

## Asesoría Legal

28 de octubre de 2022  
AL-1427-2022

Licenciada  
Raquel Moya Sanchez  
Legal she  
<mailto:raquel@legalshe.com>

*Asunto: Consulta: Aplicación artículo 47 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre y 25 de su Reglamento.*

Estimada señora:

Nos permitimos dar respuesta a documento con fecha 18 de octubre de 2022, recibido por correo electrónico, de la cuenta De: Raquel Moya <raquel@legalshe.com> el 18 de octubre de 2022 13:30, en donde indica y consulta:

*“...En aplicación a lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre y artículo 25 de su reglamento, y la revisión de legalidad que realiza su autoridad:*

- a. ¿Acepta este Instituto que los accionistas hayan obtenido la condición de residentes temporales o permanentes, para ser accionistas de más de un cincuenta por ciento del capital social de las sociedades concesionarias?*
- b. ¿Considera este Instituto que la excepción contenida en el inciso a) en los artículos 47 y 25 del Reglamento aplica a los accionistas de sociedades concesionarias?*
- c. ¿Considera este Instituto que la interpretación de la norma antes referida puede variar según la discrecionalidad municipal?*

*Considerando que el requerimiento de que el artículo 47 de la Ley dispone que no se otorgarán concesiones entidades constituidas en el país por extranjero:*

- a. ¿En su revisión considera este instituto, que la norma implica una prohibición a que un extranjero participe en el acto de constitución, en cualquier proporción; o se*

## Asesoría Legal

*refiere a la norma a una prohibición de otorgar concesiones a entidades constituidas en su totalidad por extranjeros?*

*b. ¿Considera este Instituto que la interpretación de la norma antes referida puede variar según la discrecionalidad municipal?*

Sobre el particular, indica el artículo 47 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre

*Artículo 47.- No se otorgarán concesiones:*

**a) A extranjeros que no hayan residido en el país por lo menos durante cinco años;** b) A sociedades anónimas con acciones al portador; c) A sociedades o entidades domiciliadas en el exterior; ch) A entidades constituidas en el país por extranjeros; y **d) A entidades cuyas acciones o cuotas o capital, correspondan en más de cincuenta por ciento a extranjeros.** Las entidades que tuvieren concesiones no podrán ceder o traspasar cuotas o acciones, ni tampoco sus socios, a extranjeros. En todo caso, los traspasos que se hicieren en contravención a lo dispuesto aquí, carecerán de toda validez.

En concordancia con el artículo 25 del Reglamento de la misma ley, que indica:

*Artículo 25.- No se podrán otorgar concesiones:*

**a) A extranjeros que hayan residido en el país menos de 5 años en forma continua,** según conste en certificación extendida para tales efectos por las autoridades nacionales de Migración; b) A sociedades anónimas con acciones al portador; c) A sociedades o entidades domiciliadas en el exterior; ch) **A entidades cuyas acciones o cuotas o capital, corresponden en más de cincuenta por ciento a extranjeros;** ni d) A cualquier otro tipo de entidad, no comprendida en los incisos anteriores, en que más de la mitad de sus miembros no sean costarricenses.

Por consiguiente, y por la similitud de las normas, no referiremos en este documento únicamente a los incisos del artículo 47 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, en el entendido que están contenidos en el artículo 25 del Reglamento a la misma Ley.

## Asesoría Legal

Sobre las interrogantes:

**a. ¿Acepta este Instituto que los accionistas hayan obtenido la condición de residentes temporales o permanentes, para ser accionistas de más de un cincuenta por ciento del capital social de las sociedades concesionarias?**

RESPUESTA.

Esta interrogante, se refiere al inciso d, que dice: **d) A entidades cuyas acciones o cuotas o capital, correspondan en más de cincuenta por ciento a extranjeros.** La norma establece una prohibición para los extranjeros, independientemente de su categoría migratoria; dejando claro que para que una persona jurídica, solicite una concesión, debe demostrar que más del cincuenta por ciento de los propietarios de su capital deben ser costarricenses.

La condición de residente temporal o permanente es una categoría migratoria, que identifica el estatus legal de una persona en algún país que sea diferente al que nació; y su condición, sigue siendo la de un extranjero. Ser residente temporal o permanente, no otorga la condición de “nacional o costarricense”. La nacionalidad, es el vínculo jurídico que tiene una persona con un Estado, el cual le atribuye la condición de ciudadano, -por haber nacido en ese Estado, por la nacionalidad de sus progenitores por habersele concedido la naturalización- vínculo que le otorga una serie de derechos y deberes en relación con ese Estado.

Por lo que deberán respetarse siempre los porcentajes establecidos en el artículo 47 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, N° 6043 y artículo 25 de su Reglamento, evitando que se de fraude de Ley.

**b. ¿Considera este Instituto que la excepción contenida en el inciso a) en los artículos 47 y 25 del Reglamento aplica a los accionistas de sociedades concesionarias?**

En cuanto a la interrogante, consulta que si lo indicado para los extranjeros en el inciso a) le aplica lo señalado en el inciso d) del artículo 47, que dicen:

*a) A extranjeros que no hayan residido en el país por lo menos durante cinco años;*

## Asesoría Legal

d) A entidades cuyas acciones o cuotas o capital, correspondan en más de cincuenta por ciento a extranjeros.

RESPUESTA. No. La condición establecida en el inciso a, se refiere a personas físicas extranjeras que soliciten una concesión sobre la zona marítimo terrestre, no a propietarios de capital social de una persona jurídica.

El artículo 47 de marras, dispone una lista taxativa de personas físicas y jurídicas a las cuales resulta aplicable la limitación para ser concesionarios, y en tanto consiste en una limitación de derechos, ha de entenderse que la restricción a otras personas es materia reservada a la ley.

A manera de referencia, conviene acotar lo expuesto por esta Procuraduría General respecto de la entrega de concesiones a favor de extranjeros:

*“En virtud de ser los bienes del demanio litoral parte del patrimonio público nacional y de las importantes funciones sociales que cumplen, .... el legislador impuso ciertas limitaciones a las personas (físicas y jurídicas) extranjeras para obtener concesión en la zona marítimo terrestre.*

*Ambas disposiciones (arts. 47; Ley 6043, y 25 de su Reglamento) están en concordancia con otros textos que no se mencionan en la acción, como son: el 31, párrafo 2°, de la Ley 6043:*

*“Solamente podrán intervenir en desarrollos turísticos en la zona marítimo terrestre o con acceso a ella, personas físicas o jurídicas costarricenses que puedan tener concesiones. Igualmente podrán intervenir entidades extranjeras siempre que se trate de empresas turísticas, cuyo capital para el desarrollo pertenezca en más de un cincuenta por ciento a costarricenses”.*

*“La restricción es razonable, desde que la concesión en la zona marítimo terrestre también ha de satisfacer el interés público. Para ejecutarla, el concesionario ha de tener un arraigo al territorio nacional, que garantice su permanencia y el uso y aprovechamiento del bien”. (El abandono del inmueble o la ausencia legal del concesionario, por ejemplo, son causales extintivas. Ley 6043, art. 52, incs. b y c).” (OJ-051-2007 de fecha 13 de junio del 2007)*

## Asesoría Legal

Sobre el tratamiento legal a extranjeros de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, la Sala Constitucional en el Voto No. 11351-2010 de 15 horas 4 minutos de 29 de junio de 2010, determinó la conformidad de los artículos 47, inciso a), de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, y 25, inciso a), de su Reglamento, con nuestra Constitución Política, en los siguientes términos:

**“IV.- Sobre el fondo.** - *La jurisprudencia constitucional sobre el tema de la igualdad y sus alcances, ha sido clara en reconocer que el artículo 33 de la Constitución Política -que tutela el derecho a la igualdad de trato de las personas frente a la ley-, permite a su vez un trato distinto si se dan circunstancias objetivas y razonables que así lo justifiquen (ver sentencia 1993-00316). En lo que interesa se ha dicho:*

*“El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que, en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho la Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero, además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que deba existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. ...”.*

*De conformidad con la citada jurisprudencia, el legislador puede válidamente dar un trato distinto frente a la ley, si se dan dos circunstancias que hace constitucionalmente admisible tal distinción: la justificación objetiva y la razonabilidad en sí. El primero de estos dos elementos apunta a la exigencia de que la diferenciación surja de un dato existente y verificable de manera objetiva y cuya existencia venga predefinida y por ello mismo sustraída de la subjetividad de quien va a aplicar la norma, condición que se cumple en este caso ya que el elemento que determina la posibilidad del extranjero de acceder o no a una concesión -según lo explicado en el considerando anterior- es el tiempo que tenga de residencia en el país (cinco años o más de residencia), de modo que la diferente solución y trato para dos extranjeros puede –en este sentido- justificarse de manera objetiva, según se constate la existencia de ese elemento diferenciador el cual consiste en este caso en un estatus jurídico que debe ser declarado por el Estado costarricense de manera formal, por lo que no existe margen para que el aplicador de la norma introduzca circunstancias o elementos no predefinidos, al momento de decidir sobre la aplicación de esta norma a un extranjero que pretende ser titular de una concesión en la zona restringida de la Zona Marítimo Terrestre.-*

## Asesoría Legal

*V-. Por otra parte, ya se dijo que no basta que la diferenciación sea explicable de manera objetiva, sino que, además, es necesario un segundo elemento para que la diferenciación de trato sea constitucionalmente válida y dicho elemento es la razonabilidad de la diferenciación. Es importante en este punto anotar que la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado por ejemplo en la sentencia número 2010-5867, que en el examen de constitucionalidad de una norma o acto debe verificarse la existencia de ciertas condiciones, con el fin principal no de sustituir al legislador en el ejercicio concreto de su poder de discreción respecto de la oportunidad y la conveniencia de sus decisiones sino, más bien, con el fin de descartar la irrazonabilidad o la desproporción de tales decisiones frente al Derecho de la Constitución. Para esta labor se han acuñado en la doctrina y jurisprudencia comparadas instrumentos de análisis con los que se examinan la legitimidad de la medida: su necesidad, su idoneidad y finalmente su proporcionalidad en sentido estricto. -*

*La restricción es razonable, desde que la concesión en la zona marítimo terrestre también ha de satisfacer el interés público. Para ejecutarla, el concesionario ha de tener un arraigo al territorio nacional, que garantice su permanencia y el uso y aprovechamiento del bien. (El abandono del inmueble o la ausencia legal del concesionario, por ejemplo, son causales extintivas. Ley 6043, art. 52, incs. b y c).*

*El no ejercicio de la concesión de dominio público en forma continuada es motivo de caducidad. Deriva de “su propia finalidad de ‘interés público’ al que sirve y legitima su otorgamiento”. “Este imperativo de respeto a los intereses generales queda incorporado a la causa concesional imponiendo ese ejercicio de manera forzada”. Elimina la posibilidad de “un no ejercicio, que se juzga contrario al interés general, ya que el carácter excluyente y privilegiado que otorga la concesión a favor del concesionario está ligado a la efectiva prestación de la actividad”. (LAFUENTE BENACHES, M<sup>o</sup> Mercedes. La concesión de dominio público. Edit. Montecorvo, S. A. Madrid. 1988, p 122).*

*Por lo demás, las entidades o sociedades radicadas en el exterior, amén de sujetarse a la legislación interna para practicar el comercio, han de estar provistas de los necesarios representantes en suelo costarricense, con quienes la Administración y los particulares puedan relacionarse para posibles reclamos de responsabilidades derivadas del contrato u otros negocios jurídicos que celebren.*

*En lo que concierne a las personas físicas extranjeras, es reiterada la jurisprudencia constitucional en el sentido de que “el Estado puede, en ejercicio de sus funciones de soberanía, regular su ingreso y permanencia al territorio nacional y en nuestro*

## Asesoría Legal

sistema, del derecho de extranjería, se han ocupado diversas normas infraconstitucionales”, como la Ley de Migración y Extranjería. (SALA CONSTITUCIONAL, votos 1440-92, 475-95, 2000-11371, 2003-00133, entre otros).

Los extranjeros en todo momento “deben someterse a lo que en materia de migración prescriba la Ley” (...), “de conformidad con el bloque de normatividad, y en su aplicación deben respetarse los derechos fundamentales de los no nacionales” (voto 2002-2000. Ver también los números 2000-11371 7033-2003).

“El mero requisito legal de una autorización administrativa para ingresar al país, permanecer en el él y contar con un estatus migratorio que (tal como está previsto) incide en la esfera de actividades que despliegan los extranjeros, condicionándolas en mayor o menor medida, en ciertos supuestos limitándolas y hasta impidiéndolas, no es de por sí contraria al ámbito constitucional...”. El Estado costarricense “dispone de facultades, que esta sentencia no discute, para regular por vía legal lo relativo al ingreso de personas extranjeras y su permanencia en el territorio nacional, prescribir la necesidad de una autorización administrativa para que esto sea posible, y acreditar a cada quien, según un orden objetivo y razonable de requisitos, la categoría migratoria que solicite, con el efecto o la consecuencia de que esa categoría programe o habilite el marco de la actividad regular que el interesado puede desplegar en el país”. (SALA CONSTITUCIONAL, sentencia 1999-00616, cons. VII).

### **c. ¿Considera este Instituto que la interpretación de la norma antes referida puede variar según la discrecionalidad municipal?**

Nos referiremos a la discrecionalidad municipal, en términos generales, pues esta Asesoría Legal, considera que no es aplicable la discrecionalidad a la norma antes referida.

Sobre el tema de la discrecionalidad en materia municipal, los criterios pueden variar de una Municipalidad a otra, dado que las Corporaciones Municipales son autónomas, según lo dispuesto en los artículos 169 y 170 de la Constitución Política, entendiéndose además que la administración de sus intereses y servicios locales, estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley.

## Asesoría Legal

Sobre la discrecionalidad en materia de zona marítimo terrestre, ha indicado la Procuraduría General de la República en su Opinión Jurídica número 052-J del 31 de agosto de 2011, lo siguiente:

*“Al ser el otorgamiento de las concesiones en la zona marítimo terrestre un acto discrecional de la Administración, ésta en el ejercicio de dicha potestad y para efectos de otorgar concesiones la **Municipalidad debe actuar bajo el principio de legalidad**, que puede ser **absoluto** cuando la actividad es reglada (Ley General de la Administración Pública, artículos 11 y 59, inciso 1); y **relativo**, cuando median aspectos discrecionales o de oportunidad que le otorgan cierto margen de decisión al no definirse alguno de los componentes del acto administrativo, o cuando esos elementos presentan conceptos jurídicos indeterminados o calificaciones jurídicas que vienen a ser concretados con un amplio margen de subjetividad. ORTIZ ORTÍZ, Eduardo, Límites y Contralor de la Discrecionalidad Administrativa en Costa Rica, tomado de Revista Judicial, San José, Año VIII, No. 28, marzo de 1984, pp. 11-28.*

*En el caso de **otorgamiento de concesiones**, el fin está dado por el legislador: El aprovechamiento socio-económico de esta franja demanial (uso y disfrute – art. 41 Ley sobre la Zona Marítima Terrestre) revestido de un interés público “el mayor bienestar a todos los habitantes...y el más adecuado reparto de la riqueza” (artículo 50, párrafo 1º de la Constitución Política). A su vez, los motivos deben corresponder al fin, es decir, el aprovechamiento sostenible de la zona restringida y la correspondiente distribución del beneficio socio-económico que los particulares obtienen de él. El contenido viene dado por la aplicación concreta del grupo de postulados de los artículos de la Ley y el Reglamento que regulan el procedimiento de concesión. En este sentido, encontramos que el fin es claro, los motivos también y el contenido lo es en la mayoría de los aspectos. Como se evidenció antes, algunos supuestos pueden no estar regulados, por lo que la Administración debe suplir la ausencia discrecionalmente.-*

*Sobre ese margen de discrecionalidad, apunta ORTÍZ ORTÍZ (Eduardo): “Así nace la discrecionalidad, como la libertad de la Administración para determinar y decidir su conducta imperativa frente a otros sujetos en cuanto a los aspectos de esa conducta no regulados por ley...La discrecionalidad consiste en la elección de los elementos no regulados, según un criterio subjetivo e individualizado, pero jurídicamente aceptable, desde el punto de vista de su adaptación al fin.” Ob. Cit, pp. 11-12 (El destacado no pertenece al original)*

## Asesoría Legal

*La decisión discrecional compete a la Administración, pero debe fundamentarse en criterios de oportunidad y proporcionalidad que permitan alcanzar el fin público.*

**Segunda parte de la consulta, considerando que el requerimiento de que el artículo 47 de la Ley dispone que no se otorgarán concesiones entidades constituidas en el país por extranjero:**

**a. ¿En su revisión considera este instituto, que la norma implica una prohibición a que un extranjero participe en el acto de constitución, en cualquier proporción; o se refiere a la norma a una prohibición de otorgar concesiones a entidades constituidas en su totalidad por extranjeros?**

RESPUESTA. La palabra constitución en el inciso ch del artículo 47, no se interpreta como constitución de fundar o establecer, esto representaría, el momento del nacimiento de la persona jurídica; más bien se interpreta como sinónimo de la palabra compuesto o construido. Por lo que debe entenderse que la prohibición alcanza a las entidades conformadas por extranjeros.

Al respecto, señaló el Tribunal Contencioso Administrativo, mediante resolución N°21-2014, de las 8:50 horas del 29 de enero de 2014:

*“IV.- En el caso sometido a estudio, la Municipalidad de Parrita denegó el traspaso de la concesión de la sociedad Grupo Mi Cielo Azul S.A., a Farrell S.A., por cuanto esta última fue constituida originalmente, en el año 1992, por dos ciudadanos canadienses, sean los señores George Bradley Bisko y Denise Eunise Rowland. Pareciera que entiende el gobierno local, que cuando el numeral 47.ch) recién transcrito, se refiere a “sociedades constituidas”, lo asimila al momento de su nacimiento. Este criterio no es compartido por este Tribunal, pues de la lectura integral de los incisos ch) y d) de la norma, lo que se pretende es garantizar que la constitución actual de la sociedad no sea de extranjeros ni mayoritariamente de capital proveniente de personas con otra nacionalidad. Tiene razón la parte apelante cuando alega que la Municipalidad no analizó la conformación actual del capital accionario, puesto que, desde esa perspectiva, el nacimiento de la sociedad en 1992 pierde relevancia si hoy día Farrell S.A., tiene otra composición, pues es propiedad en un 50% del señor Cody Bishko, quien es canadiense con cédula de residente y, el otro 50%, es del socio Danny Farrell Bishko, con cédula de identidad costarricense 1-1485-0960. Es claro que la constitución actual de la sociedad no es de extranjeros*

## Asesoría Legal

*ni tiene más del 50% de capital extranjero, por lo que no existe impedimento para que se autorice el traspaso de la concesión a la sociedad Farrell S.A.”*

En virtud de lo expuesto anteriormente, lo que corresponde en el caso en consulta es garantizar que la constitución actual de la sociedad no sea de extranjeros ni mayoritariamente de capital proveniente de personas con otra nacionalidad.

### **b. ¿Considera este Instituto que la interpretación de la norma antes referida puede variar según la discrecionalidad municipal?**

Respecto la discrecionalidad municipal, remitimos a lo indicado en la pregunta anterior, en el entendido que la discrecionalidad no es aplicable a la norma antes referida, y que en la toma de decisiones los gobiernos locales, son autónomos y la eventual aplicación de la discrecionalidad en sus criterios varía de una Municipalidad a otra.

Cordialmente,

Lic. José Francisco Coto Meza. MSc.  
Asesor Legal

Msc. Rosibel Ureña Cubillo  
Coordinadora de Unidad  
Gestión Jurídico-Administrativa

Licda. Monikha Cedeño Castro  
Asesoría Legal

NI-1669. archivo  
FCM/MCC-2022