



San José, 27 de mayo del 2024

AL-A-650-2024

MSC. Gustavo Alvarado Chaves
Director
Gestión Turística

Mba. Javier Cordero Valverde
Analista de Proyectos
Presentes

Asunto: Criterio legal sobre declaratoria turística y contrato turístico para proyecto hotelero "Tapetry by Hilton Hotel Herediano", a nombre de HAMMER HOTELS SOCIEDAD ANONIMA con base en un derecho de superficie. Su oficio DGT-0410-2024.

Estimados señores:

Se atiende el criterio legal solicitado por medio de su oficio de referencia.

I. ANTECEDENTES DE LA CONSULTA.

a) En la nota suscrita por el apoderado de la sociedad HAMMER HOTELS SOCIEDAD ANONIMA (en adelante la sociedad consultante), se consulta lo siguiente en relación con la declaratoria turística de actividad hotelera del proyecto denominado inicialmente como Hotel Estadio Eladio Rosabal Cordero, propiedad de Asociación Deportiva Club Sport Herediano y un futuro contrato turístico:

ai) La sociedad consultante indica que ha firmado un contrato de derecho de superficie pactado entre ella Hammer Hotels S.A., Fuerza Herediana S.A y la Asociación Deportiva Club Sport Herediano, en el cual se alega que se traspasa el derecho a la primera para llevar a cabo el desarrollo hotelero al que inicialmente se le otorgó la declaratoria turística, en el sector sur de la propiedad del estadio. Se alega que dicho derecho de superficie se firmó en febrero del



presente año y se inscribirá en el Registro Público, y no incluye limitaciones para su disposición y/o para constituir gravámenes sobre el mismo, de forma que se afirma que es legalmente posible otorgarlo como garantía de un crédito, garantía que incluiría las edificaciones construidas sobre dicho derecho de superficie. Esto según una opinión legal privada que se adjunta, suscrita por abogados privados que se identifican como parte de la firma Consortium Legal.

a) No se aporta a la consulta el contrato de derecho de superficie que se cita.

a) La primera consulta es sobre la posibilidad de obtener una declaratoria turística y un contrato turístico para Hammer Hotels S.A, como desarrolladora y operadora de este proyecto hotelero, bajo la figura de derecho de superficie.

a) En segunda instancia, se consulta si con base en ese mismo derecho de superficie podría la sociedad consultante obtener un contrato turístico para el equipamiento y mobiliario del proyecto.

a) Indica la sociedad consultante que el proyecto presentado inicialmente presentado inicialmente aparte de cambiar de propietario también cambia, en muchas de sus características, por lo que consulta si es posible trasladar la declaratoria otorgada originalmente y modificarla. Esto para el Proyecto definitivo que operaría bajo la marca Tapestry Collection by Hilton y tendría ciertas características que se describen en la nota.

b) La nota DGT-0410-2024 indica que la Gerencia General de la Institución en resolución G-1250-2022 de fecha 19 de agosto del 2022, aprueba la Declaratoria Turística al proyecto Hotel Estadio Eladio Rosabal Cordero, propiedad de la Asociación Deportiva Club Sport Herediano, cédula jurídica 3-002-061596. En dicha resolución, se indica, que el Sr. Randall Castro Bolaños, cédula de identidad, 1-0741-0253, funge como Apoderado Generalísimo de la empresa Asociación Deportiva Club Sport Herediano, cédula jurídica 3-002-061596.

II. SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA CONSULTA

1. El oficio DGT-0410-2024 no especifica la consulta concreta de aspectos legales que requiere de esta Asesoría Legal en el caso, según lo dispuesto por la circular G-2154-2009 en lo conducente:

“ (...)



2- Las consultas que se interpongan ante la Asesoría Legal deberán conllevar necesariamente un análisis de fondo de tipo legal, sea, que para la resolución del caso de interés de la dependencia consultante, deba identificarse y definirse el sentido y aplicación de una norma jurídica.

3- Cuando la resolución del caso en consulta implique un trasfondo de tipo técnico, la Unidad interesada acompañará su escrito de consulta legal del criterio técnico respectivo, mismo que deberá motivar al menos de forma sucinta, la necesidad del análisis legal del caso en estudio.

(...)

5- Las consultas legales que así lo requieran, deberán acompañarse del expediente administrativo correspondiente, debidamente foliado o bien de la documentación e información de apoyo necesaria para la comprensión del caso.”

2. Sin detrimento de lo anterior, nos referiremos en forma general a la posibilidad jurídica de la aplicación de la propuesta figura de derecho de superficie para efectos de optar por la titularidad de una declaratoria turística y un contrato turístico de la Ley 6990.

3. En términos generales, es opinión de esta Asesoría Legal que la figura del derecho de superficie es un derecho real, propio del derecho privado que no está expresamente reconocido en nuestra legislación civil y que no debe ser trasladado automáticamente al ámbito del derecho público, ya que podría reñir con el principio de legalidad que rige nuestro accionar. Esto es particularmente cierto en el tema del otorgamiento de los incentivos fiscales propios de la Ley N° 6990, ya que la Sala Constitucional en su resolución número 18966-2010 de las trece horas del diecisiete de noviembre del 2010, ha establecido como principio constitucional que las exoneraciones de la Ley N° 6990, al ser excepcionales, obligan a una interpretación restrictiva de sus normas y a una fiscalización del cabal y permanente cumplimiento de los requisitos establecidos para su disfrute.

4. Es importante además apuntar que, la Procuraduría General de la República se ha referido al derecho real de superficie en varias opiniones jurídicas. A manera ilustrativa se cita el siguiente fragmento de la OJ-074-2003 del 14 de mayo del 2003:

“ (...)



III.3.1) DERECHO DE SUPERFICIE: nociones generales

El derecho de superficie lo es de construir o mantener una construcción en suelo ajeno (jus in re aliena). Super facies es lo que se eleva sobre el suelo.

Por su medio, en la modalidad urbana, el dueño de un inmueble (concedente) otorga a otra persona (superficiario) la facultad de levantar una edificación en terreno del primero y adquirir su propiedad, durante el tiempo del contrato, pudiendo aquella revertir a favor del concedente al extinguirse el derecho, con la obligación de pagar un canon periódico o renta, cuando es a título oneroso, y demás estipulaciones convenidas.

En el plano doctrinario, se admite que ese derecho puede derivar también del acto adquisitivo de una construcción preexistente, separada de la propiedad del suelo. En su variedad rústica, permite plantar o sembrar en terreno ajeno, haciendo suyo lo plantado o sembrado.

Implica una derogación voluntaria de la regla de la accesión (superficie solo cedit), que extiende el dominio del suelo a lo construido o plantado sobre él, como elemento que sigue la suerte del principal, éste con existencia jurídica autónoma (accessio cedit principali).

Característica del contrato es el desdoblamiento de propiedades que origina: la del suelo, a cargo del dueño del terreno, y la del vuelo, propiedad superficiaria, en cabeza del superficiario.

Algunas legislaciones extranjeras norman este contrato, a menudo en forma deficitaria o sucinta, como la española, en el Código Civil (arts. 1611, párrafo 3º, y 1655), la Ley Hipotecaria (arts. 107.5 y 287), el Reglamento Hipotecario (art. 16) y, para la propiedad urbanística, los arts. 287 al 289 de la Ley del Suelo de 1992 (Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; Real Decreto Legislativo N° 1/1992, del 26 de junio de 1992). (El Tribunal Constitucional español, en sentencia del 20 de marzo de 1997, declaró inconstitucionales y anuló muchos artículos del Texto Refundido de la Ley del Suelo, sin afectar los que atañen al derecho de superficie).



Otros Códigos Civiles son: el italiano de 1942 (arts. 952 a 956), el suizo de 1912 (arts. 675 y 779), que la construye con amolde al esquema de la servidumbre (arts. 675 y 679), el portugués de 1966 (arts. 1524-1542), etc.

En nuestro ordenamiento el derecho de superficie carece de arraigo y sustantividad propia.

III.3.2) JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA NO LO RECONOCE

No se apega a la verdad la afirmación hecha en la Exposición de Motivos del Proyecto en el sentido de que el derecho real de superficie en concesiones turísticas "está claramente reconocido en nuestro medio por el inciso segundo del artículo 459 del Código Civil, así como por la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias, como la N° 40 de las 14:40 horas del 9 de mayo de 1997 y la N° 1 de las 14:50 horas del 6 de enero de 1993".

El artículo 459, inciso 2°, del Código Civil dispone la inscripción en el Registro de la Propiedad de los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan cualesquiera otros derechos reales distintos del de hipoteca.

Derechos reales que pueden adquirirse por el nudo consensu, el simple convenio, y por ocupación, accesión, herencia o legado, prescripción, u otra forma inscribible en el Registro Público (arts. 459, inc. 2°, 480, 484 y 1022 ibídem. Sala Primera de la Corte, sentencias números 183-F-91. CIV, 000431-F-00 y 000751-F-2000).

Dejando de lado que el reconocimiento del derecho de superficie en el citado numeral no es expresa ("clara"), pues no lo menciona siquiera, sin negar que las partes, por el principio de autonomía pueden constituir "cualesquiera otros derechos reales diversos del de hipoteca" (artículo 459 inciso 2°), no debe perderse de vista la inadecuación de la normativa civil para disciplinar relaciones propias del Derecho Público, como el uso y disfrute del demanio.

Cierto es que la Sala Primera de la Corte, en la sentencia N° 40 de las 14 horas 40 minutos del 9 de mayo de 1997, con redacción del otrora Magistrado



Picado, en el Considerando III hace una mera referencia histórica al concepto que tuvo en el Derecho Romano "la superficie", confundido con el de la accesión. Pero en ningún momento reconoce el fallo que el derecho de superficie tenga carta de naturaleza en nuestro Derecho.

Antes bien, resuelve el caso (construcción de una casa en terreno ajeno, tolerada por el dueño del inmueble) desde la óptica de la accesión, con examen de los artículos 506, 509 y 868 del Código Civil.

Es incomprensible la cita de la sentencia número 1 de las 14 horas 50 minutos del 6 de enero de 1993, de la Sala Primera, que no se refiere en absoluto al derecho de superficie. Versa sobre un problema de usufructo de una casa de habitación construida en el inmueble litigioso.

Sí hay resoluciones de la Sala Primera que admiten, bajo el ángulo del Derecho Privado, no del Derecho Público, la accesión invertida, supuesto diferente al derecho de superficie (vid. como ejemplos, las sentencias números 16 de 1982, 183-F-91. CIV y 95-100626-362-CI). (...)"

5. Aún y cuando la Opinión Jurídica de cita se refiere a la improcedencia de la eventual aplicación del derecho real de superficie mediante Ley de la República al demanio, lo cierto es que, en opinión de esta Asesoría Legal, el principio constitucional de aplicación restrictiva en pro del interés público subyacente de la Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico, Ley 6990, debe ser aplicado de igual manera en el caso que nos ocupa. Esto dado que el denominado derecho de superficie no cuenta con reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico y en relación con el régimen de la Ley 6990, que es de derecho público, específicamente tributario. Por lo que no procede otorgar un contrato turístico con incentivos de exoneraciones a un solicitante que alega tener un derecho de superficie como único ligamen sobre el terreno en el que se construirá y operará el proyecto objeto de dicho contrato turístico. Lo anterior salvo superior criterio del Ministerio de Hacienda o de la Procuraduría General de la República.

6. Es importante agregar en este tema, que la Dirección General de Tributación Directa mediante resolución 20 del 20 de setiembre del 2023, se refirió al "Tratamiento tributario de los derechos reales de superficie". En esta resolución se reconoce que, pese a que en nuestro medio no hay normas que regulen y



sistematicen el derecho real de superficie, toda vez que ni el legislador ni la jurisprudencia lo ha reconocido expresamente, no puede desconocerse que conforme los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual y a tenor del inciso 2° del artículo 459 del Código Civil, las partes pueden constituir "cualesquiera otros derechos reales diversos del de hipoteca". Y que, los derechos reales de superficie son contratos que producen consecuencias económicas o jurídicas relevantes, para efectos del deber de contribución y la correcta aplicación de las leyes tributarias. Sin embargo, esta Resolución no trata la figura en relación con el régimen de incentivos fiscales de la Ley N° 6990.

7. Por ende, se recomienda realizar la consulta del caso a la Dirección General de Hacienda y a la Procuraduría General de la República.

8. Finalmente, en cuanto a la aplicabilidad de la figura propuesta a nivel exclusivo del régimen voluntario de la declaratoria turística (la cual por sí sola no otorga derechos subjetivos ni exoneraciones de ningún tipo), el análisis legal debe ser casuístico y deberá aplicarse lo establecido en el Decreto Ejecutivo N. 41370-MEIC-TUR, denominado "Reglamento de las empresas y actividades turísticas".

9. En particular, el "Reglamento de las empresas y actividades turísticas", indica en el artículo 4 inciso e), que la solicitud de Declaratoria Turística en establecimientos de hospedaje, debe de indicar la dirección exacta por: distrito, cantón, provincia, nombre del barrio o caserío y otras características que faciliten la ubicación del inmueble correspondiente al establecimiento comercial en el que opera la empresa o actividad turística. El Reglamento en cuestión, en el artículo 12 indica además que:

"Las empresas y actividades turísticas tendrán las siguientes obligaciones:

1) Desarrollar directamente la actividad de la empresa o actividad declarada turística en calidad de titular y responsable de la misma ante el ICT y no cederla a terceros que no estén acreditados ante el Instituto Costarricense de Turismo. Distinto es el caso de los contratos de administración u operación turística hotelera, los cuales podrán suscribirse en aras del mejoramiento de la calidad del servicio turístico, competitividad y especialización de su operación turística. "



Por lo anterior, los solicitantes y eventuales titulares de las declaratorias turísticas otorgadas por el ICT deben demostrar y deberán velar respectivamente porque, el derecho que poseen sobre la finca en la que operará la empresa del caso, le permita legalmente desarrollar, en calidad de titular y responsable de la misma, la actividad o establecimiento declarados turísticos.

10. Sobre la consulta del punto av. de este oficio y el estado de la declaratoria turística vigente relacionada al caso, corresponde a su Dirección, la aplicación de lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo N. 41370-MEIC-TUR, denominado "Reglamento de las empresas y actividades turísticas".

11. En adición a lo señalado en el punto 9, se indica lo siguiente en términos generales sobre el régimen de la declaratoria turística:

La declaratoria turística no tiene naturaleza de derecho subjetivo, en el tanto, no es un acto del cual se deriven facultades o potestades a la persona que desarrolla la actividad declarada como turística.

La declaratoria turística, tal y como indica el Reglamento de Empresas y Actividades Turísticas, consiste en un *"acto, mediante el cual la Gerencia General del ICT, declara a una empresa o actividad como de interés turístico, luego de cumplir con los requisitos técnicos, económicos y legales señalados en este Reglamento (...)"*.

En virtud de lo anterior, la declaratoria turística se otorga a la actividad como tal, no a la persona -física o jurídica- que la opera y que es responsable de dicha operación.

Expuesto lo anterior, se considera pertinente indicar que, el Reglamento de Empresas y Actividades Turísticas permite acreditar cambios de personas propietarias, apoderadas, cambios de razón social, las personas físicas o jurídicas según el caso, que sean propietarias de empresas o actividades amparadas a la Declaratoria Turística.

El artículo 10 del reglamento en cuestión, indica

"En el caso de cambio de propietario a nivel de empresas o actividades turísticas, la solicitud citada deberá indicar el nombre y calidades de la nueva persona física propietaria de la empresa o bien de la razón social y cédula



jurídica de la persona jurídica que la adquirió, según sea el caso. En el caso de empresas o actividades turísticas propiedad de personas jurídicas, en las que ha variado su representación, la solicitud citada deberá indicar el nombre y calidades del nuevo o nuevos apoderados que se desean acreditar y en caso de que haya operado un cambio en la persona jurídica propietaria de la empresa o actividad turística, la nueva razón social y nuevo número de cédula jurídica.”

Por lo anterior, es dable concluir que, la Declaratoria Turística no se traslada -cual si fuera un derecho o un bien-, sino que, se acredita ante el ICT, el cambio que haya ocurrido a nivel de propietarios del establecimiento Declarado como Turístico.

Respecto de la modificación de la Declaratoria Turística, se hace necesario traer a colación el artículo 4 inciso c) del Reglamento en cuestión, pues indica que

“(…) En la solicitud el firmante deberá comprometerse expresamente a lo siguiente:

(…)

*c) A reportar dentro del plazo de un mes calendario a partir de su inscripción en el Registro Público, los cambios de: personas propietarias, administradoras o apoderadas y, los cambios de razón social. Así como el cambio de nombre comercial del establecimiento o **cualquier otro cambio que modifique los alcances de la Declaratoria Turística otorgada.***

(…)”

Siendo que el Reglamento obliga al firmante a comprometerse a modificar los alcances de la Declaratoria Turística otorgada y, no establece sanción por ello, una sanción per sé, se concluye que, sí puede modificarse una Declaratoria Turística.

Ahora bien, no debe olvidarse que, a nivel técnico, también existen requerimientos que fueron estudiados para otorgar la Declaratoria Turística y que, corresponde al Departamento de Gestión y Asesoría Turística, velar porque el proyecto aprobado, no sufra modificaciones sustanciales que conviertan el proyecto, en uno nuevo.

Siendo su criterio técnico emitido para el caso, el relevante en este sentido.



INSTITUTO
COSTARRICENSE
DE TURISMO

GOBIERNO
DE COSTA RICA



Cordialmente,

Lic. José Francisco Coto Meza, MSc
Asesor Legal, ICT

Rosibel Ureña Cubillo
Coordinadora Unidad Gestión Jdico. Activa.

Luis Fernando Rojas Murillo
Analista de apoyo

NI 716 FCM/LFR/RUC ruc: año 2024/ Ley 6990/Consultas

c.c. Archivo, consecutivo