



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 9 de octubre de 2019
C-SAM-24-19

Señora
Paula María González
Alcaldesa Municipal
Distrito de Penonomé
Provincia de Coclé
E. S. D.

Ref: Criterio legal sobre el nombramiento y remoción de los funcionarios, subalternos o colaboradores de la dirección de Ingeniería Municipal.

Señora Alcaldesa:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en ocasión de dar respuesta a su nota fechada 20 de septiembre de 2019, en la que consulta a esta Procuraduría nuestra opinión, sobre el tema de la designación y remoción del Ingeniero Municipal del Distrito de Penonomé, concretamente de los funcionarios, subalternos o colaboradores de dicho departamento de ingeniería, por parte del Consejo Municipal.

En atención al objeto de su consulta, y en virtud de la misión que mantiene esta Procuraduría a través del numeral 6, del artículo 3 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, que nos insta a brindar orientación a los servidores públicos y al ciudadano en la modalidad de educación informal, apreciamos que la interrogante tiene relación con la legalidad y validez del Acuerdo No.015 de 16 de agosto de 2007, por medio del cual, los funcionarios, subalternos o colaboradores del Departamento de Ingeniería Municipal, son nombrados a través de Resoluciones emitidas por el Consejo Municipal de Penonomé por medio de la Comisión de Mesa, (Crf.foja 1) en atención al Acuerdo No.015; actuación que escapa de la esfera de nuestra competencia, pues implicaría ir más allá del límite que nos impone la Ley y la Constitución. Adicionalmente estaríamos emitiendo un juicio de valor o un pronunciamiento prejudicial sobre una materia, que va más allá de lo dispuesto en la Ley; y cuya competencia corresponde privativamente a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política y el artículo 97 del Código Judicial. Al respecto, veamos lo que dispone el artículo 2 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000:

“Artículo 2. Las actuaciones de la Procuraduría de la Administración se extienden al ámbito jurídico administrativo del Estado, excluyendo las funciones jurisdiccionales, legislativas y, en general, las competencias especiales que tengan otros organismos oficiales.”

En virtud de lo expuesto, esta Procuraduría se encuentra imposibilitada para darle contestación a su consulta; no obstante, como quiera que nos encontramos con actos materializados, es decir, el Acuerdo

Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, le sirve a ti.
Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá * Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310
* E-mail: procadm@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa *

No.015 de 16 de agosto de 2007, se encuentra vigente; somos del criterio que del mismo se presume su legalidad al tenor de lo establecido en el artículo 18 de la Constitución Política y el artículo 34 de la Ley 38 de 2000.

Para mayor ilustración con este tema, traemos a colación un extracto del fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, fechado 15 de noviembre de 2018, del cual se exteriorizó el principio de presunción de legalidad así:

“... ”

En este punto, conviene subrayar, que no debe perderse de vista, con relación a estos hechos, que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de "presunción de legalidad" **de los actos administrativos**, lo cual significa no sólo que éstos se consideran ajustados al ordenamiento jurídico, sino también que quien alega su ilegalidad debe demostrarla plenamente. (Resaltado es nuestro).

En ese sentido, debe recordarse que el acto administrativo es concebido como aquella declaración o acuerdo de voluntad expedida o celebrado por una autoridad u **organismo público** con la finalidad de crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica, que por su contenido y alcance queda sometida al Derecho Administrativo (numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000). (Resaltado y subrayado es nuestro).

De esta forma, los actos administrativos vistos desde la función que están llamados a cumplir, buscan concretar o materializar la actuación que desarrolla la Administración para dar cumplimiento a la satisfacción de los intereses generales y públicos que le han sido confiados.

En virtud de ello, resulta evidente que, esos actos administrativos, por definición, tienen que ajustarse estrictamente a lo dictado en la Constitución y la Ley. Este principio de legalidad de las actuaciones administrativas está contemplado expresamente en los artículos 34 y 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el procedimiento administrativo general, que establecen lo siguiente:

"Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán... con apego al principio de estricta legalidad".
(Resaltado es nuestro).

"Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la Ley o los reglamentos". (Lo resaltado es de la Sala Tercera)

De lo anterior, se desprende que lo que se busca con el principio de estricta legalidad, es garantizar que la actuación de las autoridades públicas se sujete a un conjunto de reglas y normas previamente establecidas, de forma tal que se evite toda arbitrariedad o abuso de poder que pueda afectar a los administrados.

En ese orden de ideas, y en seguimiento de lo establecido en el numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el acto administrativo debe atender los siguientes elementos vitales para su formación: a) Competencia; salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución. b) Objeto; el cual debe ser lícito y físicamente posible. c) Finalidad; acorde con el ordenamiento jurídico y en ningún momento puede encubrir otros propósitos públicos o privados distintos de la relación jurídica de que se trate. d) Causa; la cual debe ser relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable. e) Motivación; que debe reflejar el conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión. f) Procedimiento; ajustado a los trámites jurídicos exigidos para su emisión; y g) Forma; que salvo las excepciones que la Ley indique, la misma debe ser escrita, con la indicación del lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.

Las consideraciones anteriores han sido reconocidas por la Sala Tercera en reiteradas oportunidades, indicando que la presunción de legalidad es "la convicción, fundada en la Constitución y en la Ley, en virtud de la cual se estima o asume que un acto emanado de quien ostenta la calidad de funcionario público y dictado en ejercicio de sus funciones, fue expedido con arreglo al orden jurídico, es decir, cumpliendo las condiciones formales y sustanciales necesarias para que dicho acto sea válido y pueda, entonces, llegar a ser eficaz". (Auto de 31 de julio de 2002).

Así pues, la jurisprudencia de la Sala Tercera ha indicado igualmente que la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos es una presunción iuris tantum, "es decir, que no es absoluta, sino que puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario". (Sentencia de 19 de septiembre de 2000). (Lo resaltado es de la Sala).

En cuanto al concepto de presunción legal, la propia Ley 38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, lo define en el numeral 77 del artículo 201 de la Ley N° 38 de 2000, de la siguiente forma:

"Artículo 201.

...
77. Presunción legal. La que establece la ley, releva de prueba al favorecido por ella, pero admite prueba en contrario por ser tan sólo de derecho (iuris tantum)".

En seguimiento de lo anterior, sobre el tema de la presunción de legalidad, el autor español LIBARDO ORLANDO RIASCOS GÓMEZ, ha indicado que la misma "consiste básicamente en que todo acto en tanto se haya expedido por autoridades estatales o personas particulares con función pública se entienden conforme al ordenamiento jurídico vigente y si alguien quiere probar lo contrario, deberá demandar probado ante la jurisdicción contencioso administrativo que no existe tal presunción, pues esta es iuris tantum ...". (RIASCOS GÓMEZ, Libardo Orlando. El Acto Administrativo, Segunda Edición, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, página 235) (Resaltado es nuestro).

En razón de lo anterior, resulta claro que mientras no se acredite mediante resolución judicial definitiva la ilegalidad del acto administrativo, el mismo

deviene obligatorio y de estricto cumplimiento, a fin de garantizar el respeto a la Ley y a las autoridades. (Resaltado y subrayado es nuestro).

Realizados los planteamientos que preceden, puede concluirse que la presunción de legalidad que atañe a los actos administrativos no es absoluta, y por tanto, la misma tiene una naturaleza revisable, es decir, que admite prueba en contrario (presunción *juris tantum*)...” (Subrayado es nuestro)....”

Luego de tratar el tema de la presunción de legalidad de los actos administrativos, en atención a que la materia objeto de su consulta, guarda relación con la legalidad de algunos nombramientos y remoción del personal de la Dirección de Ingeniería Municipal, los cuales se apoyan en un acuerdo municipal vigente; consideramos oportuno nutrir la consulta, trayendo a colación algunos fallos emitidos por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, que guardan relación con la autoridad competente para nombrar y remover al personal de la Dirección de Ingeniería Municipal, a saber:

Sentencia de 26 de abril de 2006:

“...Aunado a lo anterior, cabe enfatizar que la ausencia de regulación en torno a la autoridad que le compete efectuar el nombramiento de los cargos creados por el Concejo, debe entenderse en atención a lo previsto en la regla de competencia del artículo 45, de que corresponde al Alcalde realizar los nombramientos de los cargos municipales a los cuales no se le determine autoridad nominadora. Por lo tanto, la Dirección de Obras, Construcciones y Control Urbano Municipal (nueva designación del puesto de Ingeniero Municipal) **no tiene facultades para nombrar o renombrar a su personal subalterno**, pues tal como lo señaló la Sala en resolución de 16 de agosto de 2001 la figura del Ingeniero Municipal, que además de no encontrarse prevista o regulada en la Constitución, **tampoco ha recibido atribución expresa por la Ley, para nombrar a su personal subalterno.**” (lo resaltado y subrayado es nuestro).

Sentencia de 15 de julio de 2005:

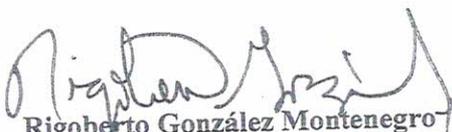
“...Según el artículo 45 (numeral 4) de la Ley 106 de 1973, es atribución del Alcalde nombrar y remover a los corregidores y demás funcionarios públicos municipales, cuya designación no corresponda a otra autoridad. Por su parte, al Consejo (sic) Municipal, sólo le es permisible elegir al Presidente, Vicepresidente, Secretario, Sub-secretario, Tesorero, Ingeniero, Agrimensor o inspector de obras municipales y al Abogado Consultor de la Cámara Edilicia (ver numeral 17 del artículo 17 de la Ley sobre Régimen Municipal).

Advertimos, que cada una de las autoridades municipales arriba mencionadas tiene definida sus acciones de personal. En consecuencia, los cargos municipales existentes cuyo personal haya sido nombrado por el Alcalde por no ser de competencia de otra autoridad, no pueden ser suprimidos por el Consejo Municipal para crear otros y transferirlos hacia la Tesorería o el Departamento de Ingeniería Municipal, toda vez que usurparía en las atribuciones del jefe de la Administración Municipal y quebrantaría las normas legales referentes a las acciones de personal que regulan la materia, en

la medida que recaería sobre un funcionario distinto al Alcalde, denominése Tesorero o Ingeniero Municipal, efectuar las mismas.” (lo resaltado y subrayado es nuestro).

Para concluir, esta Procuraduría de la Administración, considera que de conformidad con la jurisprudencia y la ley, se concluye en primer lugar, que le corresponde al Alcalde realizar los nombramientos de los cargos municipales, en atención a lo normado en el artículo 243 numeral 3 de la Constitución Política y al artículo 45 numeral 4 de la Ley 106 de 1973 del Régimen Municipal en segundo lugar, le corresponde al Consejo Municipal conforme lo dispone el artículo 17 numeral 17 de la Ley 106 de 1973, que fuese reformado mediante el artículo 149 de la Ley 37 de 2009 que descentraliza la Administración Pública y por el artículo 72 de la Ley 66 de 2015 que reforma la ley antes señalada, elegir exclusivamente al ingeniero municipal; no obstante lo anterior, consideramos que los actos emitidos por el Consejo Municipal del distrito de Penonomé, en atención al Acuerdo No.015 de 16 de agosto de 2007, mientras no se declaren contrarios a la Constitución, a la Ley o a los reglamentos generales, por parte de los tribunales competentes, están revestidos de presunción de legalidad (Cfr. Artículo 46 de la Ley 38 de 2000).

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración.



RGM/rcm