zona marítimo terrestre de nuestro país, solamente podrían admitirse permisos de uso que reúnan dos características esenciales: a) que no afecten las condiciones naturales de la zona ni entorpezcan el libre*

¹³⁹ Procuraduría General de la República, Oficio N° C-221-88 del 7 de noviembre del 1988 dirigido a la Municipalidad de Osa.

*aprovechamiento de la zona pública, y b) su ejecución no limite en absoluto la futura implementación de un plan regulador".*¹⁴⁰

Pero es importante enfatizar el hecho de que la Ley de la Zona Marítimo Terrestre implanta una serie de condiciones que deberá cumplir el concesionario, con base en el interés público que prevalece en relación a los bienes de dominio público, evitando así, que sea cualquiera el que va poder aprovechar la zona marítimo terrestre. Por lo tanto, no va ser tampoco cualquiera quien podrá tener un permiso de uso sobre la zona restringida; para poder ser sujeto de ambos actos administrativos serán consideradas las cualidades personales del particular, pues las mismas se otorgan *intuitu personae*.

Sobre este punto, Marienhoff señala "*generalmente el mero permiso de uso se otorga intuitu personae; de ahí que, por principio, no sea cesible sin el visto bueno o consentimiento de la Administración*".¹⁴¹ Este aspecto es de relevancia a fin de que el ente administrador, por tratarse de un acto "intuitu personae", verifique nuevamente si el futuro permisionario reúne las condiciones objetivas y subjetivas requeridas para asumir esa condición.

¹⁴⁰ Procuraduría General de la República, Dictamen 100 del 10 de mayo de 1995 dirigido a la Municipalidad de Golfito.

¹⁴¹ Marienhoff. Op. cit. Pág. 333.

Siendo en este caso, las Municipalidades, quienes de manera discrecional, deberán valorar en atención al interés público que deber ser satisfecho, si otorgan o no determinado permiso de ocupación sobre la zona marítimo terrestre o permiten la cesión del mismo, al igual que lo hacen a la hora de otorgar o autorizar la cesión de concesiones.

B. 2 Pobladores

Los pobladores son otra categoría de usuarios de la zona marítimo terrestre, establecidos de manera expresa en el artículo 70 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre que señala:

“Los pobladores de la zona marítimo terrestre, costarricenses por nacimiento, con más de diez años de residencia en ella, según información de la autoridad de la Guardia de Asistencia Rural local o certificación del Registro Electoral sobre el domicilio del solicitante, podrán continuar en posesión de sus respectivos lotes siempre que fuere su única propiedad. Sin embargo, deberán sujetarse a la planificación de la zona, a cuyo efecto podrán ser reubicados e

indemnizadas sus mejoras de acuerdo con esta ley. En todo caso deberá respetarse la zona pública".¹⁴²

Según se desprende del artículo citado, las personas que califiquen como pobladores pueden seguir en los terrenos que hasta el momento de entrada en vigencia de la Ley No. 6043 habían venido ocupando por más de diez años. Siendo entonces, la principal característica, que dicha posesión (por más de 10 años) sea anterior a la entrada en vigencia de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre y debiendo cumplir además, con los requisitos estipulados en el artículo supra citado.

Según la Procuraduría, se denominan "*pobladores a todos aquellos costarricenses por nacimiento, con más de diez años de residencia continua en la zona marítimo terrestre al momento de promulgarse la Ley No. 6043 y que no disponen de ningún bien inmueble a su nombre*".¹⁴³

Figura que encuentra su fundamento en el hecho de que la Ley 6043 trató de proteger a los poseedores de ese territorio, pues mediante la inclusión en el texto de la Ley todas estas regulaciones obedeció a un criterio del legislador de no violentar poblaciones urbanas ya consolidadas (ciudades) o perjudicar a personas

¹⁴² Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Artículo 70.

¹⁴³ Procuraduría General de la República, C-191-2002 del 1 de agosto del 2002 dirigido al Consejo Municipal de Nicoya.

con ocupación anterior a la entrada en vigencia de dicha ley, en la zona marítimo terrestre, principalmente si eran de escasos recursos¹⁴⁴.

De esta manera la Ley de la zona marítimo terrestre, otorgó un privilegio a aquellas personas que cumplieran con las características señaladas en el artículo 70 de la misma, y el Reglamento amplió dichos requisitos al señalar que el plazo dispuesto de 10 años de residencia debe ser continuo¹⁴⁵.

Plazo que buscó, que quines pudieran verse beneficiados con la disposición dicha, fueran personas que realmente hubieran ocupado terrenos en la zona marítimo terrestre por un largo periodo de tiempo, previo a la ley 6043, y no a ocupantes temporales o posteriores. Pues esta gracia no puede otorgarse a cualquiera, que pretenda aprovecharse alegando una ocupación de la zona, en razón del conocimiento del beneficio que otorga el artículo transcrito.

Como parte de dicho tratamiento especial se autorizó a estas personas para que continuaran, -una vez establecida la Ley N° 6043-, en posesión de sus respectivos lotes, y en el caso de que por razones de planificación urbana fueran reubicados se les indemnizarías las mejoras realizadas al inmueble, de acuerdo con lo establecido en los artículos ya señalados.

¹⁴⁴ Procuraduría General de la República, C-100-95 del 10 de mayo de 1995 dirigido al Consejo Municipal de Golfito.

¹⁴⁵ Reglamento a la Ley de la zona marítimo terrestre, Artículo 75.

Es importante señalar que la Ley 6043 califica como pobladores a quienes posean más de 10 años de residir en la zona, sin embargo, el Reglamento crea una nueva posibilidad al mencionar a los pobladores con menos de 10 años de residencia señalando “... Cuando el periodo de residencia sea inferior a diez años, los pobladores podrán solicitar concesión sobre el predio, siempre que no se incluya parte alguna de la zona pública. Si existiesen mejoras en la zona pública, se aplicará lo dispuesto en el inciso e), artículo 73 del reglamento, y las disposiciones del artículo 74 del reglamento si las mejoras estuvieren ubicadas en la zona restringida. Quienes no siendo pobladores hayan construido o edificado en la zona restringida en predios ilegalmente poseídos, no tendrán derecho al pago de mejoras. Sin embargo, podrán solicitar concesión sobre el predio y, si se les otorgare, no se les cobrará por el uso, y disfrute de esas mejoras. Las solicitudes de concesiones que hagan los ocupantes de la zona marítimo terrestre tendrán prioridad sobre las demás”.¹⁴⁶

De esta manera podemos referirnos a dos tipos de pobladores. Los primeros serán aquellos que se ajustan al plazo señalado en el artículo 70 de la Ley de la zona marítimo terrestre, a quienes se les respetará su condición y no deberán constituirse como concesionarios ni permisionarios; mientras que los segundos serán aquellos que cuentan con un plazo inferior al exigido por la ley, quienes para seguir ocupando el mismo terreno deben legalizar su situación, ya

¹⁴⁶ Reglamento a la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Artículo 75.

sea mediante la concesión o el permiso, pues en caso contrario se convertirían en simples detentadores del dominio público.

B. 3 Concesiones

La figura de la concesión si fue ampliamente regulada por la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, al punto de permitirnos suponer que la intención del legislador fue que dicha forma de utilización fuera la que prevaleciera en la zona marítimo terrestre, esto como una herramienta para que las municipalidades puedan tener un amplio control de quienes son los detentadores de cada sector comprendido dentro de la zona.

Lo anterior por cuanto serán las Municipalidades las encargadas de la administración de la zona marítimo terrestre así como su vigilancia y mantenimiento. Por tanto serán las facultadas para otorgar concesiones, prórrogas y cancelaciones de la mismas, según indica ley 6043 al mencionar que *“sin perjuicio de las atribuciones de ese Instituto, compete a las municipalidades velar directamente por el cumplimiento de las normas de esta ley referentes al dominio,*

*desarrollo, aprovechamiento y uso de la zona marítimo terrestre y en especial de las áreas turísticas de los litorales”.*¹⁴⁷

Para tener una idea más clara de los que son las concesiones sobre la zona marítimo terrestre, recurriremos a lo dicho por la legislación costarricense sobre la materia y algunos autores.

Para Manuel María Diez las concesiones sobre dominio público son *“actos de la administración pública confiriendo ciertos poderes, derechos o ventajas de las personas privadas sobre le dominio del Estado...”*¹⁴⁸

En opinión de la autora Mercedes Lafuente, la concesión sobre la zona marítimo terrestre debería definirse como el *“título jurídico mediante el cual la Administración concedente otorga a un administrado un derecho real, consistente en usar y aprovechar, de forma excluyente, la zona marítimo terrestre, en beneficio de la actividad del administrado, y particularmente, de la colectividad”*.¹⁴⁹

Mientras que el Reglamento a la Ley de la zona marítimo terrestre en su artículo segundo inciso j, nos ofrece una definición al señalar que *“Concesión:*

¹⁴⁷ Ley de la zona marítimo terrestre, Artículo 3.

¹⁴⁸ Diez Manuel María. (1981) Manual de Derecho administrativo, Primera Edición, Tomo II, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra. Pág. 367

¹⁴⁹ Lafuente Benaches Mercedes citada por Sandi Carmiol G.y Solís Viquez C. Op. cit. Pág. 72

*otorgamiento por parte de autoridad competente para el disfrute o aprovechamiento de la zona marítimo terrestre de dominio público”.*¹⁵⁰

Siendo entonces las concesiones, el medio por el cual un sujeto particular podrá explotar y usar determinada parte del sector restringido de la zona marítimo terrestre.

En cuanto a los requisitos que exige la ley para que sea posible otorgar una concesión sobre el demanio marítimo terrestre se encuentran los siguientes:

- Declaratoria de aptitud turística o no turística por parte del Instituto Costarricense de Turismo: de este modo se determina cuales serán las instituciones intervinientes a la hora de aprobar la concesión.
- Demarcación de la zona pública por parte del Instituto Geográfico Nacional: para que tanto la Municipalidad como el concesionario tengan certeza del terreno concesionado y para tengan claridad en cuanto a los límites con la zona pública.
- Existencia de un Plan Regulador para la zona: pues en este se determinan los diferentes usos que se le asignan a cada terreno, el

¹⁵⁰ Reglamento a la Ley de la zona marítimo terrestre, Artículo 2.

área del mismo, monto del cánon y los límites en cuanto al aprovechamiento particular.

- Avaluó del terreno por parte de la Dirección General de Tributación Directa del Ministerio de Hacienda: con el fin de poder determinar el monto a pagar por concepto de cánon en relación con el valor del terreno.

Los sujetos titulares de la concesión van a contar con una amplia protección de sus derechos, frente a terceros e incluso frente a la Administración concedente, pues como ya analizamos con anterioridad en este estudio se crea a favor del concesionario un derecho real administrativo, que como derecho real que es, confiere a su titular ciertos atributos del dominio, tales como los derechos de defensa y exclusión, así como el derecho de transformación en la medida que lo permita el acto de concesión.

De esta manera, la concesión significa para su titular, un derecho subjetivo sobre un bien de dominio público, que en este caso será la zona marítimo terrestre, y dentro de la Ley 6043 hay varios artículos que confirman tal afirmación, por ejemplo, el numeral 49 menciona que "*en caso de fallecimiento o ausencia*

*declarada del concesionario, sus derechos podrán adjudicarse a sus herederos o presuntos herederos parientes”.*¹⁵¹

En el mismo orden de ideas, la ley de la zona marítimo terrestre, dispone que *“es prohibido ceder o comprometer, o en cualquier otra forma traspasar o gravar, total o parcialmente, las concesiones o los derechos derivados de ellas, sin la autorización expresa de la municipalidad respectiva y el Instituto Costarricense de Turismo o el Instituto de Tierras y Colonización, según sea el caso. Carecerán de toda validez los actos o contratos que infringieren esta disposición”.*¹⁵²

Noción reafirmada por la Procuraduría General de la República al aseverar que *“es criterio de aceptación general entre los autores especializados en la doctrina del dominio público que la concesión demanial constituye un acto administrativo que confiere al particular un verdadero derecho real, exclusivo y excluyente, de utilizar privativamente de un bien de dominio público (T.R. FERNANDEZ; R. PAREJO GAMIR; J.M. RODRIGUEZ OLIVER; F. FUENTES BODELON). Si ello es así, como en realidad lo es, la consecuencia inmediata*

¹⁵¹ Ley de la zona marítimo terrestre, Artículo 49.

¹⁵² Ley de la zona marítimo terrestre, Artículo 45.

*sería que tal derecho es inscribible o registrable en el Registro Público correspondiente”.*¹⁵³

En virtud de tal derecho puede el concesionario utilizar y explotar el área concedida, siempre y cuando lo haga de acuerdo a las estipulaciones señaladas en el contrato de concesión. Siendo importante indicar que unido a este derecho especial surgen otras consecuencias para el sujeto titular, entre ellos, el derecho a ser indemnizado cuando por motivos de interés público se le revoque la concesión, facultad de exigir al Estado que cumpla con lo pactado en el contrato de concesión, utilizar el terreno durante todo el plazo concedido, derecho a solicitar prorrogas de la concesión, etc.

Pero a su vez, los concesionarios cuentan también, con una serie de límites al ejercicio de su derecho, tales como: no variar el destino de sus parcelas sin autorización previa de la municipalidad, el Instituto Costarricense de Turismo o el Instituto de Desarrollo Agrario, según corresponda; no realizar obras dentro de la zona pública; no incurrir en los delitos tipificados en ley 6043 o el Código Penal; no realizar construcciones sin autorización previa y no obstaculizar las vías de acceso a la zona pública. Siendo el límite más importante, el que dicho derecho no

¹⁵³ Procuraduría General de la República, Dictamen 103 del 04 de agosto de 1993 dirigido a la señora Mónica Nagel Berger, Ministra de Justicia.

comprende la facultad de enajenación, puesto que no confiere el dominio pleno del bien público a favor del particular sino únicamente su uso y disfrute por un plazo determinado en el tiempo.

En cuanto a su naturaleza jurídica, las concesiones en general -incluida la de dominio público- son contratos de carácter administrativo que confieren al administrado un derecho para realizar alguna actividad que en principio se considera propia o privativa del Estado y que se otorgan tomando en consideración circunstancias o atributos determinados que deben concurrir en la persona beneficiada con la misma, es decir que el derecho se otorga *"intuitu personae"*, aspecto explicado a la hora de referirnos a los permisos de ocupación sobre la zona marítimo terrestre y al que la Sala Constitucional se ha referido de la siguiente manera:

"V. DEL CARACTER PERSONALISIMO DE LAS CONCESIONES. *Así, una característica típica de la contratación administrativa es que crea una obligación o un derecho personal a cargo o a favor del contratante, según se esté en presencia de "colaboración" o de "atribución",*

respectivamente; dicho en otros términos, se trata de un acto intuitu personae. Así, resulta preponderante la elección de la autoridad concedente respecto del concesionario cuya competencia técnica y capacidad financiera y ética garanticen la mejor ejecución del servicio público. De ese carácter personalísimo de la contratación administrativa se desprende el corolario de que el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato le corresponde "personalmente" al concesionario, lo que no excluye la posibilidad de una transferencia de la concesión bajo ciertos supuestos. La confianza que le ha sido acordada por la Administración no puede ser alterada por una transmisión a tercero no autorizada administrativamente, motivo por el cual el concesionario está obligado a ejecutar por sí mismo la concesión; el principio intuitu personae entraña la ilicitud de las cesiones y subcontrataciones no autorizadas. Así, salvo el supuesto de que el ordenamiento jurídico lo permita y el contrato lo autorice "ab initio", sin autorización expresa de la Administración, el concesionario no puede "ceder" o "transferir el contrato, introduciendo o colocando a un "tercero" en lugar suyo; todos los contratos de la Administración se conciertan "intuitu personae", por lo que,

*por regla general, no se pueden ceder a terceros, ni transmitirse a los causahabientes los derechos y obligaciones que dimanen de ellos, sin autorización expresa de la Administración”.*¹⁵⁴

Para finalizar el estudio de esta figura, es importante dejar claro que a los concesionarios se les permite el comercio con las concesiones otorgadas, de tal manera que el traspaso de las concesiones está previsto expresamente en la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, necesitando autorización previa de la Administración, -según se indicó líneas atrás-, pues lo que se cede es el derecho y no el bien de dominio público que nunca saldrá de las manos estatales, salvo desafectación del mismo.

En este mismo sentido, dicho derecho podrá ser también dado en garantía, según dispone la ley de la zona marítimo terrestre indicando *“Los Bancos del Sistema Bancario Nacional e instituciones del Estado quedan autorizados para conceder prestamos a los concesionarios de la zona restringida en la zona marítimo terrestre, con garantía de la respectiva concesión y sus edificaciones, mejoras e instalaciones”.*¹⁵⁵ (el subrayado es nuestro)

¹⁵⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 5403-95 de las 16:06 del 3 de octubre de 1995.

¹⁵⁵ Ley de la zona marítimo terrestre, Artículo 67.

De este modo, la concesión sobre bienes demaniales crea derechos reales administrativos, que le confieren a su titular ciertos atributos similares al dominio, sin que llegue a ser propietario, como el hecho de poder otorgar garantías inscribibles en el Registro Público de la Propiedad con base en dichos derechos, punto que analizaremos con más detalle en la Sección II de este Capítulo.

Sección II Garantías Reales

En esta Sección hablaremos sobre el concepto de garantía de manera general y los dos tipos de garantías existentes, haciendo énfasis en la categoría de los derechos reales de garantía.

Igualmente, nos referiremos a la autorización expresa que otorgan la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y la Ley Reguladora del Polo Turístico Golfo de Papagayo para aplicar garantías reales sobre la zona restringida, y el caso de la segunda incluso, en la zona pública de la zona marítimo terrestre.

Por último explicaremos las principales características que permiten incluir a las figuras de la hipoteca y el fideicomiso dentro de la categoría de los derechos reales de garantía.

§ 1 Generalidades

A. Concepto y Tipos de Garantías

La palabra garantías o simplemente garantía (en singular), tiene múltiples acepciones en el Derecho general, y en el derecho privado en particular. Se ha

dicho, por ejemplo, que el vocablo fue utilizado en los ámbitos constitucional, procesal, administrativo, laboral, etcétera. De tal suerte, se habla de “declaraciones, derechos y garantías”, de las “garantías del debido proceso”- expresión ésta que es propia del Derecho Constitucional aunque con trasunto en el Derecho Procesal-, de “garantía de honorarios”, “de garantía de estabilidad”- en relación con los trabajadores-, etcétera¹⁵⁶.

En un sentido muy amplio, la garantía sería tanto como cualquier medio dirigido a asegurar el crédito, el goce de un derecho, el cumplimiento de una obligación.

Otra acepción del término garantía esboza que ante la latente posibilidad de no percibir sus créditos, se comenzó a dotar a los acreedores de instrumentos jurídicos que le brindarán mayor seguridad de cobro, éstos son genéricamente llamados “garantías”, que deben nacer de la ley, aunque a veces sea necesaria la voluntad de las partes para concretar esta herramienta de seguridad¹⁵⁷. Seguridad para la contratación y no solo en cuanto a la ejecución.

¹⁵⁶ Alegría Héctor citado por Bueres J. Alberto y Mayo A. Jorge. (1996) Garantías. San José: Rubinzal y Culzoni Editores. Pág. 7

¹⁵⁷ Vidal citado por Casadio Martínez Claudio Alfredo. (2004) Créditos con garantías reales en los concursos: ejercicio del privilegio, ejecución posremate no judicial, continuación e inicio de ejecuciones, enajenación de la empresa, saldo insoluto, concurso especial, compensación, reserva de gastos, derechos del deudor y de la masa, inoponibilidad, casos especiales, modelo de escritos. Buenos Aires, Argentina: Depalma. Pág. 7

Por tanto, la finalidad de cualquier garantía es aproximar la posibilidad de cobro a un grado tal de convertirlo en una certeza para el acreedor, disminuyendo los riesgos para éste en el objetivo de ver satisfecho el crédito que originó la relación, pues en caso de no pago queda la posibilidad de ejecutar la garantía. Entendido el crédito como el aspecto activo de la relación obligatoria, es decir, que el derecho de crédito es la facultad jurídica de un sujeto de exigir de otro una determinada prestación.

Es en virtud de la relación dicha, el acreedor de la obligación, puede exigir el pago por parte del deudor, facultad que encierra además, la posibilidad de que éste expanda sus poderes coactivos sobre el patrimonio del deudor si éste no cumple con la obligación en el debido tiempo y manera.

De esta forma, la garantía viene a sustituir al pago en natura expectativa normal- y se convierte en un pago "indemnizatorio o compensativo", para denominarlo de alguna manera¹⁵⁸.

Manuel Albaladejo suministra otra variante en cuanto a lo que podemos entender por garantía, cuando alude a las formas de constituir un nuevo derecho o facultad para reforzar el crédito y ejemplifica con la cláusula penal, las arras y el

¹⁵⁸ Araya Matarrita Saúl. (1996) El fideicomiso como garantía de crédito. Tesis de Graduación para optar al grado de Licenciada en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. Pág. 9

derecho de retención, que son instituciones que pueden insertarse en la categoría supuesta. Pero, además, el autor agrega las acciones directa y revocatoria y los privilegios, que, por cierto, no son añadidos al crédito sino que se encuentran insitos en su propia eficacia¹⁵⁹.

Dentro del amplio concepto de garantía tenemos dos grandes grupos que se denominan garantías personales por un lado, y garantías reales por el otro. Dándose las primeras cuando un tercero se obliga a la par o en subsidio del sujeto deudor de la relación crediticia, garantizando de esta manera el cumplimiento de la obligación mediante firma. Entre estas podemos citar el aval y el fideicomiso, según señalan Bueres y Mayo al indicar *“en lo que concierne a las garantías personales, ellas son las que acuerdan al acreedor un derecho de crédito contra un tercero que asume la deuda junto al deudor –o, en todo caso, en sustitución de este- (finaza, aval, etc.)”*¹⁶⁰.

Mientras que las garantías reales surgen, cuando se afecta un determinado bien al pago de una obligación, concediéndole al acreedor un poder jurídico que recaerá sobre cosas concretas o determinadas. Mediante estas se asegura el cumplimiento de una obligación por medio del otorgamiento de diversas

¹⁵⁹ Albaladejo citado por Bueres J. Alberto y Mayo A. Jorge. Op. cit. Pág. 9

¹⁶⁰ Bueres J. Alberto y Mayo A. Jorge. Op. cit. Pág. 19

figuras tales como la hipoteca, la cédula hipotecaria, la prenda y la cédula prendaria.

Los derechos reales de garantía, -que son aquellos que aseguran el cumplimiento de una obligación, mediante la concesión de un poder directo e inmediato sobre una cosa ajena, poder que faculta a su titular a promover la enajenación de esta y hacerse pago con su precio de dicha obligación asegurada o de la suma a que ascienda la responsabilidad por el incumplimiento; son también llamados garantías reales por versar sobre cosas determinadas y se le conocen dos formas específicas: la prenda para bienes muebles y la hipoteca para bienes inmuebles¹⁶¹.

Intervienen en esta relación dos sujetos, el acreedor que será el titular del derecho real de garantía y el derecho a la obligación asegurada y el deudor, quien garantiza la deuda contraída mediante una cosa contenida dentro del comercio de los hombres.

Las características de los derechos reales de garantía las podemos condensar en tres aspectos básicos que son:

¹⁶¹ Montejo Morales Andrés. "La hipoteca de cédulas o cédulas hipotecarias". En: Temas de derecho privado. San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Pág. 47

Constituye un derecho real: concede al acreedor la posibilidad de hacer efectivo su derecho, otorgándole así, un poder directo e inmediato sobre la cosa dada en garantía, aunque la misma se encuentre en manos del deudor o un tercero distinto de éste.

Para los autores Bueres y Mayo *“en definitiva, las garantías reales son las que acuerdan al titular un derecho real respecto del objeto”*.¹⁶²

Es una obligación accesorio: es accesorio a una obligación principal la cual está asegurando, pero en este punto pueden darse excepciones como en el caso de las cédulas hipotecarias.

Es indivisible: la garantía recae sobre la totalidad de la cosa asegurando la obligación hasta el cumplimiento de la misma o la enajenación del bien, siendo indivisible para ambas partes, es decir, si el deudor paga parte de la obligación no puede pedir la liberación de una parte del objeto dado en garantía (cancelación parcial), y si por otro lado la cosa se divide no se fracciona el derecho garantizado.

En cuanto a los efectos jurídicos de las garantías reales, se encuentra el dotar al titular de una facultad para promover la enajenación del bien, para que con su precio se cobre lo adeudado, representando esto, una mayor seguridad

¹⁶² Bueres J. Alberto y Mayo A. Jorge. Op. cit. Pág. 19

para el acreedor, por recaer directamente sobre la cosa o cosas cuyo valor pudo apreciar el mismo al momento de su constitución¹⁶³.

Con la salvedad, de que el efecto anterior no limita el goce del bien por parte del propietario, lo que se ve afectada es la facultad de enajenar la cosa, es decir, se impone una limitación al dominio para así garantizar un eventual proceso de cobro por parte del acreedor.

En relación, Araya Matarrita afirma que el efecto de enajenación *“permite liquidar la garantía al verificarse el impago contractual, sin que haya lugar a la oposición del ejecutado, más que las que la teoría de las obligaciones le permita para demostrar el pago. De ahí que la enajenación dictada por un cuerpo competente no constituya una violación al derecho de propiedad de los sujetos, más bien se yergue como afirmación del principio patrimonial distributivo, en el entendido de que a cada cual lo suyo”*.¹⁶⁴

Sobre este punto se ha pronunciado también la Sala Constitucional en Resolución N° 2860-94 del 14 junio de 1994:

¹⁶³ Casadio Martínez Claudio. Op. cit. Pág. 7

¹⁶⁴ Araya Matarrita Saúl. Op. cit. Pág. 4

“Señala el accionante que lo que está haciendo el código penal con la norma cuestionada, es garantizarle a los acreedores que otorguen dinero en préstamo, que en el caso de que se haya constituido a su favor una garantía real, y el deudor no pague, el bien dado en garantía, o sujeto a embargo, le será entregado al juez civil, para que este lo remate, y le pague al acreedor. Al respecto, estima esta Sala que lleva razón el accionante, pero ello no conlleva quebranto constitucional alguno. Precisamente esa es la función de los derechos reales de garantía tales como la prenda y la hipoteca, mediante los cuáles se pretende garantizar un crédito con un bien corporal, sea este mueble o inmueble, de modo tal que ante el incumplimiento en el pago por parte del deudor, el acreedor pueda, previo el proceso judicial respectivo, hacerse buen pago de su crédito, sea adjudicándose dicho bien o haciéndose con el dinero producto de la venta del mismo. Es claro que el legislador debe velar porque se establezcan métodos que protejan la buena fe de las transacciones comerciales, y que amparen a los particulares, sean estos adinerados o no, de perjuicios patrimoniales originados en incumplimientos

contractuales: dentro de tal esquema, es aceptable que sea sancionada como delito la conducta del deudor que no entregue el bien pignorado, estando prevenido para ello...”¹⁶⁵

Y un segundo efecto que tiene que ver con el derecho de preferencia que adquieren los acreedores reales sobre los demás acreedores, sea que los derechos de éstos versen sobre el mismo bien o sobre la masa patrimonial del deudor, existiendo para éstos, un derecho prelativo; situación que vuelve más atractiva la utilización de estas garantías frente a las de tipo personal.

Al respecto en Tribunal Primero Civil ha manifestado en sentencia N° 647-F-2004 que:

“Como uno de los principios generales de derecho, tenemos que los bienes del deudor son prenda común de sus acreedores, es decir, el deudor debe someter la totalidad de su patrimonio a la satisfacción del interés de sus acreedores. Una de las pretensiones del anterior principio, es poner en igualdad de condiciones a todos los acreedores del deudor.

¹⁶⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2860-94 de las 15:09 del 14 de junio de 1994.

Algunos acreedores pueden considerar, que lo anterior no da mayor seguridad y certeza jurídica a que el deudor cumpla en verdad con la totalidad de las obligaciones contraídas, por lo que incorporan al momento de contraer una obligación con el deudor, ciertos instrumentos jurídicos que vienen a desempeñarse como una función auxiliar y accesoria, una garantía. Además de las garantías personales que otorga el deudor al acreedor, sometiendo la totalidad de su patrimonio, tenemos también la garantía real que se otorga sobre un bien concreto o determinado de aquél o de un tercero. La existencia de lo anterior, separando el bien dado en garantía de los restantes bienes del deudor, quiebra el principio de igualdad que debe existir entre los acreedores del deudor. Es lógico que se vaya a beneficiar el acreedor que ha obtenido una garantía real, por cuanto supedita cualquier actuación de los acreedores personales o de inferior rango, sobre el bien constituido en garantía al efectivo cumplimiento de la deuda asegurada. No sólo la anterior prerrogativa tiene el acreedor con garantía real, sino también en situaciones concursales, es decir, se convierte en un acreedor privilegiado, al cual se les va a pagar con preferencia a otros acreedores, como podrían ser los quirografarios; además al

acreedor hipotecario no se le puede afectar por los posibles convenios en las juntas de acreedores. Cuando el acreedor tiene una garantía real de hipoteca sobre determinado bien, el proceso cobratorio, ante un incumplimiento de la obligación por parte del deudor, es de ejecución pura, en cambio, los acreedores comunes o quirografarios tienen que acudir al proceso ejecutivo de conocimiento, la gran diferencia, es que el proceso de ejecución pura es más expedito, en donde el acreedor se podrá hacer pago de la obligación en una forma".¹⁶⁶

B. Autorización dada por la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y la Ley Reguladora del Polo Turístico Golfo de Papagayo para el otorgamiento de garantías reales sobre la zona marítimo terrestre

B.1 Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre

En el artículo 67 de la Ley 6043 transcrito líneas atrás, se autoriza a los bancos del Sistema Bancario Nacional e instituciones del Estado a conceder préstamos, recibiendo como garantía un derecho de concesión.

¹⁶⁶ Tribunal Primero Civil de San José, Sentencia N° 647-F-2004 de las 7:35 del 1 de abril del 2004.

Para entender a que se refiere este permiso, debemos inicialmente aclarar que instituciones conforman el Sistema Bancario Nacional, para de este modo dejar claro cuales organismos quedan excluidos de la ley en cuanto a préstamos con base en garantías otorgadas sobre concesiones sobre la zona marítimo terrestre.

Es en el artículo primero de la Ley N° 1644 donde encontramos la delimitación de cuales bancos integraran el sistema:

“El sistema Bancario Nacional estará integrado por:

- 1. El Banco Central de Costa Rica;*
- 2. El Banco Nacional de Costa Rica;*
- 3. El Banco de Costa Rica;*
- 4. (*) El Banco Anglo Costarricense (Derogado mediante el articulo 1 de La Ley de Disolución del Banco Anglo Costarricense N° 7471 del 20 de diciembre de 1994)*
- 5. El Banco Crédito Agrícola de Cartago;*
- 6. Cualquier otro banco del Estado que en el Futuro llegare a crearse; y*
- 7. Los bancos comerciales privados, establecidos y administrados conforme a lo prescrito en el Título 6 de esta Ley.*

*Este sistema se regirá por la presente Ley, la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y las demás leyes aplicables, así como por los respectivos reglamentos”.*¹⁶⁷

En la citada ley, se da también una definición clara sobre lo que debemos entender por Banco al indicar que *“Los bancos del Estado enumerados en el artículo anterior son instituciones autónomas de derecho público, con personería jurídica propia e independencia en materia de administración. Estarán sujetos a la ley en materia de gobierno y deberán actuar en estrecha colaboración con el Poder Ejecutivo, coordinando sus esfuerzos y actividades. Las decisiones sobre las funciones puestas bajo su competencia solo podrán emanar de sus respectivas juntas directivas. De acuerdo con lo anterior, cada banco tendrá responsabilidad propia en la ejecución de sus funciones, lo cual impone a los miembros de la junta directiva la obligación de actuar conforme a su criterio en la dirección y administración del banco, dentro de las disposiciones de la Constitución, de las leyes y reglamentos pertinentes y de los principios de la técnica, así como la obligación de responder por su gestión, en forma total e ineludible de acuerdo con los artículos 27 y 28 de esta ley”.*¹⁶⁸

¹⁶⁷ Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Artículo 1.

¹⁶⁸ Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Artículo 2.

Aclarado el punto de que instituciones estará integrado el Sistema Bancario Nacional y a que se refiere el término concesiones, podemos de nuevo referirnos a la posibilidad que tienen los concesionarios de la zona restringida de la zona marítimo terrestre de ofrecer su derecho en garantía para obtener un crédito. Nótese que la ley de la zona marítimo terrestre (artículo 67) solamente autoriza conceder préstamos a los concesionarios de la zona restringida, excluyendo de esta manera, la zona pública. Por tanto, -según confirman datos suministrados por el Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo-¹⁶⁹, nunca se ha dado en la práctica un caso donde se haya gravado mediante una operación de crédito la zona pública comprendida dentro de la zona marítimo terrestre.

De este modo, solo en casos excepcionados por ley 6043 en cuanto la zona pública, -como el señalado en el artículo 21 de dicha ley-, se permitirá gravarla.

La negativa proviene de la interpretación de todo el articulado que compone la ley de la zona marítimo terrestre. Lo anterior en razón de que esta ley es prudente en cuanto a preservar la zona pública sólo para uso y disfrute de todas las generaciones, sometiéndola a estrictos controles que protejan el carácter

¹⁶⁹ Marengo Marlene. (2007) Otorgamiento de garantías según la Ley N° 6043. Consulta: Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo.

absoluto del uso público a que se encuentra sometida, garantizando así un disfrute para la colectividad y no el de unos pocos.

Afirmación que se desprende también, de lo dicho por la Procuraduría al señalar *“La excepción que introduce ese numeral rige para los sectores cuyas condiciones naturales impiden el uso común de la zona pública, su destino prioritario; aspecto que debe quedar suficientemente fundado, incluso con criterios técnicos y está sujeto a la prudente apreciación de la Municipalidad del lugar y del ICT sobre la conveniencia del desarrollo propuesto. Las autorizaciones razonadas de ambas instituciones, en sentido unívoco, no eximen al solicitante de tramitar la concesión, medio normal de uso y aprovechamiento privativo de dependencias de la zona marítimo terrestre, la cual se requiere para realizar obras o construcciones con adherencia permanente al suelo. El uso privativo extraordinario que faculta el citado artículo 21, ha de ser racional, sostenible y proteger el medio ambiente litoral. Las actividades a ejecutarse en zonas de aptitud turística requieren evaluación de impacto ambiental. Además, no debe crear situaciones que deriven en una privatización de hecho de las áreas, ni ocasionar perjuicios a los concesionarios o propietarios privados de terrenos colindantes, a quienes se ha de notificar en los términos del artículo 13 del Reglamento a la Ley 6043. El establecimiento de una zona adecuada de libre tránsito, para uso y disfrute público de las playas, esteros y riscos, si los hubiere, y de garantizar la seguridad de los*

*peatones, constituyen obligaciones ineludibles y colaterales a la autorización y concesión expresas. Incurrir en causal de caducidad de la concesión el concesionario que estorbe el uso general de la zona pública"*¹⁷⁰.

De lo dicho por la Procuraduría y en el entendido de que el mencionado artículo 21 se relaciona con los numerales 12 y 13 del Reglamento¹⁷¹ para el desarrollo y ejecución de la Ley 6043, en el sentido de que el primero señala que en los casos de excepción previstos en los artículos 18, 21 y 22¹⁷², cuando las obras ocupen la zona pública, quienes las diseñen y ejecuten tienen la obligación de garantizar libre tránsito de las personas y el uso público, siendo deber de las instituciones responsables extender la autorización para dicho uso y de manera correlativa velar por el acatamiento de ese requisito; y conforme al artículo 13 del Reglamento, las concesiones en la zona pública a que se refiere el artículo 21 de la Ley no podrán otorgarse si ocasionan perjuicios a los concesionarios o propietarios de los terrenos colindantes. Todo lo dicho, en íntima relación con el mandato constitucional de protección del ambiente.

¹⁷⁰ Procuraduría General de la República, Dictamen C-026-2001 del 7 de febrero del 2001.

¹⁷¹ Reglamento a la ley sobre la zona marítimo terrestre, Artículos 12 y 13.

¹⁷² Ver en este sentido los artículos 18, 21 y 22 de la ley sobre la zona marítimo terrestre.

De este modo, la Procuraduría ha indicado que los presupuestos para la eventual aplicación del mencionado artículo 21 de la ley sobre la zona marítima terrestre, pueden resumirse de la siguiente manera: 1) Áreas bajo administración municipal; 2) La garantía de uso común como fin prioritario de la zona pública; 3) La excepción de uso privativo; 4) Autorizaciones habilitantes; 5) El requisito de la concesión demanial para ocupar o aprovechar la zona pública; 6) Prohibición de enajenar; 7) Obligación de establecer una zona de libre tránsito, para el uso y disfrute de áreas públicas, y de resguardar la seguridad de los peatones; 8) Prohibición de ocasionar perjuicios a los concesionarios o propietarios colindantes; 9) La protección del ambiente como límite a la discrecionalidad en el otorgamiento de títulos habilitantes; 10) Cancelación de la concesión si el concesionario impide o estorba el uso general de la zona pública¹⁷³. Los cuales se explican de manera pormenorizada en el dictamen C-026-2001, por lo que no nos parece adecuado extendernos en este punto.

*B.2 Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Polo
Turístico Golfo de Papagayo*

Debemos empezar señalando, que en cuanto a la posibilidad de otorgar garantías sobre esta zona, la normativa promulgada ha sido extensa y la misma

¹⁷³ Procuraduría General de la República, Dictamen C- 026-2001 del 7 de febrero del 2001 dirigida al Instituto Costarricense de Turismo.

ha sido objeto de grandes discusiones, interpretaciones y modificaciones¹⁷⁴, pero en este estudio sólo nos referiremos a la que rige actualmente.

Es en la Ley Reguladora del Polo Turístico Golfo de Papagayo, donde se encuentra la autorización para otorgar las concesiones en garantía; específicamente en el artículo cuarto que dispone *“Los bancos del Sistema Bancario Nacional y las Instituciones del Estado quedan autorizados para conceder préstamos a los concesionarios del desarrollo a que esta ley se refiere, con garantía de la respectiva concesión y sus edificaciones, mejoras e instalaciones”*.¹⁷⁵

Es claro que el espíritu de la norma trascrita previamente, persigue que los créditos sean dados con garantía real del derecho de concesión y que los mismos sean otorgados por entidades pertenecientes al Sistema Bancario Nacional y las Instituciones del Estado, cuya definición mencionamos líneas antes.

Es importante acotar, en lo que respecta a las concesiones del Proyecto Papagayo, que la Ley N° 6043 se aplica de manera supletoria como norma

¹⁷⁴ Ver en este sentido Decreto 22489-MP-J-TUR del 2 de setiembre de 1992; Decreto N 22163-MP-H-TUR del 22 de abril de 1993; Decreto N 22400-MP-J-TUR del 12 de mayo de 1995; Decreto N 29794-MP-TUR del 30 de agosto del 2001, entre otros.

¹⁷⁵ Ley Reguladora del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, Artículo 4.

general a falta de disposición especial. Compartiendo ambas leyes ciertas disposiciones, por cuanto el artículo 67 de la Ley de la zona marítima terrestre, ya mencionado, coincide con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 6758 en lo referente a que a las concesiones pueden ser dadas en garantía con inclusión de sus edificaciones, mejoras e instalaciones.

Aunque si bien es cierto, la norma citada de la Ley 6043, se refiere en específico a los concesionarios de la zona restringida de la zona marítimo terrestre, no debe preocuparnos la distinción que al respecto hace el artículo 67, toda vez que, aun cuando la normativa especial que rige al Proyecto del Polo Turístico Golfo de Papagayo, no constituye un régimen de excepción y por el contrario el Ordenamiento Jurídico General es aplicable, lo es en tanto no exista norma jurídica en el ordenamiento especial, o que la general no contradiga la especial¹⁷⁶.

El permiso que concede la Ley 6758, es para los sujetos que sean concesionarios de alguna parte del terreno que conforma el Polo Turístico de Papagayo, el cual, según la interpretación dada por la Procuraduría General de la República, comprende la totalidad del área del proyecto.

¹⁷⁶ Ver en este sentido Oficio DL-1784-06 del día 26 de octubre del 2006 suscrito por los Licenciados José Francisco Coto y Roberto Arce Garita del Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido a la Licenciada Mariela Salazar Medida del Bufete Laclé & Gutiérrez.

Tal conclusión se funda en el dictamen C-171-93, del cual transcribimos de seguido las líneas que nos interesan: *"Tampoco la Ley 6758 hace diferencia entre las concesiones de los terrenos ubicados en la zona marítimo terrestre, según nominación de la Ley 6043, del resto de espacios, uniformándolos bajo el instituto común de la dominialidad, regida por principios de Derecho Administrativo. Ni habría razón para ese distingo, pues el Proyecto de Desarrollo Integral Bahía Culebra es uno de los que el Instituto Costarricense de Turismo puede formular a tenor de lo enunciado en la Ley sobre Zona Marítimo Terrestre, artículo 28, aunque con normas específicas, habida cuenta de su envergadura, costo y financiación.- ...Establecido el carácter dominial del área dedicada al Proyecto, y la subsistencia parcial de la Ley 6043 y su Reglamento dentro de la zona, deben hacerse varias consideraciones: 1) La subsistencia de la legislación general sobre zona marítimo terrestre lo es en cuanto sea compatible y no contradiga la regulación especial dictada para normar el Proyecto Turístico instituido, prevaleciendo siempre ésta última en caso de conflicto (artículo 93, párrafo 2º, del Reglamento a la Ley sobre Zona Marítimo Terrestre).- 2) 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".*¹⁷⁷

¹⁷⁷ Procuraduría General de la República, Dictamen 171-93 del 24 de diciembre de 1993 dirigido a la

Con base en tales apuntes, es que el Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo ha interpretado que con respecto a la zona pública comprendida dentro del Proyecto Polo Turístico Golfo de Papagayo, será el ICT la institución competente para otorgar las concesiones dentro del proyecto mismo y sobre las porciones que en virtud del artículo 21 de la Ley de Zona Marítimo Terrestre pueda conceder. Debiendo cumplir eso sí, con dos requisitos de validez que son: a) la autorización municipal complementaria (ver relación con el artículo 4, inciso 8, del Código Municipal); y b) la naturaleza del sector, pues el numeral 21 en referencia sólo tendría cabida en *"aquellas secciones que por su configuración geográfica, su topografía o sus condiciones especiales, no puedan aprovecharse para uso público"*, siempre que se reserve una zona de libre y seguro tránsito¹⁷⁸.

Asimismo puede autorizar el sometimiento de estas porciones de terreno y las incluidas dentro de la zona restringida de la zona marítimo terrestre, a la enajenación derivada de contratos simples de hipoteca o fideicomisos de garantía en virtud de los poderes que al efecto le confieren los artículos 4 de la Ley 6758 y 12 de su Reglamento¹⁷⁹.

Municipalidad de Carrillo.

¹⁷⁸ Procuraduría General de la República, Dictamen 171-93 del 24 de diciembre de 1993 dirigido a la Municipalidad de Carrillo.

¹⁷⁹ Ver en este sentido Oficio DL-1784-06 del día 26 de octubre del 2006 suscrito por los Licenciados José Francisco Coto y Roberto Arce Garita del Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido a la Licenciada Mariela Salazar Medida del Bufete Laclé & Gutiérrez.

Lo indicado se confirma y resume de manera sencilla en el considerando tercero del Reglamento para el otorgamiento de garantías reales que gravan las concesiones del Polo Turístico de Papagayo que señala:

“3.- Que la posibilidad de estas garantías reales, está admitida en el artículo 4 de la Ley N 6758, del 4 de julio de 1982, y ha sido avalada por la Procuraduría General de la República y la jurisprudencia constitucional”.¹⁸⁰

De todo lo dicho podemos concluir, que tanto la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre como la Ley Reguladora de la Administración y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, facultan al ICT para otorgar concesiones sobre las áreas afectadas en el proyecto de Bahía Culebra (Papagayo), y también facultan a los Bancos del Sistema Bancario Nacional e instituciones del Estado para otorgar créditos a los concesionarios, poniendo como garantía no el inmueble, pues es zona marítima terrestre, sino, que la garantía del crédito recae, pues, sobre la concesión (derecho real administrativo) y sobre las edificaciones, mejoras e instalaciones que sobre la cosa pública se realicen.

¹⁸⁰ Reglamento para el otorgamiento de garantías reales que gravan las concesiones del Polo Turístico de Papagayo.

Lo anterior en nada afecta el carácter público del la zona marítima terrestre dada en concesión de acuerdo a esta ley, esta seguirá siendo patrimonio nacional, perteneciente al Estado, inalienable e imprescriptible; independientemente de que el titular de la concesión pida o no un préstamo y ofrezca o no el derecho de concesión y las edificaciones realizadas como garantía, de conformidad con la ley 6758 ya antes citada.

De este modo, sobre las garantías autorizadas en la Ley 6758 ahondaremos más adelante.

C. La Hipoteca como derecho real de garantía

Esta figura se encuentra contemplada en los artículos 409 y siguientes del Código Civil, pero este no define lo que ha de entenderse por hipoteca, por eso tomaremos nota de las definiciones dadas por otras legislaciones, como es el caso del Código Civil Francés que señala que *“la hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles afectados al cumplimiento de una obligación”*¹⁸¹, y la legislación Argentina que en parte indica que *“la hipoteca es el derecho real constituido en*

¹⁸¹ Acuña Benavides Lindy y Arce Carmona Sandra. (1991) El crédito bancario. Tesis de Graduación para optar al grado de Licenciadas en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. Pág. 114

seguridad de un crédito de dinero, sobre bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor".¹⁸²

Las definiciones doctrinales de esta figura son numerosas, entre ellas la dada por H y L Mazeaud donde la hipoteca es concebida como "una garantía real, sin llevar consigo desposesión actual del propietario de un inmueble, le permite al acreedor, si no es pagado al vencimiento, embargar ese inmueble en poder de quien se encuentre, rematarlo y cobrar el primero sobre el precio".¹⁸³

La hipoteca es un derecho real, accesorio y distinto del crédito garantizado, vinculado a un crédito de dinero expresamente determinado, que recae sobre cosas individualizadas en el acto constitutivo y que sin privar del dominio ni de la posesión al titular lo somete a restricciones con el objeto de que la garantía no resulte afectada y hasta donde sean necesarias para ese fin. Crea un título ejecutivo especial que, en su caso, permite la ejecución procesal forzada en primer término sobre el bien gravado, con privilegio para el cobro¹⁸⁴.

¹⁸² Colombo J. Carlos. (1974) Ejecución hipotecaria. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. Pág. 8

¹⁸³ Mazeaud Henri y León. (1960) Lecciones de derecho civil. parte tercera, volumen I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América. Pág. 225

¹⁸⁴ Colombo J. Carlos. Op. cit. Pág. 16

A nuestro parecer la manera más sencilla de conceptualizar la hipoteca, es utilizando la definición dada por Brenes Córdoba, según el cual “*consiste en un derecho real constituido sobre un inmueble, para asegurar así el cumplimiento de una obligación*”.¹⁸⁵ Considerado un derecho porque la hipoteca contiene las particulares que le son propias a los derechos reales de garantía, a saber, reales, accesorios e indivisibles.

Como señalamos, la hipoteca presenta las siguientes particulares: es un derecho real; accesorio de un crédito de dinero; característica de especialidad en un doble sentido, pues debe recaer sobre un inmueble determinado y en garantía de una suma de dinero específica; y es indivisible. Sobre las cuales nos referiremos de seguido.

1. Real: No obstante a decir que el señorío de la hipoteca consiste en la realización de la cosa, es en las pretensiones erga omnes en orden a que se omita todo menoscabo en ella que pudiera lesionar aquel señorío, en lo que se manifiesta con absoluta claridad el carácter real del derecho de garantía¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Brenes Córdoba Alberto. Op. cit. Pág. 145

¹⁸⁶ Wolff citado por Vallet de Goytisolo Juan. (1984) Estudio sobre garantías reales, segunda edición, Madrid: Editorial Montecorvo, S.A. Pág. 25

La hipoteca, se crea con el fin de dar un bien en garantía de una obligación dineraria y se da por medio de la relación directa e inmediata entre una persona y la cosa, surgiendo para el acreedor derechos como el *ius preferendi* o preferencia en el pago, la cual supone que con el valor de la cosa garante se paga un crédito u obligación principal, es decir, que el acreedor hipotecario tiene preferencia a ser pagado en primer término por sobre los demás acreedores.

Y el *ius perseguendi* o acción persecutoria que consiste en la facultad de que el acreedor hipotecario persiga el bien inmueble dado en garantía independientemente de a quien le pertenezca, siendo una de las características propias de casi todos los derechos reales. Así, el artículo 415 del Código Civil señala *“el inmueble hipotecado y cada una de sus partes responden, cualquiera que sea su poseedor, al pago de la deuda”*¹⁸⁷

La hipoteca, como derecho real, es un vínculo de bienes que da al acreedor seguridad, un derecho que se arraiga en los bienes vinculados y les sigue por todas partes; objeto del derecho real de garantía –añade- no es un valor ni la cosa, sino una particular relación del acreedor con la cosa vinculada: relación de seguridad¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Código Civil, Artículo 415.

¹⁸⁸ Maiorca citado por Vallet de Goytisolo Juan. Op. cit. Pág. 25

2. Accesoriedad: La hipoteca, como todo derecho real de garantía, se constituye en resguardo o seguridad del cumplimiento de una obligación principal.

El artículo 409 del Código Civil, dispone en lo que nos interesa, que *“la hipoteca se constituye en escritura pública por el dueño de un inmueble, para garantizar deuda propia o ajena”*¹⁸⁹.

Del contenido de este artículo se ha deducido el principio de accesoriedad que caracteriza la hipoteca. Dada la posición accesorio de la hipoteca, resulta que, cuando se liquida la obligación garantizada o por alguna razón se declare la misma inexistente, la hipoteca también se extingue o desaparece pues lo accesorio sigue siempre a lo principal.

La hipoteca no se concibe de manera autónoma frente al crédito que garantiza, que nace y se extingue con este. Esta característica de accesoriedad es una consecuencia de la propia naturaleza de la hipoteca como derecho real de garantía, en el que asegurar el crédito (obligación principal), es la finalidad primordial.

¹⁸⁹ Código Civil, Artículo 409

En este sentido, la hipoteca carece de vida propia e independiente pues siempre acompaña a un crédito al cual accede¹⁹⁰. Siendo que la accesoriedad dimana del hecho de que la hipoteca para existir requiere que haya un crédito y sólo permanece mientras este subsista, pues como se ha dicho antes, es una garantía al servicio de un crédito.

3. Especialidad: en cuanto a la individualización del bien afectado y el crédito garantizado, pues no puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. Estamos frente a una doble especialidad, en cuanto al crédito y en cuanto al inmueble.

En este sentido el artículo 413 del Código Civil señala que *“la obligación garantizada debe limitarse, y cuando se hipotequen varios inmuebles para la seguridad de un crédito, debe limitarse la responsabilidad de cada uno”*¹⁹¹.

El principio de especialidad tiene un doble fin, tutelar al deudor, para que no se vea privado de una sola vez de todo su posible crédito, para que se sepa hasta donde alcanza su responsabilidad; asimismo, proteger a los terceros

¹⁹⁰ Acuña Benavides L. y Arce Carmona S. Op. cit. Pág. 116

¹⁹¹ Código Civil, Artículo 413.

permitiéndoles conocer cuál es el máximo de gravámenes que afectan al inmueble que constituye el objeto de la garantía hipotecaria¹⁹².

Es necesario que la deuda se concrete en una suma precisa, en resguardo del deudor para que sepa hasta donde llega la garantía en relación con la deuda y ante terceros en cuanto a la certidumbre en cuanto al monto definitivo de la deuda asegurada con el bien hipotecado.

Este requisito es de fundamental importancia, por cuanto de no existir la debida especificación del crédito la cual la hipoteca accede, esta pierde su condición de accesoriedad, desnaturalizando la función que como derecho real de tal carácter le ha sido asignada, y se constituye en un derecho real distinto, ya no accesorio y dependiente¹⁹³.

La hipoteca sirve para garantizar a otra obligación, y la exigencia de una determinación en dinero tiende a salvaguardar el requisito de la especialidad, la cual puede satisfacerse mediante la simple indicación de la cuantía de la obligación garantizada.

¹⁹² Colombo J. Carlos. Op. cit. Pág. 23

¹⁹³ Casadio Claudio. Op. cit. Pág. 23

4. Indivisibilidad: Este principio implica que la garantía persiste aun en el caso de cancelación parcial de la deuda y que el gravamen se extiende a todo el inmueble afectado y cada una de sus partes, de este modo, mientras exista un saldo sin pagar del crédito, la hipoteca se mantendrá íntegra sobre todo el bien garante y cumpliendo la función por la cual surgió.

Entonces, la indivisibilidad, se da con el objeto de garantizar de forma más sólida al acreedor hipotecario pues implica que la hipoteca se mantiene íntegra, aunque se divida la finca hipoteca o se reduzca la obligación garantizada. Característica claramente señalada en el artículo 424 del Código Civil que indica que *"la hipoteca se extingue con la obligación principal y por todos los medios que se extinguen las demás obligaciones"*.¹⁹⁴

Por tanto, la división de la deuda o su extinción parcial no importa, correlativamente, la división o la extinción parcial de la garantía. La norma es, que cada fracción de la cosa hipotecada garantiza la totalidad del crédito y cada porción del crédito esta garantizada, hasta el pago íntegro, por el bien hipotecado en su totalidad¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Código Civil, Artículo 424.

¹⁹⁵ Colombo J. Carlos. Op. cit. Pág. 26

Unido a estas características es importante aclarar, que la hipoteca no despoja al deudor del bien inmueble, pues el mismo siempre queda en su poder una vez constituido el gravámen. Esta constitución no da derechos de goce al acreedor para disfrutar de la cosa.

La hipoteca, aunque es un derecho real, no implica una desmembración del derecho de propiedad, no confiere al acreedor ningún poder especial sobre el bien, el propietario no es privado del uso y conserva todos sus poderes sobre la cosa hipotecada. Diferencia en cuanto a otras garantías, la cual proviene precisamente del mantenimiento de las prerrogativas del propietario y de la ausencia de desposesión¹⁹⁶.

D. El Fideicomiso y su consideración como garantía real

Carregal ha dispuesto que *“el contrato de fideicomiso o simplemente fideicomiso es aquel por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que el cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido. Conforme a nuestro punto de vista, la prestación a cargo del fiduciario es la ejecución de un encargo respecto de un bien. Si encargar es, según el Diccionario de la Lengua*

¹⁹⁶ Mazeaud Henri y León. Op. cit. Pág. 91

Española, encomendar, poner una cosa al cuidado de uno, el encargo que recibe el fiduciario será el de ejecutar determinados actos en interés del fiduciante, o del beneficiario, o de ambos, según las modalidades del negocio y los términos del acuerdo, ya que la versatilidad del fideicomiso es prácticamente inagotables.¹⁹⁷

En nuestro país, el fideicomiso se encuentra establecido en el artículo 633 del Código de Comercio que transcribimos de seguido:

“Artículo 633: Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo”.¹⁹⁸

Con base en el numeral dicho, el autor Jiménez Zeledón ensaya una definición de fideicomiso que intenta ampliar o explicar lo indicado en la norma señalando que *“el fideicomiso es un negocio jurídico (programación objetiva de intereses) único y típico (unilateral, bilateral o plurilateral) en virtud del cual una persona física o jurídica (fideicomitente) transmite a otra (fiduciario) la propiedad*

¹⁹⁷ Carregal Mario Alberto. (1982) El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades practicas, Buenos Aires: Editorial Universidad. Pág. 47

¹⁹⁸ Código de Comercio, Artículo 633

*de bienes o derechos (patrimonio separado del fideicomitente y del fiduciario) (propiedad fiduciaria), para la realización de fines lícitos y determinados señalados en el acto constitutivo, usualmente constituido en beneficio de un tercero (fideicomisario)".*¹⁹⁹

Una de las modalidades del fideicomiso, es el denominado fideicomiso de garantía, que según Araya Matarrita, "*entenderemos por fideicomiso de garantía aquel contrato mercantil en que fideicomitente y fideicomisario convienen en disponer un objeto, patrimonio de uno de ellos, para que garantice ante el otro el cumplimiento de una obligación, -que no necesariamente es previa- de modo que dicho objeto sea liquidado una vez sobrevenido el incumplimiento obligado*"²⁰⁰.

El llamado fideicomiso de garantía se aplica cuando el pago de operaciones no se realizó en forma inmediata si no parcialmente o bien en garantía de pago de un crédito²⁰¹. Mediante este tipo de fideicomiso, el fideicomitente traspasa determinados bienes o derechos de su propiedad, en garantía a una deuda u obligación, mientras que la figura del fideicomisario recae sobre el titular de la obligación garantizada, quien será entonces, a su vez, el acreedor.

¹⁹⁹ Zeledón Jiménez Mariano. (1994) "Fideicomiso: naturaleza jurídica", En: Revista de Ciencias Jurídicas. (79): 55-82. set.-dic.

²⁰⁰ Araya Matarrita Saúl. Op. cit. Pág. 89

²⁰¹ Delgado Saborio Irina. (1999) Contratos de fideicomiso con fondos públicos. Su aplicación, regulación y control en Costa Rica. Tesis de Graduación para optar al grado de Licenciada en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica. Pág. 21

El fiduciario por su parte, garantiza a los acreedores del fideicomitente o fideicomisarios, que en caso de incumplimiento del deudor, se liquidará el patrimonio fideicometido y con dicha venta se cancelará la obligación de crédito que se hayan garantizado con el fideicomiso.

Nos interesa centrarnos en el punto de que los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio autónomo, apartado expresamente para los fines del fideicomiso mismo, el bien objeto del fideicomiso se sustrae del régimen normal de propiedad. Se coloca en situación de patrimonio de afectación autónomo, destinado a un fin determinado y respecto del cual solamente se pueden ejercitar las acciones y derechos en consonancia con el fin²⁰².

En consecuencia cada fideicomiso, considerado como una operación individual, constituye un patrimonio autónomo, independiente, cuya titularidad corresponde al fiduciario y que se diferencia de su patrimonio personal. Más aún, dicho patrimonio autónomo, con sus propios derechos y obligaciones, puede ser declarado en quiebra por los acreedores del mismo, sin que esto implique la quiebra del fiduciario²⁰³.

²⁰² Cervantes Ahumada Raúl. (1965) "El fideicomiso", En: Revista de Ciencias Jurídicas. (5)177-194. mayo

²⁰³ Dávalos Mejía Carlos. (1984) Títulos y contratos de crédito, quiebras, México: Editorial Harla Harper y Row Centroamericana. Pág. 122

Los bienes fideicometidos pasan a nombre del fiduciario en su calidad de tal, por lo que no se manejan a nombre del fideicomitente, del fideicomisario o del fiduciario en su calidad personal; siendo esta autonomía patrimonial una figura de gran importancia, que junto con la inscripción en el Registro respectivo constituye una protección frente a terceros respecto de dicha masa patrimonial independiente.

Aclaración hecha con el objetivo de explicar la situación que en este fideicomiso se genera, al punto de poderlo incluir dentro de las garantías reales, pese a que en doctrina se le ha ubicado, tradicionalmente, dentro de las garantías personales, con las características que le son propias a este conjunto.

Pero en lo que respecta a la fiducia de garantía lo que menos busca es transmitir finalmente el bien objeto del convenio, es una propiedad latente, como garantía que es, a resultas del comportamiento subjetivo de los contratantes. De modo que su constitución no fue hecha con miras a trasladar el bien sino garantizar una obligación precedente²⁰⁴. Esto por cuanto al surgir un patrimonio independiente, un patrimonio real, formado por el bien dado en garantía y el cual se inmoviliza y por tanto resulta indisponible.

²⁰⁴ Araya Matarrita Saúl. Op. cit. Pág.76

De este modo el fideicomiso de garantía es, en principio, un contrato para garantizar la rapidez en la ejecución de la garantía. Pero las garantías en el cumplimiento no se da por medio del fideicomiso como contrato, sino por el objeto del fideicomiso (bien liquidado para hacer efectivo el pago al acreedor). Nadie ve cancelado un crédito por medio de un fideicomiso de garantía sino que es por medio del bien garante del pago.

Acercas de las ventajas de preferir esta figura, sobre otros tipos de garantías reales, detallaremos más adelante; utilizando ejemplos concretos de lo que ha sucedido en las concesiones otorgadas a la luz de la Ley N° 6758 que regula las áreas comprendidas dentro del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo.

CAPITULO II CASO ESPECIAL: PROYECTO TURÍSTICO

GOLFO DE PAPAGAYO

En este Capítulo, dentro de la Sección única que contiene, trataremos los postulados históricos, económicos, sociales y jurídicos que dieron origen a la existencia de una legislación especial que regula el denominado Proyecto de Papagayo.

Asimismo estudiaremos cual es la estructura del Instituto Costarricense de Turismo, órgano encargado de regular la zona que comprende el Proyecto Golfo de Papagayo. Además de ser necesario analizar el procedimiento que dentro de esta Institución se sigue a la hora aprobar el otorgamiento de garantías reales sobre la zona marítimo terrestre que conforma el Polo Turístico.

Por último, realizaremos un breve resumen de lo que con respecto a garantías se ha dado en la práctica, examinando las figuras de la hipoteca y el fideicomiso y lo que ha ocurrido con ellas a la hora de establecerse una relación entre los concesionarios, los Bancos y el Instituto Costarricense de Turismo.

Sección I Generalidades del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo

En esta sección haremos en el párrafo primero un análisis histórico de la normativa especial que rige el Proyecto Turístico Golfo de Papagayo.

Además de un análisis del proceso seguido en el ICT para poder otorgar garantías dentro de la zona restringida e incluso en la zona pública que compone el proyecto turístico ubicado en Bahía Culebra.

En última instancia, mencionaremos un caso concreto en que se utilizó la hipoteca como forma de garantía y la misma llegó hasta el punto de remate y las consecuencias de dicho suceso. Así también, estudiaremos por qué el fideicomiso se ha convertido en la figura preferida por los concesionarios como forma de garantía.

§1 Papagayo como un caso de regulación especial

A. Antecedentes del Proyecto

Con la redacción, promulgación y presentación de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, se creó un régimen especial contemplado en el artículo 74, mediante el cual se transfiere al Instituto Costarricense de Turismo, la administración del Proyecto de Desarrollo Integral de Bahía Culebra y por otro lado encarga al Poder Ejecutivo a dictar la reglamentación a seguir y atribuyéndole eso sí, el usufructo y la percepción de cánones a las Municipalidades de Liberia y Carrillo.

Esto porque a inicios de la década de los 70, la promoción de planes para el desarrollo turístico por parte del Banco Centroamericano de Integración Económica en la región, impulsó al gobierno a postular la zona de Bahía Culebra hoy conocida como Papagayo, como una posible candidata para que fuera el destino de dicho desarrollo.

El plan pretendía que el turismo en Centroamericana, se convirtiera en una de las principales fuentes de ingresos para la zona, beneficiando así, a cada país de la región.

Mediante varios estudios previos, se logró determinar que el proyecto Bahía Culebra era la zona en Centroamérica más apta para ejecutar dicho proyecto turístico. Como resultado de este aspecto positivo y mediante la Ley No. 5847 de 18 de noviembre de 1975 se aprobó el Convenio de Préstamo celebrado entre el Instituto Costarricense de Turismo y el Banco 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 Proyecto²⁰⁵.

Luego mediante la ley N° 6370 de 3 de septiembre de 1979, fueron declarados de utilidad pública los bienes inmuebles ubicados en dicha área y se establecieron los procedimientos para que el ICT los adquiera por medio de la expropiación, respaldado en el artículo 10 de dicha ley.

Finalmente, en 1982 se publicó la Ley 6758 denominada “Ley de Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo”, las razones fundamentales para la promulgación de la misma, fueron que el Estado costarricense debía crecer en cuanto al tema de infraestructura, carreteras, servicios de electricidad, agua y otros servicios básicos relacionados con el ámbito del turismo nacional, así como la creación de un ordenamiento legal que permitiera a los inversionistas

²⁰⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen 181 del 23 de noviembre de 1994.

nacionales y extranjeros contar con los medios necesarios para poder venir a nuestro país a invertir en proyectos turísticos

A pesar de la importancia del desarrollo del proyecto dicho, este se volvió a retomar hasta la administración de Calderón Fournier, de esta forma, a partir de 1992 se publicaron varios decretos que sirvieron como base para otorgar las primeras concesiones. Creando entre otros, el Registro de Concesiones del Proyecto Turístico de Golfo Papagayo, como sección del Registro Público de la Propiedad y el Fondo de Desarrollo Turístico del Proyecto Golfo de Papagayo.

B. Legislación específica y administración del Proyecto por parte del Instituto Costarricense de Turismo

En la Ley 6043 se creó además, el régimen de excepciones a la misma, contenidas en su capítulo noveno y que se denomina "Casos Especiales". Es dentro de este, donde se encuentra regulado el caso de Papagayo, concretamente en el artículo 74 que al respecto dispone:

"En cuanto al desarrollo del Proyecto de Desarrollo Integral de Bahía Culebra, cuyo litoral limita al norte en el punto de la Cuadrícula Lambert 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 este Instituto. Todo lo anterior sin perjuicio de usufructo y cánones que corresponden a las municipalidades respectivas conforme a esta ley”.*²⁰⁶

La eliminación en cuanto a la aplicación de la ley 6043 a este proyecto fue casi total, subsistiendo solo de manera supletoria y manteniéndose intacta en lo que respecta al derecho de las Municipalidades de Liberia y Carrillo de recibir los cánones y la imposibilidad de variar el concepto de zona pública que establece dicha ley.

De este modo, y según lo habíamos mencionado anteriormente, en lo que respecta al Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, la Ley de la zona marítimo terrestre, se aplicará supletoriamente como norma general solo ante la falta de disposición específica.

²⁰⁶ Ley sobre la zona marítimo terrestre, Artículo 74.

El artículo 93 de del Reglamento a la ley sobre la zona marítimo terrestre, reafirma las conclusiones referidas, al señalar que:

“...Las concesiones en esa área serán otorgadas por dicho instituto; las solicitudes se presentarán ante éste y se tramitarán de acuerdo al procedimiento contemplado en este reglamento, en lo que fuere aplicable. El ICT otorgará estas concesiones únicamente cuando se ajusten al Plan 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 puedan dictar”.²⁰⁷

De la lectura de los artículos transcritos se desprende, que es el Instituto Costarricense de Turismo la institución la encargada del otorgamiento de concesiones y la aprobación de garantías que sobre sus derechos otorguen los concesionarios del proyecto.

La administración especial asignada a dicha zona, le confiere entonces al ICT, todos lo atributos y potestades, con total exclusión municipal, según ha

²⁰⁷ Reglamento a la ley sobre la zona marítimo terrestre, Artículo 93.

dejado claro la Procuraduría al indicar que *“La tutela de la Zona Pública y demás áreas del proyecto compete al Instituto Costarricense de Turismo, el cual, como institución autónoma, ha de emplear los medios o mecanismos que el ordenamiento le brinda para proteger los bienes públicos encomendados”*.²⁰⁸

Debemos dejar claro, que si bien la normativa del Proyecto Turístico de Papagayo es especial, esta no constituye un régimen de excepción frente al resto del ordenamiento jurídico aún más en casos determinados o la tutela y administración de los recursos naturales o bienes del patrimonio cultural. Ejemplos de lo anterior sería en cuanto a la potestad fiscalizadora que tiene el Museo Nacional de Costa Rica con respecto a la existencia de restos arqueológicos; Secretaria Técnica Ambiental (SETENA) en cuestiones de impacto ambiental y medidas de mitigación; Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas sobre sustancias minerales, entre otras instituciones.

Por tanto, con reserva de las competencias especiales de órganos o entes diversos ya expresados, la fiscalización y control del Proyecto Turístico de Papagayo incumbe al ICT, entidad encargada por ley de su ejecución o desarrollo, administrar y defender el área, llevar adelante construcciones de infraestructura

²⁰⁸ Procuraduría General de la República, Dictamen C-171-93 del 24 de diciembre de 1993.

básica, dictar los parámetros del Plan Maestro, al que han de sujetarse las obras, otorgar concesiones, e inspeccionar y vigilar que las actividades de los concesionarios durante la vigencia del contrato se ejerciten con apego a las disposiciones legales, reglamentarias y términos de la concesión, con posibilidad de cancelarla si sobrevienen incumplimientos o violaciones legales graves²⁰⁹.

En cuanto a la forma en que el ICT, ejercerá ese control, la Ley 6758 detalla el camino a seguir pues al respecto dispone:

*“Artículo 9: Para ejecutar y desarrollar el proyecto, el Instituto Costarricense de Turismo creará una oficina ejecutora que tendrá, en forma exclusiva, las facultades de dirigir, coordinar, administrar y controlar el desarrollo a que esta ley se refiere. Esta oficina estará adscrita al Instituto, dependiendo directamente de su Junta Directiva”.*²¹⁰

Esta oficina ejecutora está adscrita al Instituto, con dependencia directa de la Junta Directiva, es un órgano desconcentrado en grado máximo, considerada

²⁰⁹ Procuraduría General de la República, Dictamen 045-94 del 16 de marzo de 1994.

²¹⁰ Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, Artículo 9.

como una transferencia de la competencia a un órgano distinto del jerarca, pero siempre dentro de la organización de un ente determinado y las competencias dadas por el ordenamiento a esta conclusión ha llegado la Procuraduría al considerar que *“se trata de una excepción, y como tal debe ser interpretada. Por lo que no es posible establecer como principio que a un órgano desconcentrado le corresponda emitir todos los actos que no hayan sido expresamente atribuidos al Ente, como parece desprenderse del escrito remitido por el Instituto Costarricense de Turismo; por el contrario, el órgano desconcentrado tiene como competencia exclusiva los poderes establecidos expresamente por el ordenamiento jurídico y ello aún cuando se trate de una desconcentración máxima”*.²¹¹

El artículo 10 de la ley 6758, dispone que la oficina ejecutora estará compuesta su vez, por un Consejo Director integrado por cinco miembros, los cuales serán tres representantes del Instituto y dos de la iniciativa privada y su designación depende de la Junta Directiva del Instituto en su condición de órgano jerarca y superior. Y la composición de al Oficina Ejecutora será por medio de tres partes:

- Consejo Director
- Dirección Ejecutiva

²¹¹ Procuraduría General de la República, Dictamen 181-94 del 23 de noviembre de 1994.

- Personal necesario²¹²

Como quedó proyectado anteriormente, el Consejo Director depende directamente de la Junta Directiva del ICT quien por disposición del artículo 12 de la ley 6758, es el órgano con potestad para otorgar concesiones sobre el uso de las tierras del proyecto en la zona destinada al mismo. Asimismo, y en derivación de esa potestad es la misma Junta Directiva la que podrá determinar la cancelación de una concesión otorgada.

A su vez, la Junta Directiva es el órgano competente para la autorización de los traspasos totales o parciales de las concesiones, las hipotecas o fideicomisos que sobre ellas se establezcan, para lo que se requiere de un informe previo del Consejo Director.

De lo anterior se desprende que el Consejo Director es un órgano colegiado con poder decisorio para todos aquellos aspectos que no le sean encomendados normativamente a la Junta Directiva del Instituto. De igual manera y por disposición de las mismas normas se constituye en órgano asesor y recomendador de la Junta Directiva para los casos en que la primera deba

²¹² Reglamento a la Ley Reguladora Polo Turístico de Papagayo, Artículo 3.

autorizar el otorgamiento de concesiones, traspasos totales o parciales, la cancelación de las mismas, o la autorización para el sometimiento de estas a los gravámenes que establece el artículo 4 de la ley 6758 y las disposiciones del Reglamento para el otorgamiento de garantías reales que gravan las concesiones del Polo²¹³.

§2 Procedimiento seguido dentro del Instituto Costarricense de Turismo para la aprobación de garantías reales sobre la zona marítima terrestre

El procedimiento que se sigue a lo interno del Instituto Costarricense de Turismo para la aprobación del otorgamiento de garantías por parte de los concesionarios es muy sencillo y se puede resumir de la siguiente manera:

- Presentación de solicitud debidamente fundamentada ante la Dirección Ejecutiva del Instituto Costarricense de Turismo.
- La solicitud se transfiere al Departamento Legal para que este emita un criterio.

²¹³ Oficio DL-1295-06 del día 17 de agosto del 2006 suscrito por los Licenciados José Francisco Coto Meza y Roberto Arce Garita del Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido al Consejo Director del Polo Turístico Golfo de Papagayo.

- Una vez emitido el criterio por parte del departamento Legal, este lo transfiere al Consejo Director del Polo Turístico, para que tome un acuerdo positivo o negativo con respecto a la solicitud. Dicho criterio se emite como una recomendación para la Junta Directiva, quien será en última instancia quien decidirá al respecto.
- La Junta Directiva del Instituto Costarricense de Turismo aprueba o reprueba la solicitud para el otorgamiento de garantías. En caso de darse un acuerdo afirmativo esta Junta ordena seguir los trámites para la firma del contrato pertinente²¹⁴.

Con base en lo señalado por el Lic. Arce Garita, podemos indicar que el artículo 12 del Reglamento a la Ley 6758 establece que la Junta Directiva del ICT, con posterioridad al informe y recomendación del Consejo Director del Polo Turístico²¹⁵ decidirá sobre la solicitud dicha.

En este mismo sentido el numeral 13 inciso e) de la Ley 6758 dispone que *“la Junta Directiva del Instituto cancelará una concesión otorgada cuando se de cualquiera de los siguientes casos: e) Cuando se traspase o ceda, total o*

²¹⁴ Arce Garita Roberto. (2007) Procedimiento para solicitar la aprobación del otorgamiento garantías reales por parte del ICT. Consulta: Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo. 22 may.

²¹⁵Ver en este sentido el Artículo 12 del Reglamento a la Ley Reguladora del Polo Turístico Golfo de Papagayo.

*parcialmente, o se grave una concesión, sin autorización previa y expresa del Instituto”.*²¹⁶

La autorización a que se refiere el artículo anterior, se da en virtud de la solicitud formal que el concesionario debe hacer a la Dirección Ejecutiva, que a su vez es trasladada al departamento legal con el propósito de obtener los criterios técnicos sobre la solicitud. Posteriormente, el Consejo Director enviará el acuerdo con recomendación a la Junta Directiva, quien finalmente aprobará o no el gravámen solicitado.

Según criterio del departamento legal del ICT, la solicitud dicha deberá adjuntar informe del origen y aplicación de los fondos así como documentación oficial de la entidad financiera conteniendo el plan de inversión, ya que esto podrá resultar determinante para el acuerdo que emite el Consejo Director²¹⁷.

²¹⁶ Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, Artículo 13.

²¹⁷ Oficio DL-420-06 de fecha 16 de marzo del 2006 suscrito por los Licenciados José Francisco Coto Meza y Roberto Arce Garita del Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido al Arquitecto Javier Bolaños Director Ejecutivo del Polo Turístico Golfo Papagayo.

§ 3 Aplicación de las Garantías Reales y referencia a ejemplos concretos

La garantía real que originalmente se autorizó aplicar, en la zona comprendida por el proyecto Papagayo es la garantía hipotecaria pero con ciertos límites y consideraciones.

Recordemos que en doctrina es incuestionable que los bienes de dominio público no pueden ser hipotecados, así lo afirma Marienhoff al indicar *“los bienes de dominio público no pueden ser gravados con hipoteca, está ajena al régimen de los bienes dominicales, no solo porque -como generalmente se dice- implique o apareje una posible enajenación, sino porque constituye una institución propia del derecho privado...”*²¹⁸

A este respecto se ha manifestado la Sala Constitucional, al señalar que:

“Es incuestionable que el bien de dominio público no puede ser hipotecado, enajenado ni embargado; sin embargo, lo que se pretende hipotecar en este caso no es el bien -zona

²¹⁸ Marienhoff. Op. cit. Pág. 234

marítimo terrestre-, sino la concesión dada sobre el bien demanial; por cuanto de la concesión demanial nace un auténtico derecho real eficaz erga omnes, enajenable e hipotecable ("derechos reales administrativos"), es decir, se deriva un derecho patrimonial que integra el derecho de propiedad del concesionario. Es claro que las obras realizadas en un bien de dominio público son propiedad exclusiva del concesionario, porque tales obras no son otra cosa que la materialización o expresión del derecho de uso especial emergente de la concesión. Además, tanto la Ley de la Zona Marítimo Terrestre -número 6043, de tres de marzo de mil novecientos setenta y siete-, en su artículo 67, como la Ley que regula el desarrollo y ejecución del Proyecto de Papagayo en Bahía Culebra -número 6758, de cuatro de junio de mil novecientos ochenta y dos-, permiten a los bancos del sistema bancario nacional e instituciones del Estado conceder préstamos a concesionarios de la zona restringida, de la zona marítimo terrestre, con garantía de la propia concesión, obras, edificaciones y mejoras; por lo que el decreto impugnado lo que hace es reflejar lo dicho en la legislación, pero aplicado al caso concreto. De lo anterior, concluye que en el ordenamiento jurídico costarricense es posible admitir la

*hipoteca tanto sobre la concesión como sobre las obras, mejoras e instalaciones”.*²¹⁹

Lo anterior, pues de la concesión de uso de un bien dominical al incorporarse dentro del patrimonio del concesionario tiene efectos frente a terceros, es enajenable y por tanto hipotecable, teniendo así, una expresión económica dentro del patrimonio del particular (concesionario).

Gravando propiamente la concesión, edificaciones e instalaciones sobre esa zona construida; es decir, sobre derechos propios del titular y no sobre el bien público (zona marítimo terrestre) que siempre continúa en propiedad del Estado.

En este sentido, el gravamen autorizado es de carácter especial, generado por el régimen particular del proyecto turístico de Papagayo. Se le denomina gravamen hipotecario por efectos prácticos, para determinar de modo inequívoco -por analogía- los requisitos, condiciones, trámites y demás efectos jurídicos del régimen registral de los gravámenes creados, conforme la Ley número 6758.

²¹⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto 5210-97 de las 16:00 del 2 de setiembre de 1997.

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”*.²²⁰

Dicha autorización, podría decirse que se da para situar al concesionario en la posibilidad de ejercer razonablemente la ventaja que la concesión le otorga, puesto que, como dijimos, constituye un verdadero derecho real administrativo; siendo una forma de materialización de su derecho, en virtud del carácter patrimonial de este y del valor en el mercado del mismo.

²²⁰ Procuraduría General de la República, Dictamen 103 del 4 de agosto de 1993.

De lo expuesto líneas atrás, la Procuraduría extrae dos conclusiones de importancia para este estudio: *“a) Que la clase de garantía que procede otorgar es la hipotecaria; y b) Que la garantía comprende simultáneamente, tanto el derecho real administrativo, es decir la concesión, como los bienes que se encuentren adheridos al suelo de manera fija y permanente”*.²²¹.

Entonces, podemos afirmar que lo que se pretende es que el derecho de concesión en sí, del cual es titular el concesionario, pueda ser dado en garantía, - independientemente de la titularidad del inmueble en el cual reside dicha concesión-, pues la misma corresponderá siempre al ICT pues se trata de un bien de dominio público, situación que no se ve modificada por el hecho de otorgar garantías sobre la concesión.

Igualmente, no podemos obviar el fin para el cual fue creada la ley N° 6758 que es la que nos ocupa, cuyo objetivo primordial era el propiciar el desarrollo de distintos proyectos turísticos, atrayendo inversión, para así beneficiar a la provincia de Guanacaste al dar mayores oportunidades a los habitantes de poder conseguir empleo y por ende de obtener su sustento económico. Por esta razón, y en busca de atraer a los inversionistas es que se crea la posibilidad de otorgar garantías

²²¹ Procuraduría General de la República, Dictamen 103 del 4 de agosto de 1993.

reales, sea mediante la hipoteca -tema que venimos tratando- o por medio del fideicomiso.

Todo lo cual, fundamentalmente, por que la hipoteca se ha enmarcado como una figura utilizada para obtener financiamiento por parte de los concesionarios del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, tal es el caso de la denominada Hotelera Paracas H.P., S.A., cuyo caso resumimos del siguiente modo:

- La Junta Directiva del ICT aprobó el crédito con garantía hipotecaria a favor del BCT Bank Internacional.
- En un segundo momento la Junta Directiva aprobó una ampliación de la hipoteca en las mismas condiciones de la original, con el objetivo de que dicho dinero fuera invertido en los últimos detalles de equipamiento y amueblamiento del Hotel.
- Por incumplimiento de pago en la relación crediticia, el Banco procedió a la ejecución de la hipoteca. La concesión a favor de Hotelera Paracas H.P., S.A. fue rematada el día 13 de junio del año 2001 ante el Juzgado Tercero Civil del Primer Circuito Judicial de San José.

- Que en el proceso ejecutivo hipotecario número 00-1778-182-CI, mediante resolución de las 16:00 del 3 de diciembre del 2001, el Juzgado Tercero Civil ordenó la adjudicación a favor de BCT Bank International, libre de gravámenes hipotecarios y anotaciones judiciales, de la concesión inscrita a nombre de Hotelera Paracas H.P., S.A. ubicada en el Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, siendo ordenada dicha adjudicación, por la base del remate correspondiente al monto de la hipoteca de primer grado a favor de dicho banco, por la suma de tres millones de dólares.
- El Banco BCT traspasó la concesión a Hotelera Bahía Culebra, con las debidas autorizaciones por parte del ICT.

Con la adjudicación de la concesión dicha, otorgada inicialmente a Hotelera Paracas H.P., S.A., el BCT Bank International adquiere las obligaciones contenidas en el contrato de concesión original.

El ejemplo anterior, resuelve las inquietudes en cuanto a que sucede en caso de incumplimiento del concesionario se ejecuta la garantía, para que responda por el préstamo respectivo. Pero dicha garantía recae sobre el derecho real administrativo de concesión, nunca sobre el derecho de propiedad que

mantiene el Estado sobre los terrenos, cuya desafectación solo puede darse por medio de ley de la República -que no es el caso-.

El Decreto Ejecutivo N° 29794-MP-TUR que regula el otorgamiento de garantías reales sobre concesiones en el Proyecto Papagayo, señala en su artículo 2 que *“en caso de que se proceda a la ejecución de una garantía que pese sobre un derecho de concesión, se tendrá como nuevo concesionario a quien resulte adjudicatario de la misma”*.²²²

Asimismo el artículo 3 del mismo reglamento, en su párrafo segundo señala que *“el instituto Costarricense de Turismo formalizará con el rematario el correspondiente contrato, a fin de que se continúe con el proyecto concesionado o bien se reformule”*.²²³

Pese a lo anterior, hoy en día, dentro de los constantes cambios que a nivel del comercio se dan, la institución hipotecaria ha pasado a un segundo plano, retomando más fuerza el fideicomiso como garantía para que los concesionarios del Polo obtengan financiamiento en las diferentes instituciones bancarias.

²²² Reglamento para el otorgamiento de garantías reales que gravan las concesiones del Polo Turístico de Papagayo, Artículo 2.

²²³ Reglamento para el otorgamiento de garantías reales que gravan las concesiones del Polo Turístico de Papagayo, Artículo 3 párrafo segundo.

La afirmación anterior se basa en datos suministrados por el Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo, según el cual, en el periodo comprendido entre los años 2005 y lo que va del 2007, solo se han presentado dos solicitudes por parte de los concesionarios del Polo, para dar su derecho en garantía hipotecaria.

Tales son los casos de Residencias Hoja de Guachipelín, S.R.L., a la cual se le autorizó la constitución del gravamen hipotecario; y el caso de la empresa Fiesta de Playa, S.R.L, la cual en el año 2006 solicitó la aprobación de un gravamen hipotecario el cual fue concedido por el ICT, pero posteriormente, la misma empresa decidió cancelarlo con el objetivo de afectar su derecho de concesión al régimen de fideicomiso.

Situación que contrasta en cambio, con las decenas de subconcesiones del Proyecto que se encuentran afectadas actualmente bajo la figura del fideicomiso, mediante contratos ya suscritos entre los concesionarios y el ICT e inscritos en el Registro Público; entre las cuales, por solo citar algunas se encuentran: Villa Fruta de Tamarindo, S.R.L, Rincón Peninsular, S.R.L, Villa Laurel del Jardín, S.R.L, Hotel Fiesta de Playa, S.R.L, Marina Rose, S.R.L, entre otras.

De lo cual se desprende claramente, que se ha dado una evidente preferencia del fideicomiso sobre la hipoteca, esto en razón de que la primera permite regular de manera más amplia diversas situaciones, a la hora de otorgar el contrato de fideicomiso de garantía.

Un ejemplo de lo dicho se da en el resumen que presenta la empresa Hotel Fiesta de Playa, S.R.L al solicitarle a la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Turismo la autorización para el traspaso a propiedad fiduciaria las concesiones a su nombre a favor del Banco Improsa, S.A. al indicar que:

*“(iii) El Fideicomiso tendrá como finalidad a) Garantizar a la FIDEICOMISARIA PRINCIPAL el debido cumplimiento por parte de la FIDEICOMITENTE de las obligaciones pecuniarias en cualquier moneda y no pecuniarias , derivadas de i) CONTRATO DE PRESTAMO, y sus anexos, suscrito en esta misma fecha. ii) PAGARE emitido por la FIDEICOMITANTE a favor de la FIDEICOMISARIA PRINCIPAL. b) Garantizarle a la **FIDEICOMITANTE** la debida tenencia por parte del **FIDUCIARIO** de los bienes fideicometidos y para los efectos de este contrato. c) Garantizar a la FIDEICOMISARIA PRINCIPAL que mientras existan saldos deudores y se encuentren vigentes los términos y condiciones del CONTRATO DE PRESTAMO y sus pagarés, los bienes fideicometidos que respondan por tales obligaciones permanecerán en propiedad fiduciaria, pero con la salvedad de que*

estarán bajo la posesión, custodia y responsabilidad de la FIDEICOMITANTE. d) administrar y cobrar, en caso de acaecimiento de la condición suspensiva acordada, las cuentas por cobrar, contratos de arrendamiento y contratos de tiempo compartido cedidos en propiedad fiduciaria al presente Fideicomiso tal y como se describe más adelante en esta escritura”.

Otras de las ventajas que esta figura presenta sobre la hipoteca, son:

- Mediante la transmisión de la propiedad del fideicomitente al fiduciario, los bienes quedan afectos únicamente al cumplimiento de la obligación y fuera del patrimonio del fideicomitente²²⁴, lo que impide que disponga de estos de manera desventajosa.

- La economía de recursos y de tiempo, y sumado a lo anterior cabe destacar que la venta de los bienes se hace por un precio de mercado ya que el fiduciario tiene la obligación de lograr las mejores ofertas, a diferencia de lo que sucede en la vía judicial.

²²⁴ Delgado Saborio Irina. Op. cit. Pág. 22

- Se permite, dejar de pagar los derechos de registro y demás impuestos que se pagan por la inscripción de los bienes a favor del fiduciario (timbres e impuesto de transferencia), en tanto persista la propiedad fiduciaria, a saber, en tanto el bien permanezca registrado a nombre del fiduciario y en su calidad de tal. Y en todo fideicomiso de garantía, siempre que haya pago liberatorio y el bien revierta al patrimonio del titular, no se hacen pagos registrales o fiscales²²⁵.

Por las razones ya apuntadas y según datos suministrados por el departamento legal del ICT, en este momento se encuentran en trámite de aprobación varias solicitudes de los concesionarios del proyecto, para la aprobación de contratos de fideicomiso de garantía, tal es el caso, por citar alguno, de la empresa denominada Sol Chorotega, S.A.

Tipo de contrato en el que el bien fideicometido será la concesión misma al permitir la transmisión de su titularidad a manos del fiduciario quien la poseerá

²²⁵ Araya Matarrita Saúl. Op. cit. Pág. 75-76

como propiedad fideicometida, y bajo las disposiciones que al efecto establece el ordenamiento jurídico general respecto de dicha relación mercantil²²⁶.

§ 4 El deber de indemnizatorio por parte del Instituto Costarricense de Turismo, situación de las edificaciones y mejoras en caso de venta y el caso de no prórroga de las concesiones sobre el Polo Turístico de Papagayo

En este punto es importante referirnos al hecho de que las concesiones pueden ser canceladas por parte del ICT en caso de incumplimientos graves por parte del concesionario. Situación que se encuentra regulada expresamente en el artículo 13 de la Ley 6758 que señala:

“La Junta Directiva del Instituto cancelará una concesión otorgada cuando se de cualquiera de los siguientes casos:

- a) *Cuando haya incumplimiento del concesionario sobre los fines del proyecto y de las normas técnicas que emita el Instituto.*

²²⁶ Oficio DL-1784-06 de fecha 26 de octubre del 2006 suscrito por los Licenciados José Francisco Coto Meza y Roberto Arce Garita del Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido a la Licenciada Mariela Salazar Medina.

- b) *Cuando exista violación a las disposiciones legales y reglamentarias.*
- c) *Cuando se incumplan cláusulas contractuales.*
- d) *Cuando se varíe el destino indicado para las tierras o las edificaciones.*
- e) *Cuando no se acaten las disposiciones y ordenes de la oficina ejecutora sobre aspectos previamente establecidos.*
- f) *Cuando se traspase o ceda, total o parcialmente, o se grave una concesión, sin autorización previa y expresa del Instituto.*

En los casos citados, las instalaciones o edificaciones pasarán a formar parte del patrimonio de Instituto, sin perjuicio del cobro de los daños y perjuicios causados al proyecto".²²⁷

Del artículo anterior se desprende claramente las causales por las cuales una concesión puede ser cancelada por el Instituto, por lo que no nos detendremos en este punto.

²²⁷ Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, Artículo 13.

Pero el mismo artículo nos hace considerar un tema de vital importancia y que repercute de manera directa a la hora de establecer cuan seguro y estable es el derecho de concesión, que el particular pretende dar en garantía de crédito.

Lo anterior, pues el deber de indemnizar o no del ICT va a determinar de quien son las instalaciones o edificaciones y mejoras que sobre el terreno concesionado se construyan.

Y en contraste con lo dicho el artículo 22 del Reglamento a Ley Reguladora del Polo Turístico Golfo de Papagayo, que señala en lo que nos interesa que *“...Cuando se acuerde la cancelación, el Instituto recuperará el área concesionada, reconociendo el valor de las mejoras, conforme al avalúo de la Dirección General de la Tributación Directa”*.²²⁸

El numeral indicado, se refiere al cobro de daños y perjuicios por parte del concesionario que vea cancelado su derecho, independientemente que las razones para cancelar la concesión le sea imputables a éste, es decir, sienta la posibilidad de cobrar una indemnización, guiándonos a suponer que el legislador asumió que toda construcción pertenece al concesionario v no a la Administración,

²²⁸ Reglamento a la Ley Reguladora del Polo Turístico Golfo de Papagayo, Artículo 22.

quien más bien debe apropiarse de ellas, pero a cambio de una compensación de tipo económico.

Por lo cual el concesionario está en posibilidad de otorgar en garantía, no solo su derecho de concesión sino también las edificaciones y mejoras que sobre el bien público realice, acrecentando la posibilidad de acceder a un mayor financiamiento, el cual puede darse en varios momentos del plazo de concesión, ya sea al inicio, para empezar las obras o en cualquier momento para ampliar, mejorar o dar mantenimiento a las mismas.

Pero resulta evidente que la diferencia que se da entre los numerales dichos deviene en incorrecta, pues el deber indemnizatorio del Instituto que establece el artículo 22 del Reglamento carece de fundamento legal, toda vez, que el motivo de la cancelación del derecho es por culpa del concesionario y al que no puede premiársele, por decirlo de alguna manera, mediante el pago de las edificaciones y mejoras.

Lo dicho, queda aclarado con las disposiciones del artículo 16 del Reglamento a Ley 6758 que establece que "cancelada, extinguida o rescatada una concesión, o vencido el término, todos los derechos y potestades que le

correspondan al concesionario de acuerdo con esta ley, volverán al Instituto”.²²⁹ (el subrayado es nuestro). Dicho numeral no hace alusión alguna, a que en el momento de que por una cancelación, los derechos y potestades retornen al Instituto este deba reconocer el pago de mejoras o edificaciones al concesionario.

De los artículos transcritos se desprende, que el espíritu del legislador ha sido el de establecer como un mecanismo justo la indemnización por concepto de edificaciones y mejoras pero en los casos no imputables a la responsabilidad del concesionario. Por tanto, tal mecanismo no procede en casos en que la Administración deba recuperar el bien para si, en razón de algún incumplimiento llevado a cabo por quien ostenta el derecho de concesión.

Situación que se comprueba con el hecho de que en este momento se encuentra en proceso de revisión por parte de la Junta Directiva del ICT, una propuesta de reforma al artículo 22 del Reglamento a la Ley Reguladora del Polo Turístico Golfo de Papagayo, planteada por Consejo Director del Polo Turístico Golfo de Papagayo y avalado por el Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo, que fue transcrito líneas atrás, para que en adelante se lea de la siguiente manera:

²²⁹ Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, Artículo 16.

“Artículo 22: La cancelación procederá en los casos previstos en el artículo 13 de la Ley 6758 del 22 de junio de 1982, cuando las violaciones estipuladas en los incisos a) al d) constituyan hechos graves.

*Cuando se acuerde la cancelación, el Instituto recuperará el área concesionada **y las instalaciones o edificaciones pasarán a formar parte del patrimonio del Instituto, sin pago de mejoras y sin perjuicio del cobro al responsable de los daños y perjuicios causados al proyecto**”.*²³⁰ (el subrayado es nuestro).

Es importante, para los fines de este estudio, dejar claro que lo expresado en cuanto al no deber de indemnización por parte del ICT no opera en todos los casos, pues dejaría al concesionario (que no incumpla sus deberes) en una situación de desventaja e incluso se le estaría privando del disfrute del incremento del valor de su derecho, puesto que las edificaciones y mejoras pertenecen a éste, hasta el punto de estar autorizado por la ley para darlas en garantía.

En este sentido, la Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo dispone:

²³⁰ Ver en este sentido los oficios PGP-473-2006 de la Dirección Ejecutiva del Polo Turístico Golfo de Papagayo y los oficios DL-484-2006, DL-1898-2006, DL-2151-2006 y AL-613-07 del Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo.

“Artículo 15: El Instituto Costarricense de Turismo podrá rescatar una concesión por motivos de interés público o de fuerza mayor. En estos casos se reconocerá al concesionario el valor de las edificaciones y mejoras existentes, a justa tasación de peritos nombrados por la Dirección General de Tributación Directa, y se le brindará, de mutuo acuerdo, una reubicación para que siga desarrollando su actividad en el área que comprende el desarrollo”.²³¹

Dicho numeral se refiere al rescate de una concesión por motivos de interés público o fuerza mayor, es decir, casos no achacables a la responsabilidad del concesionario, por lo cual es justo aplicar la compensación económica por el valor de las edificaciones y mejoras existentes, ya que las mismas van íntimamente ligadas con el derecho de concesión del que es titular éste.

Marienhoff ha dispuesto sobre este punto que *“para poner en ejercicio el derecho que le atribuye su concesión de uso sobre el dominio público, el concesionario generalmente debe realizar obras o instalaciones en la respectiva dependencia. Verbigracia, construye sepulcros en los cementerios; efectúa en los ríos obras de captación de agua para irrigación o de aprovechamiento de la fuerza hidráulica, instala tuberías aprovechando el espacio aéreo dominical, etc. La*

²³¹ Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, Artículo 15.

*condición legal de todas esas instalaciones u obras pertenecen en propiedad al concesionario”.*²³²

La aseveración anterior, es confirmada también por la Ley de la Zona Marítimo Terrestre que en su artículo 55 dispone en lo que nos interesa que:

“Extinguida una concesión por causas ajenas al concesionario, se le deberá reconocer a éste el valor de las edificaciones y mejoras que existieren en la parcela objeto de la concesión.

*Extinguida una concesión por motivos imputables al concesionario, las mejoras, edificaciones e instalaciones que hubiere en esa parcela quedarán a favor de la municipalidad respectiva, sin que ésta deba reconocer suma alguna por aquellas”.*²³³

Por lo dicho, afirmamos que las edificaciones y mejoras no son propiedad de la Administración, como si lo es el bien público sobre el cual se encuentran, lo cual acrecienta la garantía ofrecida por el concesionario al Banco con el cual contrata, ya sea mediante la figura de la hipoteca o del fideicomiso; pues en caso de una eventual ejecución de las garantías por parte de la Institución Bancaria, la

²³² Marienhoff. Op. cit. Pág. 363

²³³ Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Artículo 55.

misma no se limita al derecho de concesión sino también a los inmuebles construidos sobre el bien de dominio público sobre el cual recae el derecho.

Al respecto la Procuraduría General de la República señaló que *“es claro que las obras realizadas en un bien de dominio público son propiedad exclusiva del concesionario, porque tales obras no son otra cosa que la materialización o expresión del derecho de uso especial emergente de la concesión”*.²³⁴

Situación que podemos extender también, al hecho de que con base a dichas construcciones y mejoras el concesionario puede ser sujeto de un crédito mayor, pues éste está en posibilidad de ofrecer un respaldo superior a cambio del financiamiento solicitado.

Lo anterior, en el entendido de que el derecho de concesión, las edificaciones y mejoras no pueden ser adjudicadas mediante remate, a personas distintas, pues conforman parte de un todo y la garantía otorgada recae sobre la totalidad del derecho y sus componentes, según se desprende de las estipulaciones hechas en diversos contratos de fideicomiso; por ejemplo el

²³⁴ Procuraduría General de la República, Dictamen C-103-93 del 4 de agosto de 1993.

contrato suscrito entre el ICT y Hotel Fiesta de Playa, Sociedad de Responsabilidad Limitada, dispone en el artículo duodécimo lo siguiente:

“B) Acciones sobre los inmuebles fideicometidos:... La Fideicomitente se obliga a efectuar por su cuenta y costo todas las reparaciones necesarias sobre los edificios e infraestructuras que se asienten en los inmuebles que se fideicometen y las reparaciones necesarias en los activos, y ejecutará todas las labores de mantenimiento necesarias para su preservación, a fin de que por su falta o negligencia no se produzca un desmejoramiento o depreciación extraordinaria de los bienes fideicometidos, en perjuicio de los fines de garantía del fideicomiso”

Lo anterior, sumado al hecho de que al igual que sucede en la ejecución hipotecaria simple, es decir, sobre un terreno no dispuesto bajo el régimen de dominio público, lo accesorio sigue a lo principal a la hora de pagar la deuda mediante su venta (derecho de accesión respecto de inmuebles).

Al respecto, la Sala Constitucional ha manifestado en el Voto N° 5210-97 que:

“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. Ciertamente, se trata de una norma que ha sido aplicada profusamente a los largo de sus lustros de existencia, sin mayores sobresaltos. El régimen de concesión de la porción restringida, en la zona marítimo terrestre, es especial y de allí que a nadie se la haya ocurrido hasta ahora afirmar, por ejemplo, que por oponerse a la previsión general que contiene el artículo 505 del Código Civil , por el cual el derecho de propiedad se extiende por accesión a lo que esta en la superficie, resulte jurídicamente imposible que un particular adquiera

*derechos sobre la edificación que realice sobre el terreno en concesión”.*²³⁵

Todo lo dicho, nos lleva a otro punto importante en el caso de otorgamiento de garantías reales por parte de los concesionarios del proyecto, el cual tiene que ver con la posibilidad de una no prorroga de la concesión por parte del ICT.

Al respecto el artículo noveno del Reglamento a la Ley 6758 señala:

*“El plazo de las concesiones será mínimo de 10 años y máximo de 50 años. Se podrán otorgar prorrogas, por periodos iguales y siempre y cuando el concesionario o los terceros concesionarios con contratos de cesión definitivos, hayan cumplido con las obligaciones exigidas en cada contrato y con las leyes y reglamentos que rigen el desarrollo del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, manteniendo los requisitos exigidos para ser tales, si el área y sus edificaciones e instalaciones se mantienen en buen estado de conservación, si están al día en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y normativas, y salvo que el interés público justifique el rescate de la concesión”.*²³⁶

²³⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto N 5210-97 de las 16:00 del 2 de setiembre de 1997.

²³⁶ Reglamento a la Ley Reguladora del Polo Turístico Golfo de Papagayo, Artículo 9.

De dicho numeral se desprende que el único motivo por el cual el ICT no prorrogará la concesión, es si existe, por parte del particular algún incumplimiento de las obligaciones señaladas de manera taxativa en el artículo dicho.

Lo expresado corresponde al criterio seguido por el departamento legal del Instituto Costarricense de Turismo, en donde nos manifestaron el hecho de que solo en casos muy remotos, puede no otorgarse una prórroga de una concesión, debido a la gran cantidad de efectos que dicho acto traería consigo y porque los fines con que se creó el proyecto impiden que la negación dicha, pueda darse de manera caprichosa.

Siguiendo lo expresado en el artículo 9 del Reglamento, corresponde la posibilidad de no prorrogar, también en casos de que el interés público así lo justifique, pero en dicho supuesto el concesionario tendrá también derecho a una indemnización de tipo económico, no viéndose desprotegido y aun más con la certeza de que la decisión de la Administración no corresponderá a un mero antojo, sino que el interés público de que habla el derecho debe ser demostrado mediante un acto que justifique tanto la no prórroga, como la procedencia del pago de la compensación económica para el concesionario perjudicado.

Es necesario considerar además, el hecho de que el Instituto Costarricense de Turismo, no está en capacidad de indemnizar a todos aquellos concesionarios, quienes una vez vencido el periodo de concesión no se les decida prorrogar su derecho. Esto pues, cabe reclamar una compensación económica que abarque tanto el derecho, las edificaciones y mejoras, pues como ya explicamos éstas no proceden solamente, en el caso de que se trate de causas imputables al titular de la concesión.

En este sentido, y de conformidad con los fines de la ley que regula el desarrollo del Proyecto Papagayo y su Reglamento, la función del Instituto es incentivar el desarrollo turístico de la zona, no siendo su función el llevar a cabo el desarrollo del mismo, por lo que sería un sin sentido que el ICT busque después de determinado tiempo, retomar el terreno y las edificaciones por el simple hecho de hacerlo, pues no está autorizado, ni en capacidad de llevar adelante la función de desarrollo, encargada a los concesionarios.

Los titulares del derecho son quienes mediante autorización del Instituto, deben realizar el impulso de la zona, garantizándoles para esto que el mismo, no está en contra de su derecho, ni esperando que se venza, sino que más bien le interesa potenciarlo y mantenerlo la mayor cantidad de tiempo, para darle así

continuidad a las obras, infraestructura, mejoras, entre otras, que impulsan el crecimiento del sector.

Con respecto a lo dicho, es importante tener claro que ante una eventual decisión de no prorrogar la concesión por parte de la Administración, el Banco con quien el concesionario pactó un crédito con garantía real, debe haber tomado las previsiones necesarias, para evitar un perjuicio, como efectivamente lo han hecho hasta el momento.

La afirmación anterior, se basa en el hecho de los contratos de fideicomiso actualmente suscritos entre el ICT y diversos concesionarios del proyecto, -que tuvimos oportunidad de revisar-, establecen un periodo para el crédito, que no excede el plazo de la concesión. De este modo el Banco garantiza, desde el inicio, que la no prórroga del mismo no le perjudique una posible ejecución de la garantía.

De este modo, el procedimiento seguido por los Bancos es simple, pues antes de formalizar el contrato con el concesionario, deben revisar el plazo por el que la concesión ha sido otorgada y consultar al departamento legal del ICT, sobre el estado de la misma. Pues la institución bancaria debe contemplar en el

periodo por el cual pacta el crédito, no solo el plazo de concesión, sino que además este plazo debe alcanzarle en caso de una eventual ejecución.

Así las cosas, en el supuesto de que un determinado Banco otorgue un préstamo con garantía del derecho de concesión, por un periodo de tiempo que exceda el plazo de la misma, sería contrario a sus intereses y correspondería a un error por parte de dicha institución bancaria, que en ningún caso puede reprocharse al concesionario.

Pero la hipótesis planteada no se ha dado, gracias a la labor de los departamentos legales de los Bancos del Sistema Bancario Nacional, quienes son muy celosos a la hora de velar por los intereses de la entidad.

En este sentido, sería un absurdo pensar que la no prorroga de una concesión dada en garantía de crédito pueda generar consecuencias negativas para el Banco que otorgó el financiamiento, pues de manera previa en el contrato, ya sea de hipoteca o de fideicomiso, se debe prever que el plazo de esta operación no exceda al de la concesión, pues de darse el caso contrario se dejaría sin garantía al crédito al momento de vencerse el plazo del derecho ofrecido por el concesionario.

Lo anterior pues en cuanto a la prórroga, el concesionario tiene solo una expectativa, más no un derecho a la extensión del tiempo de concesión, ya que la concesión de demanio le confiere al titular ciertos atributos de dominio, pero no ostenta el dominio pleno del bien, sino únicamente su uso y disfrute por un plazo determinado, el cual es determinado por la Administración, con las limitantes explicadas anteriormente.

Corresponde entonces, al concesionario y al Banco, actuando como sujetos de derecho privado, a la hora de pactar el crédito con garantía real, cuidar de la mejor manera sus intereses, teniendo la mayor atención con todas las estipulaciones del contrato y que el mismo se apegue y respete a su vez, las disposiciones del contrato suscrito entre el concesionario y el ICT.

Concluimos, que una vez analizada la normativa especial que regula el Golfo Turístico de Papagayo, no podemos considerar que la labor encomendada al Instituto Costarricense de Turismo es el recuperar para sí, los derechos de concesión, las edificaciones y mejoras una vez vencido el plazo, sino que al contrario es su interés fundamental, que lo mismos duren por el mayor tiempo posible, en beneficio del aspecto turístico de la zona y las ventajas que estas representan para todos los habitantes de nuestro país, no siendo compatible con el hecho que cada tanto la Administración busque nuevos concesionarios que

empiecen de cero eliminando lo hecho por otros y aun menos teniendo que indemnizar a los titulares del derecho, una vez vencido el plazo, ante la negativa infundada de prorrogar su aprovechamiento.

Conclusiones

Los bienes de dominio público, en especial la zona marítimo terrestre, tienen en nuestro país, gran importancia por sus repercusiones en temas tales como: creación de fuentes de empleo, generación de divisas y atracción del turismo nacional e internacional.

Es por esta razón que el tema de las concesiones dominiales sobre esta zona, han cobrado en los últimos tiempos una relevancia aún mayor, pues es el medio jurídico de control, que sobre estos terrenos de gran valor se da por parte del Estado.

Al respecto, la Ley de la Zona Marítimo Terrestre y la Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo establecen en su articulado, la posibilidad para los concesionarios, de insertarse en el comercio jurídico utilizando la facultad concedida mediante el acto administrativo de concesión, del cual se deriva un derecho patrimonial que integra el patrimonio del titular.

Tal facultad se refiere, a la posibilidad del concesionario, de dar en garantía el derecho de concesión, las edificaciones y mejoras existentes, para así poder

obtener el financiamiento que necesiten, por parte de algún Banco del Sistema Bancario Nacional, situación que en nada afecta el carácter público de los bienes que conforman la zona marítimo terrestre.

Lo anterior, utilizando ya sea, la figura de la hipoteca o del fideicomiso, los titulares del derecho de concesión ofrecen el mismo, como forma de garantizar el pago del préstamo a la Institución Bancaria con la cual pactaron el crédito.

La aplicación del mecanismo descrito, como forma de acceder a un préstamo, actualmente, es considerado por algunos Bancos Nacionales, como una figura poco confiable, pues dicha capacidad ha sido mayormente fomentada en la Ley 6758 y mediante la promulgación del Reglamento para el otorgamiento de garantías reales que gravan las concesiones del Polo Turístico de Papagayo del 30 de agosto del 2001.

De lo anterior, se desprende claramente que estamos en presencia de una normativa reciente, novedosa y en algunos casos hasta desconocida por las entidades bancarias.

Sumado al hecho de que las situaciones que se van presentando con respecto a los concesionarios del Polo, se ha ido regulando en la práctica, por

medio de la intervención del Instituto Costarricense de Turismo y los jueces, por ejemplo en el caso de remate de Hotelera Paracas H.P., S.A. pues antes de este, no existía un caso previo similar.

Situación que genera incertidumbre para los Bancos y aumenta el trabajo del departamento legal del ICT, pues en cada nuevo contrato que pacta cada concesionario o subconcesionario, tiene que responder las dudas planteadas con respecto al trámite, ejecución, cesiones de derechos, situación de extranjeros, entre otras.

Con base en lo expuesto previamente, señalamos que nuestro interés al iniciar este estudio era analizar, cuan seguro puede resultar para los Bancos del Sistema Bancario Nacional, otorgar créditos con base en el sometimiento de las concesiones a cualquiera de la figuras garantes mencionadas anteriormente y en qué situación se encuentra dicha entidad (ventaja o desventaja), en caso de un eventual remate.

A nuestro parecer, el mecanismo descrito si es un medio seguro de otorgar financiamiento, pues el Banco ve ampliamente aseguradas dos situaciones: que el derecho de concesión no está sujeto a decisiones antojadizas de la Administración

y posibilidad de cobro ante un eventual incumplimiento, pues el fundamento jurídico de toda garantía su condición de ser ejecutable, por lo que la garantía que se imponga sobre la concesión, podrá responder a esta por el préstamo respectivo, y en caso de incumplimiento se procederá a la ejecución del derecho real administrativo, diferente del derecho de propiedad del que goza el Estado.

Lo anterior pues como explicamos a lo largo de esta tesis, los derechos de concesión forman parte de los denominados derechos reales administrativos, que representan para su titular un verdadero derecho subjetivo y que permiten que el mismo sea ejercitado ante cualquiera, incluso frente a la Administración concedente. Teniendo además, la posibilidad de enajenar de algún modo los derechos de concesión sobre el Proyecto, pues los mismos ostentan un valor en el mercado.

Otro punto a favor de la seguridad del derecho de concesión como un medio de garantía lo constituye el hecho de que una vez realizado el remate, el Banco se encuentra en una situación especial, ya que no se trata de un tercero adjudicatario sino del propio ejecutante, al que le permitirá incluso contar con un determinado periodo de tiempo para buscar un interesado en adquirir el bien, pudiendo mientras tanto, poner en funcionamiento los bienes recibidos, con el propósito de mantener las instalaciones y mejoras en buenas condiciones y

cumplir las obligaciones adquiridas con el ICT. Es decir, existe la posibilidad legal, de que la entidad bancaria opere los establecimientos adquiridos (de vocación turística, por ejemplo hoteles), directa o indirectamente, mientras logra su venta y con el objetivo de sacar un mayor beneficio económico. O en caso de que un tercero compre el derecho de concesión, pagarse con el importe de dicha venta.

Además, el rematario de una concesión dada en garantía real, no tendrá que someterse al trámite relativo a la autorización de traspaso y presentación de requisitos ante el ICT, sino que se tendrá, para todos los efectos, como nuevo concesionario hasta tanto no comunique la cesión del derecho a un tercero.

Lo anterior, se justifica en el hecho de que la Ley Reguladora de la Ejecución y Desarrollo Turístico del Golfo de Papagayo, pretende potenciar un desarrollo turístico de gran envergadura, con características y condiciones especiales y propias, que le permiten hacerlo realidad (ejemplo: plazos de concesión superiores a los veinte años), por lo que esta normativa específica, contiene elementos diferenciadores para las concesiones que se otorguen en el mismo y las otorgadas en el resto del país, contando incluso con decretos ejecutivos, como el que regula el otorgamiento de garantías reales, que pretenden ampliar las posibilidades de actuación en el Golfo.

Por todo lo dicho, consideramos que el principal interesado en que se realice un buen manejo de la zona marítimo terrestre y se desarrolle a su vez, el atractivo turístico de estas zonas es el Estado, por lo que debe incluso fomentar los mecanismos que faciliten el acceso de los concesionarios a créditos que le permitan obtener divisas para costear instalaciones, mejoras y el mantenimiento de las mismas y maximizar además, el conocimiento que las instituciones bancarias poseen de la normativa específica que regula el Polo Turístico de Papagayo, en especial, con respecto al tema de otorgamiento de garantías reales.

Bibliografía

LIBROS

Altamira Pedro Guillermo. (1971) Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Ballbé Manuel. (1945) Concepto del dominio público. Barcelona: Casa Editorial Bosch.

Bercaitz Miguel Ángel. (1980) Teoría General de los Contratos Administrativos. Segunda Edición, Buenos Aires: Ediciones De Palma.

Bonilla Antillón Warren. (1988) Dominio del Estado, su administración. San José: Imprenta Nacional.

Brenes Córdoba Alberto (1981). Tratado de los Bienes. Quinta Edición, San José: Editorial Juricentro.

Bueres J. Alberto y Mayo A. Jorge. (1996) Garantías. San José: Rubinzal y Culzoni Editores.

Carregal Mario Alberto. (1982) El fideicomiso, regulación jurídica y posibilidades practicas, Buenos Aires: Editorial Universidad.

Casadío Martínez Claudio Alfredo. (2004) Créditos con garantías reales en los concursos: ejercicio del privilegio, ejecución posremate no judicial, continuación e inicio de ejecuciones, enajenación de la empresa, saldo insoluto, concurso especial, compensación, reserva de gastos, derechos del deudor y de la masa, inoponibilidad, casos especiales, modelo de escritos. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Colombo J. Carlos. (1974) Ejecución hipotecaria. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Dávalos Mejía Carlos. (1984) Títulos y contratos de crédito, quiebras, México: Editorial Harla Harper y Row Centroamericana.

Diez Manuel María. (1981) Manual de Derecho administrativo, Primera Edición, Tomo II, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.

Diccionario de la Lengua Española. (1956) Madrid: Real Academia.

Dromi José Roberto. (1992) Derecho Administrativo. Tomo I, Primera Edición, Buenos Aires: Editorial Astrea.

Escola Héctor Jorge. (1984) Compendio de Derecho Administrativo. volumen II, Buenos Aires: Depalma.

Garrido Falla Fernando. (1987) Tratado de Derecho Administrativo, 8. ed., Madrid.

Gatti Edmundo. (1975) Teoría General de los Derechos Reales. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

González Pérez Jesús. (1975) Los Derechos Reales Administrativos. Segunda Edición, España: Editorial Civitas, S.A.

Marienhoff Miguel S. (1980) Tratado de Derecho Administrativo, tercera edición, tomo III, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

Marienhoff Miguel S. (1960) Tratado de Dominio Público. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Mayer Otto. (1982) Derecho Administrativo Alemán. 2da. Edición, Título III, Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Mazeaud Henri y León. (1960) Lecciones de derecho civil. parte tercera, volumen I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América.

Parada Ramón. (1997) Derecho Administrativo I. 9. ed., Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Reyes Riveros Jorge. (1960) Naturaleza jurídica del permiso y la concesión sobre bienes nacionales. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Serra Rojas Andrés. (1961) Derecho Administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia. 2 ed. México: Librería de Manuel Porrúa, S.A.

Vallet de Goytisolo Juan. (1984) Estudio sobre garantías reales. segunda edición, Madrid: Editorial Montecorvo, S.A.

Vergara González Ariel. (1965) La concesión: acto administrativo creador de derechos. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Washington Lanziano. (1993) Estudios de Derecho Administrativo, Montevideo: Universidad de la República, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones.

TESIS

Acuña Benavides Lindy y Arce Carmona Sandra. (1991) El crédito bancario. Tesis de Graduación para optar al grado de Licenciadas en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Alpizar Monge José Pablo. (1989). Los Derechos Reales Administrativos. Tesis de Graduación para optar al grado de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Araya Matarrita Saúl. (1996) El fideicomiso como garantía de crédito. Tesis de Graduación para optar al grado de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Castrillo Arias Pablo José. (2003) Concesiones en la Zona Marítimo Terrestre y la Realidad Costarricense. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Escuela de Derecho: Universidad La Salle.

Contreras Briceño Shirley Eugenia. (1990). Las concesiones de dominio público: referencia a la materia forestal. Tesis de Graduación para optar al grado de Licenciada en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Delgado Saborio Irina. (1999) Contratos de fideicomiso con fondos públicos. Su aplicación, regulación y control en Costa Rica. Tesis de Graduación para optar al grado de Licenciada en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Sandí Carmiol Gabriela y Solís Viquez Cirstina. (2002) El trámite de concesiones en la zona marítimo terrestre. Tesis de Graduación para optar al grado de Licenciadas en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

REVISTAS

Cervantes Ahumada Raúl. (1965) "El fideicomiso", En: Revista de Ciencias Jurídicas. (5)177-194. mayo

Montejo Morales Andrés. "La hipoteca de cédulas o cédulas hipotecarias". En: Temas de derecho privado. San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Villalobos González Francisco. (1984) La milla marítima: un bien de dominio público. Revista de la Procuraduría General de la República, N° 15-16, Pág. 91.

Zeledón Jiménez Mariano. (1994) "Fideicomiso: naturaleza jurídica", En: Revista de Ciencias Jurídicas. 79(3): 55-82. set.-dic.

LEGISLACIÓN

Código Civil de Costa Rica, 8ta edición San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., febrero 2001.

Código Municipal, concordado y guía practica para su aplicación, 6ta. edición, San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., agosto 1998.

Código de Comercio, 12 ed., San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, abril 2000.

Constitución Política de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949.

Ley de Aguas, N° 8 del 26 de mayo de 1884.

Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, N° 1644 del 26 de setiembre de 1953.

Ley Sobre la Zona Marítimo Terrestre y su Reglamento: anotados y concordados/ Comp. Ronald Víquez Solís, 1 ed. San José: Editorial Guilá Imprenta Litografía, 1997.

Ley Reguladora del Desarrollo y Ejecución del Proyecto Turístico Golfo de Papagayo, N° 6758 del 6 de mayo de 1982.

Reglamento a la Ley Reguladora del Polo Turístico Golfo de Papagayo, del 27 de agosto de 1996.

Reglamento para el otorgamiento de garantías reales que gravan las concesiones del Polo Turístico de Papagayo, N° 29794-MP-TUR del 30 de agosto de 2001.

DICTAMENES

Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica 172-J del 13 de diciembre del 2004.

Procuraduría General de la República, OJ-2003 del 2 de diciembre del 2003.

Procuraduría General de la República, C-191-2002 del 1 de agosto del 2002 dirigido al Consejo Municipal de Nicoya.

Procuraduría General de la República, Dictamen C- 026-2001 del 7 de febrero del 2001 dirigida al Instituto Costarricense de Turismo.

Procuraduría General de la República, Dictamen 083 del 28 de abril del 2000 dirigido al señor Rodolfo Méndez Mata, Ministro de Obras Públicas y Transportes.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-002-99 del 5 de enero de 1999.

Procuraduría General de la República, Dictamen 097-97 del 13 de junio de 1997 dirigida al Consejo Municipal de Liberia.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-092-96 del 13 de junio de 1996.

Procuraduría General de la República. Dictamen C-100-95 del 10 de mayo de 1995.

Procuraduría General de la República, Dictamen 171-93 del 24 de diciembre de 1993 dirigido a la Municipalidad de Carrillo.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-103-93 del 04 de agosto de 1993 dirigido a la señora Mónica Nagel Berger, Ministra de Justicia.

Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica del 12 de setiembre de 1991.

Procuraduría General de la República, Oficio N° C-221-88 del 7 de noviembre del 1988 dirigido a la Municipalidad de Osa.

Procuraduría General de la República, Dictamen 181 del 23 de noviembre de 1994.

Procuraduría General de la República, Dictamen 045-94 del 16 de marzo de 1994.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 5399-93 de las dieciséis horas y treinta y nueve minutos del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y tres.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2000-10652 de las 16:26 del 29 de noviembre del 2000.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 5210-97 de las 16:00 horas del 2 de setiembre de 1997.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto N° 3145-96 de las 9:27 del 28 de junio de 1996.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 5403-95 de las 16:06 del 3 de octubre de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1347-95 de las 9:51 del 10 de marzo de 1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2860-94 de las 15:09 del 14 de junio de 1994.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 2306-91 de las 14:45 del 6 de noviembre de 1991.

Tribunal Primero Civil de San José, Sentencia N° 647-F-2004 de las 7:35 del 1 de abril del 2004.

Tribunal Superior Agrario, Resolución N° 101 de las 14:30 del 2 de febrero de 1995.

OFICIOS

Oficio DL-476-06 de fecha 28 de marzo del 2006 suscrito por los Licenciados José Francisco Coto Meza y Roberto Arce Garita del Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido al Arquitecto Javier Bolaños Director Ejecutivo del Polo Turístico Golfo Papagayo.

Oficio DL-028-2002 de fecha 9 de enero del 2002 suscrito por el Licenciado Álvaro Leiva Cascante del Director Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido al Consejo Director de Papagayo.

Oficio DL-1784-06 del día 26 de octubre del 2006 suscrito por los Licenciados José Francisco Coto y Roberto Arce Garita del Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido a la Licenciada Mariela Salazar Medida del Bufete Laclé & Gutiérrez:

Oficio DL-1295-06 del día 17 de agosto del 2006 suscrito por los Licenciados José Francisco Coto Meza y Roberto Arce Garita del Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido al Consejo Director del Polo Turístico Golfo de Papagayo.

Oficio DL-420-06 de fecha 16 de marzo del 2006 suscrito por los Licenciados José Francisco Coto Meza y Roberto Arce Garita del Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido al Arquitecto Javier Bolaños Director Ejecutivo del Polo Turístico Golfo Papagayo.

Oficio DL-566-2003 de fecha 30 de abril del 2003 suscrito por el Licenciado Álvaro Leiva Cascante del Director Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido al señor Giovanni Paniagua Umaña.

Oficio AL-613-07 de fecha 2 de abril del 2007 suscrito por los Licenciados José Francisco Coto Meza y Roberto Arce Garita de la Asesoría Legal del Instituto Costarricense de Turismo, dirigido a la Junta Directiva del ICT.

CONSULTAS

Marengo Marlene. (2007) Otorgamiento de garantías según la Ley N° 6043.
Consulta: Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo.

Arce Garita Roberto. (2007) Procedimiento para solicitar la aprobación del otorgamiento garantías reales por parte del ICT. Consulta: Departamento Legal del Instituto Costarricense de Turismo. 22 may.