



PRONUNCIAMIENTOS DE LA PGR SOBRE LA POTESTAD DE LA MUNICIPALIDAD DE REALIZAR ACTOS O CONTRATOS

Rama del Derecho: Derecho Municipal.	Descriptor: Hacienda Municipal.
Palabras Claves: Hacienda Municipal, Municipalidad, Capacidad de Suscribir Contratos, Procuraduría General de la República Dictamen 250-07 y Opiniones Jurídicas 103-J-99, 81-J-00 y 96-J-07.	
Fuentes de Información: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha: 22/08/2014.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	2
Capacidad de Suscribir Contratos y Convenios de las Municipalidades.....	2
PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.....	3
1. Sobre la Posibilidad de las Municipalidades de Participar en Sociedades Anónimas y la Disposición de sus Bienes	3
2. Posibilidad de la Municipalidad de Donar Bienes Inmuebles.....	20
3. Posibilidad de la Municipalidad de Suscribir Convenios.....	23
4. Posibilidad de la Municipalidad de Donar un Bien Inmueble y de Recuperarlo en Caso de se Disuelve la Persona Jurídica a la que se Dono...30	30

RESUMEN

El presente documento contiene pronunciamientos de la Procuraduría General de la República sobre la **Potestad de la Municipalidad de Realizar Actos o Contratos**, considerando los supuestos del artículo 62 del Código Municipal.

NORMATIVA

Capacidad de Suscribir Contratos y Convenios de las Municipalidades

[Código Municipal]ⁱ

Artículo 62. La municipalidad podrá usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos o contratos permitidos por este Código y la Ley de contratación administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines.

Las donaciones de cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles, así como la extensión de garantías a favor de otras personas, solo serán posibles cuando las autorice, expresamente, una ley especial. Sin embargo, las municipalidades, mediante el voto favorable de las dos terceras partes del total de los miembros que integran su concejo, podrán donar directamente bienes muebles e inmuebles, siempre que estas donaciones vayan dirigidas a los órganos del Estado e instituciones autónomas o semiautónomas, que a su vez quedan autorizadas para donar directamente a las municipalidades.

Cuando la donación implique una desafectación del uso o fin público al que está vinculado el bien, se requerirá la autorización legislativa previa.

Podrán darse préstamos o arrendamientos de los recursos mencionados, siempre que exista el convenio o contrato que respalde los intereses municipales.

A excepción de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las municipalidades podrán otorgar ayudas temporales a vecinos y vecinas del cantón que enfrenten situaciones, debidamente comprobadas, de desgracia o infortunio. También, podrán subvencionar centros de educación pública, beneficencia o servicio social que presten servicios al cantón respectivo; además, las municipalidades podrán otorgar becas de estudio a sus munícipes de escasos recursos y con capacidad probada para estudiar. Cada municipalidad emitirá el reglamento para regular lo anterior.

(Así reformado por el artículo único de la Ley N° 8772 del 1 de setiembre de 2009)

PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. Sobre la Posibilidad de las Municipalidades de Participar en Sociedades Anónimas y la Disposición de sus Bienes

[Procuraduría General de la República]ⁱⁱ

O.J. 103-99

San José, 31 de agosto de 1999

**Ingeniero
Walter Robinson Davis
Diputado
Asamblea Legislativa**

Estimado señor Diputado:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me es grato referirme a su oficio WRD-209-99 del 29 de julio de 1999, recibido el 11 de agosto de ese mismo año, a través del cual solicita el criterio de este órgano superior técnico-jurídico sobre:

"1.- La posibilidad de que las municipalidades puedan participar en sociedades anónimas u otras conjuntamente con la empresa privada.

2.- Cuáles órganos son los que tendrían la capacidad de iniciativa y la atribución para aprobarlo.

3.- Si los municipios pueden disponer de sus bienes, por ejemplo, hipotecando su patrimonio para participar en sociedades mercantiles y en qué condiciones.

4.- Si es posible o no, vender, arrendar, o concesionar a través de sociedades constituidas con participación del sector privado, edificaciones o inmuebles surgidas de proyectos de desarrollo conjunto".

Es necesario aclarar que el criterio que a continuación se expone, es una mera opinión jurídica de la Procuraduría General de la República y, por ende, no tiene ningún efecto vinculante para la Asamblea Legislativa, por no ser Administración Pública y se hace como una colaboración en la importante labor que desempeña el Diputado.

I.- NORMATIVA APLICABLE.

A.- CONSTITUCIÓN POLITICA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1949.

"Artículo 169.- La administración de los intereses y servicios locales en cada cantón , estará a cargo del Gobierno Municipal, formado de un cuerpo deliberante, integrado por regidores municipales de elección popular, y de un funcionario ejecutivo que designará la ley".

"Artículo 170.- Las corporaciones municipales son autónomas".

B.- CODIGO MUNICIPAL, LEY NUMERO 7794 DE 30 DE ABRIL DE 1998.

" Artículo 4.- La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política. Dentro de sus atribuciones se incluyen:

(...) f) Concertar, con personas o entidades nacionales o extranjeras, pactos, convenios o contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones".

"Artículo 9.- Las municipalidades podrán pactar entre sí convenios cuyo objeto sea facilitar y posibilitar el cumplimiento de sus objetivos o su administración, a fin de lograr una mayor eficacia y eficiencia en sus acciones".

"Artículo 13.- Son atribuciones del Concejo:

(...) e) Celebrar convenios, comprometer los fondos o bienes....

(...) p) Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta".

"Artículo 62.- La municipalidad podrá usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos o contratos permitidos por este código y la Ley de Contratación Administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines.

Las donaciones de cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles, así como la extensión de garantías a favor de otras personas, solo serán posibles cuando una las autorice expresamente una ley especial. Podrán darse préstamos o arrendamientos de los recursos mencionados, siempre que exista el convenio o el contrato que respalde los intereses municipales..."

II.- LA INICIATIVA MUNICIPAL EN LA ECONOMÍA.

La iniciativa municipal en la actividad económica la podemos subsumir dentro del concepto de la iniciativa pública en la economía.

El tema de la participación del sector público en la actividad económica (producción y prestación de bienes y servicios en régimen de monopolio o de mercado, por los medios genéricos de la actividad administrativa, indirectos o directos), ha sido un tema referido, por lo general, al Estado. Desde esta perspectiva, se habla de la iniciativa pública para mencionar la autorización del ordenamiento jurídico a favor de aquel para que intervenga en la actividad económica.

Nuestra Constitución Política, a diferencia de otras, verbigracia la Española de 1978 (artículo 128, inciso 2)(1), no reconoció, en forma expresa, la iniciativa pública en la economía. Empero, lo anterior no es óbice para expresar que el artículo 50 de la Carta Fundamental, constituye un fundamento jurídico suficiente que ampara la intervención del Estado en la economía. Esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, quien en los votos números 550-95, 3120-95 y 311-97, respectivamente, indicó lo siguiente:

NOTA (1): "Artículo 128 [Función Pública de la Riqueza]

(...)

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica.

Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

"La Constitución vigente, en su artículo 50, consagra un criterio importante en esta materia, dando fundamento constitucional a un cierto grado de intervención del Estado en la economía, en el tanto no resulte incompatible con el espíritu y condiciones del modelo de "economía social de mercado" establecido constitucionalmente, es decir, se postula en esa norma, y en su contexto constitucional, la libertad económica pero con un cierto grado, razonable, proporcionado y no discriminatorio de intervención estatal, permitiéndose al Estado, dentro de tales límites, organizar y estimular la producción, así como asegurar un "adecuado" reparto de la riqueza. Esta Sala en su sentencia #1441-92, de las 15:45 horas del 2 de junio de 1992, dispuso:

'El principio general básico de la Constitución Política está plasmado en el artículo 50, al disponer que "el Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza" lo que unido a la declaración de adhesión del Estado costarricense al principio cristiano de justicia social, incluido en el artículo 74 ibídem, determina la esencia misma del sistema político y social que hemos escogido para nuestro país y que lo definen como un Estado Social de Derecho"' .

Sobre el tema de la intervención del Estado en la economía, concretamente, el Tribunal Constitucional, en los votos números 6776-94 y 655-97, respectivamente, expresó:

"En el campo económico el Estado no participaba en forma directa, lo cual dejaba al libre juego de los intereses de los participantes. Era el tiempo de la política económico-liberal del "laissez faire". Cualquier intervención de los organismos públicos que fuera más allá de la labor de gendarme o de policía, era tildada de ilegal o inconstitucional. Sin embargo, tal concepción del Estado ajena totalmente a los principios básicos del cristianismo, de la solidaridad y de la justicia social, fue ya superada. En definitiva se llegó a pensar que el Estado tiene que intervenir en el orden económico, tratando de distribuir con mayor justicia la riqueza, sin lesionar con ello la iniciativa de los particulares (empresarios). Y tal intervención no obedece al hecho de que el Estado sea más poderoso, sino por su propia naturaleza.

Así, la intervención estatal puede realizarse en forma directa, dándose origen a las empresas públicas. También, puede hacerlo de manera indirecta, concediendo subvenciones o mediante la adopción de medidas proteccionistas a los empresarios privados.

Pero igualmente, y en aras del bien común, el Estado puede intervenir y participar en el quehacer económico por medio de su autoridad, para lo cual el ordenamiento jurídico le otorga potestades para dirigir, controlar y regular la economía. Dichas facultades pretenden que el empresario particular en sus actividades, se desenvuelva dentro de ciertos marcos que el Estado (que representa y cuida a toda la comunidad), establece en cada oportunidad".

Ahora bien, el hecho de que el tema de la iniciativa pública haya estado residenciado en el Estado no significa, de ninguna manera, que exista una imposibilidad de las municipalidades de participar en la actividad económica, a pesar de que hasta el día de hoy esta situación no ha sido frecuente, por no decir inexistente(2), en nuestro medio.

NOTA (2): En otros países la intervención económica de la Administración Pública se ha visto impulsada por los municipios y las Comunidades Autónomas. TRONCOSO REIGADA (Antonio) Privatización, Empresa Pública y Constitución. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Primera Edición, 1997, páginas 32 y 33.

Al igual que la intervención del Estado en la economía está sometida a una serie de requisitos, con el fin de ajustar ese accionar al Derecho de la Constitución, la intervención de la municipalidad en la actividad económica debe de cumplir con una serie de condiciones.

En España, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases Municipales del Régimen Municipal, reconoce la intervención directa de la Corporación en la actividad económica a través de la sociedad mercantil. En efecto, el artículo 85 de ese cuerpo normativo, en lo que interesa señala:

" Artículo 85.

1. Son servicios públicos locales cuando tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales.

2. Los servicios públicos locales pueden gestionarse en forma directa o indirecta. En ningún caso podrá prestarse gestión indirecta de los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad.

3. La gestión directa adoptará alguna de las siguientes formas:

A) Gestión por la propia Entidad local.

B) Organismo autónomo local.

C) Sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local " (Lo que se resalta no corresponde al original).

Por su parte, la Ley 39/ 1988 de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, deja entrever la posibilidad que tienen las entidades locales de conformar empresas mixtas, cuando en el artículo 49 se señala:

"149.- El presupuesto de la Entidad local será formado por su residente y al mismo habrá de unirse la siguiente documentación:

(...)

3) Las Sociedades Mercantiles, incluso de aquellas en cuyo capital sea mayoritaria la participación de Entidad local...". Don Eduardo Ortiz Ortiz, tomando como parámetro el anterior Código Municipal, Ley número 4574 de 4 de mayo de 1970, en lo referente a la intervención directa en la economía⁽³⁾ -objeto de esta consulta-, señaló que "... las municipalidades no pueden crear unilateralmente entes locales -ni públicos o privados- y sólo pueden hacerlo por virtud de convenio y mediante intervención aprobatoria o constitutiva de la Asamblea Legislativa"⁽⁴⁾

NOTA (3): El Estado puede intervenir en la economía utilizando los medios genéricos de la actividad administrativa (facultades de control, regulación y ordenación de los distintos procesos de producción y distribución de bienes y servicios), los medios indirectos (actividad de fomento) y los medios directos (las nacionalizaciones y la creación de empresas nuevas).

NOTA (4): ORTIZ ORTIZ (Eduardo) La Municipalidad en Costa Rica. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, primera edición, 1987, página 145.

Como puede observarse, hasta la emisión del actual Código Municipal, Ley número 7794 de 30 de abril de 1998, las corporaciones municipales no estaban autorizadas para crear, unilateralmente, una empresa pública, sino que para tal fin requerían de una ley⁽⁵⁾.

NOTA (5): Por Ejemplo, la Ley N° 3300 de 16 de julio de 1964 que estableció la Junta Administradora del Servicio Eléctrico Municipal de Cartago.

Según Don Eduardo Ortiz, las municipalidades sí podían crear, por pacto con otras u otros entes públicos, nuevos organismos dotados de personalidad propia y encargados de dar prestaciones o ejercer funciones comunes frente al público. Estos podían tener personalidad de Derecho Público o de Derecho Privado⁽⁶⁾.

NOTA (6): ORTIZ ORTIZ (Eduardo) Op. Cit, página 152. Además señala Don Eduardo que por la vía de convenios o pactos pueden constituir los consorcios " Las municipalidad pueden crear, por asociación con otras u otros entes públicos, una especie de ellos llamados consorcios.

Desempeñan éstos atribuciones coincidentes y no lucrativas de las municipalidades, pero sin abandono de ella por parte de sus miembros, que conceden únicamente su ejercicio, revocable en cualquier momento; es también posible y frecuente que las municipalidades se reserven una potestad de ejercicio simultáneo y concurrente en el cantón. El consorcio no exige aporte de bienes sino en la medida necesaria para prestación del servicio consortil, que suplen las municipalidades parte. Su ámbito territorial es siempre intermunicipal. Pueden también ser de base comunitaria, en cuanto agrupen no tanto a las municipalidades como a los munícipes de ambos cantones, de los cuales los órganos directores y ejecutivos del consorcio son representantes, y a los cuales están sujetos como pueblo municipal".

También estaban autorizadas a formar, por pacto o convenio, con otros entes públicos sociedades y cooperativas.

"Si la municipalidad quiere asociarse para constituir una nueva entidad de forma y acción privada, por su régimen dominante, sea sociedad, asociación o cooperativa, tienen que sujetarse al Derecho Privado para su creación, tanto en punto a procedimiento funcional como en cuanto a cláusulas y efectos del pacto. Cualquier derogación del Derecho Privado y/o de sus leyes especiales en la materia requeriría intervención legislativa. Puede la municipalidad emprender en actividades mercantiles, pero si ello perjudica la competencia privada, tanto como si lo hace en condiciones de privilegio, tiene que indemnizar los daños que cause la suya propia, que así podrá reputarse desleal o normal, pero lesiva. Hay quienes sostienen que las municipalidades no pueden perseguir fines de lucro ni desarrollar actividades mercantiles, por ser éstas especulativas, extrañas a su cometidos de bien comunal y peligrosas para su patrimonio. No lo consideramos fundado, siempre que la intervención y actividad municipales puedan reputarse una fuente de ingresos que no ponga en peligro, sino que fortalezca la hacienda municipal, salvada naturalmente la responsabilidad por los daños que su funcionamiento cause a la empresa privada competidora. Y si hay monopolio es obvia esa responsabilidad a cargo del Estado, por la ley que lo crea, según todo lo dicho".(7)

NOTA (7): ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Op. Cit. páginas 153 y 154.

Tanto en el primer caso como en el segundo, somos de la tesis de que tales convenios requerían de la aprobación legislativa, ya que el artículo 15, párrafo segundo, del derogado Código Municipal, así lo exigía.

Con la promulgación del Código actual la situación se torna diferente. En primer lugar, se mantiene la norma que autoriza a las municipalidades a pactar entre sí convenios (artículo 9);

empero no se indica si a través de éstos se pueden crear nuevos entes -públicos o privados, lo que obliga a determinar si ellos es posible a la luz de la normativa que emergió con la Ley número 7794 de 30 de abril de 1998.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 13, inciso p) autoriza al Concejo, a instancia del Alcalde, a constituir establecimiento públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta, la terminología que emplea la norma no es lo suficientemente clara, lo que compele al operador jurídico a hacer un esfuerzo interpretativo de la misma(8). Sin embargo, en vista de que la consulta se refiere a la creación por parte de la corporación municipal de empresas de economía mixta, en lo que el Código sí es explícito, nos limitaremos en esta opinión jurídica, exclusivamente, al análisis de esta opción.

NOTA (8): Revisando el expediente legislativo número 12.426, encontramos que en el proyecto de ley de Código Municipal, presentado por el Diputado Jiménez Succar, no estaba esta norma. La misma aparece en el texto sustitutivo que presentó el citado legislador, moción que fue aprobada por la Comisión Especial de Descentralización del Estado y Fortalecimiento de los Gobiernos Locales, en la sesión del 11 de noviembre de 1997 (ver folio 321). En los dos dictámenes Afirmativos Unánimes que rindió la citada comisión, del 1 y 22 de abril de 1998, respectivamente (ver folios 667 y 819), lo único que se indica al respecto es lo siguiente: " Se concede mayor fuerza a los convenios intermunicipales y al establecimiento de empresas municipales, procurando introducir conceptos de operación más comúnmente usados en la Administración privada que en la pública".

A esta altura de la exposición, queremos resaltar que a diferencia del anterior Código Municipal, el actual autoriza al municipio a constituir sociedades públicas de economía mixta.

III.- SOBRE LA CUESTIÓN PLANTEADA.

En la sociedad mixta se unen el sector público y el privado, para alcanzar , conjuntamente, un objetivo económico. Lo característico de estas empresas es la participación de ambos sectores, tanto en la propiedad del capital social como en la gestión de la empresa.

En la actualidad, se ha acuñado un concepto más amplio de sociedad mixta, en el cual se incluyen no sólo las alianzas entre el sector público y privado, sino también entre sujetos de éste último, por lo que las sociedades de economía mixta, también conocidas como joint-venture, son definidas como: "...el desarrollo de una actividad empresarial de forma conjunta y a priori de manera temporal entre socios que comparten el capital. Los motivos fundamentales por los que compañías deciden crear una sociedad mixta son:

* La transferencia de tecnología o el desarrollo en común de un nuevo proceso o producto.

* Soslayar los contingentes y otras restricciones a las importaciones.

* Aunar esfuerzos y competencias para alcanzar unos logros que no se podrían obtener de forma separada.

* Compartir costes y riesgos-

* Adquirir recursos que no están disponibles en el mercado"(9)

NOTA (9): BUENO CAMPOS (Eduardo) Fundamento de Economía y Organización Industrial. Editorial Mc GraW Hill, primera edición, 1993, páginas 323 y 324.

Algunos autores hacen una distinción entre empresas mixtas públicas y mixtas privadas. Señala la Licda. Valverde Kooper, al respecto:

" En Italia se le considera privadas, en Alemania e Inglaterra se le reconoce status público y en Francia se resuelve caso por caso, que parece ser el criterio más adecuado, dada la diversidad de modalidades. Un criterio importante es el régimen de privilegio que ostenta el Estado frente a los demás socios, independientemente de su participación social. Ahora bien, normalmente si tal participación es mayoritaria, el Estado asume ciertos privilegios (en cuanto a la integración de los órganos en cuanto al poder de decisión) que inclina la balanza hacia la publicación de la entidad. El mejor ejemplo lo constituye CODESA a la que la jurisprudencia nacional considera parte de la Administración Pública"(10)

NOTA (10): VALVERDE KOOPER (Mercedes) "Las Administraciones Públicas" en Antología de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, primer semestre, 1984, página 97.

Sobre este mismo aspecto, el Dr: Mauro Murillo expresa:

" Una desnaturalización de la sociedad se produce ciertamente cuando la administración es propietaria de la totalidad del paquete accionario. La presencia de socios privados se considera indispensable con el objeto que no se desvirtúe el fin de la sociedad"(11)

NOTA (11): MURILLO ARIAS (Mauro) "La Empresa Pública" Ensayo de Derecho Constitucional Costarricense. Editorial Juricentro, San José, primera edición, 1983, página 310.

De acuerdo con la legislación vigente las corporaciones municipales están autorizadas para constituir sociedades públicas de economía mixta, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1.- Independientemente del esquema organizativo que adopte la sociedad mixta, el cual, por lo general, es el de la sociedad anónima, este tipo de ente será siempre de naturaleza pública, toda vez que el legislador se inclinó por esta opción atendiendo al criterio del control del ente público sobre el capital de la empresa. Sobre el particular, las palabras de Dr. Mauro Murillo resultan pertinentes:

"Un tratamiento aparte merecen las empresas públicas, especialmente las configuradas como sociedad anónima, que son las que usualmente se entienden como tales. Estas sociedades son empresas públicas cuando el capital accionario es propiedad de entes públicos, en su totalidad o en su mayoría. Lo que interesa es entonces el control de la empresa por parte del sector público, mediante el mecanismo de la propiedad accionaria. Se supone que una sociedad anónima, constituida como tal conforme al Código de Comercio, es por principio un ente privado. En nuestro medio se encuentran empresas públicas que no son reguladas por ley (como las subsidiarias de CODESA), otras autorizadas a crearse como sociedades bajo reglas especiales (como ASBANA); otras afectadas, posteriormente a su creación, por ley especial (RECOPE, ZONA FRANCA) y otras creadas directamente por ley (CODESA)...". "...La práctica ha sido muy variada, pero predomina la tendencia a entenderlos como entes públicos, normalmente no estatales. Se ubican como no estatales solo para, por supuesto, no someterlos a una legislación más rigurosa... De toda suerte su ubicación como públicos es muy dudosa. Más lógico resulta ubicarlos como entes privados, aunque sometidos a regulaciones especiales"(12)

NOTA (12): MURILLO ARIAS (Mauro) Ensayos de Derecho Público, Volumen II, Edición Juritexto, San José, primera edición, 1996, páginas 27 y 28.

También la Procuraduría General de la República ha seguido el criterio del control de los entes públicos sobre el capital de la empresa, para calificar a una entidad organizada bajo las figuras privadas como empresa pública. En efecto, en el Dictamen C-080-86 indicamos:

"Como puede observarse, si bien en principio el derecho privado regula la actividad de las empresas públicas o estatales, es lo cierto que el legislador ha considerado oportuno y conveniente establecer disposiciones tendientes a dirigir y fiscalizar su funcionamiento. Ello hace, por ejemplo, que queden sujetas a las directrices de la Autoridad Presupuestaria, incluso en los aspectos relativos a inversión, endeudamiento y salarios. De este modo, en el caso que nos ocupa, a tenor de lo preceptuado por el artículo

2° inciso c), en concordancia con el 15 de la Ley N° 6821 de 19 de octubre de 1982, Fertilizantes de Centro América S.A., como empresa estatal, forma parte del sector público no financiero...".

Por su parte, en el Dictamen C-063-96 del 3 de mayo de 1996 expresamos:

"En razón de su actividad, BICSA está regida por el Derecho Comercial y más aún por el Derecho del país en donde se constituyó y ejerce primordialmente sus operaciones. Desde esa perspectiva, es una sociedad anónima de nacionalidad extranjera y sujeta, por ende, al ordenamiento extranjero. El régimen de su actividad es, pues, de Derecho Privado, igual que lo es el régimen de su organización, sea el de sociedad anónima.

Esta sujeción a un régimen de actividad y de organización de Derecho Privado, ha determinado que algunos de los Bancos consideren que BICSA BAHAMAS es una empresa privada. Empero, esa conclusión deja por fuera un aspecto importante cuál es el de la propiedad de la sociedad y los criterios en orden a la determinación del carácter público o privado de una empresa, que no son extraños a nuestro ordenamiento. Al respecto, tenemos que la Corporación es propiedad exclusiva de los Bancos del Estado y de la Junta Liquidadora del Banco Anglo, sea el capital social pertenece en su totalidad a entidades públicas, quienes ejercen, en razón de esa titularidad del accionariado, el control absoluto sobre las decisiones de la empresa. Tenemos, así, una persona jurídica cuyo capital social no solo en su mayoría sino en su integridad es dominado por entes públicos; de lo que se sigue un dominio en la Junta Directiva que dota a los socios públicos de un poder preponderante, mejor dicho absoluto, de decisión o de gestión sobre la entidad. Son estos elementos (cfr. M, DURUPTY: *Les entreprises publiques*, I, PUF, 1986, pp. 210-211, D, LINOTTE-A, MESTRE: *Services publics et Droit Public Economique*, I, Litec, Paris, 1982, p. 230) los que doctrinariamente determinan que una empresa pueda ser calificada de pública, aún cuando se esté en presencia de una persona de Derecho Privado. Sencillamente, no existe una identidad necesaria entre la naturaleza jurídica, pública o privada, de un ente y su personalidad jurídica. Esta puede ser de Derecho Público o de Derecho Privado, según la organización y régimen que se le dé a la empresa. Lo importante es el hecho de que aún cuando se trate de una persona de Derecho Privado, por ejemplo, una sociedad anónima, la empresa puede ser pública si se dan los elementos definidores antes señalados (Cfr. A. De LAUBADERE: *Droit Public Economique*, Dalloz, 1983, p. 668; E, GARCIA DE ENTERRIA-T, FERNANDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*,

I, Civitas, Madrid, 1989, p. 415 y E, GARCIA DE ENTERRIA- M, SANCHEZ MORON: 'Régimen jurídico de la Empresa Pública en España', *La empresa pública y su Régimen*, Universidad Nacional Autónoma, Méjico, 1981, pp. 228-229). Permítasenos, sobre estos aspectos, las siguientes transcripciones:

'...la publicidad de una empresa sólo puede predicarse si ésta se encuentra de una manera u otra controlada por un ente público. Precisamente es sólo esta idea del control la única que nos puede poner sobre la pista de la existencia de una empresa pública, en tanto hablaremos de empresa pública en cuanto ésta se halle en su gestión mediatizada por el Estado u otro ente público'. SOSA WAGNER: *La organización y control del sector empresarial público en España*, Madrid, 1971, pp. 77-78, citado por E, RIVERO YSERN: 'Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas'. *Revista de Administración Pública*, N. 86-1978, p. 36.

'El tratamiento tradicional y predominante en la doctrina es la consideración de la empresa pública como un ente de Derecho privado, como hemos puesto de manifiesto. Ello venía provocado por la confusión entre naturaleza del ente y régimen de su actividad, que también denotaba nuestro Derecho positivo. Pero existe otro factor que ha influido, a nuestro juicio, en la configuración de la empresa pública como ente de Derecho privado, y este factor ha sido la crisis profunda que el intervencionismo económico ha originado en la organización administrativa tradicional. (....)

La capacidad de personificación del Estado, que se va a plasmar fundamentalmente en las empresas públicas, da al traste con este esquema organizativo, adecuado para satisfacer los fines públicos tradicionales. (....). Este planteamiento, a mi juicio, está absolutamente desfasado, y como en otras ocasiones, autores, si bien los menos, han denunciado la situación, pronunciándose por el carácter de entes públicos respecto de las empresas públicas', E, RIVERO YSERN: 'Derecho Público y Derecho Privado en la organización y actividad de las empresas públicas'. Revista de Administración Pública, N. 86-1978, p. 40.

Conforme los criterios antes señalados, existirá una empresa pública aún cuando el capital social no esté en su totalidad dominado por el ente público, a condición de que éste domine la mayoría de ese capital. BICSA es una empresa propiedad absoluta de los entes públicos"

Por su parte, en la O.J.-050-96 del 30 de julio de 1996 aclaramos que:

"la naturaleza de empresa pública no incluye la aplicación del régimen jurídico de la organización y de la actividad de BICSA propios del resto de los entes públicos y, por ende, no implica que deban serle aplicables las disposiciones relativas a los bancos públicos del Estado. Se opone a dicha asimilación la personalidad jurídica de BICSA CORPORATION y particularmente, la circunstancia de que se trata de una empresa -ciertamente propiedad de los bancos estatales- constituida en otro país y conforme las normas que rigen la constitución de los bancos en ese ordenamiento".

Si bien es cierto que no ha existido intersubjetividad sobre el concepto de empresa pública⁽¹³⁾ entre los estudiosos que se han ocupado del tema, entratándose de empresas mixtas, en las que existe una participación de un ente corporativo municipal, el legislador las clasifica como sociedades públicas. Aunque el término de sociedades públicas no es el mejor, lo cierto del caso es que, no cabe duda, de que el legislador, independientemente de la forma organizativa que adopte la entidad, optó por calificarlas de pública.

NOTA (13): En el Dictamen C-109-99 1 de junio de 1999 expresamos que: " Por lo general, la empresa privada del Estado adquiere el esquema organizativo comercial, fundamentalmente, el de la sociedad anónima.

Técnicamente no se debería considerar como una empresa pública, toda vez de que, en estricto sentido, empresa pública es la que está organizada bajo una forma organizativa derecho público que tiene como actividad principal la comercial o la industrial, regida por el Derecho Privado, como ocurre con los Bancos del Estado o el Instituto Nacional de Seguros". A

nuestro modo de ver, la discrepancia en torno al concepto de empresa pública se debe, en gran parte, a que, quienes incluyen dentro de ésta a la empresa privada del Estado y mixta, siguen un criterio de naturaleza económica -es público aquel ente en el que existe participación estatal-; mientras, quienes seguimos un criterio jurídico, sólo serían empresas públicas aquellas que adoptan una figura organizativa de Derecho Público aunque su actividad está regulada por el Derecho Privado. Sobre este tema, hemos tenido una jurisprudencia contradictoria. La Sala Constitucional, en el voto 1696-92 expresó:

"Claro que hay un mínimo, como el artículo 116 (112 vigente) lo revela, que queremos que sea común en un sentido, es obvio que un trabajador del Estado por muy igual que sea su régimen al del trabajador común de una empresa privada siempre tiene oportunidades que no tiene el trabajador común, entonces queremos garantizar la moralidad y la legalidad de la Administración en lo que se relacione estrictamente con ellos, pero siempre conservándoles el estatuto de trabajadores del derecho común.-

Esto es lo mismo por ejemplo también en cuanto a los empleados de entes autónomos que son empresas públicas, claro que en realidad nos tomaría mucho tiempo explicar lo que se llaman empresas públicas, pero en síntesis, para no explicarlo simplemente para definirlo, se trata de aquellas empresas del Estado que funcionan como si fueran entidades privadas porque venden y hacen lo mismo que los particulares, por ejemplo, el mismo INS cuando vende pólizas, hace lo mismo que una compañía aseguradora cualquiera, la banca cuando hace préstamos, hace lo mismo que una entidad financiera común, la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, que vende energía eléctrica la vende en iguales condiciones en que podría venderla una compañía privada, nosotros sostenemos que esos empleados de esas entidades deben ser considerados trabajadores comunes y no funcionarios públicos, ¿por qué? porque si no hay una serie de estatutos y reglamentaciones que se les aplica directa o supletoriamente que vienen a entorpecer la marcha de esos servicios en perjuicio del ente público, por ejemplo, no se les podría remover sino en condiciones muy especiales, con formación de un expediente, ahora, todo esto está regulado generalmente por los reglamentos internos de trabajo, pero eso también ocurre en la empresa común y no se puede evitar. Si a la inversa nosotros tratáramos de extender a estos funcionarios el régimen de la estabilidad propio de los funcionarios comunes del Poder Ejecutivo, encontraríamos que se crea una serie de entramamientos tremendos para empresas que tienen que funcionar en condiciones de competencia iguales a las de la empresa privada. Por ejemplo, un agente del INS que sea un mal vendedor de pólizas, deberían poderlo despedir, con igual facilidad con que se puede despedir un empleado privado, ¿por qué? porque está haciendo lo mismo que el agente de pólizas de seguro de una compañía privada en cualquier otro país del mundo en donde no haya monopolio de seguros. Entonces queríamos preservar ese régimen privado, laboral o mercantil de una empresa pública que tiene un giro mercantil igual al de los particulares._.-

La primera apreciación importante, derivada de la cita anterior, se refiere a que la norma cuestionada se dictó con la finalidad de garantizar la moralidad y la legalidad de la Administración, y para evitar que el servidor que labora para una empresa del Estado, se aproveche de su especial condición y pueda hacer uso indebido del patrimonio público de la empresa.- El fundamento de la norma no resulta entonces desproporcionado y mucho menos arbitrario, sino que resulta plenamente ajustado al parámetro constitucional, en atención a los

intereses que tutela, cuales son: la moralidad y legalidad administrativa y la protección del patrimonio público. Sobre este último punto, es decir, sobre el carácter público de los fondos de dichas empresas, ha dicho la Sala que "...a RECOPE como empresa pública que es, le corresponde darse su propia organización, con el objeto de asegurarse la distribución eficiente y económica de los derivados del petróleo y ello incluye por supuesto, definir, establecer, administrar y contratar los centros de almacenamiento de esos productos y de los recursos que en última instancia pertenecen al Estado.- En consecuencia, avalar el mantenimiento de una situación deficitaria como la que venía produciendo la planta de Golfito, sería violentar los principios de la Administración Financiera de la República, en perjuicio del interés general._ (sentencia número 1743-91, de las catorce horas treinta y ocho minutos del cinco de setiembre de mil novecientos noventa y uno).

Este fallo, si bien referido a una sola de las empresas públicas que funcionan en el país, deja de manifiesto el carácter público de los fondos que éstas manejan, y por ello, en la medida en que se pretende tutelar el patrimonio estatal, no se considera inconstitucional otorgar a sus servidores el carácter de funcionarios públicos para efectos penales."- Por su parte, el Tribunal Constitucional, en el fallo 6680-93, manifestó: "En cuanto a la necesaria vinculación de una empresa pública como RECOPE, con las políticas emanadas de la Autoridad Presupuestaria en materia de gasto público, la ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, en el inciso b) del artículo 2, señala a RECOPE como integrante del Sector Público Financiero no Bancario, sujeto a las órdenes, directrices, reglamentos y decretos emanados de esta Comisión que se refieran a política presupuestaria (inversión, endeudamiento y salarios) y al gasto público en general.

En este sentido, RECOPE es parte del Sector Público, para el que las directrices emanadas de la Autoridad Presupuestaria en materia de su competencia, son de obligado acatamiento y no fue excluida de los alcances de la ley N°6821, que en su artículo 15 sí exceptuó a las Universidades, Instituto Tecnológico de Costa Rica y gobiernos locales, de su aplicación".

El Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, en la resolución 6231, de las 14:14 horas del 14 de junio de 1983, consideró que la Compañía Nacional de fuerza y Luz no está "encuadrada" dentro de lo que debe entenderse por "Administración Pública". El criterio del Tribunal es acertado, por cuanto las sociedades anónimas propiedad del Estado no forman parte de la Administración Pública.

Como puede observarse de las resoluciones transcritas y comentadas, y de la legislación en la cual se apoyan, el concepto de empresa pública varía dependiendo del objetivo que persigue el legislador y la jurisprudencia. Si el objeto es el control de los fondos públicos, el régimen de contratación y la disciplina fiscal (materia presupuestaria, inversiones, crédito y empleo público, este último enfocado desde la óptica del gasto público), en el concepto de empresa pública se incluyen a las sociedades anónimas en las cuales el Estado tiene alguna participación en el patrimonio de la empresa. Si el objeto es el régimen de empleo, entonces, el legislador y la jurisprudencia, siguen un concepto restrictivo de empresa pública, excluyendo de él a la sociedad privada propiedad del Estado o a la empresa mixta.

Con base en lo anterior, las municipalidades están autorizadas a constituir sociedades mixtas, siempre y cuando su participación en la sociedad sea la de socio mayoritario, es decir, que posean al menos el 51% del capital social(14), con lo que se da la condición de empresa o sociedad pública(15), o tengan el control de la gestión, aunque su participación sea la de un socio minoritario, cumpliéndose, de esta forma, con el primero, de varios requisitos, que exige el legislador para conformar este tipo de sociedad.

NOTA (14): La Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 de 2 de mayo de 1995 admite la posibilidad de empresas públicas en las cuales el capital social no pertenece, en su mayoría, al sector público.

NOTA (15): TRONCOSO REIGADA (Antonio) Op. Cit. página 39 denomina a las sociedades mercantiles con participación pública minoritaria de control, como empresas públicas en sentido impropio. " Así, el Tribunal de Cuentas [español] ha manifestado su voluntad de fiscalizar aquellas empresas en las que el sector público 'ejerce un control efectivo' sobre la gestión, aunque no ostente la mayoría absoluta del capital social, como ocurre con Telefónica, Repsol y Argentaria, donde el Estado tiene una minoría de control.

Por ello, este órgano constitucional ha planteado una moción al Parlamento para que éste defina mejor el concepto legal de Sociedad Estatal y de empresa pública, teniendo en cuenta no sólo el criterio de participación mayoritaria en el capital social -entendiendo éste como la posesión del más del 50 por 100 de las acciones-, sino también el control en la gestión por parte de una minoría mayoritaria".

En nuestro país la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el artículo 8º , (Ley Nº 7428 de 7 de setiembre de 1994), dispone: "Artículo 8. HACIENDA PUBLICA. (...)

Las sociedades mercantiles constituidas con arreglo a la legislación costarricense son empresas públicas únicamente cuando estén bajo el dominio mayoritario o el predominio legal del Estado o de otro ente u órgano públicos." Más "radical" es la Ley de Contratación Administrativa, Ley N ° 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, que excluye de los procedimientos de contratación administrativas a las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares y no al sector público.

2.- La segunda condición que se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico para constituir este tipo de entidad, es que el objeto de la sociedad debe estar referido a la obtención de los fines que debe cumplir el ayuntamiento. Dada la naturaleza de las municipalidades, entes territoriales de base corporativa, su competencia se circunscribe a la prestación de los servicios públicos locales con el fin de satisfacer, de forma oportuna y adecuada, los intereses de los munícipes. No en vano, el artículo 169 de la Constitución Política, le atribuye a la corporación municipal la administración de los servicios locales del cantón. Asimismo, el artículo 3 del Código Municipal reproduce la norma constitucional, mientras que el artículo 1, concibe al gobierno municipal como el instrumento del municipio para promover y administrar

los intereses de los vecinos residentes del respectivo cantón. El Tribunal Constitucional, en los votos números 2237-96 y 2238-97, al respecto indicó lo siguiente:

"...según lo establece la propia Constitución Política, corresponde a cada municipalidad en su jurisdicción velar por los intereses y servicios locales con exclusión de toda otra interferencia que sea incompatible con el concepto de 'lo local'".

Desde esta perspectiva, el objeto de la sociedad mixta no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena.

3.- Otro aspecto, no menos importante, es que el radio de acción de la sociedad, es decir, su domicilio y su ámbito de actividad, necesariamente, estaría circunscrito al territorio del cantón de la municipalidad respectiva. Desde esta perspectiva, la actividad principal de la entidad tendría que realizarse dentro de los límites del cantón, por lo que no podría crear sucursales, agencias o establecimientos en el territorio de otras municipalidades, con el fin de prestar los servicios o producir los bienes para los municipios de esas circunscripciones territoriales, salvo que existiera un acuerdo intermunicipal.

No se puede perder de vista que, el artículo 3 del Código Municipal, señala que la jurisdicción territorial de la municipalidad es el cantón respectivo, por lo que la sociedad mixta que se formara debería estar sujeta a la misma limitación. Además, como indicamos en el punto dos, el objeto de la sociedad a ser coincidente con los fines del municipio, sea la administración de los intereses y servicios locales.

4.- Un último asunto que regula el Código Municipal para conformar una sociedad mixta, lo constituye la exigencia de que la iniciativa es exclusiva del Alcalde municipal. Al concejo le corresponde adoptar la decisión o acuerdo, pero para que el mismo sea válido y eficaz, es una conditio sine qua non, que la propuesta surja del Alcalde municipal.

Evacuada dos de las cuatro interrogantes que usted plantea, nos corresponde referirnos al tema del patrimonio municipal y de las sociedades mixtas.

El artículo 62 del Código Municipal, en lo que interesa, señala que la municipalidad está facultada para usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos o contratos permitidos por este código y la Ley de Contratación Administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines. Las donaciones de cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles, así como la extensión de garantías a favor de otras personas, solo son posibles cuando las autorice expresamente una ley especial. También estar autorizadas las corporaciones municipales a dar en préstamos o arrendamientos los recursos mencionados, siempre que exista el convenio o el contrato que respalde los intereses municipales.

Por su parte, la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494 de 2 de mayo de 1995, en sus artículos 68 y 69, dispone que para enajenar los bienes inmuebles, la Administración debe acudir al procedimiento de licitación pública o al remate, según convenga al interés público. Empero, la Administración no está autorizada a enajenar los bienes inmuebles afectos a un fin público. Para tal fin, debe desafectarse el bien por el procedimiento utilizado para ese

propósito. Y en todo caso, se requeriría de la autorización expresa de la Asamblea Legislativa, cuando no conste el procedimiento utilizado para la afectación.

En relación con la posibilidad de que las municipalidades tengan facultadas para dar en garantía los bienes inmuebles que no estén afectos a un fin público, consideramos que, al hablar el Código de préstamos o arrendamientos, conceptos que jurídicamente tienen un sentido preciso y unívoco, no estarían autorizadas. Para ello, y de conformidad con el principio de legalidad, que rige la organización y el funcionamiento de los entes corporativos territoriales, sería necesario que una norma del ordenamiento jurídico los habilitarán, norma que ha de tener el rango de una ley.

Además, en caso de incumplimiento del municipio, existiría una imposibilidad legal para ejecutar la garantía, debido a que el artículo 63 del Código Municipal señala que, salvo los casos contemplados en éste -situación en la que no se encuentran las garantías de bienes inmuebles para participar en sociedades públicas de economía mixta-, los bienes municipales no pueden ser objeto de embargo ni remate judicial.

Ahora bien, las municipalidades para financiar su aporte de capital dentro de la sociedad pública de economía mixta cuenta con un mecanismo que prevé el Código Municipal. Están autorizadas a emitir bonos para financiarse (artículo 87). Los títulos que emitan están sujetos a las reglas de la Comisión Nacional de Valores y están exentos de toda clase de impuestos. Además, el Estado, la entidades autónomas y semiautónomas, las empresas estatales estructuras como sociedades anónimas y las municipalidades, están facultados para invertir en los bonos municipales.

Con base en lo anterior, una institución como el Instituto de Fomento y Asesoría Municipal podría comprar los bonos municipales y, de esa forma, financiar el aporte de capital que tendría que hacer la municipalidad para constituir la sociedad mixta.

También podrían las municipalidades, mediante convenios institucionales, apoyo estatal u otras formas de colaboración, crear un fondo de aval o garantía de las emisiones municipales, lo que le imprimiría agilidad, seguridad y circulación a la colocación de los títulos en los mercados bursátiles.

Es importante advertir, que los fondos obtenidos con los bonos sólo podrían destinarse a los fines indicados en la emisión.

Por último, nos consulta si es posible que las sociedades mixtas vendan, arrienden o concesionen las edificaciones o inmuebles surgidas de su actividad.

Como aclaración previa, habría que descartar la hipótesis de la concesión, toda vez que esta figura jurídica administrativa sólo podría ser utilizada por una entidad pública, nacional o local, que sea titular de un servicio o actividad económica, situación en la que no podría encontrarse una sociedad mixta municipal.

En la O.J. 007-98 del 4 de febrero de 1998 indicamos los siguiente:

"De ese modo, de conformidad con el Proyecto en estudio, Correos de Costa Rica S.A., sería una persona de derecho privado, no pudiendo ser considerada como pública, aún cuando el 100% de sus acciones pertenezcan al Estado. En sentido similar se ha manifestado la Sala Constitucional al analizar una sociedad similar como lo es la Compañía Nacional de Fuerza y Luz al indicar:

'...es obvio que la Compañía Nacional de Fuerza y Luz aunque perteneciendo mayoritariamente a una institución pública es ella misma una persona jurídica de derecho privado exactamente igual a todas las demás, de manera que no podría ser considerada como pública ni en razón de su propietaria, ni en razón del interés público que en su actividad involucra' (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto No.73-94)...(16).

NOTA (16): Como puede observarse, para la Sala Constitucional la empresa privada propiedad del Estado no es una empresa pública, ya que sigue un criterio jurídico en su definición. Sin embargo, si aplicamos el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ambas entidades sí serían empresas públicas, ya que la citada ley adopta un criterio económico, fundamentalmente. Sobre este tema ver cita 12.

Al estar en la misma condición las empresas mixtas municipales que Correos de Costa Rica S.A. y la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (personas de derecho privado), no existiría ningún impedimento legal para que pudieran vender o arrendar sus bienes inmuebles.

Ahora bien, al no existir una ley que las excluya expresamente de los procedimientos de contratación administrativa, ni estar en los supuestos del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa, para efectuar las ventas o arrendamientos de sus bienes inmuebles tendrían que ajustarse a los procedimientos que prevé esta ley y su reglamento, salvo que admitiéramos la posibilidad de una empresa mixta municipal con participación minoritaria del ente público - tesis que no compartimos, salvo cuando existe un control de parte del ente público sobre la gestión de la empresa-, en cuyo caso sí estarían excluidas de la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

IV.- CONCLUSIONES.

A.- Las municipalidades están autorizadas a constituir sociedades mixtas, siempre y cuando su condición en ellas sea la de socio mayoritario, es decir, que posean al menos el 51% del capital social, o tengan el control de la gestión, aunque sea un socio minoritario, con lo que se configura una empresa pública de economía mixta.

B.- El objeto de la sociedad no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena.

C.- La entidad tendría que realizar su actividad dentro de los límites del cantón, por lo que no podría crear sucursales, agencias o establecimientos en el territorio de otras municipalidades, con el fin de prestar los servicios o producir los bienes para los munícipes de esas circunscripciones territoriales, salvo que existiera un acuerdo intermunicipal.

D- La iniciativa para constituir una empresa mixta es exclusiva del Alcalde municipal. Al Concejo le corresponde adoptar la decisión o acuerdo, pero para que el mismo sea válido y eficaz, es una conditio sine qua non, que la propuesta surja del Alcalde municipal.

E.- Las municipalidades no podrían dar en garantía los bienes inmuebles que no estén afectos a un fin público para participar en una empresa mixta, porque al hablar el Código de préstamos o arrendamientos, conceptos que jurídicamente tienen un sentido preciso y unívoco, el término garantía no podría incluirse o subsumirse en ninguno de ellos.

F.- No existe ningún impedimento legal para que la empresas mixtas municipales vendan y arrienden sus bienes inmuebles.

G.- La venta y arrendamiento de los bienes inmuebles de las sociedades públicas de economía mixta, tendrían que ajustarse a los procedimientos de contratación que se encuentran en la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

De usted, con toda consideración,

Lic. Fernando Castillo Víquez

Procurador Constitucional

2. Posibilidad de la Municipalidad de Donar Bienes Inmuebles

[Procuraduría General de la República]ⁱⁱⁱ

OJ-081-2000

San José, 9 de agosto de 2000

**Señora
Diputada Sonia Villalobos Barahona
Coordinadora
Subcomisión de Autorizaciones
Asamblea Legislativa
S. D.**

Estimada señora:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, me refiero a su oficio de fecha 31 de junio último, recibido por este Despacho en esa misma fecha, por el cual solicita el criterio de esta Procuraduría, de conformidad con el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de ley "AUTORIZACION A LA MUNICIPALIDAD DE

SANTA ANA A DONAR TERRENO A LA ASOCIACION CLUB DE LEONES DE SANTA ANA", expediente N° 13846.

Sobre el particular me permito manifestarle lo siguiente:

A modo de preámbulo, conviene tener presente que el criterio que se emitirá es estrictamente técnico jurídico, de conformidad con la competencia atribuida a la Procuraduría por su Ley Orgánica, No. 6815, en su artículo 3o. inciso b). De tal modo que no se entra a analizar la conveniencia u oportunidad de la negociación, toda vez que ello compete al plenario de la Asamblea Legislativa en uso de su potestad constitucional de predisposición normativa (legal) y de la propia administración activa, dado que por dicho proyecto se le faculta o autoriza (no siendo imperativo) a celebrar el contrato de donación y será aquella la que tomará la decisión de llevar adelante el negocio jurídico.

Hechas las anteriores referencias, conviene entrar en el examen del citado proyecto de ley.

AUTORIZACIÓN. NATURALEZA DEL CONTRATO Y PARTES.

Autorización: Como se observa, la norma, en este caso especial, resulta ser indispensable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Código Municipal y artículo 69 párrafo 3° de la Ley de Contratación Administrativa, No. 7494 en relación con el artículo 70.2 de su Reglamento General, Decreto Ejecutivo No. 25038-H. De modo que, como se indicó, la disposición resulta ser facultativa y no imperativa para la administración activa, que en el presente caso lo es la Municipalidad de Santa Ana. Con ello se da igualmente cumplimiento al principio de legalidad, que recoge el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública.

Naturaleza del contrato: Como contrato traslativo de dominio, que es el efecto o finalidad primordial a la que se dirige, se adopta o escoge el contrato de donación dado el carácter gratuito del mismo (arts 1404 y 1394 del Código Civil). Cabe advertir como se señaló que este tipo de contratación se regula por la Ley de Contratación Administrativa, arts. 68 y 69 y concretamente por su Reglamento General, toda vez que en su artículo 70 al regular la "enajenación de bienes inmuebles", impone en el aparte 70.2 como "límite" para la enajenación de bienes inmuebles afectos a un fin público, que "si no consta el procedimiento utilizado para la afectación, se requerirá la autorización de la Asamblea Legislativa para su desafectación".

Partes contratantes: En cuanto al donante la representación de la Municipalidad la ejerce el señor Alcalde Municipal previa autorización del Concejo Municipal conforme reza el considerando del presente proyecto de Ley. En cuanto al donatario la personería jurídica de la Asociación Club de Leones de Santa Ana, su inscripción debe constar en la Sección de Asociaciones del Registro Público, siendo su Presidente su representante con facultades de apoderado generalísimo sin limitación de suma.

Objeto del contrato: FINCA NUMERO 226735-000 :

Partido de: San José.

Naturaleza: Terreno destinado a calle, parque y áreas comunales.

Situado en: Distrito 1 Santa Ana, Cantón 9 Santa Ana, San José.

Mide: 11149.39 metros cuadrados.

Plano: SJ-200730-1994 (LOTE: 2674.94 metros cuadrados).

PROPIETARIO: Municipalidad de Santa Ana.

GRAVÁMENES: Reservas y Restricciones.

ANOTACIONES: No hay.

El texto debe corregirse en el sentido de que la donación está referida a un lote que se segregará de la finca descrita y que se ajusta al plano catastrado que se menciona y con la cabida que indica (2674.94 m²) y no como se menciona en el proyecto (2600.94 m²).

Como la naturaleza del inmueble es "terreno destinado a calle, parque y áreas comunales" queda al respecto claramente establecido, que tal bien no constituye lo que la doctrina ⁽¹⁾(MESSINEO, Francesco. MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1954. TOMO II Págs. 302 a 311.) denomina "dominio público necesario", en cuanto deben pertenecer los bienes necesariamente al Estado, esto es que no pueden salir de modo definitivo y deben permanecer bajo el control y dominio permanente del mismo (art. 121 inciso 14 de la Constitución Política); pero sí constituye un bien que es de "dominio público accidental" (art. 70.2 del referido Reglamento General de Contratación Administrativa), por lo cual es preciso que en el texto de ley, además de estipularse la donación del lote este se desafecte del fin público que tiene la finca madre.

Por último dejamos a discreción de los señores Diputados el incluir una disposición que establezca como limitación que el donatario "no podrá traspasar, vender, arrendar ni gravar en ninguna forma el terreno traspasado, durante el plazo de diez años a partir de la formalización de la donación. No obstante, podrá darlo en garantía ante instituciones del Estado, para financiar la construcción de edificaciones que cumplan con los fines de la entidad beneficiaria". Tal norma encuentra sustento jurídico en la disposición general del artículo 292 del Código Civil.

Atentamente,

Lic. Fernando Casafont Odor
Notario del Estado

3. Posibilidad de la Municipalidad de Suscribir Convenios

[Procuraduría General de la República]^{iv}

C-250-2007
25 de julio de 2007

Señor
Bernardo Portugués Calderón
Secretario del Consejo Municipal
Municipalidad de Cartago

Estimado señor:

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, nos referimos a su oficio, sin número, de fecha 28 de junio del 2007, recibido en esta Procuraduría el 3 de julio pasado.

I. Objeto de la consulta

Mediante el oficio reseñado, se transcribe el acuerdo tomado por el Concejo Municipal de la Municipalidad de Cartago en la sesión ordinaria del 19 de junio del año en curso, artículo número 11 del acta número 87-07, mediante el cual plantea la siguiente consulta:

*“ARTÍCULO 11°.- CONSULTA PRESTAMO DE EQUIPO COMPUTO A MUNICIPALIDAD DE ALVARADO. Se conoce informe presentado por el Alcalde Municipal, AM-I-1596-2007, del 14 de junio del 2007, elevado a conocimiento del Consejo Municipal, dictamen rendido por el Jefe del Departamento Jurídico Municipal, en oficio AJM-210-2007, del 8 de junio del 2007, sobre lo acordado por el Consejo en el artículo 8° del acta N° 75-07, del 24 de abril del año en curso, en el cual se conoció oficio AMA-200-4-2007, del 17 de abril del 2007, suscrito por Ángel Raquel López Gómez, Alcalde Municipal del Cantón de Alvarado, solicitando a esta Municipalidad el préstamo de equipos de cómputo, ya que el sistema de informática en la Municipalidad de Alvarado ha colapsado y no hay presupuesto ni financiación disponible para la adquisición de un nuevo equipo. Al respecto, dice el dictamen AJM-210-2007: ... La solicitud de referencia, debe analizarse al amparo de los artículos 1, 2 y 3 del Código Municipal. Estas normas establecen que el municipio son los vecinos que residen en un mismo cantón, promueven y administran sus propios intereses a través del gobierno local, siendo la municipalidad una persona jurídica estatal, con patrimonio propio y personalidad y capacidad para actuar y cumplir sus fines. Tiene además una jurisdicción territorial definida. De conformidad con lo anterior, los recursos de la Municipalidad de Cartago, están en función de los intereses locales. Se incluyen en ese sentido los equipos de cómputo propiedad de la Municipalidad de Cartago, que no podrían ser objeto de préstamo a otra persona que está fuera de la jurisdicción territorial de la Municipalidad de Cartago. En razón de lo expuesto, la solicitud contenida en el artículo 8° del Acta N° 75-07, del 24 de abril del 2007, no procede.- Se discute ampliamente el dictamen referido.- **Se acuerda por unanimidad: Consultar a la Procuraduría General de la República, si una Municipalidad puede formular y celebrar convenios de préstamo de equipo de cómputo en desuso a otra Municipalidad, a la luz de lo dispuesto en los artículos 9 y 62 del Código Municipal(...).**” (Lo resaltado no es del original).*

De conformidad con el acuerdo transcrito, se desprende que el criterio que se solicita se circunscribe a determinar si las corporaciones municipales pueden suscribir o no convenios de préstamo de equipo, de conformidad con las disposiciones del Código Municipal, y si dentro de éstos pueden incluirse préstamos de bienes fuera del ámbito territorial de la Municipalidad.

Se aporta criterio legal emitido mediante oficio número AJM-210-2007 de 8 de junio del 2007, el cual se refiere a la solicitud planteada por la Municipalidad de Alvarado a la municipalidad consultante sobre la posibilidad de que la primera preste equipo de cómputo a la segunda. Dicho oficio rechaza la solicitud indicada, señalando que ésta resulta improcedente por tratarse de un préstamo fuera de la jurisdicción territorial de la Municipalidad de Cartago.

II. Sobre la competencia de las municipalidades para suscribir convenios

Nuestra Constitución Política, en sus artículos 169 y 170, establece el régimen municipal como una modalidad de descentralización territorial, otorgando a las corporaciones municipales un carácter autónomo para la administración de los intereses y servicios locales. Se trata, en los términos de la Sala Constitucional, de *“entidades territoriales de naturaleza corporativa y pública no estatal, dotadas de independencia en materia de gobierno y funcionamiento”* (ver voto número 5445-99).

Respecto a la autonomía con que se ha dotado constitucionalmente a las municipalidades, el alto Tribunal Constitucional ha señalado:

“(...) IV.- AUTONOMÍA MUNICIPAL. Generalidades. Gramaticalmente, es usual que se diga que el término “autonomía”, puede ser definido como “la potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios”. Desde un punto de vista jurídico-doctrinario, esta autonomía debe ser entendida como la capacidad que tienen las Municipalidades de decidir libremente y bajo su propia responsabilidad, todo lo referente a la organización de determinada localidad (el cantón, en nuestro caso). Así, algún sector de la doctrina ha dicho que esa autonomía implica la libre elección de sus propias autoridades; la libre gestión en las materias de su competencia; la creación, recaudación e inversión de sus propios ingresos; y específicamente, se refiere a que abarca una autonomía política, normativa, tributaria y administrativa, definiéndolas, en términos muy generales, de la siguiente manera: autonomía política: como la que da origen al autogobierno, que conlleva la elección de sus autoridades a través de mecanismos de carácter democrático y representativo, tal y como lo señala nuestra Constitución Política en su artículo 169; autonomía normativa: en virtud de la cual las municipalidades tienen la potestad de dictar su propio ordenamiento en las materias de su competencia, potestad que en nuestro país se refiere únicamente a la potestad reglamentaria que regula internamente la organización de la corporación y los servicios que presta (reglamentos autónomos de organización y de servicio); autonomía tributaria: conocida también como potestad impositiva, y se refiere a que la iniciativa para la creación, modificación, extinción o exención de los tributos municipales corresponde a estos entes, potestad sujeta a la aprobación señalada en el artículo 121, inciso 13 de la Constitución Política

cuando así corresponda; y autonomía administrativa: como la potestad que implica no sólo la autonormación, sino también la autoadministración y, por lo tanto, la libertad frente al Estado para la adopción de las decisiones fundamentales del ente. **Nuestra doctrina, por su parte, ha dicho que la Constitución Política (artículo 170) y el Código Municipal (artículo 7 del Código Municipal anterior, y 4 del vigente) no se han limitado a atribuir a las municipalidades de capacidad para gestionar y promover intereses y servicios locales, sino que han dispuesto expresamente que esa gestión municipal es y debe ser autónoma, que se define como libertad frente a los demás entes del Estado para la adopción de sus decisiones fundamentales.** Esta autonomía viene dada en directa relación con el carácter electoral y representativo de su Gobierno (Concejo y Alcalde) que se eligen cada cuatro años, y significa la capacidad de la municipalidad de fijarse sus políticas de acción y de inversión en forma independiente, y más específicamente, frente al Poder Ejecutivo y del partido gobernante. Es la capacidad de fijación de planes y programas del gobierno local, por lo que va unida a la potestad de la municipalidad para dictar su propio presupuesto, expresión de las políticas previamente definidas por el Concejo, capacidad, que a su vez, es política. Esta posición coincide con la mayoritaria de la doctrina, en la que se ha dicho que el rango típico de la autonomía local reside en el hecho de que el órgano fundamental del ente territorial es el pueblo como cuerpo electoral y de que, consiguientemente, de aquél deriva su orientación política-administrativa, no del Estado, sino de la propia comunidad, o sea, de la mayoría electoral de esa misma comunidad, con la consecuencia de que tal orientación política puede diverger de la del Gobierno de la República y aún contrariarla, ahí donde no haya correspondencia de mayorías entre la comunidad estatal y la local; o bien, que la autonomía política es una posición jurídica, que se expresa en la potestad de conducir una línea política propia entendida como posibilidad, en orden a una determinada esfera de intereses y competencias, de establecer una línea propia de acción o un programa propio, con poderes propios y propia responsabilidad acerca de la oportunidad y la utilidad de sus actos.(...)” **(Sala Constitucional. Voto N° 5445-99 de 14 de julio de 1999. El subrayado no es del original).**

De lo indicado, se desprende que constitucionalmente la Municipalidad es una entidad jurídica que goza de plena capacidad para gestionar y promover las actuaciones necesarias para el cumplimiento de sus fines, dado su carácter autónomo. No obstante, su actuación debe sujetarse al ordenamiento jurídico y debe estar en consonancia con la satisfacción de los intereses del cantón.

A nivel legal, el Código Municipal, Ley número 7794 de 30 de abril de 1998, recoge los principios establecidos en los artículos 169 y 170 de la Constitución Política, conceptualizando a la municipalidad como una entidad pública, territorial, autónoma y de base corporativa, siendo elementos propios de la misma la población, el territorio y su respectivo gobierno - artículos 1, 2, 3, y 4 del referido Código-.

En relación, propiamente, con el tema de la competencia de dichas corporaciones para suscribir convenios, debemos remitirnos a lo dispuesto en los artículos 4 inciso f), 9 y 13 inciso e) del Código Municipal, que al efecto disponen:

"Artículo 4.- La municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución Política. Dentro de sus atribuciones se incluyen: (...)

f) Concertar, con personas o entidades nacionales o extranjeras, pactos, convenios o contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (...)".

Artículo 9.- **Las municipalidades podrán pactar entre sí convenios cuyo objeto sea facilitar y posibilitar el cumplimiento de sus objetivos o su administración, a fin de lograr una mayor eficacia y eficiencia en sus acciones.**

Artículo 13.- Son atribuciones del Concejo: (...)

e) Celebrar convenios, comprometer los fondos o bienes y autorizar los egresos de la municipalidad, excepto los gastos fijos y la adquisición de bienes y servicios que estén bajo la competencia del alcalde municipal, según el reglamento que se emita, el cual deberá cumplir con los principios de la Ley de Contratación Administrativa, No. 7494, de 2 de mayo de 1995 y su reglamento. (...)" **(El subrayado no es del original).**

Las normas antes transcritas disponen con claridad que las corporaciones municipales pueden pactar entre sí, o con otras entidades nacionales o extranjeras, convenios o contratos, a efecto de facilitar la consecución, eficiente y eficaz, de sus funciones y objetivos.

En ese sentido, valga mencionar que los convenios entre instituciones, han sido definidos como "... una de las técnicas de carácter bilateral que se emplean para conseguir la coordinación interadministrativa a través de las relaciones de colaboración y cooperación entre distintos sujetos públicos...." (Federico Castillo Blanco, Estudio sobre las Administraciones Públicas, Editorial COMARES, Granada, 1996, p74)^{1[1]}.

Asimismo, la Contraloría General de la República los reconoce como un medio a través del cual una entidad puede suplir necesidades de distinta índole, que de otra forma no pueden ser satisfechas por ella misma. Al respecto, dicho órgano Contralor ha apuntado, refiriéndose a los convenios de cooperación, lo siguiente:

"(...) Los Convenios de Cooperación Interinstitucional son aquellos acuerdos suscritos entre dos o más entes públicos, con miras a lograr una interrelación que se traducirá en última instancia en un mejoramiento en la calidad y eficiencia de la prestación del servicio público, concretizados a través de relaciones de colaboración y cooperación, en la que ambas partes intervienen en una situación de igualdad, puesto que no se justifica una situación de privilegio de una entidad frente a la otra.

En este sentido, las partes deben plantear los objetivos conjuntos como los beneficios que conllevará la suscripción del convenio a favor del interés público, no sin antes señalar el fundamento legal con que cuentan para la formalización del mismo.

Lo anterior, por cuanto si bien es cierto, los convenios de cooperación se encuentran excluidos de observar los procedimientos de contratación administrativa, no implica que las administraciones no deban actuar dentro del marco de su competencia, previa verificación de una norma legal expresa que las autorice para ello, todo de acuerdo con el principio de

^{1[1]} Contraloría General de la República, oficio N° 1175 de 24 de enero del 2006.

legalidad, consagrado en los numerales 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley de Administración Pública....” (Contraloría General de la República, Oficio N° 01655 del 14 de febrero del 2005).

De lo hasta aquí expuesto, es dable afirmar que las municipalidades se encuentran legalmente facultadas para suscribir convenios entre sí, e inclusive a nivel interinstitucional. Convenios que, en muchos casos, responden a relaciones de cooperación.

Ahora bien, habiéndose establecido la posibilidad de suscripción de convenios por parte de las corporaciones municipales, procedemos a referirnos propiamente a lo que es objeto de consulta, sea la viabilidad de suscribir convenios de préstamo de bienes muebles, como es el caso de equipo de cómputo en desuso, entre corporaciones municipales.

III. Sobre el fondo

Tal y como se indicó en líneas que preceden, los artículos 4 inciso f), 9 y 13 inciso e) del Código Municipal dejan claramente establecida la posibilidad de las corporaciones municipales de suscribir convenios entre sí, a efecto de facilitar la consecución de sus intereses.

En ese sentido, el artículo 62 del Código Municipal establece expresamente la facultad de las municipalidades de disponer de su patrimonio a través de la celebración de toda clase de actos o contratos permitidos por este Código y la Ley de Contratación Administrativa. Señala el referido numeral lo siguiente:

“Artículo 62. La municipalidad podrá usar o disponer de su patrimonio mediante toda clase de actos o contratos permitidos por este código y la Ley de Contratación Administrativa, que sean idóneos para el cumplimiento de sus fines.

*Las donaciones de cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles, así como la extensión de garantías a favor de otras personas, solo serán posibles cuando las autorice expresamente una ley especial. **Podrán darse préstamos o arrendamientos de los recursos mencionados, siempre que exista el convenio o el contrato que respalde los intereses municipales (...)**”.* (El subrayado no es del original).

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 62 antes transcrito, es claro que las municipalidades pueden disponer de su patrimonio, mediante actos o contratos autorizados por el Código Municipal y Ley de Contratación Administrativa, y siempre que sean considerados idóneos para el cumplimiento de sus fines, encontrándose dentro de tales actos el de préstamo o arrendamiento en los que debe mediar, para que exista, un convenio o contrato.

En ese sentido, el equipo de cómputo propiedad de la municipalidad debe considerarse como bienes muebles que forman parte de su patrimonio, y como tales, pueden ser objeto de disposición por la corporación municipal mediante la suscripción de contratos de préstamo.

Dichos bienes deberán estar debidamente registrados e inventariados por parte de la corporación municipal, incluyendo aquellos que sean declarados en desuso. Al respecto, cabe indicar, que tal termino refiere, precisamente, a equipo que no se encuentra en uso (para efectos ilustrativos, referimos a la definición establecida en Reglamento para el Registro y Control de Bienes de la Administración Central Decreto Ejecutivo 30720 del 26 de agosto de 2002, que se señala: “*Desuso: falta de uso*”), de manera que disponer de éstos, en modo alguno, conlleva la desmejora del servicio público.

Ahora bien, a pesar de que la normativa general, a la que se ha hecho referencia anteriormente, permite la suscripción de convenios de préstamo, es necesario analizar el caso de la Municipalidad consultante, toda vez que ésta emitió un reglamento que regula expresamente el préstamo de sus bienes.

En ese sentido, mediante acuerdo del Consejo Municipal de la consultante, tomado en la sesión ordinaria celebrada el día 12 del abril del 2005, artículo número 30, consignado en el acta número 209, se aprobó el Reglamento denominado “*Reglamento para el préstamo y uso de bienes propiedad de la Municipalidad del Cantón Central de Cartago para Usos Particulares*”, normativa que regula la posibilidad de esa corporación de dar en préstamo bienes de su patrimonio a particulares (artículo 3), organizaciones comunales, instituciones públicas o privadas (artículo 4 en relación al numeral 15) siempre y cuando ese acto no conlleve la desmejora del servicio público que realiza, y siempre que dicha actuación se formalice mediante un convenio o contrato que respalde los intereses municipales.

De la lectura del articulado de dicho reglamento, es dable afirmar, que el préstamo en él previsto fue sujetado por parte de las autoridades de esa Municipalidad, a que éste se realice dentro del territorio de su jurisdicción.

Esta afirmación se funda en los artículos 1, 4, y 16 del reglamento de comentario, los cuales refieren a que cuando los particulares, o entidades previstas en el reglamento, necesiten realizar actividades de interés público que requieren el uso de implementos municipales, **dentro del cantón central de Cartago o de un distrito**, podrán realizar la solicitud respectiva, siguiendo el procedimiento previsto en la regulación citada.

Esta delimitación espacial restringe la posibilidad de suscripción de convenios o contratos de préstamo, cuando los bienes objeto de tales contratos, propiedad de la Municipalidad de Cartago, deban desplazarse fuera de su circunscripción territorial. De suerte que, tal situación imposibilita la suscripción de esos, quedando vedada la posibilidad de esa corporación de disponer de sus bienes muebles más allá de sus propios límites territoriales.

No esta de más indicar, que el Reglamento de cita, al tratarse de una norma validamente emitida y vigente, resulta de plena aplicación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley General de la Administración Pública, de suerte que, esa corporación municipal, no puede derogarlo ni desaplicarlo para casos concretos^{2[2]}.

^{2[2]} Sobre el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, contenido en el artículo 13 de la LGAP, este órgano Asesor ha indicado: “(...) En lo referente al principio de inderogabilidad singular del

De conformidad con lo indicado, y en vista de la regulación especial que posee la Municipalidad de Cartago para la disposición de bienes muebles de su propiedad, es dable concluir que no es posible que esa corporación municipal suscriba un convenio o contrato de préstamo de bienes con otra municipalidad.

IV. Conclusión

De conformidad con las anteriores consideraciones este Órgano Asesor Consultivo concluye que, en atención a lo dispuesto en los artículos 9 y 62 del Código Municipal, es posible que las municipalidades realicen convenios entre sí, para el préstamo de bienes muebles.

Sin embargo, en el caso de la Municipalidad consultante el “Reglamento para el préstamo y uso de bienes propiedad de la Municipalidad del Cantón Central de Cartago para Usos Particulares”, circunscribe el préstamo a actividades que se realicen dentro del cantón, lo que le imposibilita la realización de convenios de préstamos de bienes de su propiedad con otras municipalidades.

De usted, atentamente;

Sandra Sánchez Hernández

Procuradora Adjunta

María del Rosario León Yannarella

Abogada de Procuraduría

reglamento, el cual se encuentra regulado en el numeral 13 de la Ley General de la Administración Pública cuando dispone que la Administración está sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al Derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos, es necesario referirnos a algunas aristas. Este principio, según la doctrina, establece que una norma no puede desaplicarse para un caso concreto. Siguiendo a GARCÍA ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ el fundamento de este principio no es político, concretamente: el principio de igualdad, tal y como algunos lo afirman, pues consideran que este caso se vulnera, en forma grave y evidente, el principio de igualdad. Más bien, tiene un fundamento jurídico en el principio de legalidad, ya que si el ordenamiento jurídico no autoriza a la Administración Pública a desaplicar una norma reglamentaria a un caso concreto, de actuarse en tal sentido, se quebranta este presupuesto esencial del Estado social y democrático de Derecho (Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y otro. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid, Editorial Civitas, reimpresión a la 3º edición, 1980, págs. 183-186). Según la Sala Constitucional, en la opinión consultiva n.º 2009-95, este principio tiene rango constitucional, y no solamente está referido a las normas reglamentarias, sino a todas aquellas que forman parte del ordenamiento jurídico, es por tal motivo de que se habla de la inderogabilidad singular de la norma(...)."

Dictamen número C-304-2006 de 1 de agosto del 2006.

4. Posibilidad de la Municipalidad de Donar un Bien Inmueble y de Recuperarlo en Caso de se Disuelve la Persona Jurídica a la que se Dono

[Procuraduría General de la República]^v

OJ-096-2007

26 de septiembre 2007

Señor

Gilberto Jérez Rojas

Diputado

Asamblea Legislativa

S. D.

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, me refiero a su oficio No. DGR-471-2007 de 05 de setiembre de este año mediante el que plantea dos interrogantes, no sin antes aclarar que el criterio que de seguido se expone, es una mera opinión jurídica y, por ende, no tiene ningún efecto vinculante para la Asamblea Legislativa por no ser Administración Pública. Se hace como una colaboración en la importante labor que desempeña el diputado.

Consulta usted lo siguiente:

“1) En los proyectos de ley tendientes a que instituciones públicas –llámase ministerios, instituciones autónomas o semiautónomas, así como municipalidades, DONEN BIENES DE SU PROPIEDAD A ENTIDADES PRIVADAS (asociaciones, fundaciones, entre otras), ¿puede incorporarse una disposición tendiente a que el bien retorne al dominio de la entidad pública donante en caso de que la asociación o fundación que lo recibió se disuelva?.

La doctrina^{3[1]} define la donación “*doni datio*” como un acto de liberalidad mediante la que una persona (física o jurídica) traspasa a otra, gratuitamente, la propiedad de una cosa mediante un contrato que requiere para su perfección del consentimiento o aceptación de la contraparte (donatario). Según Luis Díez Picazo^{4[2]}, la donación es un acto de liberalidad en virtud del “*animus donandi*” o ánimo liberal, que no es otra cosa que el consentimiento que se exige para todo negocio jurídico; con independencia de cuáles fueron los motivos internos que hubieran podido mover al agente.

En nuestro ordenamiento jurídico esa figura contractual se encuentra regulada en el Código Civil, artículos 1393 al 1408, y precisamente el artículo 1395, in fine, prohíbe que en la donación se estipulen cláusulas de reversión en las que, ante el cumplimiento de una condición o de un plazo, los bienes retornen al donante. Así lo establece expresamente el citado numeral al disponer que: “*No puede hacerse donación con cláusulas de reversión o de sustitución*”.

En lo que atañe al asunto, el reconocido jurista nacional Alberto Brenes Córdoba⁵[3] señaló: *“La merced que se otorga por medio de la donación es en principio, irrevocable; y el traslado de la propiedad tiene lugar de manera definitiva desde el momento del convenio, como en la compraventa o en cualquier otro modo contractual de adquirir. Por eso, es contrario al espíritu de la institución, que el donante se reserve el derecho de recobrar el dominio de lo donado, a la muerte del donatario; forma limitada de donar que en derecho se conoce con el nombre de reversión, prohibida de modo expreso por nuestra ley, al igual que la cláusula sustitutoria por la que se disponga que el agraciado, a su fallecimiento, transmita el objeto a determinada persona; pues que todos esos modos irregulares de instituir, entran en la movilización de la propiedad, con perjuicio del interés común.”*

No obstante la existencia de esa norma legal que rige primordialmente las relaciones contractuales privadas, en tratándose de fondos públicos, definición en la que están comprendidos los bienes públicos, conforme al artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (No. 7428 de 07 de setiembre de 1994), es totalmente viable que el legislador, mediante norma especial prevaleciente ante la norma general del Código Civil⁶[4], establezca cláusulas de reversión como la indicada, a fin de que, en caso de disolución del ente privado (donatario), el bien retorne a la entidad pública donante; ello, naturalmente, con ocasión de la especial tutela que revisten los fondos públicos.

Lo anterior asegura por otra parte, que de no cumplirse o continuarse con el fin altruista que motivó la donación del bien, por disolución de la donataria, éste no pase a intereses particulares en detrimento de los de la colectividad.

2.- De ser afirmativa la anterior respuesta: en el caso específico de donaciones provenientes de los Gobiernos Locales, las cuáles deben obedecer a un Acuerdo emitido por el Concejo Municipal y en donde el papel de la Asamblea Legislativa consiste en dar su autorización: ¿pueden los diputados incluir una disposición en el sentido descrito en la pregunta No. 1 o esta clase de normativa solo puede devenir del propio Concejo Municipal?.

De conformidad con lo establecido en los artículos 121 inciso 14 de la Constitución Política, 62 del Código Municipal y 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, resulta evidente que para que el ente municipal pueda donar cualquier tipo de recursos o bienes inmuebles requiere de una ley especial que expresamente le autorice a ello. Ley que, ha indicado reiteradamente esta Procuraduría, es de carácter dispositivo y no imperativo en tanto que para la materialización del negocio jurídico no basta la autorización legislativa sino que se requiere además de la aprobación del ente público. Así se ha señalado que:

“... es importante recordar que las leyes dictadas por la Asamblea Legislativa mediante las que autoriza a las instituciones públicas a traspasar sus bienes carecen de efectividad por sí mismas, es decir, además de su emisión, se requiere la concurrencia de un acuerdo de la Institución respectiva aprobatorio del traspaso y en el que se autorice a su representante legal

a suscribir la escritura pública correspondiente” (Dictamen C-208-96 de 23 de setiembre de 1996).

Así las cosas, nos hemos pronunciado en el sentido de que la toma de dicho acuerdo compete por entero al ente público, el cual resuelve libremente si lo adopta o no (OJ-081-98 de 28 de setiembre de 1998).

(...)

Bajo esa línea de pensamiento, puede afirmarse que, en el supuesto bajo examen, tal autorización tiene como básico efecto permitir que se realice un determinado acto que, de otra forma, resultaría contrario al ordenamiento jurídico, en virtud del ya citado principio de legalidad. Bajo esa óptica, la autorización parece venir ligada a una prohibición preexistente que se levanta justamente con motivo de la autorización que concede la norma legal”. (C-052-2007 de 22 de febrero del 2007).

Ahora bien, esa aprobación por parte del ente público, que en el caso de las municipalidades se concretiza en el acuerdo del Concejo Municipal, debe ajustarse a los presupuestos establecidos en la ley autorizante, en virtud del principio de legalidad que rige sus actuaciones; por ende, sólo en tanto ahí se establezcan podría aquél imponer limitaciones o restricciones a la libre disposición del bien donado.

Aunado a ello, en virtud de existir en el ordenamiento jurídico (Código Civil) disposición que expresamente prohíbe realizar donaciones que contengan cláusulas de reversión, únicamente mediante una norma legal se podrían establecer disposiciones de esa índole, atribución que de toda suerte es inherente y exclusiva del Poder Legislativo.

Atentamente,

Licda. Ana Milena Alvarado Marín

Notaria del Estado

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL 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. CIJUL 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 CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL 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.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7794 del treinta de abril de 1998. **Código Municipal**. Vigente desde: 18/05/1998. Versión de la norma 20 de 20 del 03/07/2013. Datos de la Publicación: Gaceta N° 94 del 18/05/1998.

ⁱⁱ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica: 103 – J del 31/08/1999.

ⁱⁱⁱ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica: 081 – J del 09/08/2000.

^{iv} PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: 250 del 25/07/2007.

^v PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica: 096 – J del 26/09/2007.