

26 de septiembre de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

Propuesto por la Firma Forense **Morgan & Morgan**, en su propio nombre y representación, para que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto #379 de 15 de noviembre de 2000, emitido por el **Director General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y el Departamento de Trámites del Ministerio de Vivienda**, publicado en la Gaceta Oficial #24,186 de 23 de noviembre de 2000.

Concepto.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.

Con el respeto que nos caracteriza, concurrimos ante el Despacho a su cargo, con la finalidad de emitir nuestro concepto en torno a la Demanda de Nulidad enunciada en el margen superior de la presente Vista Fiscal.

Nuestra intervención está fundamentada en el numeral 3, del artículo 5, del Libro Primero, de la Ley #38 de 2000, publicada en la Gaceta Oficial #24,109 de 2 de agosto de 2000, según el cual este Despacho debe actuar en interés de la ley en los Procesos Contencioso Administrativos de Nulidad.

I. La pretensión.

La Firma Forense Morgan & Morgan en su propio nombre y representación solicita a la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, que se formulen las siguientes declaraciones:

Primero: Se decrete la nulidad, por ilegal, del Resuelto #379 del 15 de noviembre del 2000 emitido por la Dirección

General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y el Departamento de Trámites del Ministerio de Vivienda conforme fue publicado en la Gaceta Oficial #24,186 del 23 de noviembre del 2000; y,

Segundo: Se ordene a la DIRECCIÓN DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES MUNICIPALES DEL MUNICIPIO DE PANAMÁ que previa coordinación con la Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos de Panamá proceda a demoler las mejoras realizadas, consistentes en el Edificio THE MILENIUM levantadas sobre las fincas #32,965 y #29,164 de la Provincia de Panamá, ambas sobre la Calle 54 o Santa Ana de la Urbanización Obarrio, Corregimiento de Bella Vista, ciudad de Panamá.

Este Despacho observa que le asiste el derecho a la Firma Forense demandante y así solicitamos sea declarado en su oportunidad procesal.

II. Las normas que se dicen infringidas y sus conceptos de violación legal son las que a seguidas se analizan:

a. En primer lugar, se dice vulnerado el artículo 37 del Código Civil, que dice:

Artículo 37: Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva, o en el caso de que la ley posterior a la derogatoria establezca de modo expreso que recobra su vigencia. En este último caso será indispensable que se promulgue la ley que recobra su vigencia junto con la que la pone en vigor." (Aparece tal como fue subrogado por el Art. 1 de la Ley 43 de 13 de marzo de 1925. (G.O. 4.622 de 25 de abril de 1925)

Concepto de la violación:

"La norma copiada, por efecto de la actuación perpetrada por el Director

General de Desarrollo Urbano y el Jefe del Departamento de Trámites del MIVI, ha sido vulnerada en concepto de VIOLACION DIRECTA, por omisión. Ello es así si se toma en consideración que la Resolución 8-86 de julio de 1986 que se invoca como fuente de derecho en el acto impugnado estaba derogado de modo expreso por la Resolución #213-93, siendo que esa Resolución #8-86 no ha sido revivida ni puesta en vigor de ninguna otra forma, con posterioridad a la emisión de ese acto (Resolución #213-93). Es evidente que los funcionarios, para conveniencia de quienes solicitaban el cambio, asumieron que, al haberse derogado la Resolución #213-93 por efectos de la publicación en la Gaceta Oficial del 26 de agosto de 1999 de la Resolución #171-94, siendo que esa Resolución de 1993 había a su vez derogado la #8-86 de 1986 (ambas sobre regulación de cambios de uso de suelo y materias afines), esa derogatoria significaba la reviviscencia de la normativa reglamentaria derogada (o sea, la Resolución 8-86). Esta violación se acentúa cuando se observa que la actuación de los funcionarios demandados refleja una denegación palmaria en respetar una decisión emanada de la Sala Tercera, organismo jurisdiccional que había suspendido provisionalmente un cambio de uso de suelos idéntico, hecho en ostensible violación de la ley." (Cfr. foja 61-62)

b. En segundo lugar, se dice infringido el artículo 73 de la Ley 135 de 1943, que puntualiza:

"Artículo 73: El Tribunal de lo contencioso-administrativo en pleno puede suspender los efectos de un acto, resolución o disposición, si a su juicio, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave."

Concepto de la violación.

"Mediante el acto impugnado, la norma supratranscrita ha sido vulnerada en concepto de VIOLACIÓN DIRECTA, por comisión. En efecto, esa norma, que consagra la facultad jurisdiccional del Tribunal de lo contencioso-administrativo, o sea la SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA para suspender los efectos de los actos demandados ante ese organismo ha

sido abiertamente pisoteada por los funcionarios del MIVI demandados, pues sencillamente reprodujeron el acto suspendido por el Pleno de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Oportuno y necesario es dejar consignado en este espacio que el Dr. Miguel Cárdenas, al rendir el informe requerido en la tramitación inherente a la demanda de nulidad contra la Resolución #209-98, expresó que la expedición de esa resolución tenía claros vicios de ilegalidad; es entonces realmente incomprensible que funcionarios subalternos de ese Ministro hayan reproducido, mediante el Resuelto #379 de noviembre del 2000, una autorización idéntica de cambio de uso suelos a la constituida en la Resolución #209-98, ante petición que le hicieran los nuevos arquitectos y/o promotores que la habían hecho en 1998 (autorización respecto de la cual, en 1998, había sido denegada en dos oportunidades por la misma Dirección General de Desarrollo Urbano -aunque entonces a cargo de una profesional seria y competente-, denegaciones esas fundamentadas en sólidos argumentos técnicos en materia urbanística).

Dejamos acotado lo anterior para resaltar la gravedad de la acción de los funcionarios que firmaron el acto objeto de demanda, quienes reprodujeron la autorización de cambio de códigos suspendida por la Corte Suprema de Justicia, violando de esa manera de manera franca y arbitraria la disposición legislativa consignada en el artículo que venimos comentando (73 de la Ley 135 de 1943), satisfaciendo con esa reproducción la petición -y obviamente los intereses- del dueño de las fincas 29164 y 32965, representado por su arquitecto. (Aunque para ello hubiesen tenido que invocar como fuente de derechos normas reglamentarias con la Resolución 8-86, inexistente jurídicamente, y la Resolución #171-94, declarada luego nula, por ilegal, por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia) (Cfr. foja 62-63)

c. En tercer lugar se dice que se produjo una infracción legal por desviación de poder.

"...motivo de ilegalidad que concurre en la contienda sub júdice, es el

denominado DESVIACIÓN DE PODER, igualmente contemplado en el artículo 26 de la Ley 135 de 1943.

Aunque la Desviación de Poder no es definida por el legislador panameño, la jurisprudencia y la doctrina, como fuente de derecho que son reconocidas en nuestro ordenamiento, permiten deducir que ese motivo de ilegalidad se constituye cuando el funcionario público, en ejercicio de la potestad de la que ha sido investido como derivación del cargo que ostenta, se aparta del propósito por el cual, o para el cual, se le confirió esa potestad. En otras palabras, hay Desviación cuando el funcionario actúa, no para perseguir los fines consignados en la ley que regula su cargo, sino para perseguir fines distintos o contrarios a esos que la ley señala.

En el caso que nos ocupa, los señores Mizrachi y Aguilar, funcionarios públicos con una misión específica encaminada a proteger a todos los panameños en sus vidas, honra y bienes, lo que hicieron fue favorecer muy particulares intereses. En efecto, las mismas personas que solicitaron a los funcionarios que firmaron el acto objeto de demanda, ya habían pedido igual autorización para el cambio de uso de suelos en 1998, con el rechazo en dos instancias de los técnicos del MIVI -léase Dirección General de Desarrollo Urbano-; ante ese rechazo, fundado en razones científicas urbanísticas, apelaron ante el Ministro de turno, quien, contrariando la opinión de sus técnicos, autorizó el cambio. Ese cambio, plasmado en la Resolución 209-98 fue recurrido en nulidad ante la Sala Tercera, en acción Contenciosa dentro de la que se decretó la suspensión provisional de sus efectos, mediante Auto del 23 de octubre de 1999, debidamente notificado al MIVI.

Es precisamente frente a la suspensión decretada por el Pleno de la Sala Tercera que ahora los funcionarios demandados, en un acto verdaderamente ignominioso y ante la petición marcadamente interesada de las mismas personas reproducen el cambio de uso de suelos plasmado en el Resuelto #379 de 15 de noviembre del 2000.

He allí, sin duda alguna, retratada una actuación que, además de constituir una deshonra para la administración pública constituye también una violación palmaria del ordenamiento legal, por lo que se impone su suspensión." (Fs. 63-64)

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Esta Procuraduría observa que la decisión que emane del proceso que analizamos depende de los antecedentes y fundamentos jurídicos del Resuelto #379 de 15 de noviembre de 2000 emitido por el Director General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y el Departamento de Trámites del Ministerio de Vivienda, así como de los precedentes jurisprudenciales que sobre el mismo inciden; por esa razón, a ello nos remitimos.

Antecedentes:

La Dirección General de Desarrollo Urbano recibió una solicitud del Arquitecto CARLOS ORFILA, en representación del Señor SAÚL FASHKA propietario del lote registrado en Finca #32965; Tomo #821; Folio #20; y la Finca #29164 Tomo #710; Folio #122 ubicada en Calle Santa Ana, Distrito de Panamá, Calle Santa Ana, Corregimiento de Bella Vista con un área de 1,839.09 (mts.2) metros cuadrados introdujo solicitud formal de Cambio de Zonificación del R2-A (residencial de baja densidad) al RM-3 (Residencial Multifamiliar de Alta Densidad).

Previo estudio del caso y realizada la inspección ocular respectiva, el MINISTERIO DE VIVIENDA a través de la Dirección General de Desarrollo Urbano, por la autoridad de la Ley #9 de 25 de enero de 1973, y **de acuerdo con el procedimiento para tramitar cambios de usos de suelos, retiro lateral o posterior, adosamiento a línea de propiedad,**

tolerancia en la densidad o altura de los edificios dentro de la norma vigente según Resolución #8-86 de julio de 1986, y con base en la Resolución #171-94 de 28 de diciembre de 1994 y a los estudios actuales del Plan de Desarrollo Urbano de las Áreas Metropolitanas del Pacífico y del Atlántico, como instrumento de planificación de desarrollo urbano para la ciudad de Panamá y para el sector de Obarrio/Juan Franco, donde la demanda de crecimiento ha recomendado su densificación resolvió:

- Aprobar el cambio de código de zona de R2-A a RM-3, con base al Plan Metropolitano, el cual recomienda la Densificación en ese Sector, la cual califican de Situación de Hecho.
- Las conexiones de infraestructura de acueductos y alcantarillados deberán ser a través de la vía principal (Ave Samuel Lewis) o la que la entidad reguladora en esos menesteres indique, de manera tal que no sature las infraestructura de servicios de la Calle Santa Ana.
- Deberá proveer área de estacionamientos adicionales a las estipuladas por la norma vigente.
- No podrá utilizar el área de servidumbre vial como área de estacionamientos.
- Durante la construcción deberá mantener las áreas de acera, gramas y servidumbres viales en condiciones óptimas, el Municipio correspondiente será garante de esas.
- La aprobación del Ministerio solamente se refiere al uso de suelo, retiro lateral o posterior, adosamiento

a línea de propiedad o tolerancia en la densidad o altura de los edificios.

- Los proyectos de desarrollo físico, deberán ser sometidos para su aprobación en las oficinas correspondientes.

La decisión de la Dirección General de Desarrollo Urbano materializadas en el Resuelto #379 de 15 de noviembre de 2000 parecen estar viciadas de nulidad, porque uno de los fundamentos jurídicos en los que se apoya estaba **derogado** (léase la Resolución #8-86) y el otro contiene elementos ilegales, tal como lo señaló la jurisprudencia en fecha reciente (entiéndase la Resolución #171-94).

Para una mejor perspectiva de la legitimidad del contenido del acto acusado, pasaremos a analizar los fundamentos jurídicos que lo respaldan, así como los pronunciamientos jurídicos que la Corte Suprema de Justicia ha emitido al respecto.

Fundamento Jurídico del Acto Acusado y Pronunciamientos Jurisprudenciales:

*Corresponde, ahora, determinar cuál era el status jurídico de la **Resolución #8-86 de julio de 1986 y de la Resolución #171-94 de 28 de diciembre de 1994** (que constituyen los fundamentos jurídicos del Acto Acusado) al momento de expedirse el acto acusado, el Resuelto #379 de 15 de noviembre de 2000.*

Mediante **Sentencia de 15 de noviembre de 1994**, la Sala Tercera decidió la solicitud presentada mediante Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad de declarar nulas, por ilegales, las Resoluciones #53-90 de 16 de octubre de

1990 y #59-90 de 15 de noviembre de 1990, ambas el Ministro de Vivienda.

Sobre la impugnación al artículo primero de la Resolución 59-90 que aprueba la rezonificación del sector de Bella Vista integrado por Juan Franco, Obarrio y Campo Alegre, la Sala desestimó los cargos por considerar con base al artículo 2 de la Ley #9 de 1973 que el Ministerio de Vivienda está facultado para regular todo lo concerniente a zonificaciones.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala Tercera en esa ocasión declaró **nulo, por ilegal, únicamente el artículo segundo de la Resolución 59-90 de 15 de noviembre de 1990 del Ministerio de Vivienda**, mediante el cual el MIVI se abstenía de otorgar cambios de zonificación en el citado sector durante un período de cinco (5) años, a partir de la aprobación de la rezonificación.

Con fundamento en esa Sentencia, el Ministerio de Vivienda emitió la **Resolución #171-94 de 28 de diciembre de 1994**, que a la letra dice:

"MINISTERIO DE VIVIENDA
RESOLUCIÓN N° 171-94
(de 28 de diciembre de 1994)

'Por la cual se dejan sin efecto las resoluciones No. 62-90 de 19 de noviembre de 1990, No. 15-92 de 24 de febrero de 1992, No. 131-92 de 2 de noviembre de 1992, No. 130-93 de 1° de junio de 1993, No. 148-93 de 25 de junio de 1993, No. 206-93 de 20 de octubre de 1993 y No. 208-93 de 28 de octubre de 1993.'

EL MINISTRO DE VIVIENDA

En uso de sus facultades legales,

CONSIDERANDO:

Que la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de

Justicia, mediante fallo de 15 de noviembre de 1994, declaró nulo por ilegal, el Artículo Segundo de la Resolución No. 59-90 de 15 de noviembre de 1990, dictada por el Ministerio de Vivienda.

Que del análisis del fallo sub-júdice, se colige que el poder que se le ha otorgado al Ministerio de Vivienda, mediante Ley 9 de 25 de enero de 1973, de establecer, coordinar y asegurar de manera efectiva la política nacional de vivienda y desarrollo urbano, ha sido utilizado con un fin distinto, puesto que en vez de garantizar los derechos de los propietarios; los limita congelando por un período de cinco (5) años los cambios de zonificación.

Que dicha corporación ha determinado que mal puede el Ministerio de Vivienda negarse a conocer rezonificaciones, cuando es una materia adscrita a dicho Ministerio, contemplada así en la Ley 9 del 23 de enero de 1973.

Que este Ministerio, respetuoso de las observaciones legales emitidas mediante fallos, por ese máximo Tribunal de Justicia, y manteniendo los criterios y razonamientos jurídicos, de que los fallos de la Corte Suprema son de obligatorio cumplimiento.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Dejar sin efecto las resoluciones No. 62-90 de 19 de noviembre de 1990, No. 15-92 de 24 de febrero de 1992, No. 131-92 de 2 de noviembre de 1992, No. 130-93 de 1 de junio de 1993, No. 148-93 de 25 de junio de 1993, No. 206-93 de 20 de octubre de 1993 y No. 208-93 de 28 de octubre de 1993 sólo en lo relacionado con los cinco (5) años de congelamiento en áreas re-zonificadas y cualesquiera otra que le sea contraria al fallo de 15 de noviembre de 1994, de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

ARTÍCULO SEGUNDO: Dejar sin efecto la Resolución No. 213-93 de 29 de octubre de 1993, 'Por la cual se crea el Comité Técnico de Zonificaciones de la Ciudad de Panamá y se establece una

Reglamentación para la Tramitación de Cambios de Código de Zonificación.'

ARTÍCULO TERCERO: Esta Resolución empezará a regir a partir de la fecha de su firma y de su promulgación.

Dado en la ciudad de Panamá, a los 28 días del mes de diciembre de del (sic) año mil novecientos noventa y cuatro (1994).

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCISCO SÁNCHEZ CÁRDENAS
Ministro de Vivienda.

ROGELIO E. PAREDES ROBLES
Vice-Ministro de Vivienda." (Véase Gaceta Oficial #23,872 de 26 de agosto de 1999, página 42) (Lo resaltado es la Procuraduría de la Administración)

A juicio de este Despacho, el Ministerio de Vivienda se excedió al emitir la Resolución #171-94 de 28 de diciembre de 1994, porque dejó sin efecto una serie de Resoluciones que no fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia fechada 15 de noviembre de 1994.

No obstante, al momento de expedirse el acto acusado debía aceptarse su legitimidad integral dada la presunción de legalidad de los actos administrativos, hasta tanto el mismo fuera declarado nulo, por ilegal, por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

Como se observa de la transcripción ut supra, la Resolución #171-94 de 28 de diciembre de 1994, en su artículo segundo, dejó sin efecto la Resolución #213-93 de 29 de octubre de 1993 "lo que presupone la aplicación nuevamente del trámite consagrado en **la Resolución 8-86"**, tal como se indicó en la Sentencia fechada 3 de abril de 2002 de la Sala Contencioso-Administrativa y según lo interpretó el

Ministerio de Vivienda, según la Resolución acusada de ilegal al utilizarla como fundamento legal.

Sin embargo, **la Resolución 8-86** no podía ser utilizada como fundamento legal por parte del Ministerio de Vivienda, porque la Resolución 213-93 de 29 de octubre de 1993 no fue derogada (directa ni indirectamente) por la Sentencia de 15 de noviembre de 1994, según se insinúa en la Resolución #171-94 de 28 de diciembre de 1994.

Así lo confirmó la Sentencia calendada 3 de abril de 2002 visible de foja 26 a 41 del expediente judicial, en la que de manera expresa se señaló la vigencia de la Resolución #213-93 de 29 de octubre de 1993, "Por la cual se crea el Comité Técnico de Zonificaciones de la Ciudad de Panamá y se establece una Reglamentación para la Tramitación de Cambios de Código de Zonificación", salvo el literal b, del artículo 10 y el artículo 18 de la referida Resolución.

En consecuencia, la actuación del Ministerio de Vivienda al darle vida jurídica nuevamente a la Resolución 8-86, so pretexto de la interpretación de la Sentencia de 15 de noviembre de 1994 de la Sala Tercera de la Corte, y utilizarla como fundamento legal del acto acusado, es ilegal por dos razones:

Primera: Porque la Resolución #213-93 de 29 de octubre de 1993, "Por la cual se crea el Comité Técnico de Zonificaciones de la Ciudad de Panamá y se establece una Reglamentación para la Tramitación de Cambios de Código de Zonificación" dejada sin efecto por la Resolución #171-94 de 28 de diciembre de 1994 no fue declarada nula por la Sala Tercera en la Sentencia fechada 15 de noviembre de 1994, por

lo que no era procedente aplicar el procedimiento anterior contenido en la Resolución 8-86 del MIVI.

Segunda: Porque la "reviviscencia" de una norma jurídica debe ceñirse al procedimiento establecido en el artículo 37 del Código Civil, que dice:

"Artículo 37: Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva, o en el caso de que la ley posterior a la derogatoria establezca de modo expreso que recobra su vigencia. En este último caso será indispensable que se promulgue la ley que recobra su vigencia junto con la que la pone en vigor." (Aparece tal como fue subrogado por el Art. 1 de la Ley 43 de 13 de marzo de 1925. (G.O. 4.622 de 25 de abril de 1925)

En efecto, la Resolución 8-86 no podía revivir por la incorrecta interpretación efectuada por el MIVI, porque se hubiera hecho referencia a ella, ni por haber sido dejada sin efecto la Resolución 213-93 de 29 de octubre de 1993. Requería, además, haber sido reproducida en una nueva Resolución, o que en una Resolución posterior a la derogatoria estableciera de modo expreso que recobraba su vigencia; era indispensable que la Resolución 8-86 se promulgara junto con la Resolución que la ponía en vigor.

Para ilustrar el punto explicado, citamos un extracto de un pronunciamiento de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia; veamos:

**"REPRESENTACIÓN DE ALCIBÍADES GONZÁLEZ,
PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, LA
RESOLUCIÓN NO. 101-30-28 DE 26 DE
SEPTIEMBRE DE 1991, EXPEDIDA POR EL
CONSEJO MUNICIPAL DE COLON. MAGISTRADA
PONENTE: MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE
AGUILERA. PANAMÁ, TREINTA Y UNO (31) DE**

ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO (1994) .

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

VISTOS:

La Licenciada Xiomara Ríos de Vallarino, interpuso demanda contencioso administrativa de nulidad, en representación de ALCIBIADES GONZÁLEZ, para que se declare nulo, por ilegal, el artículo primero de la Resolución 101-30-28 de 26 de septiembre de 1991, expedida por el Consejo Municipal de Colón.

...

En sentencia fechada el 27 de octubre de 1993, la Sala Tercera, también bajo la ponencia del Magistrado Arturo Hoyos, se pronunció en relación con la reviviscencia de una ley derogada por otra declarada inconstitucional y en relación con la reviviscencia del ordinal 17 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973, cuya violación se alega en el caso en estudio. Este ordinal 17 fue reformado por la Ley 52 de 1984 y por el Decreto Ley 21 de 1989, el cual fue declarado inconstitucional por medio de la Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, fechada el 8 de mayo de 1992. En este fallo la Sala expuso lo siguiente:

"El fenómeno de la reviviscencia de una ley derogada, es decir, la recuperación de vigencia de una ley derogada sólo está regulado en nuestro sistema jurídico cuando se produce la derogación (no la inconstitucionalidad) de la ley que derogaba a la ley anterior.

En ese sentido el artículo 37 del Código Civil es muy claro al disponer lo siguiente:

'Artículo 37: Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva, o en el caso de que la ley posterior a la derogatoria establezca de modo expreso que recobra su vigencia.

En este último caso será indispensable que se promulgue la ley que recobra su vigencia junto con la que pone en vigor'..."

En consecuencia, el Resuelto #379 de 15 de diciembre de 2000, acusado de ilegal, está viciado de nulidad por haberse sustentado en un procedimiento **derogado**; es decir, el establecido en la Resolución 8-86 del Ministerio de Vivienda.

A pesar que el **artículo segundo de la Resolución #171-94** de 28 de diciembre de 1994 fue declarado **parcialmente nulo, por ilegal, posteriormente** por la Sentencia de la Sala Tercera de la Corte fechada 3 de abril de 2002 y, aún cuando el efecto de dicha sentencia es ex nunc; es decir, con efectos hacia el futuro, por lo que sus consecuencias no se retrotraen al período o tiempo anterior a la publicación de la declaratoria de nulidad y la situación jurídica (Resolución #379 de 15 de noviembre de 2000) surgida durante la eficacia del acto declarado parcialmente ilegal no pueden ser invalidadas por la declaratoria de nulidad, no deja de confirmar la ilegitimidad parcial de la Resolución #171-94 de 28 de diciembre de 1994 que le sirve de soporte jurídico a la Resolución acusada de ilegal.

La Sala Tercera de la Corte avaló el criterio por nosotros expuesto en la Sentencia fechada 3 de abril de 2002, visible de foja 26 a 41 del expediente judicial.

En cuanto a la Desviación de Poder alegada por la Firma Forense demandante debemos manifestar que **la misma es evidente**, toda vez que los funcionarios del Ministerio de Vivienda procedieron a reproducir en la Resolución #379 de 15 de noviembre de 2000 (acusada de ilegal) emitida por el Director General de Desarrollo Urbano del Ministerio de

Vivienda y el Departamento de Trámites del Ministerio de Vivienda, el mismo contenido que tenía la Resolución #209-98 de 19 de octubre de 1998, misma que a la fecha de la emisión del acto acusado **estaba suspendida** por el Auto de la Sala Tercera fechada 22 de octubre de 1999 visible de foja 47 a 51 del expediente judicial. Advertimos que el Auto fechado 22 de diciembre de 2000 consultable de foja 42 a 46 del expediente judicial **es posterior a la emisión del acto acusado**.

La desviación de poder se da cuando la administración usa sus poderes para un fin diferente de aquel en virtud del cual le fueron conferidos. Significa esto que la facultad discrecional con que pueden obrar los órganos de poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada, y debe ser siempre motivada por razones de buen servicio, y no por móviles de afecto o desafecto personal, de malevolencia o de favoritismo, en contra o en beneficio de alguien. (PENAGOS, Gustavo, El Acto Administrativo, 4ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1987, página 922).

El control jurisdiccional sobre las facultades discrecionales del Órgano Ejecutivo se da a través de varios mecanismos, dentro de los cuales destaca la figura de la desviación de poder.

Al respecto, el autor colombiano Orlando García-Herrero, nos dice: "se da en dos supuestos: a) Cuando el agente obra con una finalidad distinta al interés público, y b) Cuando persigue un interés ajeno al que la ley le impone perseguir" (Lecciones de Derecho Administrativo, Editorial de la Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994, pág. 158).

En otro giro, el Doctor Libardo Rodríguez, colombiano, Catedrático de Derecho Administrativo, nos indica que la

desviación de poder "se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión. Consiste; por tanto, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla o, como dice el art. 84 del Código Contencioso Administrativo, 'con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.' ..." (RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, S.A., 9ª. Edición, Santa Fe de Bogotá, 1996, pág. 217).

Decimos esto, porque la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al definir cuándo nos encontramos ante un acto administrativo emitido con evidente desviación de poder; veamos:

"La Sala considera que las autoridades administrativas actúan con una finalidad ilegítima al expedir actos de su competencia, en concordancia con lo señalado por Abdré De Laubadére (obra citada, pág. 445), al menos en los siguientes casos:

1. Cuando el acto se expida obedeciendo a un móvil de tipo personal, como un interés privado o el espíritu de venganza.
2. Cuando el acto se expide por un móvil político ilegítimo como cuando se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político, y
3. Cuando el móvil del acto es el interés de un tercero, lo cual se produce cuando la decisión está dirigida a favorecer a un particular en detrimento de otro.

No hay que perder de vista que, como señala Carmen Chinchilla, profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Madrid, el vicio de los actos administrativos denominados desviación de poder surgió como una elaboración de la jurisprudencia para fiscalizar esa

manifestación de la potestad administrativa -denominada discrecional- que venía escapando del control jurisdiccional. (La desviación de poder, Editorial Civitas, Madrid, 1989, pág. 58)...” (Sentencia de 25 de agosto de 1992, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia)

Fundamentamos nuestro criterio en el artículo 75 de la Ley 135 de 1943, que dispone:

“Artículo 75. Cuando estando pendiente un juicio **se hubiera ordenado suspender provisionalmente un acto administrativo**, y la misma corporación o funcionario lo reprodujera contra la prohibición del artículo 54, bastará solicitar la suspensión, acompañando copia del nuevo acto...”

La evidencia es flagrante, porque la opinión externada por la Dirección Jurídica del MIVI era plenamente consciente que dicha situación jurídica había sido suspendida por la Sala Tercera, tal como consta en la foja 115 del expediente judicial.

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría considera que el Resuelto #379 de 15 de noviembre de 2000, emitido por el Director General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y el Departamento de Trámites del Ministerio de Vivienda es ilegal y, por consiguiente, reiteramos nuestra solicitud a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para que así sea declarado en su oportunidad procesal.

Pruebas:

Aceptamos las presentadas junto con el libelo de la demanda que cumplan los requisitos que exige el Código Judicial.

Derecho:

Aceptamos el invocado por la Firma Forense demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

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

AMdeF/5/bdec

Lcdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materias:
Desviación de Poder.
Reviviscencia.
Edificio Milenium.