

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO TURÍSTICO

LIC. JOAQUÍN VILLALOBOS SOTO
Especialista en Derecho Público.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la actividad turística le ha dado a la regulación de la materia renovada actualidad, en particular al llamado "**CONTRATO TURÍSTICO**", pues su uso se ha incrementado notablemente, así las cosas, se han presentado algunos litigios en los que se ha cuestionado la verdadera aplicación de este último instrumento y su debida interpretación, incluyendo la reforma del mismo por parte del poder ejecutivo a través de los reglamentos de su aplicación.

Este estudio en particular se refiere a un conflicto entre una empresa de transporte aéreo internacional de pasajeros que suscribió dicho tipo de documento, y que posteriormente planteó litis a raíz de un cambio en el precio del combustible para sus operaciones, amparándose tanto ella, como el Estado en su oposición, en cuál debía ser la aplicación del llamado "**CONTRATO TURÍSTICO**", en consecuencia se previene al lector que a través del

artículo se remitirá, como medio de ejemplo y de análisis, a tal conflicto. Se plantea la cuestión en cuanto a los derechos que las partes devengan de la firma de éste; empezando por cuestionar si es o no un contrato como se le denomina, o si estamos ante otra figura, y, en tal caso, ello determine las consecuencias legales y jurídicas que cada una puede esperar o reclamar de la otra. En otras palabras, se centra la cuestión en primer término sobre la naturaleza de la relación jurídica del convenio que suscribieron, denominado "contrato"; una vez definida tal cuestión se discute sobre los derechos que resulten para ambas de tal naturaleza, la extensión y límite de las obligaciones que devienen de tal negocio jurídico para cada parte, y, con base en ello, determinar si procede la reforma al reglamento cuestionado, y si procede su aplicación a la relación entre las partes; tal es en esencia la cuestión jurídica planteada, y sobre la que el presente artículo propone una solución.

CAPÍTULO I: SOBRE EL MARCO NORMATIVO

Para determinar en primer lugar el tipo de relaciones que existen entre las partes, y en particular si hay un contrato, y de qué tipo, se debe en primer lugar considerar la normativa

que le da fundamento, cual es en estos casos la LEY DE INCENTIVOS PARA EL DESARROLLO TURÍSTICO, número 6990 del quince de julio de mil novecientos ochenta y cinco, indi-

cándose normalmente que su contenido es parte del contexto de la relación, junto con su Reglamento, por Decreto Ejecutivo N° 16605-H de octubre de mil novecientos ochenta y cinco. El artículo 2 de la ley establece que la misma tiene por objeto establecer un proceso acelerado y racional de desarrollo de la actividad turística, se establece así el marco de referencia básica del programa que propone la ley, o sea para obtener un proceso de desarrollo de la actividad de turismo más o menos controlado o promovido por el Estado se otorgarán incentivos y beneficios que estimulen la realización de proyectos importantes, en lo que interesa a la litis es de interés tener presente la noción de incentivos y beneficios a modo de estímulo, sea que ellos serán una razón de peso para que una empresa se comprometa en un proyecto turístico, en virtud de las ventajas que tales incentivos le representan sobre otras empresas en otros campos. El artículo 4 por su parte establece que los incentivos que la ley comprende serán otorgados por el Instituto Costarricense de Turismo, mediante un "Contrato Turístico", previa aprobación de la Comisión Reguladora de Turismo que nombrará la Presidencia de la República, además de establecer cómo se conformará ésta, indica que dicho contrato incluirá tanto los beneficios como las obligaciones y garantías que en cada caso corresponderá exigir al solicitante, interesa en particular este artículo porque inicia la mención del discutido contrato, en primer término, y en segundo lugar establece una función para la Comisión Reguladora de Turismo, además de la existencia de la misma. Al efecto conviene considerar en particular que la norma refiere someramente a un "Contrato Turístico", que deberá incluir los beneficios que el Estado otorga, no indica nada más sobre su naturaleza o tipo de clasificación, además sobre la comisión dicha establece su integración y autoridad que la nombra, y que será la que aprobará la contratación, solamente. El artículo 7 por su parte establece la lista de beneficios que la misma ley reconoce a los que califiquen, pudiendo otorgarse según el tipo de actividad concreta, en forma total o parcial. Llama la atención al inciso "B)" en que se establece que para las

empresas de transporte aéreo de turistas internacionales y nacionales habrá: "i) exención total del impuesto sobre la renta hasta por un período de doce años a las empresas nuevas y a las que estén en operación. ii) Depreciación acelerada de los bienes... iii) Suministro de combustible a un precio competitivo no mayor al promedio establecido en el mercado internacional... iv) Exoneración de todo tributo y sobretasa para la importación y compra de local, de los repuestos...", en este campo conviene observar, que en cuanto al suministro de combustible se establece una noción general de "precio competitivo no mayor al promedio establecido en el mercado internacional", sin establecer la forma de calcular dicho precio, pero dejando clara la noción de facilitar un costo menor, teniendo como referencia que no será mayor al del mercado internacional. Y el artículo 13 establece que la falta de cumplimiento en el nivel de calidad y precios, de los servicios correspondientes a la categoría concedida por el Instituto de Turismo, dará derecho a éste a cancelar los beneficios e incentivos otorgados con las consecuentes implicaciones legales; hay así una obligación de parte del administrado a cumplir con los términos que el Instituto le establece a efecto de continuar disfrutando los incentivos otorgados; se plantean de la lectura de la ley ciertas conclusiones prima facie: se establece un "Contrato Turístico", sin especificar su naturaleza o características particulares, una Comisión Reguladora de Turismo con la función de calificar a las empresas interesadas en el contrato, sin dar más detalles de sus funciones; que al suscribir el contrato el administrado contraerá el compromiso de cumplir una serie de obligaciones, como requisitos de calidad en los servicios y precios ofrecidos a los turistas, impuestos por el Instituto de Turismo, no por la Comisión; y a su vez el Estado, como concepto general de Gobierno de la República, no el Instituto, se compromete a reconocer los incentivos, entre los que se encuentran la exención de impuesto sobre la renta hasta por doce años, exención de otros tributos en importación de bienes o compra de locales, depreciación acelerada de los bienes, lo que también es un tipo de exención tributaria en virtud de que ello

establece un monto menor en el pago de tributos sobre el valor de las cosas; y el suministro de combustible a un precio competitivo en abstracto.

Este último aspecto requiere cierto análisis, ¿competitivo para quién o respecto de quién?, se debe entender en el sentido de que sea un precio que en sí mismo compita con otros precios, lo cual ocurre cuando es relativamente más bajo que otros, de manera que los compradores lo prefieran para su mejor provecho o ganancia; ahora bien, al establecer que no debe ser mayor que el del mercado internacional se implican dos conceptos, que la competitividad debe ser con precios de dicho mercado y no respecto del nacional, y, en segundo lugar, que tal costo o valor no debe estar en el nivel más alto, y, sobre todo no debe ser superior respecto de los otros; si se quiere hay reiteración de la idea.

Por su parte, el reglamento a la ley establece en su artículo 1 una serie de definiciones de los términos empleados en el resto del cuerpo normativo, así en el inciso b), se establece: "Contrato Turístico: es el convenio suscrito entre el Instituto Costarricense de Turismo y la empresa respectiva", debe notarse que se refiere a la palabra convenio entre la Administración y el administrado, el artículo 2 del reglamento, da inicio al capítulo segundo de la misma, estableciendo y normando a la Comisión Reguladora de Turismo; el artículo 6 establece cuáles son sus funciones: a) estudiar las solicitudes de contratos, b) ejercer control periódico mediante programas coordinados con la Dirección de Hacienda y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes sobre el uso de los vehículos exonerados, c) establecer sus propias normas de funcionamiento sobre lo que no esté expresamente indicado en la ley y el reglamento, además debe aprobar criterios de evaluación de los programas y proyectos generales para cada actividad conforme con el artículo 12 de la Ley en cuanto fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contratadas; los artículos 7 y 8, disponen la potestad de aprobar las solicitudes de contrato y su notificación al Instituto, el 9 reitera que para poder obtener el

contrato se debe estar calificado por la Junta, tal calificación no compromete al Instituto ni a la Comisión a otorgar ningún incentivo en particular y que éstos se evaluarán y aprobarán con base en los requisitos establecidos por Ley, el reglamento y la Comisión. El artículo 12 establece que, aprobada una solicitud, el Instituto y la empresa suscribirán un contrato a través del que se otorgarán a esta los beneficios que procedan conforme con el artículo 7, y el 13, ordena que el contrato establecerá con claridad ciertos aspectos mínimos como nombre e identificación de la empresa, su descripción, los incentivos que se otorgan con los plazos, comisiones o modalidades indicados por la comisión, las obligaciones del beneficiario, etc. El artículo 19 da la lista de incentivos para las empresas de transporte aéreo de turistas, repitiendo en general lo ya dicho del artículo 7, inciso b) de la Ley, pero concretando en particular, que el suministro de combustible sería a un precio no mayor al promedio resultante de los precios de venta en Miami, México, Panamá, Colombia, Venezuela.

Se observa que, además de indicarse qué elementos se incluyen en el contrato, el mismo se le define como convenio y se reitera que una vez aprobada la gestión del interesado se debe firmar el mismo, indicándose el tipo y modo de incentivos que se le otorgarán de entre los que establece la ley, sin que se considere forzoso reconocerlos todos; además se señala la integración y presidencia de la Comisión, la que tiene como funciones, además de aprobar las solicitudes de contrato, el ejercer control sobre los vehículos exonerados, aprobar criterios de evaluación de los programas y proyectos para la actividad y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones contraídas por las empresas, y el darse sus propias normas de funcionamiento, así se concreta bastante la función y fin de la comisión. Sobre el contrato en particular llama la atención que al definírsele se le llama convenio entre la Administración y el administrado, manteniendo una situación de acuerdo de partes, pero sin aclarar si es de tipo civil o un tipo de contrato administrativo.

Como referencia, para ubicar el concepto, conviene mencionar que la Ley de Protección y

Desarrollo Industrial, número 2426 del tres de setiembre de mil novecientos cincuenta y nueve establece, en su artículo veinticinco, el deber de suscribir un contrato con el Estado para poder disfrutar de los incentivos que se dan a las industrias que califiquen, nótese que es una regulación sumamente similar a la de los contratos turísticos e igualmente oscura, por cuanto no se entra a determinar qué tipo y características tiene dicho "contrato"; el artículo 28 de la misma Ley establece que éste debe ser aprobado por la Contraloría General de la República antes de firmarse, fuera de eso, el Reglamento a la Ley menciona al contrato en los artículos 45 y 46 estableciendo la posibilidad de traspasarlo a otra empresa que pueda cumplir con los compromisos; el 47 establece que se le deberá poner una fecha de cumplimiento y el 48 da un límite a diez años; este es un evidente precedente de la regulación en cuestión, dando luz sobre un tipo de "Contrato" o convenio similar al turístico y por ende de naturaleza común, pero sin determinarse tampoco en concreto la misma, ni los derechos y límites que este negocio implica.

Propiamente en el "Contrato Turístico", firmado entre las partes, se refiere que el mismo es con fundamento en la Ley y el reglamento comentados arriba, indicándose que la actora calificó para su otorgamiento, que se le recono-

cen todos los incentivos ya dichos atrás por la Ley, que a su vez repite y concreta el reglamento también dicho, en particular, entre estos incentivos, se establece la cuestión básica de este conflicto: suministro de combustible a un precio no mayor al promedio resultante de los precios de venta en Miami, México, Panamá, Colombia y Venezuela; y que la empresa por su parte se compromete a cumplir ciertas obligaciones, como utilizar los bienes adquiridos al amparo del contrato solamente en la actividad turística que le corresponde, brindar la información que se le pida para la protección de los turistas y el mejor cumplimiento del contrato, contratar personal del país, colaborar con el Instituto en los programas de promoción turística, cumplir con la Ley, el reglamento y el contrato, y las prevenciones que en precios y calidad le formule el Instituto; finalmente, que el incumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa confiere al Instituto el derecho de dar por terminada la contratación.

Ahora bien, siendo que se discute si estamos ante un contrato en el sentido estricto de la palabra, o si estamos más bien ante un tipo de acto administrativo, de previo a considerar los efectos que determinen las palabras de las normas y el contrato en sí, conviene considerar lo que la doctrina dice en la materia, para analizar con mayor rigor científico la situación.

CAPÍTULO II: DOCTRINA DEL CONTRATO TURÍSTICO

Se sostienen en este punto tesis radicalmente contrapuestas, para algunos el convenio en cuestión es un compromiso en condición de igualdad entre dos partes, en que cada una se compromete a una serie de obligaciones que representan derechos subjetivos para la contraparte, dentro de un marco de permisión que la Ley reconoce a las partes sin que quepa la intervención de otras personas o intereses en la relación; mientras que para otros es un acto administrativo en que la parte administrada queda sujeta a las decisiones discrecionales, imperativas y unilaterales de la Administración,

un tipo de concesión que ésta regula a voluntad, siendo la posición del administrado subordinada; se han alegado en favor de cada uno la opinión de calificados autores, lo que permite adelantar que se trata de una situación particularmente polémica. Se observa que la situación parte de una Ley de **INCENTIVOS PARA EL DESARROLLO TURÍSTICO**, o sea que se trata de un esfuerzo del Estado para impulsar un campo económico que considera de interés para el bienestar del país, partiendo de la posición intervencionista o reguladora que asume el Estado de corte occidental, especialmente a

partir de la segunda mitad de este siglo; asimismo se observa que el Estado, entendido como Gobierno de la República, se manifiesta como parte de un contrato, comprometiéndose a que una tercera entidad, en el caso en referencia: RECOPE, que es una empresa de su propiedad, le facilite a la confirmante un precio especial de combustible, y le otorga tres tipos de exenciones tributarias, materia de estricta reserva legal fuera del comercio de los hombres. Así resulta que estamos ante una Ley especial, de un tipo programático de la economía y de materia tributaria, que implica un compromiso del Estado en un "Convenio". En este campo, los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su obra *CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO I* (Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1980), nos dicen:

"Dentro del cuadro sistemático de actuación de la Administración que estamos exponiendo, nos encontramos como figura singular, al lado de las declaraciones unilaterales en que se concretan los llamados actos administrativos, las declaraciones productoras de efectos jurídicos que no proceden de la sola voluntad de la Administración, sino a la vez de esta voluntad y de otra u otras propias de otros sujetos... Es de notar que la diferenciación entre una y otra forma de expresar una conformidad de voluntades es, en la práctica, circunstancial. Fórmulas que en un momento se articulan como actos unilaterales de otorgamiento pasan más tarde a expresarse a través de convenios formales;... En cualquier caso, la articulación a través de una u otra técnica comporta consecuencias sustantivas del régimen. Aquí hablaremos sólo de la actuación expresada a través de un acto multilateral conjunto. Genéricamente podría intentar calificarse —y así lo ha hecho en nuestra doctrina Enterría— ese tipo de actividad como una actividad contractual de la Administración. Se utilizaría un concepto puramente formal de contrato, como acuerdo de dos o más voluntades en vista de la creación de un vínculo jurídico, concepto que es el del iusnaturalismo del siglo XVIII,... Para eludir esta dificultad, por de pronto en este momento inicial —más adelante nos resultará obligado hacernos cargo de ese reto—, puede hablarse más que de contrato, de convenio de la Administración, inespecíficamente... Quedamos así avocados a los convenios entre Administración y administrados. A reserva de lo que inmediatamente tendremos que precisar se nos aparecen

aquí tres tipos perfectamente diferenciados; los que en nuestro Derecho (aquí, una vez más, sobre el modelo histórico del francés) se llaman contratos administrativos *strictu sensu*; los contratos de Derecho Privado, y, en fin, la cada vez más extensa gama de los llamados genéricamente conciertos (...). Hay aquí como se vislumbra, una pluralidad de figuras dignas de resaltarse, para que permita una explicación relativamente simple. Las dos primeras —contratos administrativos y contratos de Derecho Privado— suponen la utilización por parte de la Administración de instrumentos contractuales dentro del ámbito específico de las relaciones patrimoniales que son comunes a todos los sujetos de Derecho; ...El caso de los llamados conciertos entre Administración y administrado es completamente diferente; se trata de figuras que no pueden encontrar paralelo en el Derecho contractual privado, porque no suponen ningún ejemplo de colaboración patrimonial entre partes, un fenómeno económico de intercambio, sino por el contrario, un simple acuerdo sobre la medida de una obligación, o de una ventaja, típicas de una relación de sumisión jurídico-públicas previamente establecidas entre la Administración y la persona con quien ella conviene. Así un convenio expropiatorio (...) o un concierto fiscal de evaluación objetiva de bases tributarias o de liquidación de cuotas (...) o una "acción concertada" (art. 46 del Texto Refundido de la Ley del III Plan de Desarrollo, de quince de junio de 1972: Las empresas asumen como vinculante el cumplimiento de los objetivos del plan, hasta ese momento "indicativos", con base en los beneficios e incentivos que el concierto precisa: Los contratos-programa del artículo 91 LGP responden también a esta misma idea: aceptación como vinculantes de unos objetivos económicos en compensación de la subvención estatal). Se trataría de una técnica de administrar, en el sentido jurídico de esta expresión, y no de intercambiar prestaciones patrimoniales. Laubadère ha propuesto por eso para esta figura el nombre, no desprovisto de equívocos, de "contratos o conciertos de administración" en el sentido funcional y no subjetivo del término; la Administración no trata aquí de proveerse de bienes y servicios, sino que directamente administra a través de convenios "págs. 566-569, la negrilla es nuestra).

La cita resulta útil a efecto de ubicarnos en la doctrina que interesa, pues es sumamente clara en establecer que el tipo de relación que tratamos de definir es similar y corresponde perfectamente a los ejemplos que los autores

señalan, ante un programa administrativo de desarrollo económico se propone al administrador asumir ciertos objetivos del programa, comprometerse a cumplir ciertas metas, o aceptar ciertas imposiciones como son los precios o requisitos de calidad del Instituto Costarricense de Turismo, o sujetarse a ciertos controles a cambio de incentivos o subvenciones; también llama la atención la enunciación de una de las tesis contrapuestas que aquí se trata de aclarar, no estamos ante un simple contrato de Derecho Privado, ni ante un Contrato Administrativo. El hecho es que estamos ante una figura un tanto sui generis, en parte porque este tipo de creaciones legislativas responden más a la ideología de un gobierno o la necesidad de una solución en un momento dado para el mismo, que toma una decisión política, sin mucha precisión jurídica o dogmática, y en parte porque hay una confusión de figuras en la estrategia económica del Estado, pues es una área de actividad sita en la frontera entre la no intervención y la potestad de imponer su voluntad soberana: el fomento de la actividad económica, el impulso del desarrollo por medio de la persuasión del administrado para que participe en el programa propuesto, mediante la invitación y el ofrecimiento de ganancias o provecho, abriendo una gran gama de posibilidades para que las autoridades utilicen formas variadas, puras o mixtas para lograr sus objetivos. Por ejemplo alguna de las formas usadas en este tipo de estímulo es la llamada "subvención", que Manuel María Díez y Tomás Hutchinson definen como:

"...donación modal *ob causam futuram* de derecho administrativo, por lo cual un organismo público asume parte de la carga financiera de otro organismo menor o de un particular —que tenga jurídicamente la condición de tercero— con una finalidad de interés general pero específica y determinada", (Caracteres Jurídicos de la Subvención, dentro de la obra: *CONTRATOS ADMINISTRATIVOS —CONTRATOS ESPECIALES—*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1982, tomo II, pág. 38).

Doctrinalmente esta figura está contenida dentro de las de fomento de la actividad económica o de incentivación a tomar parte en

ciertas actividades, en nuestro país es el caso del transporte remunerado de personas, se cita como referencia a su naturaleza jurídica pero debe observarse que se trata de asumir parte de la carga financiera del tercero, en el caso de esta figura en particular los mismos autores dicen:

"...de la subvención no nacen una serie de derechos y obligaciones para las dos partes sino solo la necesidad de que el subvencionado cumpla el modo... la doctrina no está de acuerdo sobre la naturaleza jurídica de la subvención. Algunos la consideran un contrato oneroso, otros le atribuyen carácter lucrativo. Hay quienes la consideran contrato unilateral, están por fin los que creemos que es un acto unilateral de la Administración." (Ibídem, págs. 38-39).

Resurge el aspecto controversial de este tipo de actividad, y nos encontramos con una posición más radical que la de los autores anteriores en cuanto a su naturaleza; pero sin perder de vista que la subvención no se identifica con el contrato turístico en cuestión, como veremos más adelante, la cita nos permite elementos de juicio para comprender el cuadro doctrinal.

Por su parte el autor Mariano Baeza Alcázar al analizar propiamente esta actividad estatal en su obra *RÉGIMEN DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ECONOMÍA* (Editorial Tecnos) Madrid, España, 1966) nos dice:

"La acción concertada consiste esencialmente en la concesión a las empresas privadas de una serie de beneficios a cambio de cumplir determinadas condiciones, según se desprende de la legislación promulgada hasta ahora sobre el tema. () En cuanto a la naturaleza jurídica del concierto, nos inclinamos a creer que se trata simplemente de una actividad de fomento de la industria privada, puesto que los rasgos básicos consisten en el otorgamiento de ayuda a los particulares a cambio de que éstos cumplan unas condiciones determinadas... Nuestra opinión es que difícilmente puede aplicarse el régimen de los contratos administrativos a la llamada acción concertada que no responde en definitiva más que a la intención de ofrecer atractivos a la inversión en un sector determinado. Es claro que de considerar a la acción concertada como contrato administrativo se está manteniendo una idea de esta figura jurídica alejada

del que suele ser su significado habitual" (págs. 367-368).

De todo lo anterior, se deben sacar ciertas conclusiones: 1) que la figura del Contrato Turístico, firmado entre las partes de este proceso, corresponde a lo que un sector de la doctrina llama como contrato de concierto o concertación, concepto al que también responde la del Contrato Industrial, su predecesor histórico en este país; 2) que la mayoría de los autores que conocen el tema optan por considerar que no es en sí un contrato en sentido estricto, ni de tipo administrativo ni de tipo civil, en consecuencia su régimen institucional jurídico responde a otros conceptos; 3) que estas figuras responden a una gama muy variada de formas, entre las que se encuentra la subvención citada como referencia, pero, de la lectura se deduce que el contrato de concertación no es en sí una subvención en el sentido que se definió arriba, e interesa la aclaración por el concepto de acto unilateral con que se le determinó. En primer término los autores la definieron como una forma de "donación" mediante la cual se asume la carga financiera de otro, el concepto mismo refiere a la noción de subsidio que da el Estado, o sea donación de dinero a las industrias para aumentar sus ingresos (ver al respecto *DICCIONARIO DE ECONOMÍA*, SELDON, Arthur y PENNANCE, F. G. Olkos Tau S.A., Ediciones, Barcelona, España, 1.^a Ed. 1968, pág. 517). De tal manera que es válida la consideración de que es unilateral del Estado, sin que genere derechos u obligaciones mutuas, sino el interés de que el administrado se ajuste a un modo de administración, con las consecuencias de régimen correspondientes; considera el suscrito que no es la figura que nos interesa en que se dan exenciones de impuestos y un precio de combustible especial pero no una donación propiamente. 4) Que la concertación se trata de una técnica administrativa, por la cual se pretende con un incentivo desarrollar una actividad planificada que se considera de interés por parte del gobierno, en teoría para bien de la comunidad. La figura se ha presentado con características similares en Francia y evidencia el hecho de que en este

campo el Estado necesita negociar a cierto nivel con los administrados.

Pero determinar la fuerza de esta cooperación es el quid del asunto: se plantea la cuestión del nexo causal de las prestaciones de cada parte, algunos señalan que las partes solamente acuerdan acogerse a una situación ya prevista en general, en cuanto a los posibles o definitivos compromisos e incentivos, se fijan los mismos pero no se acuerdan, o sea su creación no deviene del acuerdo sino solo su aplicación, se habla por algunos de "negocios de fijación", relacionándolo con la Institución de la transacción en el Derecho Privado; otros autores franceses cuestionan esta concepción, en el caso de que la Administración deba concretar a un sector un aumento de precios o le facilite beneficios económicos singularizables como crédito oficial o subvenciones, como prestaciones de tipo exigible, invocando el concepto de "acto condición", una conclusión general nos la facilitan García de Enterría y Fernández, al decir:

"Por lo pronto, hay que notar que los convenios o concertos de Administración no habilitan poderes que la Administración no tenga de antemano; recubren simplemente con un manto negocial el ejercicio de potestades de intervención en el campo económico que la Administración ha venido utilizando tradicionalmente, que sigue estando habilitada por la Ley para ejercitar y a las que, contra lo que suele creerse, no renuncia. Tras el concierto en principio voluntario se esconde la coacción de una manera apenas velada". (*Op. cit.*, pág. 569).

Y en cuanto a la naturaleza jurídica de la figura agregan más adelante:

"Una conclusión general resulta fácil y remite en realidad a una determinada idea de la Institución contractual. Si como tal se entendiese el cuadro meramente formal de la creación de un vínculo jurídico determinado entre dos o más partes a través de una declaración de voluntad común, no cabe duda que los concertos de la administración serán siempre verdaderos contratos. Si se exige como elemento del concepto de manera más concreta, que ese vínculo se articule a través de un mecanismo de enlace causalizado de prestaciones obligacionales, precisamente, la cuestión puede hacerse problemática

en algunos supuestos, no en todos. () Podría hablarse en estos supuestos entonces, cuando no se den elementos esenciales de un verdadero contrato de fijación, que es la fórmula más extendida en este tipo de conciertos, en vez de verdaderos contratos de lo que la doctrina alemana tradicional calificó de *Verwaltungsakten auf unterwerfung*, de actos administrativos de sumisión, que suponen una creación unilateral de obligaciones por el súbdito realizadas ante la Administración; el motivo subjetivo de esa creación que ya hemos descrito, no llega a integrar en un sentido técnico una verdadera causa contractual". (*Op. cit.*, pág. 573).

La anterior cita resulta, a juicio del suscrito, acertada en relación con el problema en estudio, pues tanto los ejemplos considerados como el análisis doctrinal son concordes con las características de nuestra legislación vista atrás, y considerando asimismo las otras citas y conceptos referidos, permite arribar a la conclusión de que la figura del "contrato turístico"

o "contrato industrial", corresponde a lo que en doctrina se llama un contrato de "concierto", que no es un tipo de subvención propiamente, así como tampoco corresponde a un acto unilateral de la administración, sino a una negociación, a lo que algunos autores califican como contrato formal o en sentido lato, llamado también "contrato de fijación", pero que tampoco es en realidad un contrato en sentido estricto, ni corresponde aplicarle los efectos directos o más bien típicos de tal institución, sino en un sentido amplio del término, sujeto a las normas concretas de la Ley especial que lo crea, y a los principios de Derecho Público; quedando en parte fuera de contexto las posiciones radicales de ciertas partes, que, como se ha dicho, corresponden a la de acto unilateral y simple contrato civil respectivamente. Con fundamento en la doctrina expresada y la legislación especial a aplicar procede entonces entrar a considerar el fondo de la cuestión.

CAPÍTULO III: DEFINICIÓN DEL CONTRATO TURÍSTICO

La posición de que estamos ante un contrato simplemente se puede intentar resumir en tres aspectos básicos, que el firmante tiene un Derecho o situación subjetiva consolidada en virtud del Contrato Turístico, que en consecuencia el acto de reforma del reglamento tiene vicios de nulidad y que la aplicación de tal reforma a su relación es nula, sea por su situación jurídica subjetiva o por los vicios del acto en sí. En cuanto al primer extremo, se debe considerar la verdadera posición del cocontratante del Estado dentro de la relación establecida, pues ya se determinó que estamos ante una figura que no es propiamente un contrato en sentido estricto, sino solo en sentido formal, en un sentido amplio de dos voluntades que se combinan para dar nacimiento a una relación jurídica, cuyos efectos ya están previstos en una ley anterior; al respecto es importante anotar que la Ley señala que la empresa calificada para los incentivos del caso suscribirá un contrato, y que el Reglamento en rigor define el contrato como un convenio entre el administra-

do y la administración, aspecto que no ha sido reformado.

En este sentido don Manuel Osorio indica que un contrato es el pacto o convenio entre partes que se obligan sobre una materia o cosa determinada, a cuyo cumplimiento pueden ser compelidos, es cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en una declaración de voluntades común destinada a reglar sus derechos; más concretamente y al caso que nos interesa indica que es

"Concierto: convención entre dos o más personas sobre alguna cosa. Transacción. Avenencia." (*DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES*, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1986, págs. 144 y 167).

Y por otro lado el mismo autor define "Convenio: contrato. Convención. Pacto. Tratado" (*ibídem*, pág. 176), de manera que es una figura negocial donde la actora y la demandada acordaron fijar las condiciones generales de una situación establecida en la Ley, en forma

abstracta concretando sus efectos en las personas, el objeto y el modo (contrato de fijación). La Ley establece una serie de incentivos a aplicar a las empresas que califiquen su actividad dentro de la industria turística, de manera que según los términos de la Ley, quien califique a criterio de la Junta que la misma dispone, tendrá derecho a los incentivos, dentro de los términos escritos en el contrato se establece que el convenio es con fundamento en la Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico y su Reglamento, y más adelante, se indica que el Instituto otorgará los incentivos con base específicamente en la Ley, a cambio de lo cual se compromete la empresa accionante a una serie de requisitos, básicamente de inversión y utilización de los incentivos en favorecer el turismo, dentro de ciertas normas de calidad y precio. El compromiso de la actora es a cumplir con los requisitos señalados y detallados arriba, el compromiso del Estado es de reconocer los incentivos de la Ley y el Reglamento. A nuestro juicio, el fin de la Ley es dar una serie de ventajas a las empresas que se interesen para promover la creación de servicios e infraestructura de tipo turístico, para que dicho campo de actividad económica crezca y se fortalezca, creándose un ambiente propicio para la absorción de empleo y el ingreso de capital y consumidores extranjeros; estas ventajas son definidas en la misma ley y ella es el paradigma a seguir en la materia, tal es el propósito y sentido de la Ley, que determina la interpretación y aplicación del resto del contexto, así el propósito del contrato es determinar, concretar el compromiso del Estado y del administrado, dentro de los parámetros de la Ley, la Junta sólo juzga si la empresa califica, y el Instituto luego determina la forma y tipo de los incentivos, su realización y junto con la Comisión el control.

Ahora bien, el compromiso que adquiere el Estado entonces es el reconocer los incentivos que se dan y mantenerlos a ese administrado, el de éste es cumplir con los requisitos que se expresan en los documentos ya indicados por Ley, si él no cumple con sus deberes el Estado le suspende sus ventajas y eventualmente determina si debe pagar los montos tributarios

de que haya sido exonerado, si el Estado es el que no cumple, tal incumplimiento sería el no aplicar los incentivos, y la sanción es el derecho de la parte que sí ha cumplido a su aplicación; sí hay, entonces, un tipo de relación bilateral, y hay obligaciones por ambas partes con los derechos correlativos. Si la actora considera que se ha incumplido con uno de los incentivos con que el Estado se comprometió a beneficiarla y no se alega por otro lado que ella haya incumplido con sus deberes o compromisos, tiene, dentro de los términos de la Ley y la doctrina que rodean a esta forma negocial, derecho a exigir su cumplimiento en la vía administrativa y jurisdiccional. No tiene la actora derecho a exigir el cumplimiento de un contrato como tal, sino el cumplimiento de los incentivos que el Estado se comprometió en el convenio suscrito. La siguiente cuestión es determinar si hay un incumplimiento de tales incentivos en un decreto que reforma la aplicación o interpretación de tales incentivos. Al respecto se considera que el deber del Estado es aplicar los incentivos establecidos en la Ley, en primer término y en segundo en el reglamento, el convenio consiste en la aplicación a la persona de tales incentivos, por ende, si se cambia legalmente el reglamento, debe cambiarse el convenio, por cuanto este no establece en sí una relación con sus propios efectos, sino la aplicación de los efectos dispuestos por la Ley y el Reglamento.

Dentro de la doctrina clásica del contrato civil, y dentro de ciertos términos, del contrato administrativo, es el acuerdo de las partes lo que determina la mayor parte de los efectos del contrato, cuales serán los términos del mismo, sus límites y las cláusulas a las que se comprometen, pero en este tipo de negocio, el convenio sólo establece quién recibirá cuáles efectos establecidos en la Ley y el Reglamento, el derecho subjetivo del administrado, que sí existe, se reduce sólo a exigir que se le apliquen los efectos como están dispuestos en las normas superiores, pero no puede requerir que se aplique el contrato como un acuerdo autónomo sin relación con aquéllas, pues como se ha repetido tanto, no es del contrato de donde nacen los términos de la relación, de él sólo nace la rela-

ción concreta entre las partes, de manera que la aplicación del nuevo Reglamento, o sea de la reforma que se promulgó del original, en tanto

sea legal tal reforma, es procedente, así las cosas lo que procede es considerar si hay vicio en tal decreto.

CAPÍTULO IV: SOBRE LA NULIDAD DEL DECRETO DE REFORMA AL REGLAMENTO

De conformidad con los artículos 120 y 121 de la Ley General de Administración Pública el decreto es un tipo de acto administrativo de tipo externo, general, designado a los administrados, de manera que está sujeto a las reglas de nulidad que la misma ley establece en sus artículos 158 y siguientes, así se debe considerar como vicio de nulidad la falta o defecto de algún requisito del acto administrativo expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico, asimismo será penado con nulidad absoluta el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, siendo en general causa de invalidez las infracciones sustanciales al ordenamiento y dependiendo del tipo de vicio, la invalidez del acto podrá manifestarse como absoluta o relativa, así será absoluta cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos real o jurídicamente; y relativa si el acto fuere imperfecto en alguno de sus elementos, salvo que tal imperfección impida la realización del fin que será causa de nulidad absoluta, siendo que en la duda deberá estarse a la conservación de acto (artículos 165-168, *ibídem*).

En virtud de lo anterior se impone comparar el decreto en cuestión con la ley que le da fundamento para establecer si hay contradicción con ella, de manera que se evidencia su nulidad por contradecir la ley, el quid es determinar propiamente sobre el precio del combustible de avión, previsto como uno de los incentivos que ofrece el Estado a favor de las empresas aéreas de transporte de turistas nacional e internacional (art. 7, inc. b), subinc. iii), el cual la ley lo establece como un precio competitivo no mayor que el promedio del mercado internacional; una primera pregunta es si una vez promulgado el Decreto en que se fijó una forma de

calcularlo, se puede luego reformar dicha fórmula, al efecto se debe considerar que no hay negativa en la ley en cuanto a la facultad del Estado de reformar el decreto, la ley en sí permite usar los incentivos y aplicarlos en el fin programado, no establece una limitación a su propia reglamentación, que por otro lado es una potestad del Poder Ejecutivo constitucionalmente establecida. En cambio sí representa una limitación la ley en cuanto a que no puede el reglamento contradecirla ni sobrepasarla en forma alguna. La segunda pregunta entonces es si la reforma al reglamento, que en sí es un nuevo reglamento, contradice a la ley, debe observarse que la ley establece un límite, no debe ser mayor que el del mercado internacional, y debe ser competitivo; como ya se consideró arriba, para que sea competitivo se entiende que sea atractivo a los interesados, que sea más cómodo que otros precios, por ende más bajo, de manera que resulte remunerador para el cliente comprar combustible a este precio pues resultaría más ventajoso que con otros del mercado y en fin no debe ser mayor que el promedio internacional, esto es haciendo un estudio comparativo con el precio de otros países, no se ofrece en sí ningún otro tipo de elemento para determinar el precio o la forma de calcularlo; establece solamente esos parámetros, de manera que para determinar si el precio que establece el nuevo reglamento es ilegal, por ir contra el ordenamiento, sería alegar y demostrar que el precio no es competitivo o que sobrepasa el promedio del mercado internacional, en cuanto al aspecto de competitividad. Se ha planteado en concreto que esta forma de cálculo es contraria al propósito de la ley, solamente porque establece un precio más alto al reglamento anterior, RECOPE en su

oportunidad fundamentó su gestión en que ciertos países utilizados en la ecuación entraron en procesos de inflación acelerada y profunda, por lo que, al ser además grandes exportadores de petróleo, adquirieron un precio interno de venta de sus combustibles en sus aeropuertos muy bajo, dándose un fenómeno de subsidio que alteraba el equilibrio de la ecuación del promedio, al efecto aportó estudios que demostraban tal aserto. Procede entonces hacer una consideración, la primera, que la observación de que deba haber en la forma de cálculo dos países exportadores para que se equilibre con uno solamente consumidor y dos productores y autoconsumidores, no es una apreciación objetiva, el cálculo con dos países autoconsumidores, que controlan mejor su propio precio, un país productor y un país consumidor, parece más equilibrado que participando dos países productores con graves procesos de inflación, siendo de recibo el alegato de la refinadora, pues presenta una competencia injusta y un verdadero desequilibrio en su perjuicio, el incluir en la ecuación del precio a países que por su situación particular subsidian el precio. Desde luego que esta nueva forma de cálculo aumenta el precio, pero no se ha demostrado que lo eleve a un promedio superior al del mercado internacional, ni que no sea competitivo, no se ha aportado un cuadro comparativo de precios o un tipo de precio que se pueda definir como el promedio internacional para hacer una comparación objetiva, no hay demostrada una oposición del acto con la ley que lo fundamenta y por tanto no se observa una nulidad en este aspecto, razón por la cual se debe resolver a favor de la conservación del acto. En cuanto a los motivos del acto, se observan en el decreto que se accionan dos considerandos; en el primero se indica que es necesario un precio adecuado para que se ajuste a las necesidades de la refinadora y no le cause perjuicio económico, dicha consideración no es ilegal en cuanto no se enfrente a los propósitos de la ley, o sea que es de lógica que

la empresa que distribuye el combustible procure no tener pérdidas en su labor, en particular si es una empresa pública, de manera que sus pérdidas impliquen un sacrificio para el Estado y por ende para el contribuyente, de manera que es de interés público que no tenga pérdidas, pero sin perder de vista que también es de interés público el incremento del turismo y la aplicación de la ley respectiva, hay que equilibrar ahora ambos intereses por medio de la aplicación de la ley; tal consideración en el análisis iría contra la ley en cuanto se defina el precio fuera de los parámetros de la misma, o sea que el precio no resulte competitivo o resulte ser mayor que el del mercado internacional, en tanto estos parámetros se cumplan, no es ilegal ni va contra la norma el fundamentar un nuevo cálculo del precio sobre una base más alta, a menos de que ello implique una notoria disminución en la entrada de turistas, lo que no se ha probado. Se plantea si el interés público priva sobre el de la Administración, dicho argumento lleva la razón en parte, hay un interés público que proteger, pero tal no es el interés del administrado en particular, sino que está formado por los intereses individuales coincidentes de los administrados (art. 113, inc. 1), *ibídem*), ahora bien, existe un interés público en que la empresa estatal no trabaje con pérdidas porque las mismas son cargadas al contribuyente, en cuanto a los incentivos turísticos, el interés público es el incremento del turismo y sus ventajas económicas, si el nuevo precio del combustible jet implicara una disminución en el ingreso de turistas ello iría contra el interés del público, pero solamente que aumenten los costos de una parte es un interés estrictamente particular. En cuanto al término de la relación, tanto el reglamento como el contrato fijan un plazo de doce años para la exención del impuesto sobre la renta, pero nada más, a ninguno de los otros incentivos se le ha puesto término por lo que están sujetos a la aplicación de la ley y su reglamento, por ende al no tener término no limitan su reforma conforme a la ley.

CONCLUSIÓN

Estamos ante una figura negocial de tipo de concertación, también denominada Contrato Concierto o Contrato Condición, pero la misma consiste en que, por medio del "Convenio", el administrado se somete a ciertas metas y condiciones a cambio de ciertas ventajas legalmente previstas. No hay propiamente un derecho subjetivo a los términos del contrato como tal en cuanto a los incentivos, como se consideró arriba, el derecho subjetivo del administrado es que se le apliquen los incentivos que da la ley y como ésta manda, pero no que estos se apliquen como están en el contrato, por cuanto éste lo único que establece es quién recibirá los incentivos establecidos en la ley, o sea no establece los incentivos sólo los aplica, no da nacimiento, forma o término a ellos, sólo establece quién y cuáles, pero en cuanto a

cómo serán esos incentivos, o por cuánto tiempo y de qué forma, lo determinan la ley y el reglamento, y en tanto el reglamento sea conforme a la ley su aplicación es inmediata. No hay tampoco una aplicación retroactiva en este caso por dos razones fundamentales, la aplicación del nuevo reglamento se dio a partir de su promulgación, no antes de ella, y la actora no tiene un beneficio preestablecido a un plazo determinado, por cuanto no está establecido así ni en la ley, ni en el reglamento, ni en el contrato, el contrato se limita a determinar la aplicación de los otros cuerpos normativos, y si la reforma del reglamento es conforme a la ley, su aplicación puede ser inmediata, pues nada lo impide, no hay un derecho subjetivo a aplicar los términos del contrato, sino a aplicar los términos del reglamento y la ley.
