

**12 de mayo de 2014**  
**C-148-2014**

**Señora**  
**Nazzira Hernández Madrigal**  
**Secretaria a.i.**  
**Municipalidad de Santa Ana**

**Estimada señora:**

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, me refiero a su oficio MSA-SCM-04-404-2014 de 4 de abril de 2014, recibido en este despacho el 8 de abril del año en curso, mediante el cual se nos solicita el dictamen sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del permiso de construcción número 442-12, otorgado a Centro Integral del Auto, S.A. en expediente número POA-MSA-03-010-2013.

### **I. ANTECEDENTES RELEVANTES.**

En el expediente administrativo en que se tramita la nulidad absoluta, evidente y manifiesta el del permiso de construcción número 442-12, se tiene por acreditados los siguientes hechos relevantes:

1. Que el permiso de construcción número 442-2012, en relación con la finca folio real número 1-134756-000, fue otorgado el 15 de noviembre de 2012.
2. Que para dicho permiso de construcción no se solicitó el respectivo alineamiento vial.
3. Que el inmueble inscrito a folio real número 1-134756-000 está ubicado frente a la ruta nacional número 121.
4. Que según el plano catastrado asociado a la finca inscrita a folio real número 1-134756-000 entre el centro de vía y la línea de propiedad hay un distancia de 8,13 metros, y entre la línea de propiedad y la construcción existente antes del otorgamiento del permiso número 442-2012, una distancia de dos metros.
5. Que el alineamiento exigido por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes para la ruta nacional número 121 es de diez metros.

### **II. SOBRE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 173 DE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

El artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) establece que para que una nulidad pueda ser declarada en vía administrativa además de absoluta, debe ser evidente y manifiesta. Es decir, que no cualquier grado de invalidez o nulidad autoriza a un

ente u órgano público para decretar la anulación oficiosa de un acto administrativo declaratorio de derechos para un administrado,

Esta nulidad absoluta debe darse en los términos de los artículos 166 y 167 de la LGAP, es decir, cuando falten uno o varios de los elementos constitutivos del acto, sea real o jurídicamente, esto es sujeto, fin, contenido y motivo al tenor de los artículos 129, 131, 132 y 133 ibídem; o cuando alguno o varios de los elementos están imperfectamente constituidos de modo tal que impidan la realización del fin del acto.

En relación con el carácter evidente y manifiesto de la nulidad absoluta que aqueja al acto que se pretende anular, la Sala Constitucional, en sentencia número 12054-2002 del 20 de diciembre de 2002, señaló:

*“La nulidad que justifica la revisión de oficio debe tener tal trascendencia y magnitud que debe ser, a tenor de lo establecido en el numeral 173, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, “evidente y manifiesta”. Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o lógico de verificación para descubrirlo, precisamente, por su índole grosera y grave. En tal sentido, basta confrontar el acto administrativo con la norma legal o reglamentaria que le dan cobertura para arribar a tal conclusión, sin necesidad de hermenéutica o exégesis ninguna.”*

En consecuencia, la nulidad debe ser, además de absoluta, de fácil apreciación, es decir, evidente y manifiesta, sin que sea necesaria la labor interpretativa de las normas a aplicar o de valoración de la prueba propia de la función jurisdiccional.

### **III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA ANULACIÓN DEL OFICIO.**

Para la anulación de oficio de los actos administrativos, el artículo 173 establece la obligación de realizar un procedimiento ordinario en los términos dispuestos por los artículos 308 y siguientes, con el fin de que se garantice el derecho de defensa de los administrados.

En sentencia número 2002-12054 del 20 de diciembre de 2002, la Sala Constitucional indicó:

*“LA NECESIDAD DE INCOAR UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ORDINARIO PARA LA REVISIÓN O ANULACIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS FAVORABLES PARA EL ADMINISTRADO. La administración pública respectiva —autora del acto que se pretende anular o revisar—, de previo a la declaratoria de nulidad, debe abrir un procedimiento administrativo ordinario en el que se deben observar los principios y las garantías del debido proceso y de la defensa (artículo 173, párrafo 3°, de la Ley General de la Administración Pública), la justificación de observar ese*

*procedimiento está en que el acto final puede suprimir un derecho subjetivo del administrado (artículo 308 ibídem). Durante la sustanciación del procedimiento ordinario, resulta indispensable recabar el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría siendo un acto de trámite del mismo. Tal y como se indicó supra, el dictamen debe pronunciarse, expresamente, sobre el carácter absoluto, manifiesto y evidente de la nulidad (artículo 173, párrafo 4º, de la Ley General de la Administración Pública). Si el dictamen de la Procuraduría o de la Contraloría Generales de la República es desfavorable, en el sentido que la nulidad absoluta del acto administrativo no es evidente y manifiesta, la respectiva administración pública se verá impedida, legalmente, para anular el acto en vía administrativa y tendrá que acudir, irremisiblemente, al proceso ordinario contencioso administrativo de lesividad. El dictamen de los dos órganos consultivos citados es vinculante para la administración respectiva en cuanto al carácter evidente y manifiesto de la nulidad. Sobre este punto, el artículo 183, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública preceptúa que “Fuera de los casos previstos en el artículo 173, la administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos a favor del administrado y para obtener su eliminación deberá recurrir al contencioso de lesividad previsto en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. (En igual sentido sentencias 2005-03004, de las 8:31 horas del 18 de marzo del 2005; 2005-12324 de las 10:28 horas del 9 de setiembre del 2005; 2006-8767, de las 16:40 horas del 21 de junio; y 2006-8960, de las 10:53 horas del 23 de junio, ambas del año 2006)”*

El objetivo fundamental de este procedimiento es la búsqueda de la verdad real, que en el supuesto de los artículos 173 y siguientes de la LGAP, consiste en determinar el carácter absoluto, evidente y manifiesto, de la nulidad que aqueja el acto administrativo. De ahí que la Administración deba cumplir con todos los requisitos y etapas del procedimiento administrativo, así como con las formalidades que lo sustentan para alcanzar dicho objetivo.

Conforme a la disposición del artículo 173 comentado, que exige el dictamen de la Procuraduría General de la República, es importante resaltar que este dictamen cumple básicamente dos funciones: constatar que el procedimiento administrativo llevado a cabo haya cumplido con los principios y garantías del debido proceso; y, posteriormente, verificar la existencia y magnitud del vicio que, a criterio de la Administración, genera una nulidad susceptible de ser catalogada como absoluta, evidente y manifiesta.

#### **IV. SOBRE EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN EL CASO CONCRETO.**

En la tramitación del presente caso no se advierten nulidades que puedan causar indefensión a las partes. El afectado con la eventual anulación del acto administrativo fue debidamente impuesto del carácter y fines del procedimiento y tuvo oportunidad de ofrecer prueba, referirse a la ofrecida y hacerse oír en la audiencia convocada al efecto.

Ahora bien, la instrucción del procedimiento no recayó en la secretaría del Concejo Municipal, como debió ser al tenor de lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley General de la Administración Pública.

Esta Procuraduría ha señalado que el órgano decisor, esto es, el órgano competente para adoptar el acto final de un procedimiento administrativo, es el llamado a instruir dicho procedimiento. Ahora bien, también ha señalado que esto no es óbice para que dicho órgano delegue la fase de instrucción en otro órgano. En tal caso, le son aplicables las reglas de la delegación contenidas en la LGAP. De este modo, si el órgano delegado para instruir es colegiado se impone aplicar lo dispuesto en el artículo 90, e) de la LGAP, el cual señala:

*“Artículo N° 90. La delegación tendrá siempre los siguientes límites:*

*(...)*

*e) El órgano colegiado no podrá delegar sus funciones, sino únicamente la instrucción de las mismas, en el Secretario.”.*

Los Concejos Municipales son órganos colegiados, por lo que les resulta aplicable el precepto normativo anteriormente enunciado en el entendido de que si pretenden nombrar un órgano director para que instruya un procedimiento administrativo cuya decisión final les compete, deberán delegar la instrucción del mismo en los respectivos secretarios, tal y como lo indica el inciso e) anterior. Sólo excepcionalmente, y con la debida justificación a la hora de proceder a la delegación, puede la misma hacerse en un órgano distinto al secretario. Al respecto, ha indica esta Procuraduría:

*“Sin detrimento de lo expuesto consideramos que en casos excepcionales, cuando la realización del fin público lo amerite, podrán nombrarse funcionarios ajenos a la Administración con el fin de que integren el órgano director de un procedimiento. Lo anterior deberá encontrarse debidamente justificado a criterio de la Administración, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, mediante Acuerdo firme del Concejo Municipal en el que se indiquen las razones por las que se considera que la Administración no cuenta con personal idóneo, ó bien, que de constituirse el órgano con los funcionarios existentes, el fin público que se persigue no podría alcanzarse”. (Dictamen 294-2004 del 15 de octubre 2004.)*

De ahí que si la potestad de dictar el acto final reposa en el Concejo Municipal, éste podrá conocer, instruir y decidir el asunto, o bien, delegar en el secretario municipal la instrucción del procedimiento, o, incluso, en un tercero (funcionario municipal o no), atendiendo a los razonamientos anteriores.

Tal y como se indicó anteriormente, en el presente caso el Concejo Municipal delegó la instrucción del procedimiento en una persona que no es el secretario municipal. Esta es una situación que debe ser corregida previamente a la adopción del acto final por parte del Concejo Municipal. Y debe hacerse por medio de la adopción de un acuerdo en el que expongan las razones que justificaron en su momento la delegación de la instrucción en un

órgano distinto al secretario municipal. Esto con el fin de que conste el criterio excepcional de este nombramiento.

## **V. SOBRE LA NULIDAD ABSOLUTA, EVIDENTE Y MANIFIESTA EN EL CASO CONCRETO.**

**El permiso de construcción es un acto de efectos continuos mientras la obra no se finalice.** Según consta del expediente administrativo del procedimiento para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del permiso de construcción número 442-2012, otorgado el 15 de noviembre del 2012, la obra finalizó en mayo del 2014. En consecuencia, aún no ha transcurrido el plazo de caducidad establecido en el artículo 173, 4) de la LGAP.

En el presente caso, se alega como causa de nulidad del permiso de construcción número 442-2012 de 15 de noviembre del 2012, la falta de alineamiento vial que debe dar el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) para las construcciones que se ubican frente a rutas nacionales.

Según se desprende de los hechos tenidos como probados por el órgano instructor, el alineamiento exigido por el MOPT en este caso es de diez metros, pues el terreno se ubica frente a la ruta nacional número 121. Asimismo, se acreditó que para el otorgamiento del permiso de construcción cuya nulidad se pretende, no se solicitó dicho alineamiento y que la remodelación se hizo a partir de un muro existente ubicado a 8,13 metros del centro de vía.

También se acreditó que como resultado de la remodelación el área comprendida entre el muro y la fachada de la vivienda ubicada en la propiedad se volvió habitable por lo que se usa para un salón de belleza.

Es claro que la normativa vigente exige el alineamiento como requisito para otorgar un permiso de construcción, aunque se trate de una remodelación de una construcción ya existente.

El artículo 19 de la Ley de Caminos Públicos número 5060 de 22 de agosto de 1972 establece que no podrán hacerse construcciones o edificaciones de ningún tipo frente a las carreteras existentes o en proyecto sin la previa autorización del MOPT. Por su parte, el artículo IV.7 del Reglamento de Construcciones que para las construcciones en lotes ubicados frente a la red vial nacional es obligatoria la tramitación del alineamiento ante el MOPT. Evidentemente, dicho alineamiento debe darse con anterioridad al permiso de construcción, por lo que constituye un requisito para su otorgamiento.

De conformidad con lo que establece artículo IV.10 del Reglamento de Construcciones es posible construir en la línea de propiedad vallas sólidas con una altura que no sea mayor a un metro sobre la cual se pueden construir verjas, mallas o rejas que permitan una visibilidad del 80%. Este es el único tipo de construcción que se puede dentro del área del alineamiento vial.

En relación con las construcciones ya existentes que no cumplen los requisitos correspondientes a la zona donde se ubican, el plan regulador del cantón de Santa Ana permite que permanezcan pero condiciona toda modificación o remodelación a que estas se ajusten a los requisitos exigidos (artículo 3.4). Entre los requisitos exigidos esta el alineamiento vial extendido por el MOPT para ampliaciones o remodelaciones frente a rutas nacionales (artículo 23.7 del Reglamento sobre la Simplificación de Trámites para los Ciudadanos del Cantón de Santa Ana).

De conformidad con los hechos tenidos como demostrados hay una clara violación a la normativa citada. La remodelación realizada no es la que autoriza el artículo IV.10 del Reglamento de Construcciones. Precisamente por la construcción propuesta y finalmente realizada, el hecho de que ya existiese un muro ubicado a menos de los diez metros de alineamiento exigidos, no eximía de la necesidad de cumplir con el requisito de pedir dicho alineamiento, según lo dispone el Plan Regulador de Santa Ana y el Reglamento sobre la Simplificación de Trámites para los Ciudadanos del Cantón de Santa Ana.

Cómo se señaló anteriormente, la ausencia de un elemento esencial o constitutivo del acto administrativo, o se imperfección si con ello se impide la realización del fin, conlleva su nulidad absoluta (artículos 166 y 167 de la LGAP). En el presente caso, el motivo carece totalmente de fundamento legal por lo que la realización del fin del permiso de construcción como acto administrativo (que las construcciones se adecuen a las disposiciones jurídicas y técnicas de orden urbanístico) se ve comprometido a tal punto de que estamos frente a una nulidad absoluta.

Además, la nulidad absoluta que afecta el acto es evidente y manifiesta. De la prueba testimonial evacuada en la audiencia se constata con claridad y sencillez que el alineamiento no fue solicitado previamente al otorgamiento del permiso de construcción; y del plano catastrado de la propiedad objeto del permiso se colige que el terreno donde se realizó la remodelación se ubica frente a una ruta nacional, según oficio DPV-OF-1076-14 de 3 de marzo de 2014, suscrito por el Ing. Luis Fernando Villalta Cerdas de la Dirección de Ingeniería del MOPT.

## **VI. CONCLUSIÓN.**

En consecuencia, y con fundamento en lo expuesto y con la advertencia que se dirá, esta Procuraduría rinde dictamen favorable a la anulación en sede administrativa del permiso de construcción número 441-12 de 15 de noviembre del 2012.

Previamente a la adopción del acto final, debe el Concejo Municipal hacer constar en un acuerdo los motivos que justificaron la delegación de la instrucción del procedimiento en un órgano director distinto al secretario municipal

Atentamente,

**Julio Jurado Fernández**  
**Procurador**