

C-248-2009

3 de setiembre de 2009

**Señora
Leticia Alfaro Alfaro
Concejo Municipal de Grecia
Secretaria**

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General Adjunto de la República, me refiero a su oficio SEC-3405-2008 de 26 de noviembre de 2008, mediante el cual se nos comunica el acuerdo del Concejo Municipal de Grecia tomado en la sesión ordinaria de 18 de noviembre de 2008, artículo IV, inciso 3. A través de este acuerdo, el Concejo Municipal ha resuelto consultar a la Procuraduría General las siguientes cuestiones:

Dentro de un procedimiento para decretar la nulidad, absoluta, evidente y manifiesta de un visado municipal, ¿Cuál es el órgano competente para dictar el acto final, y solicitar el dictamen preceptivo y vinculante del caso? La consulta se plantea para que este Órgano Superior Consultivo determine si la competencia en cuestión, pertenece al alcalde o al Concejo Municipal. Accesoriamente, se plantea la siguiente pregunta ¿Cuál es el órgano competente para nombrar el órgano director?

Conforme lo exige la Ley, se adjuntó el criterio de Servicios Jurídicos de la Municipalidad de Grecia. Esta unidad asesora, en su memorial LEG.239-2008 de 3 de octubre de 2008, indicó que el órgano competente para decretar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un visado municipal, es el Concejo Municipal. Asimismo, en el oficio LEG. 281-2008 de 19 de noviembre de 2008, la misma unidad asesora reitera lo dictaminado anteriormente, y en su apoyo cita el dictamen de la Procuraduría General C-165-2008.

Ahora bien, con el propósito de atender a la consulta, haremos referencia a los siguientes puntos: a) La Ley General de la Administración Pública reserva la potestad, establecida en el artículo 173 LGAP, a los órganos superiores supremos de las Municipalidades, b) Algunos aspectos en orden a determinar cuál es el órgano superior supremo de las municipalidades.

A) LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RESERVA LA POTESTAD ESTABLECIDA EN SU ARTÍCULO 173 A LOS ÓRGANOS SUPERIORES SUPREMOS DE LAS MUNICIPALIDADES.

El objeto de la consulta que nos ocupa, consiste en determinar cuál es el órgano competente, dentro de una municipalidad, para declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta de un acto declarativo de derechos, y por ende, para ordenar el inicio del procedimiento necesario.

De previo a evacuar el punto específico consultado, se impone precisar que de acuerdo con el artículo 173.2 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), el ejercicio de la potestad anulatoria allí contemplada se ha reservado a los órganos superiores supremos de las Administraciones Públicas. La norma en comentario reza:

Artículo 173 (...) (...)2) Cuando se trate de la Administración central del Estado, el ministro del ramo que dictó el respectivo acto deberá declarar la nulidad. Cuando se trate de otros entes públicos o

Poderes del Estado, deberá declararla el órgano superior supremo de la jerarquía administrativa. Contra lo resuelto cabrá recurso de reposición o de reconsideración, en los términos del Código Procesal Contencioso-Administrativo. (...)

Es decir que, la Ley General de la Administración Pública no admite la posibilidad legal de que los órganos inferiores anulen sus propios actos declarativos de derechos. Efectivamente, y en referencia al caso de las Municipalidades, debemos indicar que la potestad anulatoria, contemplada en el artículo 173 LGAP, solamente puede ser ejercida por sus órganos superiores supremos. No está de más puntualizar que el leitmotiv de esta disposición tiene un sentido esencialmente garantista, en atención a la enorme trascendencia que reviste la potestad prevista en el artículo 173 LGAP.

Como lo ha señalado este órgano superior consultivo en su abundante jurisprudencia administrativa, la potestad con que cuentan las Administraciones Públicas para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un acto suyo declarativo de derechos, es una potestad extraordinaria, la cual constituye una excepción al principio general que les impide volver sobre sus propios actos declarativos de derechos. Prohibición que se vincula con los principios generales de buena fe, de confianza legítima y de seguridad jurídica (Sobre este punto, ver los dictámenes C-186-2009 de 3 de julio de 2009 y C-162-2009 del 8 de junio de 2009).

La naturaleza extraordinaria de esta potestad anulatoria ha sido destacada por el Tribunal Constitucional. Citamos la sentencia N.º 899-1995 de las 17:18 horas del 15 de febrero de 1995 dictada por la Sala Constitucional:

"Al respecto ya se ha indicado en la sentencia N°2186-94 de las diecisiete horas tres minutos del cuatro de mayo de mil novecientos noventa y cuatro:

"...la Sala ha señalado con anterioridad (ver entre otras, las sentencias N°2754-93 y N°4596-93) que el principio de intangibilidad de los actos propios, que tiene rango constitucional en virtud de derivarse del artículo 34 de la Carta Política, obliga a la Administración a volver sobre sus propios actos en vía administrativa, únicamente bajo las excepciones permitidas en los artículos 155 y 173 de la Ley General de la Administración Pública. Para cualquier otro caso, debe el Estado acudir a la vía de la lesividad, ante el juez de lo contencioso administrativo. De este modo, al haber suprimido el Ministerio de Educación los sobresueldos de los recurrentes, violó el principio enunciado y sobre este punto, debe declararse con lugar el recurso."

En el mismo sentido, estipula la resolución N°1132-94 de las diez horas doce minutos del veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y cuatro:

"II.-De este modo, estamos ante un acto de la Municipalidad evidentemente declaratorio de derechos, que no podía cercenarse por acto propio de la Administración sin seguir las garantías que en favor de los administrados que se encuentren ante ese tipo de situación, establece la Constitución Política y desarrolla la Ley General de la Administración Pública. La Constitución, en su artículo 34 tutela los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas, en el numeral 39 establece el principio del debido proceso, derechos que en el campo concreto de la Administración Pública desarrolla la Ley General mediante los artículos 155, 173 y 308 inciso a) y la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el 35. Del análisis sistemático de este conjunto de normas y principios, ha señalado en anteriores ocasiones la Sala (ver entre otras, las sentencias N°2754-93 y N°3287-93) que en

virtud del principio de los actos propios, que tiene rango constitucional, no puede la Administración en vía administrativa eliminar los actos que declaren derechos en favor del administrado, salvo las excepciones de los artículos 155 y 173 supracitados y mediante el procedimiento que para ello expresamente prevé la misma Ley General (308 y siguientes) y en caso de no encontrarse ante esas excepciones, debe acudir al juez de lo contencioso, para que sea en esa vía que el acto declarado lesivo anteriormente, se anule."

Además, es también notorio que la posibilidad que contempla el artículo 173 LGAP, constituye una decisión de enorme trascendencia.

En el supuesto de que, en un caso concreto, se determine la existencia de un vicio de nulidad absoluta, evidente y manifiesta en un determinado acto, esa decisión final de la Administración Local constituiría un acto ablatorio, que conllevaría la supresión de un derecho subjetivo de una persona física o jurídica, en sede administrativa.

Por tanto, la decisión de anular un acto declarativo de derechos en sede administrativa, es una determinación extraordinaria, severa y grave, que La Ley General de la Administración Pública ha reservado, refiriéndonos al caso de las municipalidades, a los órganos responsables de su dirección superior suprema. Por supuesto, conforme nuestra jurisprudencia, debe anotarse que el órgano con la competencia para decidir la existencia de un vicio de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, es también el órgano con la competencia para iniciar el procedimiento y nombrar el órgano director (Sobre el punto, ver dictámenes C-277-2005 de 4 de agosto de 2005, C-294-2004 de 15 de octubre de 2004 y C-353-2004 de 25 de noviembre de 2004.).

Resta determinar cuál es el órgano superior jerárquico supremo de las Municipalidades, que goza de la competencia para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de los actos declarativos de derechos.

B) EN ORDEN A DETERMINAR CUÁL ES EL ÓRGANO SUPERIOR SUPREMO DE LAS MUNICIPALIDADES.

La cuestión que se nos pide dilucidar ya ha sido tratada en la jurisprudencia administrativa de este Órgano Superior Consultivo.

En este orden de ideas, es pertinente indicar que en el dictamen C-128-2008 de 21 de abril de 2008, se puntualizó que la competencia para decidir acerca del inicio de un procedimiento de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, y por ende, para dictar su acto final, pertenece, en principio, al Concejo Municipal como órgano superior supremo del ayuntamiento. Transcribimos en lo conducente lo dictaminado en esa ocasión:

"Esta Procuraduría General de la República ha señalado, en reiteradas ocasiones, que tratándose de la potestad de revisión de oficio de las corporaciones municipales de actos declaratorios de derechos, la competencia para decidir acerca del inicio de un procedimiento administrativo, tramitarlo o bien delegar su instrucción en un órgano director – que en tesis de principio, debe recaer en la persona del secretario del Concejo – y dictar el acto final, corresponde al Concejo Municipal, por ser éste el órgano superior supremo de esa organización municipal, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 173 de la LGAP. (...)

(...)Como corolario de lo anterior, este órgano asesor también ha aclarado que a tenor del artículo 173 de la LGAP y el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (n.º 6815, del 27 de setiembre de 1982 y sus reformas), dicho Concejo es también el competente para

decidir – mediante el respectivo acuerdo municipal – el envío del expediente administrativo (mediante el cual se ha documentado la investigación instruida) a este Despacho y solicitar nuestro dictamen (ver los pronunciamientos C-109-2005, del 14 de marzo; C-172-2005, del 9 de mayo, ambos del 2005; C-054-2007, del 22 de febrero, C-175-2007, del 1° de junio y C-194-2007, del 13 de junio, todos del año 2007).

En este caso en particular, tratándose de la anulación de permisos de construcción y de patentes comerciales, es claro que la solicitud de nuestro dictamen, amén de prematura, fue hecha por un órgano que carece de competencia para ello, a saber, el Alcalde Municipal, y no por el Concejo Municipal, que es el máximo jerarca de la corporación territorial consultante.”(En el mismo sentido C-165-2008 del 14 de mayo de 2008)

La tesis que ha sostenido la Procuraduría General tiene su fundamento en el actual artículo 161 del Código Municipal, cuyo texto vigente es el resultado de la reforma aprobada por Ley N.º 8508 de 28 de abril de 2006, Código Procesal Contencioso Administrativo. El numeral en comentario prescribe:

“Artículo 161. — Contra las decisiones de los funcionarios municipales, ya sea que dependan o no directamente del concejo, cabrá, potestativamente, recurso de revocatoria ante el órgano que lo dictó, así como de apelación para ante el concejo municipal. Ambos recursos deberán ser interpuestos dentro del quinto día hábil posterior a la notificación del acto, y el primero será renunciante. La interposición exclusiva del recurso de apelación no impedirá que el funcionario revoque su decisión, siempre que estime procedentes las razones en que se funda el recurso. La revocatoria y la apelación podrán estar fundadas en razones de ilegalidad o inoportunidad del acto y no suspenderán su ejecución, sin perjuicio de que el concejo o el mismo órgano que lo dictó, pueda disponer una medida cautelar al recibir el recurso. Contra lo resuelto en alzada por el concejo municipal en estos casos, serán procedentes los recursos establecidos en los artículos 154 y 156 de este Código. Las decisiones relativas a la materia laboral confiada al alcalde municipal, estarán sujetas a los recursos regulados en el título V.”

Al tenor de esta norma es claro que actualmente corresponde al Concejo Municipal decidir los recursos de apelación que se presenten contra los actos dictados por todos los funcionarios municipales. Esta potestad, por supuesto, le otorga al Concejo la condición de órgano superior supremo de la Municipalidad. Lo anterior en forma exclusiva. En relación con este punto, resulta de interés tener como referencia los dictámenes C-001-2009 de 1 de enero de 2009 y C-433-2008 de 10 de diciembre de 2008. También conviene citar la sentencia N.º 493-2009 de las 15:20 horas de 13 de marzo de 2009, dictada por la Sección Tercera del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda:

Ahora bien, este Tribunal contrastó ese pronunciamiento, con el texto expreso de los artículos 161 y 162 del Código Municipal.- Lo ha hecho de manera cuidadosa, respetuosa y concienzuda, primero, porque lo allí expuesto varía la forma en que a lo largo de muchísimos años, este órgano colegiado ha ejercido -con diversas integraciones-, sus funciones de contralor no jerárquico de legalidad de los actos municipales, y segundo, porque proviene de una alta autoridad judicial, cuyas expresiones si bien no tienen en este caso el carácter vinculante que la ley le otorga a otros precedentes -vgr. Artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional-, sí cumplen una importante función integradora del ordenamiento.- El análisis efectuado en esta sede, conduce sin embargo a conclusiones sustancialmente diversas a las de la resolución N°000776-C-S1-2008.- Según se explicó, el artículo 161 concede expresamente al concejo municipal, la potestad de

resolver los recursos de apelación contra los actos de los funcionarios municipales, dependen o no de él.”

Empero, es oportuno hacer un paréntesis para acotar que su sesión del 26 de agosto de 2009, la Asamblea Legislativa aprobó en segundo debate el proyecto de Ley N.º 16760, “Reforma de los artículos 150, 161 y 162 del Código Municipal, Ley 7794 del 30 de abril de 1998 y derogatoria de los incisos 1, 6 y 7 del artículo 202 del Código Procesal Contencioso Administrativo, N° 8508 del 24 de abril del 2006”.

La reforma en comentario – la cual ha sido aprobada, pero está a la espera de ser promulgada como Ley de la República - es importante porque su objetivo es devolver a los Alcaldes, la competencia para resolver los recursos que, en materia laboral, interpongan los funcionarios directamente dependientes del mismo. Es decir que en dicha materia, el Alcalde fungiría también como órgano superior supremo de la Municipalidad (Sobre el alcance de esta reforma se puede consultar la Opinión Jurídica OJ-048-2009 de 25 de mayo de 2009).

En todo caso, es importante advertir que a pesar de la reforma, el Concejo Municipal conserva su condición de órgano superior supremo para todos los demás aspectos del quehacer municipal. (Ver OJ-048-2009 de 25 de mayo de 2009)

Por último, es indispensable subrayar que en virtud del artículo 13, inciso o) del Código Municipal, las medidas de ordenamiento urbano son una atribución del Concejo Municipal, por lo que es indudable que el Concejo conserva en esta materia la condición de órgano superior supremo, con la competencia para conocer de los recursos que se interpongan contra los actos relativos al ordenamiento urbano.

Todo lo expuesto nos conduce a concluir forzosamente que, en el supuesto de que se requiera declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un visado municipal, debe tenerse en cuenta que esta competencia le pertenece al Concejo Municipal. Accesoriamente, pertenece al ámbito del Concejo la facultad para acordar solicitar a este órgano superior consultivo el dictamen favorable preceptivo, y para designar el órgano director del procedimiento que se abra al efecto.

C) CONCLUSIONES:

- Con fundamento en lo expuesto, esta Procuraduría concluye
- i. Corresponde al Concejo Municipal declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta de un visado municipal.
 - ii. Accesoriamente, pertenece al ámbito del Concejo Municipal la facultad para designar el órgano director del procedimiento necesario y para solicitar el dictamen favorable preceptivo de este órgano superior consultivo.

Atentamente,

Jorge Oviedo Álvarez
Procurador Adjunto

Joa/acz