

24 de junio de 2003

Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Nulidad

Concepto

El Licenciado **Honorio Quesada Martínez**, en su propio nombre demanda la nulidad, por ilegal, del artículo 80 del Acuerdo Municipal N°193 de 26 de noviembre de 2002, dictado por el **Consejo Municipal del Distrito de Panamá**.

**HONORABLE 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 Honorio Quesada Martínez, en su propio nombre, para que se declare nulo por ilegal, el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, proferido por el Consejo Municipal de Panamá.

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.

La pretensión del demandante se dirige a obtener la declaración de nulidad, por ilegal, del artículo 80 del Acuerdo N°193 del 26 de noviembre de 2002, expedido por el Consejo Municipal de Panamá. El Acuerdo en mención se identifica como el Presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio de Panamá, para el período Fiscal del 1 de enero de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2003 y el contenido del artículo demandado es el siguiente:

**"Artículo 80.** Se autoriza al Alcalde para que realice los actos públicos necesarios

para la ejecución de los programas municipales. Los contratos deben ser aprobados o rechazados por el Pleno del Consejo en un término de (15) días hábiles a partir de la presentación de los contratos, con la documentación completa; de lo contrario, se entenderá aprobado automáticamente."

**POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LOS HECHOS FUNDAMENTALES DE LA DEMANDA.**

**PRIMERO:** Es cierto tal como consta en la Gaceta Oficial N°24,695 de 6 de diciembre de 2002, que figura en el expediente a fojas 2 a la 27 inclusive. Por lo tanto lo acepto.

**SEGUNDO:** Este no es un hecho, es la alusión al contenido del Acuerdo 193 de 26 de noviembre de 1992, acto administrativo acusado, tal como lo identifica el actor a foja 91 del cuaderno judicial, por lo tanto se recibe como tal.

**TERCERO:** No me consta porque si bien se agrega al expediente el Orden del Día, no se acompañan las Actas de la Sesión celebrada el 28 de enero de 2003, por lo tanto niego este hecho..

**CUARTO:** No me consta, por lo tanto, lo niego.

**QUINTO:** No es cierto tal como viene redactado. Pues si observamos la fecha de la Nota D.S. 66 de 23 de enero de 2003, girada por el Alcalde Juan Carlos Navarro al Presidente del Consejo Municipal, ésta corresponde a un acto anterior a la Sesión celebrada por el Pleno del Consejo Municipal, el día martes 28 de enero de 2003. De modo que la misiva del Alcalde Navarro, no es una respuesta disconforme con la actuación de los ediles en la Sesión del 28 de enero de 2003. Puede quizás identificarse como una misiva que insta a una actuación más rápida, considerando lo dispuesto en el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2003.

**EXPRESIÓN DE LAS DISPOSICIONES VIOLADAS Y EL CONCEPTO EN QUE SE ESTIMAN INFRINGIDAS POR EL DEMANDANTE.**

**Primero:** Según el demandante se ha violado de modo directo el numeral 11 del artículo 17 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984, cuyo texto señala:

“Artículo 17: Los Consejos Municipales tendrán competencia exclusiva para el cumplimiento de las siguientes funciones:

1. ...

2. ...

3. ...

....

11. Autorizar y aprobar la celebración de contratos sobre concesiones y otros modos de prestación de servicios públicos municipales y lo relativo a la construcción de obras públicas.”

Según el demandante, el acto administrativo acusado infringe lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 17 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984, desde el momento que establece una especie de auto limitación (sic) de la competencia exclusiva conferida por Ley al Pleno del Consejo Municipal para aprobar los contratos relacionados con concesiones, prestación de servicios, obras y construcciones municipales. Se trata de una subrogación o delegación de competencia y funciones del Consejo Municipal a favor del Ejecutivo Municipal (Alcalde), no autorizada ni establecida por la ley formal.

**CONCEPTO JURÍDICO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.**

Cabe señalar que el demandante no ha formulado el cargo de ilegalidad de manera clara, impidiendo la correcta identificación del concepto de la infracción. De modo que la vaguedad de estos cargos impiden la confrontación del acto administrativo acusado con la norma supuestamente infringida

y en consecuencia afecta la prueba y el pronunciamiento de una decisión sobre el fondo del asunto.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa al señalar que debe individualizarse el cargo de violación endilgado al acto administrativo impugnado y precisarse el concepto de la violación, esto asegura la objetividad en el análisis. Pues a falta de la referencia objetiva se propicia las interpretaciones subjetivas.

En el caso que nos ocupa, el demandante, refiere que el artículo 80 del Acuerdo Municipal N°193 del 26 de noviembre de 2002, viola el numeral 11 del Artículo 17 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, "desde el momento que establece una especie de auto limitación (sic) de la competencia exclusiva conferida por Ley al Pleno del Consejo Municipal, para aprobar contratos relacionados con concesiones, prestación de servicios, obras y construcciones públicas municipales." Según el demandante, el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, subroga o delega la competencia y las funciones del Consejo Municipal, a favor del Ejecutivo Municipal (Alcalde), sin que esto haya sido autorizado ni establecido, mediante la Ley formal.

El cargo en contra del artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, refiere que éste infringe el numeral 11 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973, por introducir una auto limitación(sic) en la competencia exclusiva del Pleno del Consejo Municipal, para la aprobación de los Contratos, cediendo ésta a favor del Alcalde.

En nuestra opinión, tal cargo no tiene asidero legal, por lo menos en los términos que lo ha expresado el demandante. Pues, el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de

noviembre de 2002, no está restándole las funciones (competencia) del Pleno del Consejo Municipal del Distrito de Panamá, en cuanto a decidir la aprobación o desaprobación de los Contratos sometidos a su consideración. Pues, todos los contratos que versen sobre asuntos en los cuales medie la prestación de servicios públicos municipales y la construcción de obras públicas municipales, **continuarán enviándose al Consejo Municipal** para someterse a la autorización y la aprobación o desaprobación del Consejo Municipal de Panamá.

La incorporación del artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, como lo señala el Presidente del Consejo Municipal de Panamá, a través del informe explicativo, visible a fojas 123 y 124 del cuaderno judicial, "sólo pretende regular el propio funcionamiento de las instancias municipales, mediante un Acuerdo, que tiene fuerza de Ley dentro del Distrito. Un Acuerdo que no pretende rebasar la Ley, pues mantiene el estudio y examen de los Contratos en las Comisiones específicas y concluida esta etapa, toda la documentación se somete a la aprobación o no del pleno, y si bien se le ha señalado un período definido, o plazo para cumplir la discusión y aprobación o desaprobación, esta medida es para evitar que se pierdan las partidas correspondientes, y mejorar la ejecución presupuestaria y la agilización del Proyecto ante la Contraloría General de la República".

La Procuraduría de la Administración al analizar la norma supuestamente infringida y confrontarla con el acto administrativo acusado, advierte que el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, en su primer

inciso, no colisiona o infringe norma alguna, pues la autorización que el Consejo Municipal otorga al Alcalde del Distrito de Panamá se dirige a la realización de los actos públicos, necesarios para la ejecución de los programas municipales. Actuación cónsona con la naturaleza administrativa del Alcalde como gestor o gerente público local. De manera que al cumplir con la programación de actos previos y realizar los actos pre-contractuales no se excede en las facultades que le confiere la Ley. Tampoco es cierto que el Consejo Municipal haya delegado o subrogado la función de aprobar o improbar los contratos sometidos a su consideración.

La función de realizar todo los actos previos a la contratación, desde la preparación del pliego de cargos, definir y preparar los planos y adherir un prospecto de contrato, son actividades que no son extrañas o ajenas al Ejecutivo Municipal (Alcalde). Y que, tal como lo manifiesta el Informe Explicativo del Presidente del Consejo Municipal, sólo tienden a agilizar las actuaciones administrativas logrando que desde la génesis de los proyectos estos tiendan a resultados eficaces. No existe a juicio nuestro, **auto limitación(sic)** de la competencia, ni tampoco delegación de funciones o subrogación. Lo que existe es especialización de las funciones, considerando que la preparación oportuna de la documentación hasta someterlo al debate en la Comisión respectiva del Consejo Municipal puede realizarse con mayor eficiencia y eficacia, por el Ejecutivo Municipal.

En cuanto a la etapa de deliberación se reserva al Pleno del Consejo Municipal, a quien corresponde la aprobación o desaprobación del Contrato, y en cuanto a esta facultad, no

consta que se haya cedido en el acto administrativo acusado. Lo que se evidencia es la medida para compulsar la actuación de los Concejales. Que, por tratarse de un cuerpo político con múltiples intereses, deciden acordar la penalización de la falta de actividad o falta de gestión que impida darle curso a los proyectos y obras que benefician al Distrito, propiciando de esta manera la discusión en el tiempo oportuno. Tal medida se aplica para evitar las dilaciones innecesarias, que afectan la ejecución presupuestaria.

Acogemos como nuestro, el criterio de la Sala Tercera, en cuanto califica esta penalización de la falta de actuación legislativa como una variante de silencio administrativo positivo, aunque como ha explicado el Presidente del Consejo Municipal de Panamá, no responde a ese fin.

En el primer caso, la administración atiende una solicitud o petición del administrado y su falta de respuesta es castigada, cumplido el tiempo que define la Ley o en ausencia de un plazo determinado vencido los dos meses, posteriores a la presentación de la solicitud. En este caso la administración le debe la respuesta al administrado, usuario o simple ciudadano y el silencio administrativo positivo, opera como una garantía para el administrado.

En el segundo supuesto, que es el que nos ocupa, la administración no está frente a una petición de un particular, su imposición persigue alcanzar resultados dentro de la misma administración pública y penaliza la inercia del encargado otorgando los efectos del acto como si se hubiese cumplido. Razón para que se le señale como una especie de silencio positivo y como tal su establecimiento debe estar consagrado en una Ley.

Sin embargo, el cargo de ilegalidad no debe afectar la totalidad del artículo 80 del Acuerdo N° 193 de 26 de noviembre de 2002, si no el inciso final, que es el que lo contempla como tal.

El inciso final del artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, dispone: "Los contratos deben ser aprobados o rechazados por el Pleno del Consejo en un término de quince (15) días hábiles, a partir de la presentación de los contratos con la documentación completa; de lo contrario se entenderá aprobado automáticamente"; pues, es esta parte del artículo la que contempla la medida sancionadora que, por su esencia, debe disponerse en la Ley.

Lo expuesto no impide advertir que esos visos de ilegalidad que se han mencionado no devienen del cargo formulado por el demandante, sin embargo, son observados como posibilidades para incurrir en condiciones de ilegalidad precaria u otros vicios de nulidad en las contrataciones.

Por lo tanto, considera la Procuraduría de la Administración, que debe reconocerse la pretendida ilegalidad pero limitada al inciso final del artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002.

Segundo: Además, se ha señalado la supuesta violación del artículo 41 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, cuyo texto copiamos a continuación:

**"Artículo 41.** Todo Proyecto de Acuerdo o Resolución, una vez cumplido los trámites previstos en el Reglamento Interno del Consejo, pasará al Pleno de éste, donde sufrirá un solo debate y será adoptado mediante el voto favorable de la mayoría absoluta, entendiéndose por esta el número entero siguiente a la mitad de los miembros del Consejo. Se exceptúan los Acuerdos especiales para cuya aprobación, se requieren otras formalidades exigidas por esta Ley o por el Reglamento del

Consejo y una vez aprobado será remitido a la Secretaría para su promulgación.”

Según el demandante la norma legal reproducida ha sido violada de manera directa por el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, en forma flagrante, al permitir que se negocien y celebren contratos cuya aprobación ha sido solicitada en Proyectos de Acuerdos Especiales, rechazados por no cumplir con las formalidades exigidas, en este caso, tal cual lo establece el precitado artículo 41 de la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley N°52 de 1984, con el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros del Consejo. (Subrayas agregadas por la Procuraduría de la Administración).

#### **CONCEPTO JURÍDICO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.**

Nuevamente se pone en evidencia las desventajas de las exención de las formalidades en la revisión de la demanda. Pues, si bien el demandante menciona la violación directa de la ley, descuida señalar si esta violación fue por comisión o por omisión y deja a cargo del Tribunal que decida o ajuste sus explicaciones a lo oportuno, desvirtuándose la objetividad en la causa.

La violación directa por comisión se presenta cuando el acto administrativo impugnado dispone alguna cosa contraria a lo que establece la ley o una norma jerárquicamente superior al acto acusado. Al aplicar la ley se desconoce un derecho consagrado en forma clara en la disposición aplicada. (MOLINO MOLA: 2001: 201)

La violación directa por omisión o falta de aplicación ocurre, cuando se deja de aplicar una norma legal que decide

o resuelve la situación jurídica planteada. (MOLINO MOLA: 2001:202)

Según el demandante, el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, permite que se negocien y celebren contratos cuya aprobación ha sido solicitada en Proyectos de Acuerdos especiales, rechazados por no cumplir con las formalidades exigidas, en este caso el voto favorable de las dos terceras partes, tal como lo señala el artículo 41 de la Ley 109 de 1973.

Es obvio, que tal como lo explica el demandante no estaríamos frente a un caso de los que describe el artículo 80 del Acuerdo N°193 de noviembre de 2002, pues si hubo rechazo, entonces hubo discusión, y no podría hablarse de silencio administrativo. Otra cosa muy distinta es enfocar la ilegalidad de un contrato que no haya sido aprobado por el quórum y los votos necesarios. Situación que se pone en evidencia porque la causal de ilegalidad no ha sido debidamente identificada, con consecuencias fácilmente advertidas en la contestación y en el aspecto probatorio.

Es oportuno señalar que la conducta denunciada como ilegal no está contemplada ni autorizada por el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, pues si se negocian o celebran contratos rechazados, no estamos frente a la situación prevista en el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, al disponer una medida para compulsar la actividad de la administración. No existe el símil o parecido con el tipo de silencio administrativo positivo, pues si se señala que el o los contratos fueron rechazados, entonces si hubo la actividad deliberativa del Consejo Municipal, al escoger el rechazo y no la aprobación.

Queremos reiterar que la intervención de la Procuraduría de la Administración en este Proceso de Nulidad, es en interés de la Ley, no defiende el acto administrativo acusado, sin embargo, considera necesario que se precise la parte de este artículo que puede infringir la norma jurídica citada, pues de pleno no se visualiza esa relación.

Coincidimos con el Magistrado Sustanciador en cuanto resguarda la actividad deliberatoria del Pleno del Consejo, cuando se trate de los proyectos de contrato presentados por el Alcalde del Distrito de Panamá, quienes deberán aprobar o rechazar este, sometiéndose a lo preceptuado en los artículos 41 y 41A de la Ley 106 de 1973. Sin embargo, no se ha comprobado que efectivamente el acto demandado colisione con la norma jurídica supuestamente violada. A la fecha se están señalando situaciones que no han ocurrido y aún pertenecen al plano de las suposiciones, para justificar la ilegalidad demandada.

Quizás sea prudente y sabio, eliminar la frase que crea la oportunidad de un desliz legal o jurídico, impidiendo cualquier referencia legal que impida o coarte la libertad, en el tiempo, para que el Consejo Municipal discuta la aprobación o no de un proyecto. Y sea ventajoso que los Contratos pasen por el debate correspondiente ante el Pleno del Consejo y sean adoptados o rechazados por la mayoría absoluta del Pleno, salvo casos excepcionales.

Apoyamos la idea de enmendar el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, en cuanto se elimine el mecanismo de la aprobación automática de los Contratos, sin embargo, esto no conlleva la nulidad de todo el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002. Pues, como

hemos señalado, la afectación del artículo es parcial y la autorización al Alcalde para que ejecute los actos públicos necesarios para el desarrollo de los Planes y Proyectos Municipales es propio de la actividad del Gestor o Gerente Municipal.

Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto: Por razones de economía procesal y dado que guardan muy estrecha relación analizaremos el acto administrativo acusado frente a las supuestas normas infringidas.

En cuanto al cargo señalado frente al artículo 41A de la Ley 106 de 1973, consideramos que este no tendría cabida, pues si aceptamos que opera una de los tipos de silencio administrativo, entonces estamos diciendo que no hubo actividad del Consejo Municipal, no hubo Acuerdo, y es un craso error hablar de que el Acuerdo se envía al Alcalde para su sanción y menos aún puede aplicarse o contraponerse con lo dispuesto en caso de un acuerdo vetado. Por otra parte, no existe ninguna causa de ilegalidad que se identifique como **aplicación unilateral**.

En cuanto a la supuesta violación, inferida por el acto administrativo demandado, a lo dispuesto en el artículo 77 numeral 2, del Reglamento Interno del Consejo Municipal; es decir, la votación secreta, y en el artículo 78 de la misma disposición reglamentaria, la aprobación de los contratos por una mayoría no menor de las dos tercera parte de los miembros que integran el Consejo, consideramos que no se ha determinado de manera objetiva cual es la supuesta causal de ilegalidad. En principio, si se mantiene la tesis de que estamos frente a un tipo de silencio administrativo, es contrario a toda lógica hacer referencia a un voto secreto y

al requisito de aprobación de una determinada cantidad de los miembros del Consejo. Y si no es esta la situación advertida, es evidente que el demandante ni siquiera ha podido determinar de manera objetiva la causal de ilegalidad.

Igual consideración se aplica a la supuesta ilegalidad del artículo 112 del Reglamento Interno del Consejo Municipal del Distrito de Panamá, pues se insiste en presentar la situación como que el artículo 80 del Acuerdo Municipal N°193 de 26 de noviembre de 2002, viola **el espíritu y la letra** del artículo 112 del Reglamento Interno al permitir que se negocien y celebren contratos **cuya aprobación fue solicitada, pero rechazado por no cumplir con las formalidades exigidas.** Justamente, por que se actúa en interés de la Ley, debemos advertir que el artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, no se refiere a los contratos rechazados, si no a aquellos que no han sido sometidos al debate correspondiente y en los cuales se refleja la falta de actividad deliberativa.

En cuanto a la supuesta violación del artículo 35 de la Ley 38 de 2000, por el acto administrativo acusado, debe entenderse esta violación en el contexto de que el silencio administrativo positivo debe establecerse por ley y no bajo otro enfoque, pues en el artículo demandado no se pretende subrogar funciones ni eximir trámites.

En consecuencia y con el respeto acostumbrado, solicitamos a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que la nulidad del artículo 80 del Acuerdo N°193 de 26 de noviembre de 2002, sea parcial y que sólo se afecte el inciso final, donde parece

establecerse un tipo o variante del silencio administrativo positivo.

**Pruebas:** Aceptamos las pruebas incorporadas que cumplen las exigencias del Código Judicial.

**Derecho:** Negamos el derecho invocado.

Del Honorable Magistrado Presidente,

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

AMdeF/09/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.  
Secretario General

Materia: silencio administrativo positivo debe establecerse mediante una Ley.