

13 de abril de 2021
AL-392-2021

Señores
Secretaría
Concejo Municipal de Nicoya

Asunto: Consulta pública del Proyecto de Reglamento para el otorgamiento de permisos de uso en la Zona Marítimo Terrestre del Cantón de Nicoya

Estimados señores,

En atención a consulta pública no vinculante el Proyecto de Reglamento para el otorgamiento de permisos de uso en la Zona Marítimo Terrestre del Cantón de Nicoya, publicada en La Gaceta N. 65 del martes 6 de abril de 2021,

i. Consideraciones sobre el proyecto de ley:

En términos generales, según la exposición de motivos, el proyecto pretende regular lo concerniente a la forma y el procedimiento que seguirá la Municipalidad de Nicoya para otorgar permisos de uso en la Zona Marítimo Terrestre, hasta tanto existan los respectivos Planes Reguladores Costeros que permiten la aplicación cabal de lo dispuesto en la Ley N° 6043; además, pretende implementar el procedimiento con intención expresa de *cumplir con el espíritu de dicha ley*, de manera ordenada y efectiva, empleando para ello instrumentos que pone a su disposición el ordenamiento jurídico costarricense.

Con esos objetivos, la Municipalidad de Nicoya, plantea otorgar derechos de uso en la Zona marítimo Terrestre hasta tanto existan los Planes Reguladores costeros que permitan la aplicación de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, N° 6043.

ii. Régimen demanial e importancia de la zona costera:

Sobre el particular, se cita la opinión jurídica N° OJ-138-2001 de 23 de setiembre de 2001:

“...conviene recordar algunos elementos que confluyen para hacer de la zona marítimo terrestre un bien de tutela necesaria...Por su belleza escénica se encuentra en la mira de una buena parte de la inversión turística que busca el esparcimiento, el descanso y la

admiración por la naturaleza. El acceso directo al océano se ha considerado como básico, desde el punto de vista estratégico de defensa nacional, para la instalación de cuerpos de seguridad, tanto del territorio como de las aguas jurisdiccionales. Los recursos marinos son codiciados por grupos pesqueros de grande y pequeña escala. Ciertos terrenos adyacentes a las costas son propicios para el desarrollo de proyectos de maricultura. La proximidad al mar que conlleva la instalación de puertos genera el advenimiento de actividades como la industria, la agricultura y el sector energía. La fuerza de trabajo requerida por algunas de estas actividades atrae una parte significativa de la población a esas áreas asentándose en ellas. La biodiversidad existente en las zonas costeras y aledañas es motivo para la declaratoria de numerosas áreas protegidas. Todos estos motivos, unos más que otros, han inducido a nuestros legisladores a dar una protección especial a la franja adyacente de nuestros litorales". (Dictamen N° C-100-95 de 10 de mayo de 1995).

En consecuencia, el aprovechamiento de la zona marítimo terrestre debe estar sujeto, y a la fecha así es, a disposiciones especiales que permiten el desarrollo sostenible de estas áreas pertenecientes al Estado, con base en el principio de dominio público nacional, de reconocido asiento constitucional (artículo 121, inciso 14 y Voto N° 623-98 de la Sala Constitucional), y que debe ser observado por todo operador jurídico. (1) (Incluso, desde 1828, mediante Ley N° 162 de 28 de junio, se estableció la reserva de una milla marítima en las costas de ambos mares. Con el Código General de 1841 o Código de Carrillo, expresamente se calificó de dominio público el flujo y reflujo del mar y sus riberas).

El régimen demanial de la franja costera tiene como propósito destinar estos terrenos al uso y aprovechamiento común. La inalienabilidad hace a su imposibilidad de comercio por parte de las personas; no son susceptibles de enajenarse o reducirse a enclave privativo (Ley 6043, artículos 1 y 7, Sala Constitucional, N° 447-91, 2658-93, 5559-96, 5756-96, Sala Primera, N° 7-93, 104-96, 597-00)"

Además, el demanio costero constituye un bien medioambiental, integrado por recursos naturales de gran valía tanto en cuanto ecosistema, como en cada uno de sus componentes: suelo, subsuelo, mar, flora y fauna marinas, etc. De donde se sigue que en la afectación de ese dominio público natural subyacen también otros fines prioritarios, como los garantizados por el artículo 50, párrafo final, de la Constitución, bajo cuyos postulados las relaciones del ser humano con el medio marino-costero han de ser sostenibles y permitir la satisfacción de las necesidades y desarrollo presentes, sin agotamiento ni desvirtuación hacia el futuro (Dictamen C-004-98, página 2).

Al respecto se cita otro dictamen de la Procuraduría General, número 100, del 10 de mayo de 1995; "...sí es posible la utilización de los bienes de dominio público, a través de actos

debidamente autorizados para su aprovechamiento, siendo la concesión el medio lícito normal establecido por la Ley No. 6043 para usar la zona marítimo terrestre:

"Artículo 41.- Las concesiones serán únicamente para el uso y disfrute de áreas determinadas en la zona restringida, por el plazo y bajo las condiciones que esta ley establece."

Conviene reiterar aquí, que la Ley No. 6043 divide para efectos de utilización la zona marítimo terrestre en dos: la zona pública, de cincuenta metros contiguos a la línea de pleamar ordinaria, y la zona restringida, los ciento cincuenta metros restantes (artículo 10). La primera de ellas está destinada al uso público de las personas, por lo que debe garantizarse el libre y seguro tránsito sobre la misma. Nadie puede alegar derecho alguno sobre dicha franja, y salvo contadas excepciones de ley (artículos 18, 21 y 22), no puede ser objeto de ocupación bajo ningún título ni en ningún caso (artículo 20).

En contraparte, la zona restringida sí puede ocuparse válidamente, siempre y cuando exista una debida autorización que así lo legitime:

"Artículo 39.- Solamente en la zona restringida podrán otorgarse concesiones referentes a la zona marítimo terrestre, salvo disposiciones especiales de esta Ley."

La concesión se constituye, pues, en la figura idónea para el disfrute particular del dominio público, y por ende de la zona marítimo terrestre. Este uso privativo de parte del demanio es aceptado por la doctrina, siempre que el destino que se le dé al bien no sea incompatible con su integridad y naturaleza, y por motivaciones incluso de conveniencia general:

"En suma, la Administración pública puede dar permisos para usar en forma privativa ciertas partes del dominio público, bajo la condición de que ese uso excepcional no modifique el uso habitual de la colectividad. Y esto se justifica, pues una prohibición absoluta de todo uso especial que no afectase el uso general, sería, sin duda, arbitraria y hasta contraria al interés general." (Bielsa, Rafael. "Derecho Administrativo". Quinta Edición. Tomo III. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956, p. 428)

Sí debe quedar claro que, en estos casos, la voluntad expresa de la Administración para dar un uso privativo a los bienes de dominio público es inevitable:

"La adquisición del derecho de uso "especial" o privativo" de los bienes del dominio público requieren indispensablemente un acto expreso del Estado, en cuyo mérito ese derecho resulte otorgado o reconocido." (Marienhoff, Miguel. "Tratado del Dominio Público". Buenos Aires, Tipográfico Editora Argentina, 1960, p. 322).

Las razones son obvias. Estando sujetos normalmente los bienes demaniales a un uso público genérico, la detentación privada deviene en excepcional al destino por el que fueron afectados, requiriéndose para legitimarla, un acto asertivo de la Administración, gendarme de los intereses comunitarios, que verifique si el uso solicitado no es lesivo a la integridad del bien público y que se ejerza sobre áreas en que la utilización individual sea permisible de conformidad con la ley.

Cuando el demanio es usado por todos (caso de la zona pública), no se requiere una autorización estatal determinada, en tanto ese fue el fin por el que se le afectó. Se hallan intereses involucrados tales como la satisfacción de necesidades esenciales para la vida misma. En contraposición, el aprovechamiento particular generará aumento en la esfera de acción y poderío económico de la persona, por lo que su individualización es determinante y el ajuste de su conducta a reglas prefijadas resulta imprescindible. El acto autorizatorio previo viene a aglutinar estas funciones, dando tutela al bien público, y por qué no, al mismo administrado que se somete al mismo.

Es en atención a los objetivos mencionados que la Ley No. 6043 y su Reglamento, Decreto No. 7841-P de 16 de diciembre de 1977, norman de manera puntual el trámite para el otorgamiento de concesiones en la zona marítimo terrestre. Delegan tal competencia en la Municipalidad respectiva (artículo 40 de la Ley), la que deberá velar por el cumplimiento de elementos tanto objetivos como subjetivos, entre ellos:

a) haberse dado la declaratoria de aptitud turística o no turística; b) amojonamiento por el Instituto Geográfico Nacional; c) existencia de plan regulador; d) avalúo de la Dirección General de Tributación Directa; e) presentación de solicitud conforme a los requerimientos de los artículo 27 y siguientes del Reglamento a la Ley No. 6043; f) inspección del terreno; g) publicación de edicto; h) anteproyecto consultado al ICT y al INVU para realización de edificaciones y urbanizaciones, salvo construcción de vivienda individuales; i) pronunciamiento previo del Instituto Costarricense de Turismo o el Instituto de Desarrollo Agrario, según corresponda.

De los anteriores requisitos es el de la existencia de un plan regulador para las zonas turísticas el que reviste mayor trascendencia en lo que a este pronunciamiento atañe, por cuanto de no darse el mismo, el otorgamiento de concesiones es imposible:

"Las municipalidades no podrán otorgar concesiones en las zonas turísticas, sin que el Instituto Costarricense de Turismo y el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo hayan aprobado o elaborado los planes de desarrollo de esas zonas."(artículo 38, párrafo primero, Ley No. 6043. En igual sentido, artículo 19 de su Reglamento)"

iii. Los Planes Reguladores de la Zona Marítimo Terrestre

La Administración Pública debe velar porque los bienes demaniales sean utilizados de manera normal, sea respetando la finalidad para la que fueron afectados, o al menos de una manera compatible con ella. (CHAPUS, René, Droit Administratif Général, París, Éditions Montcherestien, Tomo 2, 11ª edición, 1998, p 455). Se trata de asegurar el respeto a su integridad y atributos. Para ello, las municipalidades deben ejercer las potestades que les confiere el ordenamiento jurídico (Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Voto Nº 6642 de 1997)

De conformidad con el artículo 17 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, la municipalidad respectiva, el Instituto Costarricense de Turismo y las autoridades y dependencias correspondientes, deberán dictar y hacer cumplir las medidas que estimaren necesarias, para conservar o evitar que se perjudiquen las condiciones originarias de la zona marítimo terrestre y sus recursos naturales.

Para ello, y para lograr un desarrollo armónico de la zona, es indispensable un plan regulador que planifique adecuadamente los diferentes usos aplicables, de modo que, sin perjudicar el medio presente, sean tomados en cuenta todos los intereses económicos y sociales cuyas actividades sean viables de acuerdo a las variables que enunciáramos en su oportunidad.

Concepto que se desprende de las regulaciones contenidas en el artículo 57 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre:

" Artículo 57.- En las zonas declaradas turísticas por el Instituto Costarricense de Turismo, además de las normas anteriores, las concesiones quedan sujetas a las siguientes disposiciones:

a) Los lotes o parcelas destinados a edificar en ellos residencias o quintas de recreo para uso del concesionario y sus allegados, y que no constituyan actividad lucrativa, serán concedidos de acuerdo con el plan de desarrollo de la zona. Estos planes procurarán una distribución y uso racional de la tierra de acuerdo con las técnicas urbanísticas, determinarán la localización, el tamaño y el destino de los lotes, sin permitir cabidas menores a las mínimas establecidas por las normas sanitarias;

b) Las parcelas destinadas a establecimientos de centros de recreo, instalaciones hoteleras, restaurantes y similares, residencias o quintas para alquilar, negocios comerciales, u otra clase de actividades fuera de las indicadas, podrán otorgarse por el área máxima que sea técnicamente necesaria de conformidad con los respectivos proyectos, de acuerdo con la planificación de la zona previa aprobación del Instituto Costarricense de Turismo;

c) Hasta una cuarta parte de la zona deberá ofrecerse, como concesiones, para fines de esparcimiento, descanso y vacaciones, a cooperativas de turismo, agrupaciones gremiales o asociaciones de profesionales, sindicatos de trabajadores, federaciones de estudiantes, federaciones o confederaciones sindicales, juntas progresistas, asociaciones comunales o de desarrollo de la comunidad, o entidades de servicio social o clubes de servicio, sin ánimo de lucro. En estos casos las concesiones llevan la condición implícita de que las instalaciones que se construyan no podrán dedicarse a fines lucrativos ni usarse para fines político electorales, todo lo cual les estará prohibido; (...)"

En complemento de este último supuesto legal, el artículo 66 del Reglamento a la Ley No. 6043 señala:

"Para los fines contemplados en el inciso c) del artículo 57 de la Ley, cada municipalidad deberá reservar hasta una cuarta parte de la zona marítimo terrestre bajo su jurisdicción para ofrecerla en concesiones a las entidades mencionadas en esa disposición. El área indicada deberá demarcarse en el plan de desarrollo turístico de la zona, calculándose sobre la superficie neta, esto es, con exclusión de los espacios destinados a usos públicos, y su calidad deberá corresponder cuando menos a la calidad promedio de la zona."

Indica la Procuraduría General el Dictamen 100, del 10 de mayo de 1995,

"... podemos definir el plan regulador costero como "el instrumento legal y técnico para el desarrollo económico, social y ambiental equilibrado en la zona marítimo terrestre, y áreas adyacentes cuando así lo implique" (Proyecto de Reglamento para la elaboración de planes reguladores en los litorales marítimos. Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, 1993.p.10)

Todo plan regulador debe estar conformado por dos cuerpos: el gráfico y el escrito. El primero, está compuesto por una serie de documentos, gráficos, planos y diagramas que definen los usos del suelo en el área en donde se va aplicar y los sistemas de comunicación, y el segundo por un conjunto de normas y reglamentos que establecen los términos bajo los cuáles se deben desarrollar dichos usos, estableciendo los criterios sobre urbanización, edificaciones, facilidades comunales, servicios públicos y estrategias para la implementación del plan vial, programas, proyectos y actividades, tanto por la iniciativa privada como para inversión pública en aras del desarrollo sostenido de la zona costera" (ibid, p. 10).

Son muy variadas las funciones que cumple un plan regulador (por mencionar algunas: definir un programa de necesidades de instalaciones de acuerdo con las expectativas de los usuarios, garantizar mediante políticas y propuestas la atención

de las necesidades más sentidas de los habitantes locales, establecer lineamientos y especificaciones de los sistemas de comunicación, identificar pautas de control sobre uso de suelo, definir la estrategia de implementación para la ejecución, control y evaluación de proyectos, etc.), pero de todas la más importante es la de determinar los diferentes tipos de uso y su localización en un circunscrito sector costero, con miras a lograr su desarrollo equilibrado y sostenible.

Para poder elaborar adecuadamente un plan regulador han de ser tomadas en cuenta ciertas variables: análisis científico-social (estudio de composición y distribución de poblaciones cercanas, estructuras de empleo, etc.), análisis económico (subdividido en los diferentes sectores (agropecuario, industrial, etc.) con definición de los potenciales existentes), análisis de la estructura urbana (estudio de infraestructura, cuantificación y calificación de servicios presentes, etc.), análisis socio-político (relaciones de poder, identificación de grupos organizados, etc.), análisis físico-natural (caracterización geológica, geomorfológica, de suelos, hidrológica, de clima, de calidad del aire, de flora, de fauna, de ecosistemas, de paisaje, del área marina, etc.), análisis cultural (formas y contenidos de las manifestaciones culturales, investigación sobre el patrimonio histórico-arquitectónico y arqueológico, etc.).

Estos índices son fundamentales a fin de determinar la incidencia de los diferentes proyectos de uso sugeridos, por lo que habrán de considerarse cómo las fases de construcción de obras y operación los afectan. En este sentido, no deberán faltar la enumeración de todas aquellas acciones tendientes a mitigar los impactos de proyectos sobre el ambiente local y recuperación de áreas afectadas, y programas de monitoreo a fin de vigilar la exacta observancia de las disposiciones del plan regulador.

Una vez hechas las valoraciones anteriores, un modelo de plan regulador bien podría englobar el siguiente contenido: zonificación en unidades naturales, capacidad soportante de usuarios, criterios de desarrollo, plan de uso del suelo, plan paisajístico, plan de vialidad, red de servicios públicos, reglamento de zonificación, programas y proyectos, control y evaluación (ibídem, p. 29).

De todo lo expuesto, se arriba a la conclusión de que un plan regulador contentivo de todos los puntos anteriores y en que se hayan valorado todas las variables existentes es un instrumento propicio para llevar a cabo un proceso ordenado de crecimiento para una zona costera específica. Se lograría un equilibrio del auge económico, sobre todo proveniente del sector turismo, y el conjunto de recursos naturales.

Asimismo, se conciliarían en una misma propuesta viable la inversión extranjera y nacional con las expectativas e intereses socioeconómicos de los pobladores locales.

Lo anterior se refuerza al ratificar el carácter normativo de los planes reguladores, es decir, su aplicación obligatoria una vez puesto en vigencia:

"1) A nuestro modo de ver, la juridicidad de tales normas es clara, puesto que en primer lugar y por lo que respecta a la administración, su carácter, aunque relativamente discrecional es de todos modos obligatorio; de otra manera, habría que negar carácter jurídico a toda ley que otorgara facultades más o menos amplias a la administración, lo que parece carecer de sentido.

2) En segundo lugar y por lo que respecta a los particulares, el enunciado indicativo del plan tiene el alcance de ser el fundamento legal de la acción que dichos individuos van a emprender y de los beneficios que van a recibir, por lo que dará lugar a relaciones jurídicas de derechos y obligaciones, además de estar en relación instrumental respecto a las previsiones u objetivos del plan, y en relación de coordinación con las demás medidas de otra naturaleza que éste establezca." (Gordillo, Agustín. "Introducción al Derecho de la Planificación. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1981. ps. 104-105).

"Cualquiera sea el instrumento jurídico (Ley, Plan Regulador, Mapa Oficial, etc.) que asigna el uso público a determinado espacio territorial, integra el bloque de legalidad, al que han de ajustarse las actuaciones de los órganos administrativos." (Procuraduría General de la República, dictamen No. C-070-93 de 20 de mayo de 1993).

iv. El Régimen de uso de los bienes de dominio público

Sobre el régimen de uso de los bienes de dominio público, señala la Procuraduría General de la República en Dictamen N° C-100-95 de 10 de mayo de 1995, que

"... en punto a la utilización del dominio público, los autores de derecho administrativo únicamente reconocen como válidos, a la par de las concesiones, los permisos de uso (existen otros que hablan de una tercera clase: los permisos de estacionamiento, pero su ámbito es muy limitado y no es del caso traerlos a colación):

"Si por excepción a la primera regla, la Administración Pública puede conceder permisos de uso especial de las cosas públicas, es necesario entonces señalar previamente una distinción importante, tanto en lo que se refiere a la naturaleza, extensión e intensidad del uso concedido, como al acto que lo constituye; es decir, que éste puede dar lugar a dos figuras jurídicas que en el derecho administrativo se denominan concesión la una, y permiso la otra" (Bielsa, op. cit., p. 429)

"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 actos." (Marienhoff, op. cit., p. 327).

La primera diferencia básica con la concesión es que los permisos de uso deben provenir de un acto unilateral de la Administración Pública:

"El permiso lo da generalmente la autoridad administrativa como un acto esencialmente unilateral. Justifícase esto porque se trata necesariamente de hechos, de circunstancias que están en la esfera de la facultad o poder discrecional que la Administración pública admite, en el ejercicio de su poder de policía sobre la cosa pública." (íbid, p. 429)

La Sala Constitucional confirmó este elemento sine qua non al indicar en Voto No. 2306-91 de 14 horas 24 minutos del 6 de noviembre de 1991:

"Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad. 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."

Esta característica, contrastante con la bilateralidad contractual de las concesiones (artículo 54 de la Ley No. 6043), debe manifestarse en forma expresa, no bastando para perfeccionar el acto la simple presentación de una solicitud:

"Debemos entender entonces, que el derecho en sí nace para el concesionario o permisionario posteriormente al acto que le da origen; y no como opinaron algunos, que el solicitante contaba con un derecho por el simple hecho de pedir a la Administración que se le otorgara un uso especial" (Alpízar Monge, José Pablo.

"Los Derechos Reales Administrativos". Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1989. p.69)

Nuestra Sala Constitucional es también partícipe del citado criterio, cuando, al resolver un recurso de amparo contra una Municipalidad por pretender desalojar al dueño de un negocio comercial en la zona marítimo terrestre, dictaminó:

"La recurrente pretende derivar derechos de una simple solicitud de concesión que no le ha sido resuelta por el fondo y lleva razón la Municipalidad de Puntarenas, transcribiendo la opinión de la Procuraduría General de la República, en el sentido



que la simple solicitud no confiere derecho alguno a ocupar de inmediato el inmueble y si se ha hecho eso precisamente, se ha violado la ley que regula esta materia. En consecuencia, no advierte la Sala que la Municipalidad haya incurrido en la violación de derechos fundamentales como lo indica el amparo, el que resulta improcedente y debe ser declarado sin lugar, como se dispone." (Voto No. 2658-93 de 8 horas 54 minutos del 11 de junio de 1993).

Es de recibo esta aclaración por cuanto una de las prácticas viciadas más frecuentes en la zona marítimo terrestre es la de recurrir a la vía fácil de presentar una solicitud de concesión ante la Municipalidad respectiva con conocimiento de que en el sector involucrado no existe plan regulador. Los promoventes de tales peticiones se creen entonces legitimados para ocupar el área gestionada, al no ser posible jurídicamente la concesión, y afirman para sí "derechos de ocupar". Otros van más allá y pagan cánones por ocupaciones no autorizadas, estipendios que las municipalidades aceptan indebidamente.

Queda entendido que las anteriores actitudes particulares no producen legitimación alguna para ocupar la zona marítimo terrestre, salvo que hubiere mediado en su favor una asertiva manifestación expresa por parte de la Municipalidad y en los casos en que proceda jurídicamente.

El numeral 12 de la Ley No. 6043 es tajante al no permitir ningún tipo de ocupación o actividad sin autorización previa:

"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 en cualquier otra forma, levantar edificaciones o instalaciones, cortar árboles, extraer productos o realizar cualquier otro tipo de desarrollo, actividad u ocupación." En cuanto a las consecuencias jurídicas por ocupar la zona marítimo terrestre sin la necesaria autorización, podemos citar el dictamen No. C-221-88 de 7 de noviembre de 1988:

"... 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."

Otra de las características de los permisos de uso es su carácter precario. El mismo Voto No. 2306-91, ya citado, de la Sala Constitucional así lo confirma:

"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 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, como las vías de la Ciudad Capital, sean calles municipales o nacionales, aceras, parques y demás sitios públicos, los coloca fuera del comercio de los hombres y por ello los permisos que se otorguen serán siempre a título precario y revocables por la Administración, unilateralmente, cuando razones de necesidad o de interés general así lo señalen.-

Al tenor del artículo 154 de nuestra Ley General de Administración Pública, esta revocación, siempre y cuando se haga por razones de oportunidad y conveniencia debidamente demostradas, no generará cobro indemnizatorio frente al ente administrativo que así le correspondiere dictarla.

"Los elementos constantes de esta definición revelan la existencia de: un acto administrativo unilateral, o sea, que en él interviene solamente la Administración, es decir un solo sujeto; (...) a título precario, esto es, revocable en cualquier momento y sin indemnización por el Estado." (Fernández Vázquez, Emilio. Diccionario de Derecho Público. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981. p.563)

Sin embargo, será menester que el acto revocatorio no sea intempestivo ni arbitrario y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para su cumplimiento (artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública). 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:

"El permiso de uso no genera derecho alguno a favor del permisionario, no constituye un derecho perfecto, un derecho subjetivo, puesto que por su propia esencia admite que sea revocado sin derecho a indemnización. Se admite entonces, que el permisionario cuenta únicamente con un interés legítimo." (Alpízar Monge, op.cit., p. 87)

Al comentar los alcances del artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública (en el proyecto de ley el 158), y en lo que se refiere a este específico tópico, el Lic. Eduardo Ortiz comentó en la comisión legislativa encargada de su estudio:

"Ocurre por ejemplo en los actos, permisos de dominio público y la doctrina reconoce que los llamados actos de policía generalmente son de este tipo. No crean derechos adquiridos. En esos casos se entiende que la cláusula que se llama de precario, es



decir la reserva de potestad de revocar está implícita en el acto y que se puede revocar el acto sin indemnización ninguna" (sic). (Comisión Permanente de Asuntos de Gobierno y Administración, sesión de 1º de abril de 1970, acta 102, p. 4).

De igual manera, en apoyo de la tesis precedente, la Procuraduría General de la República en opinión jurídica de 12 de setiembre de 1991, 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."

La existencia para el particular de este interés legítimo es fundamental también al momento de defender su situación jurídica frente a terceros que, sin la debida autorización, pretendan perturbar respecto de los bienes bajo permiso de uso del primero.

Consecuencia que va de suyo, los permisos de uso no pueden ser cedidos o traspasados, salvo que medie nuevamente acto autorizatorio de la Administración:

"Por lo demás, 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." (Marienhoff, op. cit., p. 333).

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.

Finalmente, el permiso de uso, por significar una ventaja diferencial para el permisionario, casi siempre de tipo económico, se admite en doctrina, puede ser objeto de pago en favor de la Administración de algún tipo de tasa o contribución especial (Bielsa, op.cit., p. 432).

En lo que toca a la zona marítimo terrestre, como bien de dominio público que es, puede aceptar sobre sí el otorgamiento de permisos de uso, con todas las características que aquí hemos expuesto.

De hecho, al no ser posible jurídicamente otorgar concesiones en las zonas turísticas de la zona marítimo terrestre sin plan regulador, la única figura que cabe aplicar, desde el punto de vista de la teoría del dominio público, es el permiso de uso.

No obstante, debemos ser concluyentes en el sentido de afirmar que los permisos de uso son autorizaciones para la realización de actos sencillos cuyos efectos no inciden de manera significativa en el bien usado:

"Dada su naturaleza, el "permiso" de uso tiene aplicación tratándose de utilizaciones o supuestos carentes de mayor importancia; por ejemplo: extracción de agua de un río mediante el empleo de bombas para el servicio de motor de una fábrica; instalación de casillas de baño en la playa marítima o fluvial; instalación de quioscos en dependencias dominicales para venta de diarios, revistas o comestibles; etc. En cambio, la "concesión" se aplica tratándose de actividades trascendentes o importantes; ... (Marienhoff, op.cit., ps. 327-328).

De manera que, 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 aprovechamiento de la zona pública, y
- b) su ejecución no limite en absoluto la futura implementación de un plan regulador.

"La municipalidad respectiva, el Instituto Costarricense de Turismo y las autoridades y dependencias correspondientes, deberán dictar y hacer cumplir las medidas que estimaren necesarias, para conservar o evitar que se perjudiquen las condiciones originarias de la zona marítimo terrestre y sus recursos naturales." (artículo 17 de la Ley No. 6043)

Para ello, y para lograr un desarrollo armónico de la zona, también dijimos, es indispensable un plan regulador que planifique adecuadamente los diferentes usos aplicables, de modo que, sin perjudicar el medio presente, sean tomados en cuenta todos los intereses económicos y sociales cuyas actividades sean viables de acuerdo a las variables que enunciáramos en su oportunidad.

En esa línea, no podría concebirse, previo al plan regulador, el levantamiento de construcciones (llámense hoteles, cabinas, restaurantes, urbanizaciones, etc.) con carácter de adherencia permanente al terreno, por cuanto dichas instalaciones vendrían a obstaculizar la implementación efectiva del ordenamiento planificado. Sólo cabría autorizar obras menores, cuyas condiciones permitan su fácil y rápida remoción.

El numeral 19 de la Ley No. 6043 es diáfano al estatuir que "hasta tanto no se produzca la respectiva declaratoria de aptitud turística, no podrán autorizarse obras ni construcciones, reconstrucciones o remodelaciones de ninguna clase, en la zona

marítimo terrestre". Bajo una recta inteligencia habría que ampliar esta disposición, de manera especial en lo que respecta a construcciones, al momento de entrada en vigencia del plan regulador. De no ser así, qué sentido tendría esperar la declaratoria de aptitud turística si luego podría edificarse sin ningún criterio de planificación. ¿Qué papel vendría a jugar un plan regulador en una zona donde ya las edificaciones se encuentran levantadas? Recordemos que son las construcciones las que deben ajustarse al plan y no éste a ellas.

El espíritu de la Ley es ese sin lugar a dudas, lo que se evidencia en las regulaciones contenidas en su artículo 57.

En complemento de este último supuesto legal, el artículo 66 del Reglamento a la Ley No. 6043 señala:

"Para los fines contemplados en el inciso c) del artículo 57 de la Ley, cada municipalidad deberá reservar hasta una cuarta parte de la zona marítimo terrestre bajo su jurisdicción para ofrecerla en concesiones a las entidades mencionadas en esa disposición. El área indicada deberá demarcarse en el plan de desarrollo turístico de la zona, calculándose sobre la superficie neta, esto es, con exclusión de los espacios destinados a usos públicos, y su calidad deberá corresponder cuando menos a la calidad promedio de la zona."

Con idéntico criterio, el artículo 54 íbid ordena a todo interesado en la realización de urbanizaciones y edificaciones en la zona marítimo terrestre, salvo el caso de viviendas individuales, acompañar, entre otras cosas, copia del contrato de arrendamiento o concesión al proyecto de construcción, una vez aprobado el anteproyecto. Como sabemos la concesión sólo es posible en las zonas turísticas si ya se ha elaborado el plan regulador para la zona (artículo 38 de la Ley y 19 de su Reglamento).

Basados en este parecer es que consideramos contraria a la normativa legal y opuesta al mismo Reglamento de la Ley No. 6043, según la disposición que acabamos de transcribir, la redacción del artículo 20 de aquel, en tanto faculta la realización de urbanizaciones sin plan regulador (y por ende sin concesión), únicamente atendiendo a los requisitos que establecen para cada caso el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y el Instituto Costarricense de Turismo. En consecuencia, ante la disyuntiva jurídica, ha de preferirse en su aplicación, si se quieren evitar futuras nulidades y responsabilidad derivada, las regulaciones garantes del dominio público, en nuestro caso, las que resguardan la zona marítimo terrestre de edificaciones sin la existencia previa de un plan de desarrollo.



En situación parecida se encuentran los numerales 15 y 16 del mismo cuerpo reglamentario. El primero, en su párrafo segundo, permite el otorgamiento de concesiones, sin que se haya producido la respectiva declaratoria de aptitud turística o no turística, siempre que las mismas no involucren construcciones, reconstrucciones o remodelaciones de ninguna especie, creándose así un régimen de excepción que la Ley no contempla:

"Ejecutar una ley no es dictar otra ley, sino desarrollarla, sin alterar su espíritu por medio de excepciones, pues si así no fuere el Ejecutivo se convierte en Legislador.

De los anteriores textos transcritos se desprende que el Reglamento Ejecutivo está llamado a desarrollar los principios establecidos por la ley que están reglamentando, teniendo en ellos su límite y no pudiendo exceder estos, de manera que si lo hicieren se estaría en presencia de una violación a los límites de la potestad reglamentaria establecida en el artículo 140, inciso 3) de la Carta Fundamental, ya que los reglamentos ejecutivos no pueden legislar "ex novo", es decir, crear por vía reglamentaria regulaciones que no están previstas en la ley que desarrollan." (Sala Constitucional, Voto No. 7335-94 de 15 horas 12 minutos del 14 de diciembre de 1994)

El artículo 16, por su lado, faculta a supuestos concesionarios en zonas declaradas turísticas para realizar obras, siempre y cuando la resolución que las autorice advierta expresamente al interesado que al decretarse la planificación de esa zona podrá exigírsele la remoción o demolición de las construcciones que se hubieren levantado, a costa suya y sin que deba reconocérsele indemnización alguna a tal efecto.

Reiteramos que en las zonas turísticas sólo se puede hablar de concesiones si ya ha sido dictado el plan regulador respectivo y no con anterioridad como pretende esta norma; además de que esa exclusión de responsabilidad a priori, amén de peligrosa para la integridad del dominio público con vista de los desmanes a que puede dar lugar, es de dudosa constitucionalidad.

La aplicación irrestricta de todas estas últimas normas, en perjuicio de lo consagrado en la Ley y, en general, su Reglamento, causaría en la práctica un desestímulo para formular planes reguladores, al permitirse en forma ilegítima el otorgamiento de concesiones y la realización de edificaciones sin que aquellos hubieren sido debidamente confeccionados, burlándose así los principios que el legislador tuvo en mente a la hora de aprobar la Ley No. 6043.

Si bien es cierto estos planes de desarrollo son muy complejos y onerosos, esta circunstancia no ha de servir de pretexto para consentir el crecimiento desordenado de los litorales costarricenses."

v. Conclusión:

Si bien la consulta pública, sobre el “Proyecto de Reglamento para el otorgamiento de permisos de uso en la zona marítimo terrestre del cantón de Nicoya.”, no es vinculante, se recomienda valorar las observaciones expuestas.

Cordialmente,

Lic. José Francisco Coto Meza. MSc.
Asesor Legal

Licda. Mónica Cedeño Castro
Asesoría Legal

FCM/RUC/MCC/-2021
NI-0418