

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio N° **02098**

2 de marzo de 2012
DJ-0219-2012

Señor
Ángel Méndez Castro
Auditor Interno
MUNICIPALIDAD DE NARANJO

Estimado señor:

Asunto: Consulta sobre la posibilidad de otorgar a favor de un particular un permiso de uso a título precario respecto a la baranda de puentes de la red vial cantonal.

Nos referimos a su oficio N°AUDI-MN-CO-02-2012, recibido el 12 de enero pasado, mediante el cual solicita a esta Contraloría General respuesta a las siguientes interrogantes:

“1-Si una Municipalidad puede otorgar permiso de uso a título precario las barandas de los puentes de la Red Vial Cantonal, para que un sujeto privado realice una actividad lucrativa, y con ello se altere la estructura del puente colocando en las barandas plataformas para que los usuarios se lancen al vacío (sic) por un precio determinado. Por esta actividad el sujeto privado pago (sic) un canon a la municipalidad.”

“2- Si se puede otorgar un permiso de uso a título precario en la estructura mencionada con fundamento al artículo 161 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y al Artículo (sic) 154 de la Ley General de la Administración Pública.”

“3- Cual (sic) criterio deberá prevalecer en este caso, la Ley General de Caminos o el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.”

Cabe mencionar, que en el memorial de consulta se hace referencia a los artículos 28 de la Ley General de Caminos Públicos (Ley 5060 del 22 de agosto de 1972), 161 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (DE-33411 del 27 de setiembre del 2006) y 154 de la Ley General de la Administración Pública (Ley 6227 del 2 de mayo de 1978), numerales que por su relevancia conviene transcribir de seguido.

“Artículo 28.-Queda terminantemente prohibido al Ministerio de Obras Públicas y Transportes y a las Municipalidades otorgar permisos o derechos de ocupación, disfrute, uso o simple posesión del derecho de vía de los caminos públicos o ejercer actos que impliquen en cualquier forma tenencia de los mismos por parte de las personas. Los que ejercieren tales actos sobre

terrenos públicos al cuidado del Ministerio de Obras Públicas y Transportes o de las Municipalidades serán desalojados administrativamente por éstos dentro de los siguientes quince días contados a partir de la prevención escrita que se efectúe al responsable; todo sin perjuicio de la multa aplicable y del resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren causado.”

“Artículo 161.—Permiso de uso. En los bienes de dominio público la Administración podrá otorgar permisos de uso, los cuales serán motivados en razones de oportunidad o conveniencia para el interés general, siempre y cuando no implique una desmejora en la disposición del bien./ En todo caso se entenderán otorgados a título precario, por lo que podrán ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración. La revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.”

“Artículo 154.-Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.”

I

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De previo a dar respuesta a las interrogantes planteadas, debe advertirse que en el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, regulada en el artículo 29 de la Ley Orgánica (Ley N° 7428 del 4 de setiembre de 1994) y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República (Resolución N° R-DC-197-2011 publicada en el diario oficial La Gaceta N° 244 del 20 de diciembre de 2011), el órgano contralor no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas.

De manera puntual, en el artículo 8 de la norma reglamentaria antes mencionada se establece, como parte de los requisitos que deben cumplirse al momento de remitir consultas a la Contraloría General, que éstas deben “(...) *Plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante*”.

Este proceder, se funda en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

Ahora bien, aun tratándose de gestiones remitidas en esas condiciones –las cuales se exponen a ser rechazadas de plano de conformidad con el artículo 9 de la norma reglamentaria de cita-, esto no impide a la Contraloría General emitir en el marco de su independencia, un pronunciamiento general respecto a consultas vinculadas con el ámbito competencial del órgano

contralor, máxime cuando se trate de temas o materias abordados previamente en el ejercicio de su potestad consultiva.

Lo anterior en el entendido, claro está, que se trata de consideraciones formuladas desde una perspectiva general y no respecto a una situación específica e individualizada, y dirigidas por demás a orientar a la entidad consultante en la toma de sus decisiones.

II CRITERIO DEL DESPACHO

Con relación a la consulta de interés, importa señalar que de conformidad con el artículo 28 de la Ley N° 5060 “*Queda terminantemente prohibido al Ministerio de Obras Públicas y Transportes y a las Municipalidades otorgar permisos o derechos de ocupación, disfrute, uso o simple posesión del derecho de vía de los caminos públicos o ejercer actos que impliquen en cualquier forma tenencia de los mismos por parte de las personas./(...)*”(se agregó el destacado), restricción legal que también alcanza a los puentes de vías cantonales fijos, los cuales –al igual que las vías nacionales- constituyen bienes demaniales.

Cabe mencionar, que las vías públicas constituyen bienes demaniales sometidos al uso público y a un régimen jurídico especial, esto de conformidad con los numerales 4 y 5 de la Ley de Construcciones (Ley N° 833 del 2 de noviembre de 1949). Dicen las normas:

“Artículo 4.- Definición. Vía pública es todo terreno de dominio público y de uso común, que por disposición de la autoridad administrativa se destinare al libre tránsito de conformidad con las leyes y Reglamentos de planificación y que de hecho este destinado ya, a ese uso público. Según su clase, las vías públicas se destinarán, además, a asegurar las condiciones de aireación e iluminación de los edificios que las limitan; a facilitar el acceso a los predios colindantes; a la instalación de cualquier canalización, artefacto, aparato o accesorio perteneciente a una obra pública o destinados a un servicio público.”

“Artículo 5°. Derecho. Las vías públicas son inalienables e imprescriptibles y por lo tanto, no podrá constituirse sobre ellas hipoteca, embargo, uso, usufructo ni servidumbre en beneficio de una persona determinada, en los términos del derecho común. Los derechos de tránsito, iluminación y aeración, vista, acceso, derrames y otros semejantes inherentes al destino de las vías públicas se regirán exclusivamente por las leyes y Reglamentos Administrativos.”

Sobre el particular, la Sala Constitucional indicó en la resolución N° 11216 de las 15:03 horas del 26 de noviembre de 2002 lo siguiente:

“(…) En consecuencia, el régimen patrio de los bienes de dominio público, como las vías de la ciudad capital, sean calles municipales o nacionales, aceras, parques y demás sitios públicos, los coloca fuera del comercio de los hombres y por ello la Administración puede actuar unilateralmente, cuando razones de necesidad o de interés general así lo señalen, sin que los particulares puedan derivar derechos (...)”.

Vale apuntar que, en la resolución N° 842 de las 15:50 horas del 14 de febrero de 1995, la Sala Constitucional reiteró que las vías generales de comunicación (sean carreteras nacionales, calles o caminos vecinales según la clasificación que establece la Ley General de Caminos Públicos) pertenecen al dominio público, conclusión a la que arribó tomando en cuenta lo dispuesto en los artículos 261 y 263 del Código Civil, 4, 5 y 6 de la Ley de Construcciones, 2 y 28 de la Ley General de Caminos Públicos y 44 y 45 de la Ley de Planificación Urbana.

Bajo esta tesitura, debe advertirse que los bienes de dominio público no pueden ser objeto de posesión; no obstante y, de manera excepcional, existe la posibilidad que sobre bienes de esa naturaleza pueda darse un uso privativo por medio de un permiso especial otorgado por el Estado para su explotación denominado "*permiso de uso*".

El permiso de uso ha sido definido como un acto jurídico unilateral, dictado por la Administración en el ejercicio de potestades discrecionales, a través del cual se posibilita de manera transitoria el uso de un bien de dominio público perteneciente al Estado, lo anterior en el entendido, claro está, que esa utilización tiene un carácter precario.

Debe tenerse presente, que el permiso de uso se encuentra regulado en el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone:

"Artículo 154.- Los permisos de uso de dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados a título de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva no arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación".

De igual manera, la Sala Constitucional en la resolución N° 2306 de las 14:45 horas del 6 de noviembre de 1991 se refirió al permiso de uso en los siguientes términos:

"(...) el permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa. La precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la administración, en cualquier momento lo revoque, sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, (...) todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública (...)".

A mayor abundamiento, en virtud de la precariedad del permiso de uso y por el respeto a la finalidad del bien afectado, se ha señalado que los permisos de uso son autorizaciones para la realización de actos sencillos cuyos efectos no inciden de manera significativa en el bien usado, por lo que deben ser empleados en actividades que no requieren construcciones u obras

permanentes o de gran envergadura y que impliquen una ocupación con instalaciones de fácil y rápida remoción¹.

En síntesis, por regla general los bienes de dominio público no son objeto de posesión, siendo la excepción a esa regla el uso privativo de determinados bienes a través del permiso de uso, y es allí donde interesa destacar la situación particular que tiene el denominado “*derecho de vía*”², el cual -de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 inciso 33 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres- es un bien de dominio público afecto al uso público y, por tanto, sometido a un régimen particular fuera del comercio de los hombres, con características de imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad, respecto del cual el legislador ordinario excluye la posibilidad de una concesión o permiso de uso.

Aun más, y esto lo subrayamos con especial énfasis, con relación a ese bien demanial denominado “*derecho de vía*”, el legislador ordinario ha establecido una prohibición expresa en punto a su posesión aún y cuando ésta sea a título precario, la cual emana de la relación de los artículos 19 y 28 de la Ley N° 5060. Veamos:

“Artículo 19.-

No podrán hacerse construcciones o edificaciones de ningún tipo frente a las carreteras existentes o en proyecto sin la previa autorización del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, ni al frente de los caminos vecinales y calles sin la aprobación escrita de la Municipalidad correspondiente. Las Municipalidades coordinarán los alineamientos frente a los caminos vecinales con el Ministerio quien será el que establezca la política, más conveniente al interés público. En las carreteras de acceso restringido o unidireccional, los colindantes sólo podrán tener acceso a la carretera en los sectores previamente señalados para ese fin o mediante caminos marginales aprobados por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes. /Las personas que incumplan el presente artículo estarán sujetas a las multas que indique la presente ley y tendrán un plazo improrrogable de 15 días para quitar por su cuenta la obra realizada, transcurridos los cuales el Ministerio de Obras Públicas y Transportes podrá eliminar las construcciones hechas, sin que por tal motivo tenga que reconocer suma alguna por daños y perjuicios./El Ministerio de Obras Públicas y Transportes podrá quitar, e inclusive decomisar, poniéndolo a la orden de las autoridades competentes, cualquier bien que se encuentre dentro del derecho de vía con el propósito de hacer uso indebido de éste. Lo ordenado por el Ministerio se notificará mediante aviso publicado en el Diario Oficial. /Si los que estrechan o hacen uso impropio del derecho de vía son propietarios de establecimientos comerciales o industriales, el Ministerio podrá además, pedir a las autoridades administrativas correspondientes la cancelación de la patente y el cierre del establecimiento y éstas cumplirán debidamente esa gestión. La sanción

¹ En ese sentido, pueden verse los dictámenes de la Procuraduría General N° C-100-95 de 10 de mayo del 2005 y N° C-170-98 de 14 de agosto de 1998, así como la Opinión Jurídica N° OJ-006-2004 del 19 de enero del 2004.

² El derecho de vía está definido en el numeral 235 inciso 33 de la “Ley de Tránsito por Vías Públicas y Terrestres” Ley 7331 del 13 de abril de 1993 y sus reformas, como aquella “...*área o superficie de terreno, propiedad del Estado, destinada al uso de una vía pública con zonas adyacentes utilizadas para todas las instalaciones y obras complementarias...*”

quedará sin efecto una vez que el responsable pague la multa e indemnice convenientemente al Estado los daños y perjuicios que hubiere causado a los bienes públicos.

“Artículo 28.-Queda terminantemente prohibido al Ministerio de Obras Públicas y Transportes y a las Municipalidades otorgar permisos o derechos de ocupación, disfrute, uso o simple posesión del derecho de vía de los caminos públicos o ejercer actos que impliquen en cualquier forma tenencia de los mismos por parte de las personas. Los que ejercieren tales actos sobre terrenos públicos al cuidado del Ministerio de Obras Públicas y Transportes o de las Municipalidades serán desalojados administrativamente por éstos dentro de los siguientes quince días contados a partir de la prevención escrita que se efectúe al responsable; todo sin perjuicio de la multa aplicable y del resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren causado.”

Así las cosas, en atención a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley N° 5060, queda clara la imposibilidad de hacer un uso indebido del derecho de vía y, con base en el numeral 28 de la misma norma legal, la existencia de una restricción legal expresa que excluye el uso privativo de aquél y la posibilidad de un eventual derecho de posesión aún y cuando haya sido otorgado a título precario.

En igual sentido, se pronunció la Procuraduría General en el dictamen N° C-063-2006 del 20 de febrero del 2006. Veamos:

“Empero, en tratándose del derecho de vía el legislador ha excluido la posibilidad de la concesión o el permiso de uso, lo que se justifica por el objeto mismo de estos bienes. /En efecto, de los artículos 19 y 28 de la Ley de Caminos Públicos se deriva la prohibición para el Estado o las Municipalidades de otorgar permisos en relación con el derecho de vía. El fundamento es la afectación al uso público, **el cual no debe obstruirse u obstaculizarse por un aprovechamiento privativo.**”(Se agregó el destacado)

A mayor abundamiento, en el artículo 3° del Reglamento sobre el Manejo, Normalización y Responsabilidad para la Inversión en la Red Vial Cantonal (Decreto Ejecutivo N° 34624-MOPT del 27 de marzo de 2008), se establece que **los puentes viales fijos son elementos constitutivos del derecho de vía de la Red Vial Cantonal**, lo cual viene a reforzar lo indicado, en el sentido que los gobiernos locales están legalmente imposibilitados de otorgar permisos de uso respecto al derecho de vía, limitación que incluye -desde luego- a los puentes viales fijos. Dice la norma:

“Artículo 3°—Definiciones y siglas.(...)”

Red vial cantonal: Es la red de calles y caminos públicos que no forman parte de la Red Vial Nacional y cuya administración es de responsabilidad municipal en lo que corresponde. **Se consideran parte de la Red Vial Cantonal todos los elementos constitutivos de su derecho de vía, tales como** calzada; espaldones; zonas verdes; **puentes viales y peatonales, fijos o colgantes**; aceras; ciclo vías; sistema de drenaje; cordón y caño; obras de estabilización o contención; túneles; entre otros que técnicamente puedan considerarse. “(Se agregó el destacado)

Vale acotar que, si bien la Ley N° 6227 regula la figura del permiso de uso y el Decreto Ejecutivo N° 33411 reconoce la posibilidad que la Administración pueda otorgar permisos de uso sobre bienes de dominio público, debe advertirse que esa facultad de la Administración –en este caso los Gobiernos Locales- no es irrestricta.

Sobre el particular, no hay que pasar por alto que este tipo de permisos son admisibles siempre que el uso que se le dé al bien sea compatible con su integridad y con el fin público al cual se encuentra afecto y destinado, y es allí donde no debe perderse de vista que la utilización de un bien de dominio público debe estar orientado a satisfacer el interés público antes que cualquier otro interés³.

Por otra parte, nótese que los numerales de la Ley General de la Administración Pública y del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa a los que se ha hecho referencia son normas generales, frente a las cuales existe una norma especial de rango legal que establece de forma expresa la prohibición de otorgar un permiso de uso sobre el denominado “*derecho de vía*”, restricción de carácter especial que prevalece sobre aquellas.

Finalmente, nótese que los Gobiernos Locales se encuentran sometidos al bloque de legalidad, sin poder obviar, desde luego, las restricciones o prohibiciones que les imponga el ordenamiento jurídico.

En los términos anteriores dejamos atendida su consulta.

Atentamente,

Lic. Jaínse Marín Jiménez
Gerente Asociado

Licda. Francella Navarro Moya
Fiscalizadora Asociada

FNM/ccb
Ci: Archivo Central
NI: 507
G: 2012000532-1

³ De conformidad con jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional, si llegare a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso debe prevalecer el uso natural de la cosa pública. En ese sentido, pueden verse –entre otras- las resoluciones N° 2306-1991, 5976-1993, 422-1996, 555-1996, 4985-1996, 5315-1996, 2777-1998, 366-1999, 912-2000, 3578-2000, 5295-2000, 6269-2001, 4937-2002, 7662-2002, 8367-2002 y 8945-2005.