

29 de agosto de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad**

Concepto

Interpuesto por el Licenciado Abdiel Abreu Cuevas, en representación del **Licdo. Jaime Barroso**, Alcalde del Distrito de Arraiján, para que se declare nulo por ilegal el Acuerdo N°16 de 13 de noviembre de 2001, dictado por el **Consejo Municipal del Distrito de Arraiján**.

**SEÑOR MAGISTRADO, PRESIDENTE DE LA SALA TERCERA DE LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

Concurrimos ante vuestro Despacho, con la finalidad de exponer nuestro concepto en torno al Proceso de Nulidad, propuesto por el Licenciado Abdiel Abreu Cuevas, apoderado del Licdo. Jaime Miguel Barroso Pinto, contra el Acuerdo N°16 de 13 de noviembre de 2001, por el cual se reestructura la Dirección de Ingeniería Municipal y se le designa con el nombre de Dirección de Obras, Construcciones y Control Urbano Municipal, se crea su estructura administrativa y se le asignan funciones, expedida por el Consejo Municipal de Arraiján.

Como es de su conocimiento, en este tipo de proceso la Procuraduría de la Administración interviene en interés de la Ley, tal como se señala en el artículo 5 numeral 3, de la Ley 38 de 31 de julio de 2000. Se deja constar que el demandante omitió señalar a la Procuraduría de la Administración como parte en este proceso y el motivo de su intervención.

La pretensión del demandante es, que se declare la ilegalidad y consecuente nulidad del Acuerdo N°16 del 13 de

noviembre de 2001, expedido por el Consejo Municipal de Arraiján.

El Licenciado Abreu señala los hechos en que se fundamenta la acción de Nulidad, los cuales contestamos, a continuación:

PRIMERO: Este señalamiento no se configura como un hecho sino como alegaciones de derecho, por lo tanto se recibe como tal.

SEGUNDO: Igual que en el anterior, el demandante no relata un evento fáctico, sino alegaciones de derecho, que como tal se reciben.

TERCERO: Los señalamientos expuestos por el demandante, corresponden a juicios de valor, subjetivos, que pueden considerarse parte del alegato. Por lo tanto, bajo este supuesto se reciben.

CUARTO: Este no es un hecho, el demandante reproduce el artículo constitucional.

QUINTO: Igual que en el anterior, el demandante reproduce el artículo constitucional, considerándolo como un hecho, por lo tanto lo negamos.

SEXTO: Este no es un hecho es la descripción o reproducción del acto administrativo acusado.

SÉPTIMO: Es cierto y por lo tanto se acepta.

OCTAVO: No me consta y por lo tanto lo niego.

NOVENO: Esto no es un Hecho es la referencia al contenido de un artículo de la Ley 38 de 2000, por lo tanto, sólo se puede recibir como tal.

DÉCIMO: Esto no es un hecho, es una relación metodológica de interpretación y aplicación de normas y como tal se recibe.

UNDÉCIMO: No me consta, tal como lo señala el demandante, sin embargo el, objeto de esta acción es arribar a una decisión al respecto.

DUODÉCIMO: Esto no es un hecho. Es la repetición del acto administrativo acusado y algunas conjeturas del demandante.

DÉCIMO TERCERO: Este argumento es subjetivo y se considera parte del alegato.

DÉCIMO CUARTO: Esto no es un hecho, son alegaciones subjetivas del demandante.

DÉCIMO QUINTO: Igual que en el hecho anterior, el demandante expresa opiniones subjetivas que no encajan en la definición procesal de un hecho.

DÉCIMO SEXTO: Es una repetición del acto demandado que no puede tenerse como un hecho y por lo tanto lo negamos.

EXPRESIÓN DE LAS DISPOSICIONES VIOLADAS Y EL CONCEPTO EN QUE SE INFRINGEN.

1. Según el demandante se ha violado de modo directo, por omisión, el artículo 45 numerales 4 y 5 de la Ley 106 de 1973, modificado por la Ley 52 de 1984, cuyo texto señala:

"Artículo 106: Los Alcaldes tendrán las siguientes atribuciones:
 1...
 2...
 3...
 4.Nombrar y remover a los Corregidores y a los funcionarios públicos municipales cuya designación no corresponde a otra autoridad con sujeción a lo que disponen el título XI de la Constitución Nacional.
 5.Designar en calidad de colaboradores o auxiliares permanentes a los especialistas que requieren en cada una de las actividades de la administración municipal, cuando el Municipio contare recursos para ello.
 6...

Según el Demandante el acto administrativo acusado infringe a través del artículo 4, numeral 4, lo dispuesto en

el artículo 45, numerales 4 y 5 de la Ley 106 de 1973, al permitir que el Director de Obras, Construcciones y Control Urbano nombre y destituya el personal subalterno.

CONCEPTO JURÍDICO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

La violación directa por omisión o falta de aplicación, es aquella que se materializa cuando se deja de aplicar una norma legal que decide o resuelve la situación jurídica planteada.

El artículo 45 numeral 4 de la Ley 106 de 1973, tiene la apariencia de una norma clara que decide o resuelve la situación jurídica planteada. A través de este numeral se hace referencia a la atribución del Alcalde, para nombrar a los funcionarios públicos municipales cuya designación no corresponda a otra autoridad. Entendiéndose que, de conformidad con los artículos 17 numeral 17 y 62 de la Ley N°106 de 1973, el nombramiento de los funcionarios: Ingeniero Municipal, Inspector de Obras Municipales o del Agrimensor, le corresponde al Consejo Municipal, sin que nada se disponga en cuanto a los subalternos de esas unidades administrativas. Situación que el Legislador si prevé con relación al personal subalterno de la Tesorería Municipal, tal como se señala en el artículo 57, numeral 15 de la Ley 106 de 1973.

En consecuencia, al no existir la disposición legislativa que de manera directa haga el señalamiento pertinente, debe entenderse que, el personal subalterno de Ingeniería u Obras, Construcciones y Control Urbano, se incluye en la referencia contenida en el numeral 4 del artículo 45 de la Ley N°106 de 1973, pues en esta disposición legal se señala que el Alcalde tiene como atribución **nombrar**

y remover a los funcionarios públicos municipales cuya designación no corresponda a otra autoridad con sujeción a lo que dispone el Título XI de la Constitución Nacional.

En Panamá, el nombramiento y remoción del Director o Jefe de Ingeniería u Obras está a cargo del Consejo Municipal, quien mediante votación directa escoge un funcionario, para que labore en el Ejecutivo Municipal, especializando su función en los servicios técnicos propios a la materia de ingeniería, construcción y planificación del desarrollo urbano. Este funcionario, aunque esté sujeto al nombramiento y remoción del Consejo Municipal, integra la dirección ejecutiva de gobierno con que trabaja el Alcalde. Su condición ejecutiva dista de ser paritaria al Alcalde. Este último, es el administrador general del Municipio y ejecutor de las políticas, planes y programas. El Director de Obras y Construcciones Municipales, es un funcionario ejecutivo, que está al servicio de la administración municipal en el aspecto operativo y se vincula con el Consejo Municipal en su aspecto programático. Por lo tanto, la Dirección de Obras y Construcciones, no requiere de independencia funcional ni autonomía, como se ha solicitado para la Tesorería. Por lo tanto, debe actuarse con cautela al disponer funciones que van a generar contradicción a lo interno de la administración municipal. De hecho la Doctrina ha señalado que el Ejecutivo Municipal no puede tener esa condición bicéfala, pues al escindir el mando en la administración, se genera debilidad en el régimen municipal.

En nuestra opinión, si la Ley únicamente se refiere a la potestad del Consejo Municipal para elegir al Director o Ingeniero Municipal y guarda silencio sobre los empleados

subalternos, el Consejo Municipal no puede trasladar a otra entidad de nivel inferior esas funciones, tal como ocurre al transmitir facultades a los Ingenieros Municipales o Directores de Obras asignadas por el Legislador, a los Alcaldes en condición de atribuciones.

No podemos olvidar el contenido del artículo 43 de la Ley 106 de 1973, que establece "en cada Distrito habrá un Alcalde, a quien se debe reconocer como Jefe de la Administración Municipal". Además, quizás sea preciso, tener en claro las diferencias entre atribuciones y funciones, pues aunque se utilizan indistintamente, estos dos términos no son sinónimos ni su alcance en la Administración Pública, es el mismo.

Atribución, según Manuel Osorio, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, es el señalamiento o fijación de competencia. Adjudicación. Imputación, cargo. Facultad, potestad, concedida por disposición legal o inherente a determinado cargo.¹ Y, función, la actividad de un aparato u órgano, el desempeño de empleo, cargo o facultad u oficio. Tarea u ocupaciones. Cometido o finalidad.² Utilizada como sinónimo de atribución, sin embargo, adviértase, que la atribución, (de atributo), se asigna y expresa por Ley. Mientras que las funciones son tareas u ocupaciones propias al cometido o finalidad del cargo, que no requieren la expresión explícita en la ley, porque derivan de la actividad, empleo o cargo. Y si el Legislador señala en el artículo 45 numeral 4 de la Ley 106 de 1973, que los Alcaldes tienen la atribución de nombrar y remover a los funcionarios públicos municipales cuya designación no

¹ OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, 24° edición, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Argentina, 1997, pág.109.

corresponda a otra autoridad, con sujeción a lo que disponga el Título XI de la Constitución Nacional, debemos ser cuidadosos cuando se crean nuevos cargos y con ello se disponen funciones que contienden con las atribuciones previstas por el Legislador, porque se observa la tendencia de los Consejos Municipales a utilizar el cambio de denominación o nomenclatura de una unidad administrativa, para introducir cambios en la distribución del poder, invocando la función pública. Y esto, queda al descubierto, cuando la justificación en el cambio de denominación de un cargo, no está explicada en tareas concretas dentro del ámbito profesional de la materia o asunto propio al ramo, si no que se trasladan atribuciones y facultades, que por disposición legal se han señalado como atributo de otros cargos. Esto, aparejado con la confusa interpretación de la potestad que tiene el Consejo Municipal, para crear o suprimir cargos, asignando funciones, no puede contender con lo que dispongan las normas superiores al respecto.

Es cierto que la denominación Ingeniería Municipal, y el cargo de Ingeniero Municipal, para identificar al funcionario a cargo de las obras municipales y otras tareas, constituyó, tiempo atrás, un límite para el acceso de otros profesionales afines, como los arquitectos, urbanistas, y aún aquellos ingenieros, cuya especialización no fuese ingeniería civil, etc. En otros Municipios, se presentaba la inadecuación entre la denominación del cargo, con el perfil profesional del funcionario, motivando conflictos entre la Ley del Escalafón de los Ingenieros y Arquitectos, pues colisionaba lo que algunos Municipios pudieran pagarle a ese profesional y lo que en el escalafón se señalaba. También sucedió que aunque

² Ibidem, pág. 448.

se hablase de Ingeniería Municipal, en el Distrito las obras que se desarrollaban no requerían de la aprobación de un Ingeniero. Estas situaciones, motivaron los ajustes necesarios, previendo reordenaciones de puestos o funciones propias al ejercicio profesional y al ámbito de las tareas técnicas. Por ello, atendiendo a la autonomía y a la heterogeneidad de los Municipios, se permite que estos regulen su estructura administrativa, y utilizando la figura que se adecue a sus necesidades. Sin que ello suponga, que los Consejos Municipales al amparo de una nueva estructura administrativa, puedan socavar o disminuir los poderes y atribuciones que la Ley 106 de 1973 le confiere al Alcalde, con relación al nombramiento y destitución del resto de los funcionarios públicos municipales, cuya designación no corresponda a otra autoridad con sujeción a lo dispuesto en el Título XI de la Constitución Nacional.

La Ley 106 de 1973, en el artículo 62, conforme a las necesidades reales de los Municipios, confiere la oportunidad de crear cargos tales como: Ingeniero Municipal, Agrimensor e Inspector de Obras, lo que queda plasmado en los anales de discusión de esta Ley; porque no siempre un Municipio puede pagar los servicios de un Ingeniero, o satisfacer las exigencias del perfil profesional. La Ley ha sido clara al definir qué funcionarios públicos municipales nombra el Consejo Municipal y señalar expresamente en que casos este funcionario, tendrá independencia o autonomía funcional, como lo indicó de manera expresa, para la Tesorería; guardando silencio con relación a otras dependencias municipales.

La Sociedad Panameña de Ingenieros y Arquitectos, (SPIA), recomendó sustituir la denominación de Ingeniería

Municipal y la utilización de la denominación de Dirección de Obras y Construcciones, para facilitar el acceso a este cargo, de profesionales de otras ramas de la Ingeniería, la Arquitectura y el Urbanismo. También sugirió adecuar el perfil de este funcionario con las necesidades reales del servicio, sin afectar las disposiciones del escalafón ni afectar la calidad de los profesionales, como ocurría en específico, en los Municipios pequeños o subsidiados, cuando las funciones adscritas a esta oficina técnica, tenían un grado de complejidad que les permitía ser resueltas por personal sin idoneidad de Ingeniero o Arquitecto, siempre que tuviese experiencia comprobada en la rama o actividad. En estos casos, recomendaron que tal unidad, se denominara, Inspectores de Obras. En estos casos, se hizo la salvedad de que la existencia de profesionales idóneos obligaría a relevar a los funcionarios sin idoneidad, en la revisión o autorización del trabajo, cuando estos laboren en el área.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse, con relación al conflicto generado por la aprobación de Acuerdos Municipales, en que se otorgan facultades a los Directores de Ingeniería y Obras Municipales, para nombrar y destituir al personal subalterno. Y, aunque se ha reconocido que, mediante esta actuación el Legislativo Municipal impone su voluntad en la conformación del equipo de gobierno del Alcalde. También se ha identificado como una maniobra que disminuye poder y genera indisciplina en el Ejecutivo Municipal. Desembocando, esta situación en problemas que afectan el normal funcionamiento del ente municipal.

La Corte Suprema de Justicia, como hemos señalado, al pronunciarse, ha sido ambigua. Pues en algunas actuaciones como en la Sentencia de 28 de mayo de 1998, y la de 23 de junio de 1998, dictadas para resolver demandas contencioso administrativas de nulidad y de interpretación prejudicial, interpuestas por la Alcaldesa del Distrito de Panamá, en las cuales respectivamente, impugna y solicita que la Sala se pronuncie acerca del alcance y sentido del Acuerdo N°50 de 6 de mayo de 1997, al examinar el fondo de la causa, deja sin efecto el Auto de 7 de agosto de 1997, (suspensión) y estima, que el citado Acuerdo dictado por el Municipio de Panamá, no es ilegal, en lo referente a la facultad del Director de Obras y Construcciones Municipales para nombrar y destituir al personal subalterno. Señala la parte motiva, "la Sala Tercera, no coincide con lo planteado por el apoderado judicial de la Alcaldesa del Distrito de Panamá, en cuanto fundamenta que el artículo 45 de la Ley 106 de 1973, consagra como atribución de los Alcaldes, nombrar y remover a los Corregidores y demás funcionarios municipales cuya designación no corresponda a otra autoridad. A juicio de la Sala, evidentemente que esta norma hace alusión a las autoridades municipales que la misma Ley señala en el Título I, sobre la Administración Municipal, llámese estos, el Consejo Municipal, los Alcaldes, los Tesoreros, el Servicio de Auditoria, etc". Por el contrario reconoce que al ser creado el cargo por el Consejo, en razón de la facultad que le confiere el artículo 17 numeral 3, este le puede asignar funciones y entre éstas, la de nombrar y destituir al personal subalterno de la Dirección de Obras y Construcciones

Municipales, aún cuando dicho cargo haya sido creado mediante Acuerdo...”

Sin embargo, la misma Sala Tercera ha reconocido que la diferencia, con respecto a esta facultad, a cargo del Ingeniero Municipal y con la del Tesorero Municipal, consiste en que la facultad conferida a este último está contemplada expresamente en la Ley 106 de 1973. No así, con relación a los otros funcionarios. También debe atenderse que no se trata de la creación de un cargo, si no de la reestructuración o del cambio de la denominación, que no implica, la creación de un cargo.

La creación de un cargo supone traer a la vida jurídica algo que no existe. En el caso que nos ocupa, es evidente que el servicio de Ingeniería Municipal ya existía. Cualquier cambio en la denominación no constituye justificación para ampliar la burocracia existente. Situación que es llamativa cuando nos referimos a un Municipio subsidiado por el Gobierno Central, que incluso acusa una desmejora en sus ingresos fiscales.

El Consejo Municipal puede intervenir en las políticas, planes y programas de desarrollo urbano. Sin embargo no puede, bajo pretexto de rediseñar la Dirección de Ingeniería Municipal, sustraer y trasladar atribuciones ni prerrogativas conferidas, por Ley, al Alcalde, para atribuírselas a otro funcionario de inferior jerarquía administrativa. Esta facultad, sólo podrá ser bien intencionada cuando mantiene el equilibrio de poder en los niveles municipales. Como lo dispone la Ley, de manera expresa en el caso del Tesorero Municipal. Y es que, está en juego la institucionalidad democrática y el equilibrio de poder, previsto por la

normativa jurídica superior. Valga, tener presente, al respecto, el aforismo que señala "Donde la Ley no distingue, no le cabe al hombre distinguir." En cuanto a los nombramientos, dentro de la administración municipal, el legislador ha dispuesto, expresamente, la facultad del Tesorero para nombrar y destituir a los funcionarios subalternos de la Tesorería Municipal y ha guardado silencio con relación a las otras dependencias del ejecutivo municipal, pues no existe la justificación aplicable de la independencia, pues se supone que estos son funcionarios técnicos operativos subordinados al administrador general. En Panamá, es lamentable los resultados de una administración bicéfala o tricéfala que impiden una ejecución presupuestaria responsable. Siendo necesario detenerse tan sólo en los obstáculos que se crean con la independencia e ilusoria autonomía de la Tesorería Municipal, para agregar otro ingrediente, sin la previsión de la Ley.

Somos de la convicción que el Legislador, de manera sabia, al omitir una referencia expresa al personal subalterno de los Departamentos de Ingeniería u Obras, lo hace bajo la determinación de que estos funcionarios públicos municipales, están comprendidos en lo dispuesto en la Ley 106 de 1973, artículo 45 numeral 4, que señala la atribución del Alcalde para nombrar y remover a los Corregidores y a *los funcionarios públicos municipales, cuya designación no corresponda a otra autoridad* con sujeción a lo que dispone el Título XI de la Constitución Nacional.

En cuanto al numeral 5 del artículo 45 de la Ley 106 de 1973, es necesario aclarar, que estos auxiliares o colaboradores no tienen una relación laboral con el

municipio, y no debe confundirse con los funcionarios públicos municipales. Por lo tanto, este numeral no contiene una clara referencia al asunto en disputa.

2. Otra norma que se señala supuestamente violada es el artículo 67 de la Ley 106 de 1973, cuyo texto copiamos a continuación:

"Artículo 67. Los sueldos y asignaciones de los servidores públicos municipales pueden ser alterados en cualquier tiempo, inclusive los de los Alcaldes y los Corregidores cuya remuneración sea pagada por el Tesoro Municipal. **Para aumentar los sueldos y asignaciones** será indispensable que **hayan aumentado también los ingresos municipales recaudados durante el último año.**" (Resaltado en negrita de la Procuraduría de la Administración).

Según el demandante, el precepto legal reproducido ha sido violado en forma directa, por omisión, toda vez que contrario a lo que establece el artículo señalado los ingresos del Municipio disminuyen, cuando la condición para que se realicen los aumentos es que se de un alza en las recaudaciones. Advierten que el acto administrativo acusado incluye aumento salarial y crea nuevas posiciones, generando un gasto de B/1,080.00, por mes, dentro de una Dirección, lo que produciría un déficit fiscal.

OPINIÓN JURÍDICA DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Hay violación directa por omisión o falta de aplicación, cuando se deja de aplicar una norma legal que decide o resuelve la situación jurídica planteada.

Es evidente que el artículo 67 de la Ley 106 de 1973, es norma aplicable de manera obligante antes de incluir o aprobar aumentos a los funcionarios municipales existentes o para crear nuevos cargos.

El señalamiento anterior nos obliga a revisar los ingresos municipales recaudados durante el año 2001, año inmediatamente anterior, al año fiscal en que los aumentos y nuevos cargos tendrían efectividad presupuestaria. Destacando de las fojas 207, 217 a 221, que en el año 2001, los ingresos, con respecto al año inmediatamente anterior (2000), disminuyeron aproximadamente un siete por ciento (7%). En cuanto al análisis de ejecución de 2001, se advierte que el Municipio de Arraiján había proyectado o autorizado un ingreso que sobrepasaba al año 2000. Sin embargo, como queda en evidencia, los resultados fueron lo contrario, pues consta que entre 2001 y 2000, los ingresos recaudados disminuyeron un siete por ciento (7%) la recaudación del año 2000. Y con respecto al desenvolvimiento entre lo proyectado o autorizado y lo ejecutado, en el año 2001, lo dejado de percibir asciende a más de trescientos cincuenta mil balboas. Por lo tanto, no se podría señalar que existía un historial financiero que fundamentara la inclusión de nuevos gastos para el Municipio de Arraiján.

Consideramos que no es aplicable la relación de ingresos presentada por la Presidenta del Consejo Municipal de Arraiján que se remite al año 2000, como año base, porque el acto administrativo acusado tendría como año de referencia el de la vigencia fiscal 2002, además, que la publicación y otras para el perfeccionamiento del acto administrativo ocurren en el año 2002. Por lo tanto el año de comparación o referencia se remite al año 2001.

La Procuraduría de la Administración apoya como suyo los cuestionamientos y el derecho reclamado por el Licdo. Jaime Barroso, a título de Alcalde Municipal del Distrito de

Arraiján, con excepción de la supuesta infracción del artículo 35 de la Ley 38 de 2000, por el artículo sexto del Acuerdo N°23 de 26 de 1984 (sic), reformado por el Acuerdo 32 de 13 de diciembre de 1984, puesto que el mismo no se refiere al Acto administrativo acusado, aunque se pretenda aplicar de manera yuxtapuesta, para señalar que un Acuerdo Municipal no puede desconocer lo dispuesto en la Ley, o en la Constitución.

En consecuencia, y con el respeto acostumbrado, solicitamos a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que accedan a lo solicitado por el Licenciado Jaime Barroso, en su condición de Alcalde del Distrito de Arraiján y se proceda a declarar la ILEGALIDAD y consecuente NULIDAD del Acuerdo N°16 de 13 de noviembre de 2001, "Por el cual se designa con el nombre de Dirección de Obras, Construcciones y Control Urbano Municipal a la actual dirección de Ingeniería Municipal, se crea su estructura administrativa y se le asignan funciones."

Pruebas: Aceptamos las pruebas incorporadas que se ajustan a las exigencias del Código Judicial. Solicitamos que se realice una prueba pericial, con la participación de Contadores Públicos Autorizados, dirigida a determinar si se cumplían las condiciones determinadas en el artículo 67 de la Ley 106 de 1973, para introducir aumentos en los salarios de los funcionarios de la Dirección de Ingeniería Municipal e incluir nuevos puestos. Designamos como Perito a los Licenciados, (Auditora) Tibusay Charry, con cédula 8-257-255, Contadora Pública Autorizada, con idoneidad 3920 y al (Auditor) Arnulfo González Estribí, con cédula 4-82-433, con idoneidad como Contador Público Autorizado 3957.

Derecho: Aceptamos el derecho invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Lcda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/09/bdec

Lcdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materia: AUMENTO DE ASIGNACIONES Y SUELDOS DE LOS
FUNCIONARIOS MUNICIPALES, NOMBRAMIENTO DE LOS FUNCIONARIOS
MUNICIPALES QUE NO CORRESPONDE A OTROS.