

Informe de Investigación

Título: LA PATENTE, LA LICENCIA MUNICIPAL Y LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

Rama del Derecho: Derecho Municipal	Descriptor: Licencia y autorización municipal.
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Patente, Licencia Municipal, autorización, Concepto
Fuentes: Doctrina, Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 02/2010

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen	1
2 Doctrina	2
a)Concepto de Licencia.....	2
Carácter reglado de las licencias.....	2
b)Concepto de Patente.....	3
c)Concepto y naturaleza de las autorizaciones Administrativas.....	4
3 Jurisprudencia	9
a)Definición y diferencias entre Patente Municipal, licencia y Patente de licor.....	9
b)Diferencia entre la Patente Municipal y los permisos temporales.....	20

1 Resumen

En el presente informe de investigación se recopilan los conceptos de Patente Municipal, Licencia Municipal y Autorización administrativa, de este modo por medio de la doctrina se ofrece una forma de determinar la naturaleza jurídica de cada uno de estos términos y los elementos que los diferencian, a través de la jurisprudencia se profundiza lo anterior a luz aspectos específicos.

2 Doctrina

a) Concepto de Licencia.

[LOBO]¹

“Por medio de la licencia, la administración ejerce un control sobre los administrados, en aquellos campos de acción que la ley y los reglamentos les facultan para hacerlo; control que constituye una limitación a los derechos del particular, dado que se le impide realizar ciertas actividades de un modo enteramente libre, pues no puede ejecutarlas sin que de previo haya obtenido la respectiva licencia o permiso de parte de la administración y en tal sentido "el otorgamiento de una licencia consiste en una autorización a un particular para realizar un acto que está permitido y se exige para averiguar si se cumplen las condiciones requeridas"

La licencia permite el ejercicio de derechos preexistentes en el administrado, por lo que se dice que no crea derechos, dado que el particular ya es titular de ellos, sino que remueve el obstáculo que ha sido impuesto a los derechos del particular en aras de proteger el interés público.

La licencia limita la capacidad de obrar del particular, dado que éste no puede ejercitar la actividad hasta tanto la administración no emita una declaración, sea, hasta que se le otorgue la respectiva licencia.

El objetivo principal de estas licencias otorgadas por la administración -es averiguar y comprobar que las actividades que pretende realizar el administrado se encuentran ajustadas a las disposiciones que las regulan, como una forma de tutelar el interés público encomendado al ente.

Carácter reglado de las licencias.

Es importante hacer la diferencia de si el otorgamiento de las licencias -constituye un acto reglado o un acto discrecional de la administraciones -decir, si la administración es libre de determinar si otorga o no la licencia, o si por el contrario está sujeta a lo que dispongan las normas y reglamentos que regulan la materia. Al respecto se dice generalmente que el otorgamiento de licencia es un acto reglado porque si las autoridades administrativas otorgan discrecionalmente las licencias, se pondrían en sus manos los derechos de los particulares siendo esta situación fuente de arbitrariedades. Consecuente -mente al ser el otorgamiento de licencias un acto administrativo esencialmente reglado, no existen motivos para denegar la solicitud si se ajusta a las -normas y requisitos del caso y si no es contrario al interés público. En tales supuestos, la administración no podrá denegarla y está obligada a emitir una declaración positiva, es decir, a autorizar la ejecución de la actividad. En caso contrario, estaría negando el ejercicio de derechos legítimos del administrado y cometiendo un abuso de poder. "Si exigiere otras de lo legal, lesionaría el derecho individual cuyo ejercicio permite, restringiéndole indebidamente y sin compensación de los daños; si dispensara de algún requisito legal, perjudicaría el interés público".

Como parte de este carácter reglado del acto administrativo, mediante el cual se otorga o deniega

una licencia, la solicitud que haga el particular para que le sea concedida debe estar sometida a un plazo determinado, con el fin de que la administración resuelva si la concede o no, dado que si se dejara al libre arbitrio de los funcionarios administrativos el determinar a partir de qué momento concede la licencia, se le podrían causar graves perjuicios al particular, quien en espera de aquella resolución debe abstenerse de ejercitar la actividad a la cual tiene legítimo derecho si ha cumplido con los requisitos que exigen las leyes y reglamentos, lo que posiblemente le ocasionaría pérdidas económicas.

b) Concepto de Patente.

[LOBO]²

"Es frecuente que los conceptos de licencia, patente e impuesto de patente den origen a constantes confusiones. Habiendo dado un concepto claro de licencia en aparte anterior, entraré a analizar y tratar de dar un concepto claro y concreto sobre los términos patente e impuesto de patente, para lo que son de suma importancia las opiniones dadas por diversos autores a esos vocablos.

Al respecto, el tratadista Juan D. Ramírez Gronda en su Diccionario Jurídico da la siguiente definición de Patente:

"Documento expedido por la autoridad pública, que contiene autorización para ejercer alguna función, actividad o derecho"

Este autor establece un concepto de patente, que lo asemeja más bien al concepto general de licencia, al comprender en su definición, que puede ser expedido no solo por autoridades municipales, sino también por cualquiera otra autoridad pública.

Amplía su concepto de aplicación al ejercicio de alguna función, actividad o derecho, ya no solo para actividades lucrativas comerciales, industriales o de servicio, como se ha acostumbrado, es decir, concibe una definición más general en cuanto a quienes pueden otorgar patentes y para qué fines particulares. Además, si bien por lo general se hace comprobar mediante un documento, pudiera ser que la autoridad pública encargada de expedirla no extienda documento alguno, pero sí deberá constar en sus registros la extensión de aquella, a fin de suministrar información a particulares o entes públicos -que lo soliciten, mediante certificación, constancia o cualquier otro medio permitido, siempre que la legislación vigente lo autorice. Podría tomarse como un elemento de la fase integrativa del procedimiento del acto administrativo (las otras fases son: preparatoria y constitutiva) que como acto individual no receipticio que favorece y produce derechos en el particular, no exige notificación y además "es eficaz y produce efecto desde que se dicta" lo esencial es que la municipalidad ha tomado la decisión de otorgar la patente y que consta en sus registros, pero el documento es solo un medio de prueba para efectos de policía o de otras autoridades para facilitar su trabajo, que por la índole de sus funciones necesitan verificar si aquella actividad ha obtenido su respectiva patente o licencia. No es indispensable que todo otorgamiento de patente vaya acompañado de la extensión de un documento.

Por otro lado, este permiso conocido como patente es otorgado tradicionalmente por la correspondiente municipalidad o gobierno local y no por ninguna otra autoridad pública como se ha



querido generalizar en el concepto.

El autor Ramiro Cabezas M., al referirse a los recursos tributarios de los gobiernos locales de Venezuela, dice lo siguiente:

"En casi todas las ordenanzas se indica que, antes de ejercer actividad comercial o industrial alguna con fines de lucro, se requiere obtener el permiso del gobierno municipal correspondiente y que el -permiso respectivo se denomina "Patente de industria y comercio".

Lo anterior quiere decir que para realizar actividades lucrativas industriales o comerciales se requiere previamente el permiso de la municipalidad co -rrespondiente, sea, el otorgamiento de la patente.

La patente y la autorización o licencia, se han asemejado tanto, que prácticamente son términos sinónimos. La licencia para el ejercicio de actividades lucrativas industriales, comerciales, de servicio y a veces profesionales, es lo que se ha dado en llamar patente en la mayor parte de los países de América Latina. En tal sentido, podemos decir que el concepto de licencia es general y el de patente en especial. La patente es una licencia pero referida al ámbito municipal o corporativo.

De tal manera expresado en el aparte de licencia, es aplicable no solo a las patentes municipales para realizar actividades lucrativas sino también a cualquier otro permiso municipal o de otra autoridad pública."

c) Concepto y naturaleza de las autorizaciones Administrativas.

[JIMENEZ MEZA]³

"A diferencia de la concesión, la autorización administrativa no supone la transferencia de ciertas potestades de la Administración concédeme a favor de un particular, sino, contrariamente, presupone la existencia de derechos existentes en el particular, sea persona física o jurídica, o aún incluso de otra administración, para disfrutar válidamente de tal derecho cuando la administración autorizante así lo habilite. De consiguiente, la administración que autoriza no delega potestades ni constituye derechos, simplemente los declara, pues los derechos ya existen antes de la declaración misma, en razón del cumplimiento del Ordenamiento jurídico confirmado por quien solicita, en buen derecho, la autorización. Hay, entonces, de parte de la administración autorizante, una declaración de voluntad a favor de aquella persona pública o privada que haya cumplido con todos y cada uno de los requisitos generalmente normados, limitándose la administración a ponderar la legalidad de lo solicitado, en el ámbito del interés público que la misma administración autorizante debe tutelar. Hace la administración, en el acto de autorización, un levantamiento de barreras frente al derecho que se tiene pero que aún no se le declara a favor del sujeto previamente favorecido y cumplidor con las exigencias del Ordenamiento jurídico vinculante. De aquí, entonces, surge una identidad conceptual y práctica entre las autorizaciones y las licencias, en cuanto la administración con la autorización no constituye ex novo un derecho, simplemente lo declara con levantamiento de trabas y obstáculos que el mismo Ordenamiento impone frente al derecho subjetivo potencialmente



obtenido por el sujeto que expresamente pide la autorización ante la administración que debe comprobar y valorar su legalidad o ilegalidad. En derivación con lo anterior, y en sentido estricto, surge una diferencia de importancia entre la concesión y la autorización: los derechos subjetivos nacen en momentos distintos y con técnicas diferentes. Ciertamente, en la concesión el derecho subjetivo se constituye por un acto administrativo que así lo declara, sujeto a la publicación de rigor, luego de cumplirse -si lo hay- todo el procedimiento impugnatorio. En la autorización el derecho subjetivo no se constituye por acto de igual naturaleza, sino a virtud del Ordenamiento jurídico, siendo así que, por acto administrativo posterior, la administración autorizante hace apertura de puertas para que tal derecho sea objeto de disfrute con su declaratoria, cuando legalmente proceda.

Dicho lo cual estaríamos ubicados ante un fenómeno jurídico de causalidad, donde el derecho subjetivo nace con el cumplimiento de actos reglados, sin que pueda la administración autorizante contradecirlos o ignorarlos, antes bien, por el contrario, debe ser agente de su satisfacción por el mecanismo de comprobación objetiva entre lo pedido por el Ordenamiento y su satisfacción plena por el sujeto que pide la autorización. No hay paso, en principio, para el uso de la discrecionalidad administrativa, toda vez que la administración autorizante está jurídicamente obligada a dictarla, cuando el solicitante haya previamente cumplido con los requisitos normativos, por lo que, encontramos en la autorización, dos dimensiones de actos reglados: los relacionados con el contenido de la autorización y el acto de su declaración que debe ser congruente con los motivos y fines que la justifiquen.

La administración autorizante, por la simple razón de encontrarse ante derechos subjetivos preexistentes pero no declarados, no por esto se ata de manos para que, una vez declarados, no pueda ejercitar sus potestades de tutela y control en el uso y disfrute de la licencia o autorización. Su prerrogativa originaria como administración que debe satisfacer y velar por los intereses públicos no desaparece con la simple declaratoria, expresa o implícita de la autorización. En esencia, entonces, no desaparece de la administración su potestad de revocar o anular licencias o aprobaciones, ante licencias sujetas a condición o licencias ilegalmente otorgadas (a manera de ejemplo). Esto nos lleva necesariamente a otra pormenorización de rigor: el derecho subjetivo del solicitante de la autorización nace con el cumplimiento cabal del Ordenamiento, sin que la administración pueda rebatir su declaratoria; pero tampoco es válido del solicitante pretender la aplicación individual de una declaratoria de su derecho cuando no haya cumplido con los requisitos normados en planos de igualdad y generalidad abstracta. Tanto para el solicitante como para la administración debe satisfacerse el Ordenamiento jurídico sin deméritos ni ventajas discriminatorias. Y así, relacionados con la pormenorización aludida, surge otro conflicto de atención inmediata: ¿si existen derechos subjetivos sin su declaratoria, debe la administración reconocerlos? Ciertamente, la administración no debe desconocer lo que el Ordenamiento jurídico reconoce, una vez satisfecho en sus exigencias para dar nacimiento al derecho en el sujeto solicitante. Si la administración debe declarar el derecho que ya existe, y así no lo hace, no por ello deja de existir el derecho subjetivo, simplemente no hay enunciado expreso que lo confirme. De ahí, entonces, surge el denominado silencio positivo a cuyo estudio dedicaremos posteriormente mayor tratamiento.

Otra pregunta: ¿Si la administración no declara el derecho subjetivo, cómo podría la administración anular el acto tácito que lo tiene por existente? Se insiste: en la hipótesis del debido cumplimiento normativo del solicitante se constituye su derecho subjetivo, sin que pueda la administración anular el acto implícito y válido, para lo cual se impone, nuevamente, el silencio positivo, que es un silencio transformado en declaratoria sobreentendida, aplicado de pleno derecho. La Administración no podría anular el acto implícito derivado del silencio positivo, por su validez y eficacia legalmente asignadas. Sí podría, en todo caso, oponerse expresamente a la solicitud de



autorización o licencia del solicitante, frente al incumplimiento o violación normativa, sin que nazca derecho alguno. También podría la administración posteriormente a su declaratoria o por silencio positivo reclamado por la parte interesada y asumido por la administración, por la legalidad que así lo impone, declarar la lesividad del acto al interés público, por lo que tendría que acudir al procedimiento y proceso de lesividad, por la existencia de derechos subjetivos. Salvo que, aún con la autorización, se comprobare algún vicio de plena nulidad, la cual, frente a actos normados, sólo requieren una fácil constatación objetiva que facilite la nulidad absoluta evidente y notoria, por lo que puede ser declarada de oficio sin necesidad de la acción de lesividad tal y como lo dispone el numeral 173 de la LGAP, en el plazo de cuatro años. Hay, seguidamente, una lógica consecuencia: si no hubo acto declaratorio de derechos, ni acto expreso denegatorio, sin que tampoco hubiesen derechos previos, el silencio positivo resulta inoperante. Y en caso contrario de que los derechos existan, con o sin declaratoria expresa, para su nulidad deberá dictarla la jurisdicción competente por la vía ordinaria -nunca sumaria- procesal de lesividad, salvo nulidad absoluta evidente y notoria.

Otro elemento digno de meditación es determinar la procedencia o improcedencia de la revocación frente a los actos de autorización y licencias. En ello nuestra LGAP insiste de manera inequívoca que no es " posible la revocación de actos reglados" (art.156) por lo que, si la autorización se enmarca entre éstos, la respuesta es obvia. Sin embargo, puede existir cierto margen de discrecionalidad administrativa cuando se otorguen licencias condicionadas, dentro de los parámetros del Ordenamiento, sin que, en esencia, dejen de ser actos reglados, pues el mismo condicionamiento es jurídicamente derivado y el acto de obligada declaratoria. Ciertamente, el cuerpo normativo preexistente en ocasiones no prevé todas y cada una de las circunstancias operantes que incidan en la declaratoria de la autorización, para lo cual la administración deberá sujetarse a los límites impuestos para el ejercicio de la potestad discrecional, potestad que, en todo caso, deberá estar previamente habilitada legalmente con criterio restrictivo.

Ahora bien, podría suponerse que la administración dicte una autorización bajo el criterio de la errada interpretación de circunstancias objetivas, en razón del Ordenamiento que así lo pide. En apariencia se tendría un derecho subjetivo preexistente confirmado, por error interpretativo de la administración por su acto de autorización. O que pretenda revocar la autorización o licencia cuando desaparezcan las circunstancias por las cuales fue dictada o que, sobrevenidas otras circunstancias, habrían justificado la denegatoria de la licencia o autorización otorgadas. En todo caso, frente a tales hipótesis de revocación por oportunidad, mérito o conveniencia, debe entenderse la potestad expresa normativa y especial, para lo cual es de exigida atención los numerales 152 siguientes y concordante de la LGAP. Así, pues, en esta naturaleza atípica pero posible en el régimen de autorizaciones, en modo alguno debe olvidarse el derecho indemnizatorio del afectado, salvo que éste haya inducido, con ardid y engaño, a que la administración tuviese por válida una autorización viciada e improcedente. Sin embargo, siguiéndose la propia normativa de la LGAP, sería un acto reglado el acto implícito otorgado por el Ordenamiento jurídico por silencio positivo frente a las autorizaciones y licencias que, en cumplimiento previo de requisitos, el interesado constituya su derecho frente a la administración, por lo que, por la misma naturaleza de la autorización y licencia como institutos reglados, no cabría revocar el acto nacido al amparo de un acto implícito legalmente impuesto en su contenido. De manera contraria podría suceder ante actos derivados de la aplicación de ordenamientos especiales con elementos de apreciación administrativa, en el encuadre de la circunstancialidad, mérito o conveniencia, razón por la cual sigue vigente el ligamen objetivo con tales elementos de oportunidad. Para esos supuestos el acto debe ser expreso y motivado, que permita vislumbrar una futura revocación por iguales criterios, salvo expresa disposición en contrario que imponga el acto en la dimensión reglada sin margen de revocación alguna.

Se agrega, a lo indicado, otra verdad práctica con ejemplos positivos en el siguiente apartado de estudio: el otorgamiento de autorizaciones sujetas a caducidad temporal. Para ello, entonces, tomándose en consideración los derechos personales que configuran el uso de la libertad individual con el disfrute de la licencia o autorización, hemos de aplicar el criterio restrictivo en su denegatoria, toda vez que se impone el *¿n dubio pro libértate* ante la duda jurídica para su caducidad.

Encontramos en el encuadre positivo distintas manifestaciones de autorizaciones administrativas, en algunos casos algo equívocas y en otros de forma clara y precisa. Son en las denominadas "licencias" donde mejor se encuentran ejemplos de autorizaciones donde se puede confirmar potencialmente el derecho preconstituído, con o sin la técnica del silencio positivo, según el procedimiento general o especial aplicativo.

La Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres (LT) impone todo un conjunto de requisitos generales para obtener, por vez primera, la licencia de conducir (art. 67), agregándose una serie de requisitos de acatamiento debido ante la Dirección General de Educación Vial, según sean licencias de conducir (art. 68) de clase A, clase B, clase C, clase D o clase E; siendo el plazo de vigencia inicial de dos años y de cinco su renovación, salvo para los conductores de setenta y cinco o más años de edad, para lo que se impone la renovación por el plazo de dos años (art.70), debiéndose cumplir, en todo caso, con los requisitos también tasados en la misma Ley. Cumplidas todas las normas causalmente relacionados con el solicitante, la administración deberá hacer entrega del documento de licencia según su tipo, o su equivalente, como documento que le permita el disfrute del derecho de circulación de vehículos " por las vías terrestres de la nación, que estén al servicio y al uso del público en general" (art. 1). Satisfechos los requisitos, la administración no puede denegar la licencia de conducir, pues se preconstituye el derecho del administrado frente a la propia administración, por imposición legal.

Están, también, las licencias de construcción, sean éstas permanente o provisionales, extendidas por las municipalidades dentro de la esfera competencial territorialmente definida, de conformidad con la Ley de Construcción (LC) y su Reglamento (RLC).

Compete a los ingenieros y arquitectos de cada municipalidad -si los hay- y debidamente inorporados a su colegio profesional, responsabilizarse de "autorizar solicitudes de licencia para obras de construcción y la obligación de vigilar las obras para las cuales hayan solicitado o autorizado licencia..." (art. 83 LC), dentro del marco de los "reglamentos respectivos" (art. 2 ibidem). Esta Ley especial y su Reglamento no determinan con rigurosa claridad todos y cada uno de los elementos objetivos de cumplimiento debido para tenerse por válida la licencia de construcción en caso de que la municipalidad haga silencio ante la petición expresa de su autorización. Hay obligaciones dispersas, algunas surgidas de manera negativa, esto es, con deducción lógica de lo prohibido para no ejecutarlo. De esa forma, como lo dice la propia Ley, debemos integrar la figura de la aceptación de licencia con otras disposiciones técnicas especiales que, en conjunto, permitan la construcción, adaptación o reparación de la obra propuesta.

Un fenómeno algo extraño de atendible comprensión circunstancial adolece la citada LC y su Reglamento: la posibilidad que tiene el incumpliente de enderezar los procedimientos frente a una obra terminada sin licencia y sin previo cumplimiento del Ordenamiento que así lo tenga, en principio, por confirmada. Ciertamente, cuando se concluya la obra sin licencia municipal, se le otorgará al propietario incumpliente un plazo de treinta días -que deberán entenderse hábiles - para el cumplimiento efectivo de la LC, su Reglamento y demás disposiciones de obligada vinculatoriedad técnica y jurídica. En caso de incumplimiento se dispondrá la renuencia con aplicación de la multa fijada. Y en caso de no cumplir con lo exigido o no realizar las modificaciones ordenadas se procederá a la destrucción de las partes defectuosas, sea de oficio o por cuenta del



propietario (arts.93;94;95 y 96 LC). De esa forma no se dispone la destrucción de la totalidad de la obra sino sólo de las partes defectuosas, imponiéndose, al final, por incumplimiento, la prohibición del uso de la construcción hasta culminar con la orden de desocupación y clausura en caso de uso prohibido con pago de la multa fijada por la municipalidad.

Lo anterior no impide para que el mismo incumpliente presente la documentación exigida para el otorgamiento de la autorización o licencia de construcción. En semejantes términos debemos suponer que, en la hipótesis de presentarse la documentación de manera incompleta o improcedente, no por ello se confirmaría en su contra el acto consentido de nefastos efectos para su pretensión. Puede, por esto, volver a presentar la petición de licencia, sin que la administración tenga a su haber una virtual jurisprudencia suya que deniegue ad portas nuevas solicitudes, estén o no completas y en estricta relación con el Ordenamiento Jurídico. Una vez otorgadas las licencias de obras de construcción, ésta es definitiva por la ejecución o materialización de la obra misma, en derivación de un derecho previo, pero distinto, que es el derecho de propiedad constitucionalmente garantizado y protegido. Empero, hay construcciones provisionales que deberán tener "la previa autorización municipal" (Art. IV.2 DRLC), derivándose así potenciales autorizaciones definidas en el tiempo.

Una importante jurisprudencia española, eco de otras, de fácil redacción comprensible, ha establecido la diferencia entre licencias de operación y de autorización de funcionamiento, cuyo fondo sustancial dice: " la moderna doctrina suele distinguir dos tipos de licencias bien diferenciadas: las de operación en las cuales el ente que las otorga se desentiende de la ulterior actividad del sujeto autorizado y las de funcionamiento en las que dada la influencia que la actividad a desarrollar tiene para el interés público, se mantiene un constante intervencionismo de la Administración para supervisar si se está prestando en forma adecuada, de tal manera que surge con motivo de la licencia una relación permanente de ambos sujetos con el fin de proteger en todo caso el interés público frente a vicisitudes y circunstancias que a lo largo del tiempo puedan surgir, lo que permite que se puedan realizar correcciones y adaptaciones de la licencia concedida." (STS de 6 de junio de 1985, Ar. 4751.) Así, pues, tenemos licencias de intervención continuada y aquellas cuya intervención se limita a su autorización, como acto firme y definitivo.

Otro ejemplo práctico de autorización lo encontramos en la Ley General de Salud (LGS) para el funcionamiento de Laboratorios de Salud, distinguiéndose la potestad administrativa de incorporar elementos discrecionales de obligada aplicación especial para la solicitud de su instalación. Así el interesado deberá demostrar haber cumplido "con todas las exigencias reglamentarias o las que se les pueda haber hecho especialmente con motivo de su solicitud de instalación, y durará dos años, a menos que la falta de un profesional responsable, las infracciones que se cometan, o la evidencia de riesgos para las personas, ameriten la clausura temporal del establecimiento o la cancelación definitiva de la autorización. La fiscalización de estos establecimiento será hecha por el Colegio respectivo, sin perjuicio de las facultades de control y vigilancia del Ministerio" (Art. 85 LGS). Surgen varias características por agregar, amén de lo dicho: la autorización que se otorga de forma temporal, con posibilidad de clausura o cancelación definitiva frente a circunstancias sobrevenidas que impongan la sanción, con amplio grado de aplicación técnica y discrecional administrativa. Y el cruzamiento contralor de cumplimiento por parte del Colegio Profesional - control ético- y de la administración autorizante.

Se ha insistido que surgen del uso legislativo términos equívocos que, en principio, denotan oscurantismos jurídicos, los cuales deben ser superados por las técnicas interpretativas del ordenamiento jurídico y el contexto global del mismo, sea en forma y sustancia. Así por ello, encontramos en la Ley de Aguas (LA) en el art. 17 la categorización jurídica de la autorización, así: " Es necesaria autorización para el aprovechamiento de las aguas públicas, especialmente

dedicadas a empresas de interés público o privado. Esa autorización la concederá el Servicio Nacional de Electricidad en la forma que se prescribe en la presente Ley...". Sin embargo, acto seguido, en la trama legislativa, el artículo 18 *ibidem* señala: " Toda persona que esté disfrutando de un derecho de aguas deberá exhibir la concesión..." En otros términos, la figura jurídica es la concesión y no la autorización, lo cual se refuerza de la lectura del conjunto de los numerales relacionados con su regulación y régimen de extinción y caducidad de concesiones. De esa forma la citada Ley utiliza la distinción tan común en las regulaciones sobre el tema de concesiones, ubicándose a la extinción con el mecanismo general y omni-comprensivo para dar por finalizada la concesión en la cual se incluye pero no se agota la caducidad, siendo ésta por factores imputables exclusivamente al concesionario. Términos, ambos, que difieren sustancialmente de la terminología procesal, y de la legislación contractual civil y su jurisprudencia.

El mismo numeral 18 (*ibidem*) párrafo tercero, extiende su comprensión normativa para distinguir la figura jurídica aún en leyes especiales relacionadas con el derecho de aguas, como acto de concesión sin adjetivación alguna, para lo cual deberá cumplirse con el requisito de su inscripción en el Registro de Concesiones."

3 Jurisprudencia

a) Definición y diferencias entre Patente Municipal, licencia y Patente de licor

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO]⁴

Resolución: No. 18-2008.

SECCIÓN SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Segundo Circuito Judicial de San José, a las quince horas treinta minutos del veinticinco de enero del dos mil ocho.

Por apelación de ROQUE MANUEL GARCÍA MOLINA, de nacionalidad argentina, con pasaporte número 111414145N, soltero, vecino de Heredia, en su condición de representante de la sociedad Industrias de Cerámica el Salitre, Sociedad Anónima, propietario del Restaurante NI FU NI FA y MIGUEL ÁNGEL JAIME MADRID, de nacionalidad panameña, con cédula de residencia 280-175516-005946, vecino de San José, en su condición de Apoderado Generalísimo de la sociedad Causa Limeña, S.A., propietario del Restaurante MACHU PICCHU, conoce este Tribunal como jerarca impropio, de la impugnación del Acuerdo III, adoptado por el Concejo Municipal del Cantón de Santa Ana, en sesión ordinaria 8, celebrada el veinte de junio del dos mil seis, que dispuso:

"Por el resultado de la votación se acuerda:



1. Aprobar en forma parcial el dictamen MSA-AL-134-2006 de la Licenciada Andrea Robles Álvarez, asesora legal a.i.

2. Comunicar a los señores Miguel Ángel Jaime Madrid, apoderado de la sociedad Causa Limena, S.A. propietaria del Restaurante Machu Picchu y Roque Manuel García Molina, apoderado de la sociedad Industrias de Cerámica El Salitre, S.A., propietaria de Restaurante Ni Fu Ni Fa, que la Ley de Licores en el artículo 12, dispone el procedimiento mediante el cual se adquieren las patentes de licores; remate público en donde el monto base de remate es el mismo en que fue adjudicada la última patente rematada en el cantón.

3. Que se informe a los señores Miguel Ángel Jaime Madrid, apoderado de la sociedad Causa Limena, S.A. propietaria del Restaurante Machu Picchu y Roque Manuel García Molina, apoderado de la sociedad Industrias de Cerámica El Salitre, S.A., propietaria de Restaurante Ni Fu Ni Fa, que dada la situación surgida en el año 2004 donde la Municipalidad de Santa Ana realizó tres remates, todos para el distrito de Pozos, el último remate se efectuó el 16 de diciembre de 2004 sin embargo, el adjudicatario del remate realizado el 28 de noviembre de 2003, por un monto de 41.300.000.00, cuestionó el procedimiento realizado en los tres remates efectuados en 2004, lo que conllevó a que se ordenara un procedimiento, que determinara si los posibles vicios en el procedimiento de remate configuran una nulidad evidente y manifiesta de las adjudicaciones, por tanto la municipalidad se ve impedida de efectuar nuevos remates hasta terminar el procedimiento ordinario correspondiente pues el monto de la base de remate es incierto, ya que si resultare que los remates efectuados en 2004 son nulos, entonces la base será de cl\$ 41.300.000.00; pero si no fuera así y los remates de 2004 son actos válidos, entonces la base para el próximo remate sería de cl\$ 28.125.000.00. "

Redacta la Juez Fernández Brenes; y,

CONSIDERANDO:

I.-DE LOS HECHOS.- De importancia para la resolución de este asunto, se tienen como hechos probados los siguientes: 1.) Que el 8 de junio del 2006, Roque Manuel García Molina y Miguel Ángel Jaime Madrid, personeros de las sociedades Industrias de Cerámica El Salitre, S. A. y Causa Limeña, S.A, propietarias de los restaurantes Ni Fu Ni Fa y Machu Picchu, respectivamente, presentaron solicitud de otorgamiento de licencia de venta de licor nacional y extranjero ante la Municipalidad de Santa Ana (folios 1 a 37 y 38 a 74 del expediente principal); 2.) Que el 16 de junio del 2006, la asesora legal a.i, rindió informe al Concejo respecto de las solicitudes de patente de licor requeridas por los señores García Molina y Jaime Madrid, recomendando su rechazo por la imposibilidad de verificarse un trámite de remate, en atención a un procedimiento ordinario que se tramita atinente a la posible nulidad absoluta de los remates efectuados en el 2004, lo que impide poder fijar su base; y por cuanto el Centro Comercial Plaza Palomas excedió el área de construcción autorizada en los respectivos permisos y permitida conforme al Plan Regulador para la zona en que su ubica (folio 77 del expediente principal); 3.) Que el 17 de junio del 2006, Adonay Céspedes Obando, inspector de patentes de la indicada municipalidad, realizó inspección en los negocios indicados, registrando en un acta que los mismos estaban en funcionamiento, verificando la permanencia de licor, sin contar con la respectiva licencia para su venta, y no se mantuvieron los sellos de clausura (folios 47 y 48 del expediente de la medida cautelar); 4.) Que en Artículo III de la



sesión ordinaria número 8, celebrada el 20 de junio del 2006, el Concejo acordó aprobar parcialmente el dictamen de la asesora legal, esto es, únicamente en lo relativo al remate de las patentes de licor, de manera que dispuso comunicar a los quejosos la imposibilidad de su realización, en atención a un procedimiento ordinario que se tramita, atinente a la posible nulidad absoluta de los efectuados en el 2004, lo que impide poder fijar su base (folios 78 a 85 del principal); 5.) Que el 10 de julio del 2006, los señores Roque Manuel García Molina y Miguel Ángel Jaime Madrid formularon recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra el Acuerdo del Concejo de la sesión ordinaria 8, del 20 de junio del 2006 (folios 86 a 122 y 123 a 159 del expediente principal); 6.) Que en el Artículo III de la sesión ordinaria número 11, del 11 de julio del 2006, el Concejo acordó autorizar al Alcalde para que contrate a un abogado que se encargue específicamente de los recursos formulados por Roque Manuel García Molina y Miguel Ángel Jaime Madrid (folios 194 a 196); 7.) Que la abogada Laura Bonilla Herrero rindió el dictamen jurídico en torno a lo impugnación anterior, recomendando la revocatoria, por estimar que no existe antinomia normativa o derogatoria tácita de los artículos 3, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la Ley sobre Venta de Licores, número 10, de 1936, en relación con los artículos 3 y 6 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor ni el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, ni tampoco han perdido su vigencia jurídica, teniendo en consideración que las patentes de licores devienen en autorizaciones derivadas de una normativa de orden público y son manifestación del poder de policía, que ha sido delegada a los gobiernos locales; que no es competente esa instancia para declarar la alegada infracción constitucional. Igualmente recomendó admitir la apelación para ante el jerarca impropio (folios 160 a 170 del expediente principal); 8.) Que en el Artículo III de la sesión ordinaria número 12, del 18 de julio del 2006, el Concejo decidió acoger el dictamen de la asesora legal Laura Bonilla Herrero, en virtud de lo cual, deniega el recurso de revocatoria planteado por los señores García Molina y Jaime Madrid y admite la apelación formulada para ante el jerarca impropio, motivo por el cual emplaza a las partes; el cual fue comunicado a los interesados mediante oficios SCM-299-2006 y SCM-300-2006, del 20 de julio del 2006 (folios 172 a 183 y 184 a 193 del expediente principal); 9.) Que en inspección del 30 de marzo del 2007, la Municipalidad clausuró todo el licor que se encontraba en existencia en el Restaurante Machu Picchu (folio 56 del expediente de la medida cautelar); 10.) Que a las 13:05 horas y 14:35 del 31 de marzo del 2007, el inspector de patentes de la Municipalidad de Santa Ana (Adonay Céspedes Obando), procedió al cierre de los establecimientos comerciales indicados, por no poseer licencia municipal, bajo apercibimiento de los delitos de desobediencia y violación de sellos (folios 49 a 50 y 52 a 53 del expediente de la medida cautelar); y, 11.) Que el 4 de abril del 2007, se levantó un acta por desobediencia y violación de sellos de los restaurantes Machu Picchu y Ni Fu Ni Fa, haciéndose constar que se impidió el ingreso al inspector de patentes de la Municipalidad de Santa Ana (Adonay Céspedes Obando) (folios 57 y 58 del expediente de la medida cautelar).

II.-DE LOS HECHOS NO PROBADOS.- De importancia para la resolución de este asunto, por no existir prueba en los expedientes, se tiene como único hecho no probado que la Municipalidad de Santa Ana hubiese conferido patente para el funcionamiento de los restaurantes Machu Picchu y Ni Fu Ni Fa.

III.-DE LOS ALEGATOS DE LOS RECURRENTES.- Los gestionantes solicitan el otorgamiento de las autorizaciones o licencias para expender licores nacionales o extranjeros en los Restaurantes de su propiedad, sobre la única base de los artículos 79 y 81 del Código Municipal, por los siguientes motivos: a.) que el Concejo en sentido estricto no se pronunció expresamente

denegando la patente solicitada, sino que se avocó a explicar la existencia de un cuestionamiento de nulidad absoluta de los últimos remates efectuados, lo que se está investigando en un procedimiento administrativo, circunstancia que impide la realización de nuevos remates hasta que esa situación se aclare; siendo que no se denotó la falta de ningún otro requisito; b.) que han invertido grandes sumas de dinero para poder dedicarse a una actividad mercantil competitiva y debidamente publicitada que produce beneficios comunales de interés público, al convertirse en una fuente importante y estable de trabajo para por lo menos veinte personas; y c.) en razón de encontrarse derogado tácitamente el artículo 11 inciso b) de la Ley de Licores, tal y como lo consideró el dictámen C-165-2001, del treinta y uno de mayo del dos mil uno, de la Procuraduría General de la República, en razón del tratado internacional del Acuerdo General de Comercio en Servicios, artículo III inciso primero y cuarto del GATT y lo dispuesto en los artículo 3 y 6 de la Ley de Promoción de la Competencia Efectiva del Consumidor, número 7472, en virtud de lo cual, se derogaron todas las autorizaciones y permisos y restricciones comerciales derivadas de la nacionalidad, entre las que está comprendida la comercialización de licor (nacional y extranjero); lo que denota la obsolescencia del régimen cuantitativo de patentes en razón de una distribución territorial, en tanto esta dispuesta para una realidad histórica diversa a la actual, y sin que exista justificación alguna en esta restricción, con infracción de los artículos 46 y 50 de la Constitución Política, esto es de la libertad de comercio y la adecuada distribución de la riqueza y del modelo de economía de libre mercado.

IV.-DE LOS ARGUMENTOS DE LA MUNICIPALIDAD RECURRIDA.- Señala el Alcalde de la Municipalidad de Santa Ana que

V- DE LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL, ACTUANDO COMO JERCARCA IMPROPIO.-

Previo a analizar la apelación formulada contra el acto impugnado -Artículo III de la sesión ordinaria número 8, celebrada el 20 de junio del 2006 del Concejo de ese gobierno local-, es necesario aclarar que en este asunto el Tribunal Contencioso Administrativo actúa en su condición de jerarca impropio (bifásico) de las Municipalidades, al tenor de la expresa voluntad del constituyente originario, consignada en el artículo 173 de la Constitución Política, y que desarrollan los artículos 156 del Código Municipal, 84 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 189 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Con lo cual, ejerce una función eminentemente administrativa, no obstante tratarse de un Tribunal de justicia, inserto en la organización del Poder Judicial, en tanto le ha sido delegado el control último de legalidad de decisiones administrativas concretas de las decisiones municipales, previo al control jurisdiccional. Por tal motivo, en tanto se constituye en una función eminentemente administrativa, actúa como un mecanismo de tutela administrativa, el cual debe insertarse dentro de la esfera organizacional de la Administración -en este caso, de las municipalidades; que al tenor de lo establecido en el artículo 181 de la Ley General de la Administración Pública, puede revisar, únicamente, la legalidad del acto en virtud de recurso administrativo y debe decidir dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente pudiendo aplicar una norma no invocada en el recurso; sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico al encontrarse plenamente recogidos en la ley positiva los límites de la discrecionalidad (artículos 15, 16, 17, 158, párrafo cuarto y 160 de la Ley General de la Administración Pública) eventualmente, el contralor no jerárquico puede revisar, también, la oportunidad, conveniencia o mérito del acto impugnado. Al tenor de lo anterior, y también con sustento en el artículo 10 de la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional, resulta imposible para este Tribunal hacer cualquier pronunciamiento respecto de los cuestionamientos que hacen los recurrentes en torno al posible quebranto constitucional, por



infracción de los artículos 46 y 50 de la Carta Fundamental, y del principio de razonabilidad, ya que el control de constitucionalidad de las normas está residenciado en la Sala Constitucional. Asimismo, no resulta ni posible ni pertinente la formulación de una consulta judicial de constitucionalidad, por dos motivos, en primer lugar, por cuanto se trata de un mecanismo previsto en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para que los jueces promuevan sus consultas ante el Contralor de Constitucionalidad, pero en ejercicio de la función jurisdiccional, no siendo este el caso; y en segundo lugar, en razón de que ese Tribunal, en reiterada jurisprudencia se ha manifestado respecto de la constitucionalidad de las patentes de licor, punto que se verá de seguido. Adicionalmente, en lo relativo a la obsolescencia de la Ley sobre Venta de Licores, y concretamente sobre el régimen establecido para autorizar su comercialización, en tanto no son argumentos de orden jurídico, sino más bien histórico y práctico, aún cuando pueden estar sustentados en la realidad fáctica del negocio; no pueden ser tenidos en consideración por este órgano, en tanto, se repite, ejerce un control estricto de legalidad, lo cual supone la aplicación del ordenamiento jurídico; teniéndose en cuenta que como jerarca impropio no puede derogar normativa, competencia residenciada en la Asamblea Legislativa; y en ese orden, más bien se estiman como propios para ser discutidos en esa sede, para una eventual reforma o derogatoria de las normas. Se analizan a continuación los otros motivos de objeción del acuerdo municipal impugnado, por ser de legalidad, ámbito que sí es de competencia de este Despacho.

VI- DE LA LEGALIDAD DEL ACUERDO MUNICIPAL IMPUGNADO.-

Los reparos que hacen los recurrentes a la decisión del Concejo Municipal de Santa Ana contenido en el Artículo III de la sesión ordinaria número 8, del veinte de junio del dos mil seis, se pueden resumir en la viabilidad de otorgar la patente para la venta de licores nacionales y extranjeros, en virtud de haberse operado una derogatoria tácita de los artículos 3, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la Ley sobre Venta de Licores, número 10, del siete de octubre de mil novecientos treinta y seis, en virtud de lo cual, los únicos requisitos que debe verificar el gobierno local son los establecidos en los numerales 78 y 81 del Código Municipal, es decir, los previstos para el otorgamiento de patentes municipales. No concuerda este Tribunal con el criterio expuesto sobre la base de los siguientes argumentos. En primer lugar, en tanto el Ordenamiento Jurídico lo hace, debe diferenciarse el régimen de las patentes municipales de las patentes de licor. En efecto, lo primero que debemos hacer es distinguir ambas figuras, en tanto la primera, las patentes municipales, se traducen en la autorización para el ejercicio legítimo de una actividad comercial, dentro de una circunscripción territorial determinada, en este caso, el cantón, cuya manifestación se traduce en el pago de un tributo (impuesto),

"[...] comprendido en la clasificación establecida en el artículo 4 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que define al impuesto, la tasa y las contribuciones especiales; de suerte que constituye una figura tributaria, cuya naturaleza, objetivos y fines provienen de la potestad tributaria propia de las municipalidades; y en la que el hecho generador no lo constituye una prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizable, ni la renta o utilidades de los negocios o empresas que se desarrollan en una jurisdicción determinada, esto es, en un cantón, sino la expedición de la licencia para la realización de una actividad lucrativa, precisamente, en esa jurisdicción." (Sentencia de la Sala Constitucional número 2001-10153, de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del diez de octubre del dos mil uno.)

Y fue también la propia Sala Constitucional -en sentencia número 2197-92, de las catorce horas treinta minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y dos-, la que definió los elementos distintivos que derivan de su especial naturaleza jurídica, a saber: 1.-

la justificación de este impuesto, que deriva de la necesidad de sufragar los costos de los servicios públicos que el particular recibe de la municipalidad, y que implican un beneficio para los negocios y comercios, tales como la seguridad, aseo, servicios de agua potable y luz, etc.; y 2.-

la variedad en los sistemas de este tributo, que tiene su origen en la potestad tributaria de los gobiernos locales, de donde las bases impositivas serán las más variadas dependiendo de cada cantón, en unos serán las utilidades brutas, en otros las ventas brutas, en otros se establecerá una patente mínima, y en otros habrá una máxima, etc., por cuanto depende de la decisión de las autoridades locales. En esa ocasión se consideró:

"Como en la acción se cuestiona la aplicación del llamado impuesto de patente -con el que se grava a toda actividad lucrativa que se ejerza en el cantón de Buenos Aires (artículos 96 y 98 del Código Municipal)-, concretamente al que se cobra a la producción de piña, resulta imprescindible señalar algunas notas de importancia acerca de esa materia. Distingue nuestra legislación entre la licencia propiamente dicha, que es el acto administrativo que habilita al particular para ejercer la respectiva actividad y el pago del impuesto, propiamente dicho que se denomina con el nombre de patente. La principal justificación teórica para imponer este tipo de tributo, es la ya tradicionalmente en el ámbito del Derecho Municipal, que lo define como la imperiosa necesidad de sufragar el costo de los servicios públicos que el particular recibe de la Municipalidad; es decir, que los negocios comerciales o las actividades lucrativas, según la nomenclatura que utiliza nuestro Código Municipal, se ven altamente beneficiados con la seguridad, el orden, el aseo y la actividad municipal en general, por lo que deben contribuir con el Gobierno local. En doctrina se llama patente al impuesto o a la actividad lucrativa, a los que gravan a los negocios sobre la base de caracteres externos más o menos fáciles de determinar, sin que exista un sistema único al respecto. Por el contrario, los sistemas de imposición de este tributo, son los más variados, pero si tienen ciertas características que les son comunes. Por esto es que difieren de las leyes del impuesto de patentes a otro y las bases impositivas, pueden ser igualmente variadas, como por ejemplo sobre las utilidades brutas, las ventas brutas, a base de categorías o clases, o bien, de una patente mínima y otra máxima.

III. Desde el punto de vista de la doctrina del Derecho Tributario, sus principios más importantes son: a.) el de legalidad de la tributación, conocido también como reserva de ley; o lo que es lo mismo, la exclusiva regulación de la actividad tributaria por la ley formal; b.) el principio de igualdad ante el impuesto y las cargas públicas, que alude a la necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en análogas situaciones (concepto relacionado más con la materialidad, que con la formalidad), este principio permite la formación de distintas categorías, en la medida que éstas sean razonables, lo que a su vez exige que sea con total exclusión de discriminaciones; c.) el de generalidad, que implica que no deben resultar afectadas con el tributo, personas o bienes determinados singularmente, pues en tal supuesto los tributos adquieren carácter persecutorio o de discriminación odiosa o ilegítimamente. Dicho de otra forma, el tributo debe estar concebido de tal forma, que cualquier persona cuya situación coincida con la señalada como hecho generador, será sujeto del impuesto. Para el caso concreto, no hay duda que el tributo fue autorizado por una ley y lo que procede es analizar si la diferencia alegada por la accionante y que proviene de la ley de

patentes referida, es razonable o si por el contrario, crea una discriminación arbitraria con ella.

IV. Del examen de la ley número 7164 del trece de junio de mil novecientos noventa, se desprende que la causa del impuesto de patentes del cantón de Buenos Aires, es clara y no ofrece ninguna dificultad en su análisis, como cualquiera otra ley municipal similar. Cuando se alude a la causa, hablamos de la necesaria explicación, del motivo económico- político o político-social, es decir, el interés general que mueve a la administración de los intereses y servicios locales (artículo 168 de la Constitución Política), a dictar la norma tributaria y que en este caso, es promover el pago de todo particular que ejerza actividades lucrativas, como contribución a los gastos del Gobierno local. Concebido como impuesto que grava el ejercicio de una actividad lucrativa, la base de este tributo, debe ser, en principio, general, como ha quedado afirmado en el considerando anterior; [...]

V. [...] las leyes que regulan este tipo de impuesto pueden contener distintos hechos generadores e incluso, gravar la actividad productiva, entre otros presupuestos. Esta conclusión se deriva de la correcta interpretación de las normas que regulan la institución de este tributo en el Código Municipal que en su artículo 98, dispone que "nadie podrá abrir establecimientos dedicados a actividades lucrativas o realizar comercio en forma ambulante, sin contar con la respectiva licencia municipal", y en el artículo 96 idem, que señala que todas las actividades lucrativas, sujetas a licencia, deben pagar el impuesto de patente. De estos textos se desprende que las actividades lucrativas son legalmente susceptibles de ser gravadas con un tributo o impuesto de patente, quedando a criterio de la administración municipal, la estructuración de los elementos de la obligación tributaria [...]" (El resaltado no es del original.)

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en reiteradas ocasiones la Sala Constitucional ha señalado que el ejercicio de una actividad lícita puede ser objeto de regulaciones por parte de la Administración, como -por ejemplo- lo sería la imposición de determinados requisitos o de tributos, caso del impuesto de ventas y la obligación de la factura timbrada, por cuanto, la libertad de empresa no es ni irrestricta ni absoluta (en este sentido, entre otras, pueden consultarse las sentencias número 0143-94, del once de enero de mil novecientos noventa y cuatro, 04205-96, de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis; 06066-98, de las dieciséis horas treinta minutos del veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y ocho; 6565-99 y 2003-2864-03); con el siguiente basamento:

"[...] como lo ha expresado esta Sala en reiteradas ocasiones, la libertad empresarial no es absoluta ni ilimitada, y tal garantía debe someterse a las regulaciones legales que necesariamente deben cumplirse previamente, máxime cuando, como en el presente caso, existe normativa al respecto -precisamente la que está siendo impugnada en esta acción de inconstitucionalidad- que impone una carga tributaria para colaborar con los gastos públicos tal como lo disponen los artículos 20 de la Ley número 6826, 29 y 30 del Reglamento de dicha ley, aquí impugnados; por ello, el cierre de los negocios comerciales dispuesto en ellas no resulta inconstitucional, ya que cualquier persona puede desarrollar su comercio libremente, siempre y cuando reúna los requisitos previamente establecidos por ley, y lo haga cumpliendo con las exigencias establecidas para el comercio de que se trate (ver entre otras en este sentido, la resolución número 01042-90, de las quince horas veinticinco minutos, del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y resolución número 00611-91, de las catorce horas cinco minutos del veintidós de marzo de mil

novecientos noventa y uno.) Este criterio fue sustentado de antemano por la Corte Plena, que en sesión ordinaria de nueve de julio de mil novecientos setenta y nueve al conocer del veto del proyecto legislativo número 5098 consideró:

«La libertad de comercio que existe como garantía constitucional, es el derecho que cualquier persona tiene de escoger, sin más restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus interés. Pero ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establece, como sería la fijación de precios al consumidor, la de pagar determinados salarios a los trabajadores y eventualmente la limitación de ganancias que se estime conveniente. De modo que el ejercicio del comercio no conlleva el derecho a una libertad irrestricta, máxime cuando, como en el caso, se está en presencia de una regulación que se considera de interés general.» (Sentencia número 0143-94, de las dieciséis horas del once de enero de mil novecientos noventa y cuatro). "

Por su parte, la patente de licor se constituye en una manifestación del ejercicio del poder de policía, entendiéndose por tal

"[...] la potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales; o mejor aún, como el «derecho incontrovertible de toda sociedad jurídicamente organizada, esencial a su propia conservación y defensa, y pertenece a todo gobierno constituido para asegurar el logro de sus fines sociales mediante el uso de los medios que a ese efecto sean adecuados», como lo define la doctrina del Derecho Administrativo. En su sentido más amplio, el Poder de Policía comprende las medidas tendientes a proteger la seguridad, moralidad y salubridad públicas, así como la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad y al bienestar general de la misma. Se manifiesta, en principio, como una potestad atribuida al Poder Legislativo y por ello es indelegable. Sin embargo, sí se puede crear en la ley ordinaria, una imputación de funciones, asignándole al Poder Ejecutivo, por ejemplo, la atribución de estatuir sobre determinadas materias, dentro de ciertos límites preestablecidos en la ley." (Sentencia de la Sala Constitucional, número 1441-92, de las quince horas cuarenta y cinco minutos del dos de junio de mil novecientos noventa y dos); en tanto se ha estimado que en las regulaciones atinentes a la comercialización del licor está inmersa la potestad del Estado de mantener el orden público que debe imperar en la parte organizativa, moral, social, política y económica de la sociedad –conforme lo facultan los incisos 6) y 12) del artículo 140 de la Constitución Política–, como lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia constitucional (entre otras, consultar las sentencias número 6579-94, 0552-95, 1273- 95; 4905-95; 1029-96; 6469-97; 2000-4450 y 2001-11938). Esta potestad de control ha sido delegado en los gobiernos locales, por mandato constitucional ("administración de los servicios e intereses locales", según reza el artículo 169) y que desarrolla la ley, así, en el artículo 83 del Código Municipal, que expresamente remite a la ley especial, en este caso, la citada Ley sobre Ventas de Licor, número 10, de mil novecientos treinta y seis; a través de mecanismos definidos por el legislador, se permite a las municipalidades la definición del número de establecimientos autorizados para su comercialización, en atención a la población de la circunscripción territorial, y mediante el sistema de remates públicos, en períodos de dos años, con un pago trimestral del impuesto -disposiciones que precisamente se constituyen en el objeto de este reclamo-. Adicionalmente, hay regulaciones sobre distancias que deben guardarse respecto de centros de educación, de salud o iglesias (artículo 9 de la Ley sobre Venta de Licores), así como de los horarios de estos establecimientos comerciales y prohibición a venta a menores de edad, establecidas en la Ley de Regulación de horarios de funcionamiento en expendios de bebidas alcohólicas, número 7633). Debe tenerse en cuenta que la normativa que regula la comercialización de licores, incluida la de Ventas, número 10, es de orden público, entendiéndose

por tales "aquéllas mediante las que interviene el Estado a fin de asegurar en la sociedad, su organización moral, política, social y económica" (sentencia número 1441-92, de la Sala Constitucional, supra citada), y en consecuencia, no son susceptibles de negociación o pacto en contrario, así como tampoco de renuncia, y son disposiciones respecto de las cuales el Estado puede ejercer el citado poder de policía.

VII.-En segundo lugar, la normativa que se alega derogada está vigente, sin que pueda alegarse una antinomia normativa respecto del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), adoptado por nuestro país mediante Ley número 7475, de 20 de diciembre de 1994 (Aprobación del Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, en el que se establece la Organización Mundial del Comercio), y los artículos 3 y 6 de la Ley de Promoción de la Defensa Efectiva del Consumidor, número 7472, como alegan los recurrentes. Respecto del tratado internacional, estiman que a partir de los artículos XVI y XVII de ese tratado internacional, Costa Rica asumió un compromiso relacionado con los servicios de suministro de comidas, en virtud de lo cual no podría limitarse el número de proveedores del servicio, y ello choca frontalmente con la restricción cuantitativa en el otorgamiento de patentes de licores. Estos mismos cuestionamientos fueron analizados en detalle por la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-274-2005, del primero de agosto del dos mil cinco, en el que llegó a la conclusión de que no existe esa confrontación jurídica, criterio que hace suyo este Tribunal, motivo por el cual se consigna a continuación:

"Luego de sopesar los argumentos en torno al alcance de esta disposición, brindados por el Ministerio que gestiona la consulta, se llega a la conclusión que no lleva razón en la pretendida derogatoria tácita, en virtud de los razonamientos que de seguido pasamos a puntualizar:

No debe perderse de vista, en primer término, que el alcance del compromiso asumido por nuestro país en el tema de «Servicios de suministro de comida» se refiere a un delimitado sector [calificada como empresa turística], tal y como se consignó en las páginas precedentes. En ese sentido, se trata de negocios en el que se deben cumplir una serie de requisitos en cuanto a la forma en que se atienden a los clientes (meseros) y en el que la actividad principal sea precisamente el servicio de comida, siendo las bebidas que se brinden un servicio complementario. A esta afirmación es dable arribar teniendo en cuenta que, como expresamente lo enuncia la clasificación del servicio 642, «... los servicios de suministro de bebidas sin comida preparada...», se clasifican bajo otro grupo, incluyendo la siguiente descripción:

«Esta subclase incluye:

- servicios de suministro de bebidas, principalmente bebidas alcohólicas, prestados por bares, cervecerías, clubes nocturnos, discotecas e instalaciones análogas, con o sin espectáculo. Se incluyen esos servicios prestados por bares situados en hoteles u otros lugares de alojamiento o en medios de transporte, por ejemplo en trenes o a bordo de buques.

Esta subclase no incluye:

- servicios de comidas y comidas rápidas que no se han preparado en el local, vendidas en

máquinas automáticas, véase 6242.

- servicios para el suministro de comidas y bebidas conexas, véase 632»

Si tenemos en cuenta que en nuestro país la patente de licores puede ser utilizada en atención a distintos tipos de actividad (ver artículo 2 de la Ley de Regulación de Horarios de Funcionamiento en Expendios de Bebidas Alcohólicas), cabría pensar que, de llevar razón la tesis del consultante, sólo podría hablarse de una derogatoria tácita parcial del sistema de adjudicación de patentes de licores. Esto por cuanto sólo en aquellos casos en que la patente sería utilizada en los locales que se ajusten a la actividad contemplada en la descripción del «Servicio de suministro de comidas» (CCP 642) es que cabría afirmar la eliminación de una restricción cuantitativa como la que supone el cumplimiento del inciso a) del Artículo XVI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

Sin embargo, la posibilidad de que opere la derogación tácita parcial a que se alude en el punto anterior presenta una serie de dificultades de interpretación jurídica que terminan por confirmar la improcedencia de la tesis esbozada por el consultante. Tómese en cuenta, para empezar, que de acuerdo al mismo Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, existen excepciones que devienen de aplicación aún cuando los países asuman compromisos específicos en ciertos servicios. A tal efecto, hicimos la transcripción pertinente del inciso a) del Artículo XIV, mismo que como se aprecia de su lectura, contempla la posibilidad de que los miembros mantengan medidas que tiendan a la tutela del orden público. También, reseñamos los fundamentos jurisprudenciales en los que descansa la afirmación de que la regulación legal del sistema de otorgamiento de patentes de licores, en nuestro medio, ha sido considerada como «normativa de orden público». De suerte tal que no es viable desconocer la trascendencia de esa calificación, que encaja en la normativa de excepción que el propio Acuerdo contempla, y que preservaría el sistema de asignación de las licencias que aquí interesan. En otras palabras, si bien estamos en presencia de una limitación al número de proveedores de un servicio (por requerirse la patente, bajo el sistema de asignación que contempla la Ley sobre la Venta de Licores), tal restricción se asume en aras de la tutela de un bien jurídico superior, como lo es el orden público, y por ende, conservaría su vigencia tal y como lo faculta el mismo Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

En segundo término, tampoco aprecia esta Procuraduría que se configuren los requisitos que se apuntaban oportunamente en torno a la antinomia jurídica que está a la base de una derogación tácita. Recuérdese, al efecto, que la labor del intérprete jurídico estaría condicionada por varios factores propios de la ciencia jurídica. Salvado el tema de la jerarquía normativa superior del Acuerdo sobre la Ley sobre la Venta de Licores, no se aprecia con la claridad requerida que la disposición que se viene comentando presente una confrontación objetiva de indubitable carácter antinómico. Si bien expresamos nuestra posición en cuanto a la forma en que se interpreta el compromiso del país en torno a las «limitaciones al acceso a los mercados» que se acordó para la prestación del servicio de «suministro de comidas», es lo cierto que tal particularidad no es óbice para apreciar que el sólo compromiso de no imponer medidas cuantitativas no es suficiente como para afirmar que su alcance implica la derogación de todo el conjunto de requisitos legales vigentes en nuestro país para la asignación de patentes de licores. En otras palabras, a lo más que cabría llegar, por esta vía de razonamiento, es que se introduce una excepción en cuanto a los servicios de «suministro de comidas» para que, los empresarios que se dediquen a esta actividad, no se vean obligados a sujetarse al sistema de asignación que prescribe la Ley sobre la Venta de Licores. Excepción que, por no reunir las características de implicar un sistema completamente nuevo e

incompatible objetivamente con el imperante en la Ley N° 10 del año 1936, no puede ser tenida como una norma que acarree la derogación tácita que se afirma ha operado en relación con los artículos 3, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de dicho cuerpo normativo. En todo caso, insistimos que, en nuestro criterio, el tema central sobre el que versa nuestra posición se relaciona con la naturaleza de orden público que ostenta la normativa que se viene comentando, misma que autoriza a los miembros de la Organización Mundial del Comercio a mantener restricciones como las que se refieren a la asignación de patentes de licores sin que ello implique una contradicción o confrontación con los compromisos que específicamente se asumen en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

Por último, y como también se ha manifestado por parte de este Órgano Técnico-Jurídico, dada la trascendencia que pueda tener una interpretación favorable en el sentido de que ha operado una antinomia que vacía el contenido de disposiciones de rango legal, no está de más recabar información atinente al trámite legislativo que tuvo este específico tema a la hora de ser conocido en el Congreso. Al efecto, téngase en cuenta que revisado el expediente legislativo N° 12034 no se aprecia que haya existido la más mínima intención o conciencia de que, con la adhesión de nuestro país al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, se estaba entrando a regular, de una manera totalmente nueva y diversa, el régimen de asignación de patentes de licores en nuestro país. Incluso, la ausencia de una consulta generalizada a todas las Municipalidades del país, ante la trascendencia que hubiera tenido la certeza en el legislador del cambio normativo que el Acuerdo implicaba, nos da pie para afirmar que no se tuvo en mente el efecto sustitutivo que cabe suponer en una materia tan sensible como la que nos ocupa. Por demás está decir que este criterio adicional no es antojadizo, pues como se ha reseñado en nuestra jurisprudencia administrativa, el mismo deviene válido en atención a la existencia de otros elementos de convicción que apuntan a la inexistencia de la derogación tácita.

VII.-La antinomia normativa que se alega en relación con las normas legales indicadas, la explican los apelantes al estimar que el primero primero (artículo 3 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor) se traduce en una distorsión que limita el comercio; y el segundo (artículo 6 de la misma Ley) elimina las licencias para el ejercicio del comercio en razón de la nacionalidad del producto, es decir, de los productos importados. Debe advertirse que no resulta posible hacer una interpretación literal de las citadas disposiciones en relación con el régimen municipal, ya que expresamente el artículo 72, párrafo final de esa misma Ley excepciona de esa normativa en lo que respecta a las municipalidades:

"La presente Ley no será aplicable a las municipalidades, tanto en su régimen interno, como en sus relaciones con terceros";

de manera que, al ser la materia de patentes de exclusivo resorte y competencia de los gobiernos locales, no resulta posible hacer extensiva la normativa indicada, como lo pretenden los recurrentes. Además, como bien lo señaló la asesora legal de la municipalidad recurrida, debe entenderse que las autorizaciones y permisos que se deorgan en el numeral 6 indicado, son las que la doctrina califica como "programáticas" y "operativas", esto es, las que pretenden encauzar y orientar de manera positiva la actividad de su titular en la dirección previamente definida por planes o programas sectoriales; que se diferencian de las autorizaciones referidas al control sobre el orden público, en las que se incluyen a las patentes de licor, según se ha indicado.



VIII.-CONCLUSIONES.-

De lo dicho, queda claro que el tema de patentes de licores es materia de resorte o competencia exclusivamente municipal, por lo que, basta con que un local abra sus puertas y se dedique a esa actividad, para que requiera, para su legítimo funcionamiento, de la respectiva patente para la comercialización y/o expendio de licor, la cual, a su vez está condicionada, previamente al otorgamiento de la patente de funcionamiento del local comercial (lo que se conoce como patente municipal) -la que, según se desprende de los autos, los recurrentes no cuentan-, y al cumplimiento de los requisitos formales que establezca la ley, entre los que están los permisos de salud. Corolario de lo anterior, el acuerdo impugnado resulta conforme a derecho, en atención al respeto y aplicación del principio de legalidad, que rige la actuación de la Administración, al tenor de los artículos 11 de la Carta Fundamental y 11 de la Ley General de la Administración Pública, que obliga a las municipalidades a seguir el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para el otorgamiento de las patentes de licor; sin que pueda excepcionarse en ningún supuesto su acatamiento. No obstante lo anterior, en aras de cumplir con los principios -también de orden constitucional- de tutela administrativa pronta y cumplida, que derivan del artículo 41 de la Constitución Política, es lo cierto que debe la municipalidad recurrida promover la celeridad en el procedimiento administrativo seguido para la investigación de posibles vicios de nulidad absoluta de los remates efectuados por esa autoridad en el año dos mil cuatro, teniéndose en cuenta además, que el procedimiento dispuesto en la propia Ley General de la Administración Pública para tales efectos, está previsto para una duración de dos meses.

POR TANTO:

Se confirma el acuerdo impugnado y se da por agotada la vía administrativa. Tome nota la Municipalidad de Santa Ana de lo indicado en el último Considerando de esta resolución.

b) Diferencia entre la Patente Municipal y los permisos temporales

[SALA TERCERA]⁵

Resolución: 2007-00170

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del veintiocho de febrero de dos mil siete.

Recurso de casación interpuesto en la presente causa seguida contra Rugeli Morales Rodríguez, mayor, divorciado, licenciado en administración educativa, cédula de identidad número 7-078-736, vecino de Bribri, Talamanca; Luis Alberto White Ramírez, costarricense, mayor de edad, unión libre, agricultor, vecino de Pueblo Nuevo, cédula de identidad número 9-040-312, Acisclo Romero Romero; mayor, unión libre, agricultor, vecino de La Reserva, cédula de identidad número 7-034-



673; Miguel Hay Fonseca, mayor, casado, agricultor, vecino de Olivia de Sixaola, cédula de identidad número 1-463-239 y Evangelina Córdoba López, mayor, casada, ama de casa, vecina de Cruce de Home Creek, cédula de identidad número 1-468-073; por el delito de Prevaricato, en perjuicio de los deberes de la función pública. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados Suplentes Ronald Salazar Murillo, Ulises Zúñiga Morales, Ana Eugenia Sáenz Fernández, María Elena Gómez Cortés y Jeannette Castillo Mesén. Interviene además los licenciados Jorge Luís Jiménez Monge y Mario Chaves Cambronero, como defensores particulares de los encartados. Se apersonó el representante del Ministerio Público.

Resultando:

1.-Que mediante sentencia N°331-2004 de las dieciocho horas cuarenta minutos del diecinueve de julio de dos mil cuatro, el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica, Limón, resolvió: "POR TANTO: .De conformidad con los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1 del Código Penal; 360, 361 y 366 del Código Procesal penal, se ABSUELVE DE PENA Y RESPONSABILIDAD a EVANGELINA CÓRDOBA LÓPEZ, LUIS ALBERTO WHITE RAMÍREZ, ACISCLO ROMERO ROMERO Y MIGUEL HAY FONSECA, por el delito de PREVARICATO Y ESTELIONATO EN CONCURSO IDEAL que en perjuicio de LOS DEBERES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y CORTEL se les venía atribuyendo. Se le exime del pago de las costas del juicio. Así mismo y de conformidad con los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 1, 30, 59 a 62, 71 a 74 y 350 del Código Penal, 392, 395, 398 y 399 del Código de Procedimientos Penales, y el artículo 6 de la Ley Indígena se declara a RUGELY MORALES RODRÍGUEZ, EVANGELINA CÓRDOBA LÓPEZ, LUIS ALBERTO WHITE RAMÍREZ, ACISCLO ROMERO ROMERO Y MIGUEL HAY FONSECA. Autores Responsables del delito de PREVARICATO cometido en perjuicio de LOS DEBERES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA y en tal carácter se les impone la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN a cada uno de ellos. Se les condena igualmente al pago de las costas del juicio.-

La pena impuesta la cumplirán, previo abono de la preventiva sufrida, en el lugar y forma en que lo indiquen los Reglamentos Carcelarios.-

Por un periodo de prueba de tres años que rige a partir de la firmeza del fallo se concede a los justiciables MORALES RODRÍGUEZ, CÓRDOBA LÓPEZ Y WHITE RAMÍREZ el beneficio de condena de ejecución condicional de la pena, en consecuencia no están obligados a cumplir la pena impuesta si en el periodo dicho no incurrir en nuevo delito sancionado con prisión de más de seis meses. Firme la sentencia, inscribese en el registro judicial." (sic). Fs. MIGUEL E. FERNANDEZ CALVO XINIA MARIN CALVO HANS LEANDRO CARRANZA JUECES DEL TRIBUNAL.

2.- Que contra el anterior pronunciamiento los licenciados Jorge Luís Jiménez Monge y Mario Chaves Cambronero, defensores particulares de los encartados, interpusieron respectivos recursos de casación. El primero alega en su recurso indebida aplicación de los artículos: 350 del Código Penal y 6 de la Ley Indígena; inobservancia de los artículos: 39 y 41 de la Constitución Política, 121 de la Ley General de la Administración Pública, 2 del Código Penal, 17 inciso D), 332 y 35 del Código Penal, y 1, 2, 3 y 11 de la Ley de Licores N°10 de 1936; falta de fundamentación y violación al debido proceso, y solicita se case la sentencia y se absuelva a su defendido. Por su parte, el licenciado Mario Chaves Cambronera alega violación de las reglas de la sana crítica y falta de fundamentación, y solicita se case la sentencia y se ordene el reenvío de la presente causa al Tribunal de origen para su nueva sustanciación.-

- 3.- Que verificada la deliberación respectiva, la Sala entró a conocer del recurso.-
- 4.- Que se celebró audiencia oral a las ocho horas treinta minutos del diecinueve de julio de dos mil cinco.-
- 5.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.-

Considerando:

I.-Se hace constar que no todos los Magistrados que concurrimos a votar en el presente asunto estuvimos en la audiencia oral, situación que no afecta ninguno de los intereses de las partes, porque en la vista se reiteraron las argumentaciones ya planteadas por escrito y no se recibió prueba, lo que permite que estemos en capacidad de resolver los alegatos, de conformidad con lo señalado de la resolución de esta Sala número 21-A-95 de las 10:15 horas del 17 de febrero de 1995, y en la resolución de la Sala Constitucional número 6681-96 de las 15:30 horas del 10 de diciembre de 1996.

II.-En el segundo motivo del recurso de casación, interpuesto por el licenciado Jorge Luis Jiménez Monge, defensor del imputado Asisclo Romero Romero, se reprocha indebida aplicación del numeral 350 del Código Penal, y del artículo 6 de la Ley Indígena, así como falta de aplicación de los artículos 1, 2, 3 y 11 de la Ley de Licores. Argumenta el recurrente, que en la sentencia se equiparó un mero permiso o autorización para vender licores por dos días, con la patente de licores, en los términos de permanencia contenidos en la ley de licores. Agrega, que esos permisos se venían dando desde hacía 18 años, siempre con la aprobación de la Gobernación de Limón, del Ministerio de Salud y de la Asociación de Desarrollo Indígena. Afirma, que equiparar el permiso a la patente, constituiría una interpretación ampliativa. Reclama, que la norma contenida en la Ley de Licores resulta inconstitucional y discriminatoria, al impedir que los aborígenes puedan expendir licores dentro de sus territorios, mientras sí puede hacerse en el resto de la nación. Se acoge el reclamo, por atipicidad de los hechos. De conformidad con el artículo 350 del Código Penal “Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos”. A juicio de esta Sala, el Concejo Municipal de Talamanca, no contrarió la ley con su resolución. Se tuvo por probado en la sentencia, que los integrantes de dicho Concejo, a sabiendas de que la Ley Indígena prohibía a los municipios el otorgamiento de patentes dentro de la reserva, aprobaron conceder un permiso de patente temporal para el expendio de licores, solicitada por el sub-comité cantonal de deportes de Alta Talamanca, para ser utilizada en un turno que se realizaría los días veintisiete y veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y cinco (folio 672). En el fundamento del fallo, el Tribunal afirma que se dictó una resolución contraria a la Ley Indígena, la cual establece en su artículo 6: “Ninguna persona ni institución podrá establecer de hecho o de derecho cantinas ni venta de bebidas alcohólicas dentro de las reservas indígenas...Queda prohibido a los municipios el otorgamiento y traspaso de patentes de licores dentro de las mismas...” (énfasis suplido) . Consideran los Juzgadores, que los acusados no pueden alegar ignorancia de la ley, ni argumentar que el delito no se configuró porque el licor nunca se vendió, ya que fue decomisado desde el primer día, puesto que el delito se consuma en el momento que el órgano colegiado resuelve otorgar el permiso. Descarta asimismo el Tribunal, que exista una diferencia entre una patente, y un permiso temporal, sustentándose el Juzgador en que el documento de folio 8 consigna que lo otorgado es un “permiso de patente temporal” para el expendio de licores, y como tal, prohibido. Indica el Tribunal, que



aunque se alegó la inconstitucionalidad de la norma, la Sala Constitucional declaró sin lugar la consulta que la cuestionaba, por considerar que esa prohibición no lesiona ningún derecho fundamental. Se aduce en la sentencia, que la consideración de que es esa una norma discriminatoria, es una posición personal, frente a una disposición reglamentaria.

III.-Contrario al criterio del Tribunal, a juicio de esta Sala, sí existe una diferencia entre los conceptos de patente y de permiso temporal, independientemente de que a este último se le llame “patente temporal”. La Ley Sobre la Venta de Licores, dispone en el artículo 3: “Los puestos para expendios de licores al menudeo sólo se pueden obtener por medio de remate público, salvo lo que adelante se dispone sobre patente especial para el expendio de toda clase de licores y cerveza . La venta de cerveza al menudeo, solamente podrá efectuarse en los puestos de licores y una vez satisfechas las patentes respectivas establecidas o que se establezcan para el expendio de cerveza ”. (Nota contenida en la versión de la ley ofrecida en la página de la Sala Tercera: El artículo 32, derogado por La Ley N° 3791 del 16 de noviembre de 1966, regulaba la patente especial a que se refiere la parte final del párrafo primero, por lo que éste debe considerarse tácitamente derogado por dicha ley). El trámite para la obtención de las patentes, se regula a partir del artículo 12 de dicha ley. Dispone el numeral 13: “El remate general de puestos públicos de licores se hará como antes queda prescrito, cada dos años, en la segunda quincena de diciembre. Dicho remate, así como cualquier otro particular de los puestos públicos, se anunciará con ocho días de anticipación, o más, en el periódico oficial. Será presidido, en los cantones centrales de provincia por el Gobernador, y en los cantones menores por el Jefe Político. Asistirán, además, el Secretario de la oficina o dos testigos en su falta, y un pregonero. En dichos remates se aplicarán, en cuanto quepa, las formalidades de los remates judiciales” (Interpretado por el considerando VII, de la Resolución de la Sala Constitucional N° 6469-97 de las 16:20 horas, del 8 de octubre de 1997, en el sentido de que la autoridad competente para emitir los permisos lo es “la respectiva Municipalidad” y no el Gobernador o Jefe Político). En la mencionada ley, se permite la disposición, como derecho, de la patente: “ Artículo 17: El rematario de un puesto de licores puede traspasarlo a un tercero, siempre que éste sea persona hábil para tenerlo, según la ley. De todo traspaso se dará aviso inmediato al Gobernador o Jefe Político respectivo” . (Interpretado por el considerando VII, de la Resolución de la Sala Constitucional N° 6469-97 de las 16:20 horas, del 8 de octubre de 1997, en el sentido de que debe entenderse por “Gobernador o Jefe Político” la “respectiva Municipalidad).” Es el Reglamento a la Ley Sobre la Venta de Licores (Decreto Ejecutivo 17757 de 6 de setiembre de 1987), el que se refiere a las “patentes temporales”, no descritas en la ley. Dispone el artículo 17 del Reglamento citado: “Las Municipalidades por acuerdo firme pueden conceder patentes temporales para el expendio de licores por el término máximo de un mes, cuando se realicen fiestas cívicas y patronales, turnos, ferias y afines, siempre y cuando la actividad cuente con la autorización del gobernador de la provincia”. El reglamento no define el término patente, ni patente temporal; sin embargo, el artículo 7 indica que no se autorizará el funcionamiento de establecimientos de licores, hasta tanto no se corrobore que la patente cumple con los requisitos del artículo 11 de la Ley Sobre la Venta de Licores. Como se observa, la llamada “patente temporal” no tiene las características de la patente, puesto que no se concede en remate, ni soporta las restricciones y regulaciones para su otorgamiento, que contempla la ley. Se trata más bien de un permiso temporal, que es gratuito (contrario a la patente), no se adjudica en remate, sino que se otorga en forma directa; es temporal, a diferencia de la patente; no puede ser traspasado, como la patente, y se otorga para una actividad concreta. Así que, en sentido estricto, no es una patente, sino un permiso especial, al que no se aplica la normativa propia de las patentes. Lo que el Concejo Municipal de Talamanca concedió, fue un permiso temporal para la venta de licor, para una actividad específica. El artículo 6 de la Ley Indígena, que se consideró

vulnerado, prohíbe el otorgamiento de patentes de licores dentro de las reservas indígenas, no la concesión de permisos temporales. Por lo indicado, se acoge el recurso de casación, se casa la sentencia, y se absuelve al encartado Asisclo Romero Romero por el delito de prevaricato que en perjuicio de los deberes de la función pública se le ha venido atribuyendo. Por innecesario, no se conocen los otros motivos y recursos presentados. Por efecto extensivo, se absuelve de toda pena y responsabilidad, a los acusados Rugeli Morales Rodríguez, Evangelina Córdoba López, Luis Alberto White Ramírez y Miguel Hay Fonseca. Son las costas a cargo del Estado.

Por Tanto:

Se declara con lugar el recurso de casación. Se casa la sentencia recurrida, y se absuelve al imputado Asisclo Romero Romero por el delito de Prevaricato. Por efecto extensivo se absuelve a Rugeli Morales Rodríguez, Evangelina Córdoba López, Luis Alberto White Ramírez, y Miguel Hay Fonseca, del delito de prevaricato que en perjuicio de los deberes de la función pública se les ha venido atribuyendo. Son las costas a cargo del Estado.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

FUENTES CITADAS

- 1 LOBO SALAZAR, Manuel Antonio. Las licencias municipales (Patentes) para actividades lucrativas y licores, como parte de los tributos municipales. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. 1982. pp 15-17
- 2 LOBO SALAZAR, Manuel. Ibidem. pp 19-20.
- 3 JIMENEZ MEZA, Manrique. El silencio positivo y la dimensión jurídica de las concesiones, autorizaciones y aprobaciones administrativas. Artículo publicado en la revista IVSTITIA No. 94. Año 8. Octubre 1994. pp 11-14.
- 4 SECCIÓN SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Resolución: No. 18-2008. Segundo Circuito Judicial de San José, a las quince horas treinta minutos del veinticinco de enero del dos mil ocho.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: 2007-00170. San José, a las nueve horas cuarenta minutos del veintiocho de febrero de dos mil siete.