



26 de abril del 2011

DAJ-320-2011

MBA

José Manuel Ulate Avendaño.

ALCALDE MUNICIPAL

Estimado señor:

En atención a su nota sin número de oficio por la cual se adjunta el Dictamen de la Procuraduría General de la República C-64-2011 del 15 de marzo del 2011, con relación a cual órgano de la Municipalidad le corresponde autorizar la explotación de patentes de licores en locales comerciales declarados de interés turístico, al respecto le informo:

Mediante el Dictamen Jurídico C-64-2011, el Órgano Asesor del Estado brinda respuesta a la consulta realizada por la Municipalidad con relación a sí corresponde al Alcalde o al Concejo Municipal, como competencia residual, autorizar discrecionalmente la explotación de una licencia de licores en negocios comerciales declarados de interés turístico por el Instituto Costarricense de Turismo, con el fin de obviar la aplicación de horarios o distancias.

En su primer punto el referido dictamen trae a colación los criterios emitidos por esta Dirección con relación al tema de consulta. Se destaca, que por medio del oficio DAJ-489-09 esta oficina indicó, que con base en el artículo 2 de la Ley Nº 7633, Regulación de Horarios de Funcionamiento en Expendios de Bebidas Alcohólicas y el Decreto Ejecutivo Nº 17757-G Reglamento a la Ley Sobre Venta de Licores, compete al Concejo Municipal valorar la conveniencia de otorgar la licencia para la categorización "F" al negocio que obtenga la declaratoria de interés turístico, esto por tratarse de materias de orden público y ser una competencia residual que se le atribuye al órgano pluralista. Por otro lado se subrayó, que mediante oficio DAJ-399-10 esta Dirección señaló que, el artículo 17 del Código Municipal no atribuye esa labor discrecional a la figura del Alcalde Municipal, sino que la misma corresponde a una competencia residual del Concejo Municipal. Por medio de dicho oficio también se citó la resolución 282-2008 del Tribunal Contencioso Administrativo en la cual se señala, que corresponden al Concejo Municipal, las competencias que expresamente no han sido conferidas a la Alcaldía.

Municipalidad de Heredia

Avenida Central, Calle 0-1. Heredia

Teléfonos: (506) 2277-1401 Ext. 453 – 458 - 483 | Fax: 2261-6067

legal@heredia.go.cr

www.heredia.go.cr



De manera, que para dilucidar el tema en cuestión ese Órgano Asesor se avoca a analizar dos aspectos fundamentales 1) Las atribuciones del Alcalde y del Concejo Municipal frente a competencias residuales y 2) La competencia municipal en materia de otorgamiento de licencias de licores en negocios declarados de interés turístico.

Acerca de las atribuciones del Alcalde y del Concejo Municipal frente a competencias residuales

Al respecto la Procuraduría señala, que de conformidad con el numeral 169 de la Constitución Política, la administración y dirección superior de las Municipalidades corresponde a un cuerpo deliberante integrado por los regidores de elección municipal y por un funcionario ejecutivo. Informa, que según el artículo 12 del Código Municipal, el Concejo Municipal es el órgano deliberativo del gobierno municipal al cual se le atribuyen funciones como fijar las políticas y las prioridades del desarrollo municipal, acordar lo relativo a materia presupuestaria, aprobar las contribuciones, tasas y precios de los servicios municipales, dictar los reglamentos municipales y organizar la prestación de los servicios municipales, entre otras más. Acerca de la figura del Alcalde lo define como el funcionario ejecutivo de la organización municipal, al cual se le atribuyen:

“(...) funciones inherentes a la condición de administrador general y jefe de las dependencias municipales, vigilando la organización, el funcionamiento, la coordinación y el fiel cumplimiento de los acuerdos municipales, leyes y reglamentos en general, los cuales deberá sancionar y promulgar al igual que las resoluciones que el Concejo Municipal adopte.” (El subrayado no corresponde al original)

De las funciones atribuidas al Concejo Municipal (Art. 13 C.M) y al Alcalde (Art. 17 C.M) la Procuraduría concluye, que cada órgano está claramente diferenciado con las funciones y relaciones que establece la ley. El Concejo Municipal resulta ser el órgano deliberativo municipal y el Alcalde es el órgano ejecutivo de los acuerdos municipales por lo cual le corresponde el buen funcionamiento del Municipio. (Dictamen C-180-2010 del 23 de agosto de 2010).

Ahora bien respecto de las funciones que no han sido atribuidas de forma expresa a ninguno de los órganos mencionados, como el otorgamiento de patentes de licores a



comercios declarados de interés público, con el propósito de obviar la aplicación de horarios y distancias, el Órgano Asesor cita la sentencia N° 3683-1994 de la Sala Constitucional. En dicho voto se establece, que las potestades residuales entendidas estas como aquellas que no han sido atribuidas de manera expresa a un órgano específico **“(...) le corresponde ejercerlas siempre y sin excepción al jerarca, entendiéndose por tal en el sistema democrático al órgano de mayor representación democrática y pluralista”**. De esta forma en el caso del Estado le corresponde a la Asamblea Legislativa asumir las competencias residuales y con respecto a las Municipalidades ese tipo de competencias le corresponden al Concejo Municipal, como máximo órgano de representación popular.

No obstante lo anterior, debe tomarse en cuenta que a la luz del marco jurídico vigente el Concejo Municipal no puede considerarse como el órgano de mayor jerarquía municipal. Con la promulgación del Código Procesal Contencioso Administrativo Ley N°8508, el régimen recursivo municipal fue modificado, con lo cual tanto los recursos contra las decisiones del Alcalde como las del Concejo Municipal los resuelve el Tribunal Contencioso Administrativo como jerarca impropio de la Administración. Por lo que, si se toma en cuenta que el jerarca de una institución es quien ejerce la máxima autoridad en dicho ente (DI-CR-234 Contraloría General de la República), el Concejo Municipal dejó de ser el superior jerárquico del Municipio. En la actualidad se considera, que tanto el Alcalde como el Concejo Municipal **tienen la potestad de mando y resuelven de forma definitiva, los asuntos propios de su competencia (...) Así las cosas, resulta palmario que el superior jerárquico del ente territorial es el gobierno local, conformado por el Alcalde y el Concejo, siendo que cada uno de estos órgano (sic) detenta la jerarquía respecto de la materia propia de su competencia** (Dictamen C-235-2010).

En este mismo sentido la Sala I mediante la sentencia N°776-C-S1-2008 ha establecido, que considerando el contexto actual de las municipalidades, estas poseen:



"(...) un régimen bifronte compuesto por dos centros jerárquicos de autoridad, los que, por disposición expresa del artículo 169 de la Constitución Política y 3 y 12 del Código Municipal, conforman el Gobierno Municipal (jerarquía superior) de las Corporaciones Municipales."

Lo anterior quiere decir que tanto el Concejo Municipal como el Alcalde poseen el mismo rango jerárquico por lo que sus relaciones no son de subordinación sino de coordinación administrativa. Por lo tanto no podría aplicarse el criterio de la jerarquía institucional para establecer a cual órgano le corresponde la competencia residual de estudio. Por esta razón el Órgano Asesor se avoca al análisis de otros parámetros jurídicos.

La competencia municipal en materia de otorgamiento de licencias de licores en negocios declarados de interés turístico

Al no determinarse la prevalencia de un órgano municipal sobre otro para establecer a cual corresponde la competencia residual de consulta, la Procuraduría se dedica a analizar la competencia que tienen los ayuntamientos para el otorgamiento de patentes de licores a comercios declarados de interés público.

Señala, que el artículo 2 de la Ley de Regulación de Horarios de Funcionamiento en Expendios de Bebidas Alcohólicas, N° 7633, establece las categorías de los negocios que de una u otra forma expenden bebidas alcohólicas al públicos, esto con el propósito de fijar los horarios de venta, para el tema de interés la categoría F establece:

"Categoría F: Establecimientos de las categorías A, B y C, declarados de interés turístico en los que se expendan, al detalle, bebidas alcohólicas para ser consumidas allí mismo, que reúnan los requisitos indicados por el Instituto Costarricense de Turismo. Las licencias para esta categoría serán adjudicadas por la respectiva municipalidad, previa aprobación de este Instituto. A esta categoría no se aplica restricción alguna en el horario para vender bebidas alcohólicas. En ningún caso podrá otorgarse esta licencia a hoteles sin registro de huéspedes."

Por otro lado el artículo 9, inciso h) del Reglamento a la Ley sobre la Venta de Licores, Decreto Ejecutivo N° 17757, indica:



“h) **Los restaurantes, hoteles y pensiones declarados de interés turístico por el Instituto Costarricense de turismo, no estarán sujetos a límite de distancia alguno.**

Sin embargo, si la venta de licores llegare en algún momento a ser actividad principal y no secundaria la municipalidad deberá suspender la venta de licores en aquel local.” (El resaltado no corresponde al original)

De acuerdo a la normativa apuntada se indica en el dictamen de informe, que los locales comerciales ubicados en las categorías A, B, y C y que cuenten con la declaratoria de interés turístico por parte del ICT, pueden solicitar el cambio de categorización al de tipo “F” con lo que estarían exentas de cumplir la regulación horaria y conforme en el inciso H transcrito no estarían sujetos a las limitaciones de distancia. Ahora bien, el artículo 4 del Reglamento sobre el Horario y Permanencia de Menores en Expendios de Licores, establece que corresponde a la Municipalidad de cada cantón otorgar las categorías a los establecimientos comerciales que pretendan vender ese tipo de bebidas. Para la Procuraduría es claro hasta este punto, que corresponde a las Municipalidades la categorización de los distintos negocios que expenden bebidas alcohólicas, así como otorgar las patentes a aquellos que han sido declarados de interés turístico.

Ahora bien respecto a cuál de los órganos internos de las municipalidades corresponde la anterior prerrogativa en el informe de resumen se hace alusión al dictamen C028-2011 de ese mismo ente público, que entre otras cosas señaló:

“(…) las competencias de mera y simple ejecución de la Ley, competencias regladas por excelencia, pertenecen, como regla general, al ejecutivo.

Ergo, pertenece al ámbito del alcalde la competencia para otorgar patentes de licores. (…)

Siendo, pues, una potestad de mera ejecución, resulta de suyo que sea competencia inherente del alcalde. Quedan a salvo, sin embargo, las disposiciones de la Ley de Licores – específicamente sus numerales 11 y 12 - que autorizan a las Municipalidades para establecer el número de patentes que se pueden rematar en un determinado cantón. Esta competencia, dado su contenido discrecional, pertenece al Concejo Municipal.”

Por lo anterior se estima, que en materia de patentes lo que implique una valoración discrecional corresponde al Concejo Municipal. En consecuencia considera la



Procuraduría que el presupuesto de la discrecionalidad toma especial relevancia, ya que como se dijo en líneas, precedentes no se puede acudir al criterio de jerarquía para la asignación de esas competencias. El otorgamiento de una patente de licores para negocios de categoría "F", implica una serie de valoraciones que sin duda deben ponderarse en forma discrecional por el órgano de mayor representatividad del ente municipal, pues ello conlleva la excepción a las limitaciones de horario y distancias impuestas por la ley. Sobre el particular la Procuraduría se ha pronunciado previamente mediante el dictamen C-028-2010, en el cual se indicó:

"(...) corresponden además al Concejo Municipal todas aquellas competencias administrativas que exijan la ponderación de elementos, no solamente técnicos y jurídicos, sino también de cuestiones de interés general, que pueden ser de índole político, social, económico, cultural o ambiental. Por supuesto, siempre y cuando la Ley no determine expresamente cuál órgano del gobierno municipal es el competente."

En razón de que la decisión que se tome, al ponderar los elementos enunciados puede afectar el interés público o derechos los particulares, tal atribución discrecional debe corresponder al Concejo Municipal por su naturaleza deliberativa y representativa. Indica ese Órgano Asesor, que la discrecionalidad municipal también debe entenderse en el sentido de que la sola declaración de interés turístico no obliga al ente municipal a otorgar la patente que se le solicite. Esto ha sido confirmado por la Sala Constitucional en su voto N°6469-97:

"(...) La calificación del interés turístico, le corresponde al Instituto Costarricense de Turismo, pero su opinión, no puede ser vinculante para la municipalidad, que podrá o no dar la licencia especial, pero en todo caso, mediante un acto motivado."

(...) debe interpretarse que la mención que se hace en el sentido de que la municipalidad adjudicará la licencia previa aprobación del Instituto Costarricense de Turismo no implica otorgar una nueva patente, sino permitir que la ya otorgada a esos establecimientos les faculte para expender licores sin restricción de horario (...)"

Como puede observarse el criterio de la Sala Constitucional refuerza la discrecionalidad de la Municipalidad en la adjudicación de una patente de la categoría "F"



a tal punto, que el ente municipal no se encuentra obligado a otorgarla con el sólo hecho de que el local solicitante cuente con la declaratoria de interés turístico.

Por todo lo expuesto en el dictamen se concluye, que la autorización de la explotación de una licencia de licores en un negocio declarado de interés turístico corresponde al Concejo Municipal, esto por tratarse de una competencia residual y discrecional, que como órgano de mayor representatividad y pluralismo democrático le corresponde asumir.

Consideraciones especiales.

A fin de que a futuro el otorgamiento de tales autorizaciones se lleve a cabo de la manera más óptima se recomienda, que tanto el Departamento de Rentas y Cobranzas como dependencia administrativa implicada en el trámite del procedimiento, así como el Concejo Municipal tomen en cuenta las siguientes consideraciones:

1. Los establecimientos de las categorías A, B, y C que pretendan un cambio de categoría hacia la tipo "F", deberán contar de previo con una patente de venta de licores y con la autorización de interés turístico otorgada por el Instituto Costarricense de Turismo.
2. La categorización a tipo "F" no representa el otorgamiento de una nueva patente para la venta de licores sino que más bien constituye una autorización para que se expendan ese tipo de bebidas fuera de los horarios de restricción que establece la ley. Por disposición de ley esta licencia no puede otorgarse a hoteles sin registro de huéspedes.
3. La excepción a la limitación de distancia, se regula una tanto distinto a la excepción horaria. Para la implementación de la primera no se requiere el cambio de categoría, pero sí la declaratoria de interés turístico y el acuerdo del Concejo Municipal que autorice el otorgamiento de la licencia.
4. Para conceder dicha licencia el Concejo Municipal debe tomar en cuenta no sólo aspectos de naturaleza técnica sino que también aspectos sociales, económicos, culturales y ambientales.



5. La sola declaración de interés turístico no obliga al Concejo Municipal a otorgar las licencias que le soliciten, ya que esto es un acto discrecional del Órgano Colegiado. Por último es necesario que se traslade este informe, así como el dictamen de la Procuraduría (el cual es de acatamiento vinculante) al Concejo Municipal para su conocimiento.
Cordialmente.

Licda. María Isabel Sáenz Soto, Msc.
Directora de Asuntos Jurídicos

CC/ Lic. Francisco Sánchez Gómez, Director Financiero Administrativo.
Licda. Hellen Bonilla Gutiérrez, Jefa del Departamento de Rentas y Cobranzas
Archivo