

22 de octubre de 2002

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

Propuesto por la Firma Forense Alvarado, Ledezma y De Sanctis en representación de **Nicolás Ardito Barletta V., Rodrigo A. Moreno Tejeira, Fred Harrick, Lastenia Cardoze de Arosemena, Haralambos Tzanetatos, Lucía Tzanetatos, Lázaro Gago López, Raúl E. Del Valle, Raúl Orillac Arango, Teresita Guardia de Fábrega, Roberto De La Guardia Arias, José María Fernández Pirla, Luis José Varela Rodríguez, Arturo Donald Melo Klepitch, Federico A. Humbert Arias,** para que se declare nula, por ilegal, la frase "según densidad" que aparece en los artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Resuelto N° 56-90 de 26 de octubre de 1990, expedido por el **Ministerio de Vivienda.**

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

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

Con el respeto que nos distingue concurrimos al despacho a su cargo con la finalidad de externar nuestro concepto a la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad propuesta por la Firma Forense Alvarado, Ledesma y De Sanctis, quienes actúan en representación de **Nicolás Ardito Barletta V., Rodrigo A. Moreno Tejeira, Fred Harrick, Lastenia Cardoze de Arosemena, Haralambos Tzanetatos, Lucía Tzanetatos, Lázaro Gago López, Raúl E. Del Valle, Raúl Orillac Arango, Teresita Guardia de Fábrega, Roberto De La Guardia Arias, José María Fernández Pirla, Luis José Varela Rodríguez, Arturo Donald Melo Klepitch, Federico A. Humbert Arias,** para que se declare

nula, por ilegal, la frase "según densidad" que aparece en los artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990 expedido por el Ministerio de Vivienda.

Nuestra intervención está fundamentada en el artículo 5, numeral 3, de la Ley N°38 de 2000 según el cual a esta Procuraduría le corresponde intervenir en interés de la Ley.

I. El petitum.

Los demandantes solicitan a la Sala que se declare nula, por ilegal, la frase "según densidad" de los artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990 expedido por el Ministerio de Vivienda, que en su texto indican:

"ARTICULO NOVENO:

Residencial Especial: R-E

Usos permitidos: Construcción, reconstrucción o modificación de edificios destinados a viviendas unifamiliares, bifamiliares (una sobre otra), bifamiliares (adosados), en hilera, apartamentos y sus usos complementarios (Ejemplos: bohíos, pequeños depósitos, casetas, piscinas y pequeñas oficinas de profesionales residentes) siempre que dichos usos y sus estructuras no constituyan perjuicios a los vecinos o afecten en forma adversa el carácter residencial de la zona. Se permitirá además la construcción de edificios docentes, religiosos, culturales, filantrópicos y asistenciales previa aprobación del Ministerio de Vivienda.

Densidad Neta: Hasta 500 personas
hectáreas (100) unidades de
vivienda/hectárea (...)

Altura máxima: (...) Según Densidad
(Apartamentos) (...)"

"ARTICULO DECIMO:

Residencial de Alta Densidad. RM

Usos Permitidos: Construcción, reconstrucción o modificación de edificios multifamiliares, viviendas bifamiliares, casas en hileras, y sus usos

complementarios (ejemplos: Bohíos, pequeños depósitos, casetas, piscinas), edificios docentes, religiosos, institucionales, culturales, filantrópicos, asistenciales, oficinas, siempre que dichos usos y sus estructuras no constituyan perjuicios a los vecinos o afecten en forma adversa el carácter residencial multifamiliar de la zona. Se permite locales comerciales en la Planta Baja de los edificios para el expendio de artículos de consumo en general.

Densidad Neta: Hasta 600 personas/hectáreas (120 unidades de vivienda/hectárea) (...)

Altura máxima: Según Densidad (...)

"ARTICULO DECIMO PRIMERO. Residencial de Alta Densidad: RM1

Usos Permitidos: Construcción, reconstrucción o modificación de edificios multifamiliares, viviendas bifamiliares, casas en hileras, y sus usos complementarios (ejemplos: Bohíos, pequeños depósitos, casetas, piscinas), edificios docentes, religiosos, institucionales, culturales, filantrópicos, asistenciales, oficinas, siempre que dichos usos y sus estructuras no constituyan perjuicios a los vecinos o afecten en forma adversa el carácter residencial multifamiliar de la zona. Se permite locales comerciales en la Planta Baja de los edificios para el expendio de artículos de consumo en general.

Densidad Neta: Hasta 750 personas/hectáreas (150 unidades de vivienda/hectárea) (...)

Altura máxima: Según Densidad"

"ARTICULO DECIMO SEGUNDO: Residencial de Alta Densidad: RM2

Usos Permitidos: Construcción, Reconstrucción o modificación de edificios multifamiliares, viviendas bifamiliares, casas en hileras, y sus usos complementarios (ejemplos: Bohíos, pequeños depósitos, casetas, piscinas), edificios docentes, religiosos, institucionales, culturales, filantrópicos, asistenciales, oficinas, siempre que dichos usos y sus estructuras

no constituyan perjuicios a los vecinos o afecten en forma adversa el carácter residencial multifamiliar de la zona. Se permite locales comerciales en la Planta Baja de los edificios para el expendio de artículos de consumo en general.

Densidad Neta: Hasta 1000
 personas/hectáreas (200 unidades de
 vivienda/hectárea) (...)

Altura máxima: Según Densidad"

"ARTICULO DECIMO TERCERO: Residencial de Alta Densidad. RM3

Usos Permitidos: Construcción, Reconstrucción o modificación de edificios multifamiliares, viviendas bifamiliares, casas en hileras, y sus usos complementarios (ejemplos: Bohíos, pequeños depósitos, casetas, piscinas), edificios docentes, religiosos, institucionales, culturales, filantrópicos, asistenciales, oficinas, siempre que dichos usos y sus estructuras no constituyan perjuicios a los vecinos o afecten en forma adversa el carácter residencial multifamiliar de la zona. Se permite locales comerciales en la Planta Baja de los edificios para el expendio de artículos de consumo en general.

Densidad Neta: Hasta 1500
 personas/hectáreas (300 unidades de
 vivienda/hectárea) (...)

Altura máxima: Según Densidad"

"ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO.

Residencial de Conjunto R-C (...)

c. Usos permitidos: El desarrollo residencial de Conjunto se permitirá en todas las áreas con zonificación residencial, con previa autorización de la dirección de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda (...)

d. Densidad Neta hasta (*): La que permita la zonificación (sic) del área y las densidades adicionales que puedan obtenerse por el uso de la norma de zonificación.

Altura máxima: Planta baja y tres altos en vivienda unifamiliar, bifamiliar y casas

en hilera. **En casa de apartamentos varía, según la densidad (...)**"

Aunado a lo anterior, los demandantes solicitan a los Honorables Magistrados se sirvan sustituir la frase acusada de ilegal una vez sea declarada nula por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Este Despacho observa que le asiste el derecho a los demandantes, por lo que solicitamos que las pretensiones sean acogidas en su oportunidad procesal.

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

a. En primer lugar se dice vulnerado el artículo 15 de la Ley 78 de 23 de junio de 1941, que puntualiza:

"Artículo 15. La altura admisible de los edificios dependerá del ancho de la vía en las siguientes proporciones: la altura no podrá ser mayor de:

c. Dos veces el ancho de la calle, en las zonas comerciales;

d. Una vez el ancho de las demás zonas.

Como ancho de la calle se considerará el que corresponda al plano regulador de la vía, siempre que la construcción o reconstrucción se erija en la nueva línea de edificación así establecida. En los edificios de esquina la altura máxima que corresponde a la calle más ancha puede mantenerse en la bocacalle hasta una distancia de 12 metros desde la intersección de los dos parámetros."

Concepto de la violación.

"La disposición transcrita ha sido vulnerada, en el caso que nos ocupa, en concepto de VIOLACIÓN DIRECTA, por comisión.

La frase acusada de ilegal 'según densidad' que aparece en los artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990 del Ministerio de Vivienda infringe el citado artículo ya que modifica el límite de altura permitido de los edificios en la ciudad de Panamá.

En efecto, según el mencionado artículo, la altura de los edificios debe ser proporcional al ancho de la calle sobre la que se construye, mientras que en el resuelto, objeto de la presente demanda, se elimina el límite de altura y se condiciona a la cantidad de habitantes permitida de acuerdo con el diseño del edificio.

Esto significa que en una calle secundaria de una zona comercial, cuyo ancho mínimo legal aproximado es de cerca 12 metros, con un retiro de 10 metros, la altura máxima de un edificio para esa calle sería 24 metros es decir un edificio de 8 pisos.

No obstante, el resuelto contraviene de tal manera la Ley que elimina el límite de altura de un edificio, la cual se determina únicamente por la densidad permitida de acuerdo con el código de zonificación del suelo donde se va a construir el edificio. A su vez, la densidad se precisa tomando en cuenta una serie de variables, como por ejemplo el número de recámaras que va a tener el apartamento, el número de apartamentos por piso, el área menor o mayor del lote en el que va a edificar.

En consecuencia, estamos frente a dos conceptos urbanísticos completamente opuestos, tal y como señala el urbanista panameño Arq. Jorge Riba:

'El uso de la densidad como único criterio para establecer límite de altura, no es adecuado, pues la relación con el ancho de la calle o con los volúmenes del entorno, se utilizan también en otros países más desarrollados.' (RIBA, Jorge. Opinión expresada mediante carta de 5 de julio de 2002. Panamá)

No obstante ser dos nociones contrarias, no hay que olvidar que la Ley prima sobre el poder reglamentario del Ejecutivo. En este sentido el autor Georges Vedel señala que:

'el ministro, el perfecto o el alcalde que alegara el carácter reglamentario de una materia no puede, sin embargo, sin incurrir en exceso de poder, ignorar una

disposición legislativa no
 derogada o modificada...'
 (VEDEL, Georges. Derecho
Administrativo. Aguilar
 Ediciones, Madrid, España, 1980,
 pág. 178)

La Ley 78 de 1941 es una norma que a la fecha sigue vigente y que por desconocimiento o por omisión involuntaria nunca ha sido derogada ni expresa ni tácitamente mediante una norma legal de igual jerarquía.

Tal como se expuso en el hecho CUARTO de la presente demanda, el literal K del artículo 2 de la Ley 9 de 25 de enero de 1973, Orgánica del Ministerio de Vivienda faculta a esta institución para establecer las normas sobre zonificación. Sin embargo, esta facultad se debe entender siempre bajo el concepto de un poder reglamentario jerárquicamente inferior al poder de la Ley.

Así a pesar de que el Ministro de Vivienda, tiene la facultad, derivada de la Ley, de normar determinada materia, como lo es la zonificación, no puede ni podrá nunca contradecir lo dispuesto en una Ley sobre esta misma materia. Tal y como lo señala Vedel:

'Es preciso, pues admitir que, independientemente de cuáles sean las ampliaciones operadas en la competencia reglamentaria, el reglamento sigue siendo una variedad de acto administrativo, adquirir la 'autoridad de cosa legislada', sino únicamente la de *cosa decidida* (...), mucho más precaria y susceptible a la vez de ser impugnada y ser declarada viciada.' (itálico en el original)

Por otra parte y como se ha expuesto en los hechos octavo, noveno y décimo, se demuestra que la Ley 78 de 1941 no ha sido derogada tácitamente por la Ley 9 de 1973, dadas las siguientes circunstancias:

- 1- El Ministerio de Vivienda utiliza como fundamento legal en la Resolución N°2-78 de 18 de agosto de 1978 la Ley 78 de 1941. Esta Resolución fue derogada por Resoluciones posteriores, pero regulaba la misma materia que la

resolución objeto de la presente demanda.

- 2- La Ley 20 de 30 de diciembre de 1985 en su artículo segundo, adiciona un párrafo nuevo a la Ley 78 de 1941 señal inequívoca que esta norma se utilizaba a la fecha.

Queda claro entonces que el Ministerio de Vivienda decide desconocer de hecho la existencia de la Ley 78 de 1941 y en lugar de recurrir al Órgano Legislativo para su derogación, acude, equivocadamente, a su facultad reglamentaria, violando así el ordenamiento jurídico, cuyo reestablecimiento se está solicitando mediante la presente demanda." (Fojas 198-201 del expediente judicial)

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho considera que el artículo 15 de la Ley 78 de 23 de junio de 1941 ha sido vulnerado por la frase acusada de ilegal, por dos razones:

La primera, la Ley toma como parámetro para determinar la altura de los edificios el ancho de las vías; sean éstas zonas comerciales o no.

Nótese que la Ley es tan específica que detalla el **concepto de ancho de la calle**, indicando: "se considerará el que corresponda al plano regulador de la vía, siempre que la construcción o reconstrucción se erija en la nueva línea de edificación así establecida.

Y contempla una especificación especial para los edificios de esquina, estableciendo que "la altura máxima que corresponde a la calle más ancha puede mantenerse en la bocacalle hasta una distancia de 12 metros desde la intersección de los dos parámetros."

Por consiguiente, no es factible que los artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Resuelto N° 56-90 de 26 de octubre de 1990 expedido por el Ministerio de Vivienda pretendan

establecer la altura máxima de los edificios dependiendo de la densidad del área.

Si bien es cierto la densidad constituye un factor importante, también lo es el ancho de la vía donde el edificio se va a construir. Consideramos que este elemento cobra mayor importancia cuando el edificio pretende erigirse en un área esquinera.

Es claro que la Ley dispuso que el alto de los edificios se estableciera dependiendo del ancho de la calle obedeciendo a razones técnicas.

La segunda razón por la cual se vulnera el artículo 15 de la Ley 78 de 23 de junio de 1941 es que un Resuelto (que constituye un acto administrativo de menor jerarquía) pretenda transgredir el texto legal al contemplar una especificación distinta; es decir, la densidad.

Esta causal constituye un motivo suficiente para que la frase acusada sea declarada nula, por ilegal.

Cabe anotar que los demandantes han demostrado suficientemente la vigencia de la Ley 78 de 1941, al remitirse a actos reglamentarios que pueden calificarse como recientes y que utilizan esa Ley como fundamento jurídico.

b. En segundo lugar, se dice violado el artículo 15 del Código Civil, que a la letra dice:

"Artículo 15. Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes."

Concepto de la violación.

"La disposición transcrita ha sido vulnerada, en el caso que nos ocupa, en concepto de VIOLACION DIRECTA, por omisión.

Esto es así, dado que la frase 'según densidad' que se encuentra en los artículos de la resolución (sic) objeto de la presente demanda es violatorio del presente artículo porque siendo una norma que se origina en la potestad reglamentaria del Órgano Ejecutivo, por ser una resolución (sic) firmada por el Ministro de Vivienda, no puede ser contraria a disposiciones señaladas en la Ley y por lo tanto no puede ser aplicada.

Al respecto la Sala Tercera ha señalado:

'Cabe recordar y, tal como lo señalara esta Sala en Sentencia de 29 de octubre de 1991, que la potestad reglamentaria de las leyes posee una serie de límites que se derivan tanto del principio constitucional de la 'reserva de la Ley' como de la naturaleza de los reglamentos, particularmente los reglamentos de ejecución de la ley, que están subordinados a ésta. Esto se traduce a que el reglamento está subordinado tanto a la Constitución como a las leyes de conformidad con el artículo 15 del Código Civil.

El respecto a la jerarquía normativa es pues, uno de los límites formales de la potestad reglamentaria.' (Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad del 10 de octubre de 1997 interpuesta por el Lcdo. Carmelo González, en representación de Elías Mendoza, para que se declaren nulos por ilegales los literales 'c' y 'd' de los artículos 35 y el artículo 36 del Reglamento para la elección de Rector de la Universidad Tecnológica de Panamá, aprobado por el Gran Jurado de Elecciones, y para que se hagan otras declaraciones.)

Justamente esto es lo que ocurre en el presente caso, dado que la frase cuya ilegalidad se solicita, contraviene lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 78 de 1941, ya que modifica el sistema de limitar las alturas en los edificios de la ciudad de Panamá. El Ministerio de Vivienda, claramente se excedió en su potestad reglamentaria." (Fs. 201-202)

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho considera que le asiste el derecho a los demandantes, porque la frase "según densidad" que aparece en los artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990 expedido por el Ministerio de Vivienda constituye un acto netamente reglamentario y como tal no puede rebasar el texto ni el espíritu de la Ley, así lo ha indicado la doctrina respecto de los Decretos Ejecutivos; sin embargo, consideramos que esa tesis también es aplicable a los actos administrativos reglamentarios de menor jerarquía, como lo es el Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990, veamos:

"El ejercicio de la potestad reglamentaria es piedra de toque de la lealtad del ejecutivo a la intención de la Ley. Reglamentar, desenvolver, las pautas que esta ha señalado requiere un cuidadoso estudio de las circunstancias y necesidades que determinaron su expedición; requiere ante todo, que el presidente esté constantemente dispuesto a pagarle a la ley el tributo que ella merece dentro de las posibilidades de un régimen de escrupulosa legalidad. El decreto reglamentario no puede ser fácil válvula de escape de la arbitrariedad, que es todo acto pensamiento, por razonable que parezca, que contraríe la letra o la mente, de la Ley. El presidente, dentro de la potestad reglamentaria, goza, indudablemente, de cierta facultad discrecional enderezada, desde luego, a extraer de la voluntad legislativa todas las virtualidades de bien que generalmente ella contiene, pero debe guardarse mucho, a este respecto, de no extralimitarse en sus funciones, asumiendo conscientemente el papel del legislador.

'La reglamentación debe ceñirse al pensamiento, sin desvirtuarlo; debe dirigirse a respaldar su autoridad, no a menguarla, debe concretarse a lo indispensable, y nada más, como que su fin ha de ser buscar la verdadera efectividad en orden a la

ejecución de las leyes. Casos ya reglamentados por el mismo legislador en toda su amplitud y con claridad, que no ofrezcan dudas ni dificultades para su ampliación en la práctica, no pueden ser objeto de la facultad reglamentaria ejecutiva. Llenar los vacíos, facultar el cumplimiento de la voluntad legislativa, dictando las reglas convenientes para que sea realizada en toda su extensión, esa y no otra, es la esfera que al ejecutivo se indica en esta materia de suyo delicada, pues lleva fácilmente a una peligrosa extralimitación de funciones, que anula o varia la obra del cuerpo legislativo nacional.' (5) Francisco de Paula Pérez. Derecho Constitucional Colombiano, pág. 313.

Lo anteriormente transcrito resume con nítida claridad la mejor doctrina del derecho público en cuanto a la potestad reglamentaria del ejecutivo. El jefe de éste puede tener una política administrativa tan personal como quiera; puntos de vista acerca de la conducción de los negocios públicos del estado, radicalmente opuestos o contrarios a los principios. Lo más que puede hacer es usar de sus atribuciones de colaborar en la formación de las leyes para que el cuerpo legislativo vote las que se conformen con su política y sus particulares principios. Es el camino que siguen los presidentes respetuosos de la ley, sabedores de que la ciudadanía tiene derechos administrativos que hacer valer ante los tribunales de la jurisdicción contenciosa." (MOSCOTE, José Dolores. El Derecho Constitucional Panameño. Panamá, 1960, págs. 416 - 417)

En cuanto a los límites de la potestad reglamentaria, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia de 29 de octubre de 1991 expresó lo siguiente:

"La potestad reglamentaria de las leyes posee una serie de límites que se derivan tanto del principio constitucional de 'la reserva de la ley' como de la naturaleza de los reglamentos, particularmente los

reglamentos de ejecución de la ley, que están subordinados a ésta.

Hay que señalar, en primer término, que de acuerdo con el numeral 14 del artículo 179 de la Constitución, el Presidente de la República y el Ministro respectivo pueden reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento. Debe existir, pues, una necesidad de reglamentación para facilitar la ejecución de la Ley.

...La Sala ha señalado en la sección anterior de esta sentencia que **todo reglamento está subordinado tanto a la Constitución como a las leyes, de conformidad con el artículo 15 del Código Civil. El respeto a la jerarquía normativa es, como queda dicho, uno de los límites formales de la potestad reglamentaria.**" (Registro Judicial de octubre de 1991, página 145) (Lo resaltado es de la Procuraduría de la Administración)

Obsérvese que el extracto de la Sentencia transcrita es claro al indicar que **todo reglamento** está subordinado tanto a la Constitución como a la Ley y es por esa razón que el Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990 del que emerge el texto de la frase acusada de ilegal también debe estar supeditado a la Ley y a los parámetros que en ella se establecen, en el caso que nos ocupa consiste en que la altura de los edificios debe estar determinada por el ancho de las vías y no por la densidad del área.

Consideramos que la infracción a la Ley 78 de 23 de junio de 1941 es evidente, lo que conlleva la violación del artículo 15 del Código Civil al rebasarse los límites de la potestad reglamentaria, por no respetarse ni el texto ni el espíritu de la Ley en el acto reglamentario.

c. En tercer lugar, se dice transgredido el artículo 36 del Código Civil, que puntualiza:

"Artículo 36. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa

del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería."

Concepto de la violación.

"La disposición transcrita ha sido vulnerada, en el caso que nos ocupa, en concepto de VIOLACION DIRECTA, por comisión.

En efecto, el Ministro de Vivienda al expedir la resolución (sic) No. 56-90 de 16 de octubre de 1990, lo hizo presuponiendo de manera equivocada que la Ley 78 de 1941 había quedado derogada. De esta manera violó de manera directa este artículo al expedir una resolución (sic) que contraviene una ley vigente a la fecha, al estimarla insubsistente, a pesar que no había cumplido con ninguno de los tres supuestos indicados en el artículo 36 del Código Civil, esto es:

- 1- No ha sido declarada derogada expresamente por el Legislador;
- 2- No es incompatible con normas especiales posteriores de igual jerarquía;
- Y
- 3- No existía una Ley nueva que regulara íntegramente la misma materia que la regulada por la Ley 78 de 1941." (Fs. 202-203

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Esta Procuraduría considera que en el proceso in examine los artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990 expedido por el Ministerio de Vivienda no vulneran la norma invocada (artículo 36 del Código Civil), porque la misma se refiere a los supuestos en que se estima insubsistente una disposición legal; veamos:

- 1- Por declaración expresa del Legislador.
- 2- Por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores.

3- Por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

Observamos que en el proceso bajo análisis los artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990 expedido por el Ministerio de Vivienda no deroga lo dispuesto en la Ley 78 de 1941.

Ello es así, porque una normativa reglamentaria de menor jerarquía como lo es un resuelto no puede, en ningún caso, derogar una disposición legal. Lo que suele ocurrir es que por infracción del precepto legal, el acto reglamentario rebase su texto y su espíritu, tal como ha ocurrido en el caso sub júdice; de allí los mecanismos jurídicos establecidos en el ordenamiento jurídico patrio para que se produzca su declaratoria de nulidad, dada su ilegalidad.

d. En cuarto lugar, se dice vulnerado el artículo 757 del Código Administrativo, que a la letra dice:

"Artículo 757. El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales, será el siguiente: la ley, el reglamento del Poder Ejecutivo y la orden superior.

En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: las leyes, los reglamentos del Poder Ejecutivo, los acuerdos, los reglamentos del Alcalde y las órdenes superiores.

Cuando la ley o el acuerdo autoricen al Poder Ejecutivo o a algún otro empleado del orden político para reglamentar algún asunto municipal, el lugar de prelación del respectivo reglamento será a continuación de la ley o acuerdo en cuya virtud se expidió dicho reglamento.

Si el conflicto fuere entre leyes y acuerdos municipales, se observarán las disposiciones de las primeras; y si entre las órdenes de los superiores, se prefiere la del de mayor categoría."

Concepto de la violación:

"La disposición transcrita ha sido vulnerada, en el caso que nos ocupa, en concepto de VIOLACION DIRECTA, por omisión.

En el caso que nos ocupa la frase cuya ilegalidad se está solicitando, se origina de una resolución emitida por el Ministerio de Vivienda, la cual es contraria a lo que señala el artículo 15 de la Ley 78 de 1941, violentando así el orden de prelación establecido en la norma citada en el Código Administrativo, en el que queda claro que una resolución (sic) no puede modificar una Ley. Este tema ha sido además discutido plenamente por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante sendos fallos:

'La facultad reglamentaria, si bien es inherente a la función administrativa, no puede predicarse sin limitación alguna en cuanto a la materia que debe dársele a las disposiciones que en su ejercicio se dicten.

En repetidas ocasiones ha dicho la Sala que el reglamento no puede invadir el dominio reservado por la Constitución al legislador, por lo que debe mantenerse el principio de la superioridad de la Ley. La conformidad del reglamento siempre está subordinado a la Ley, en ningún caso puede prevalecer sobre ella.' (El subrayado es nuestro)

Precisamente, y a riesgo de repetir los argumentos, es lo que ha sucedido en el caso expuesto en la presente demanda.

La frase 'según densidad', nace de una resolución (sic) expedida por el Ministerio de Vivienda, la cual por su carácter reglamentario es evidentemente de menor jerarquía y queda subordinada a lo que indique la Ley 78 de 1941, cuya vigencia ha quedado demostrada.

Como indica el fallo arriba citado, la resolución (sic) impugnada 'no puede prevalecer sobre' la Ley y en consecuencia, queda evidenciada la naturaleza ilegal de la frase cuestionada cuando contraviene lo que manda la Ley 78 de 1941." (Fs. 203-204)

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Es evidente que el Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990 expedido por el Ministerio de Vivienda que contiene la frase "según densidad" que aparece en los artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14 debe respetar la jerarquía normativa, la cual está coronada con la Constitución Política seguida de la Ley y los actos que sean inferiores quedan supeditadas a ambas.

Es por esa razón que el Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990 expedido por el Ministerio de Vivienda no puede contener expresiones que violen ni la Constitución Política ni la Ley; de allí que el Constitucionalista haya consignado en la Carta Magna tanto el control constitucional como el control legal de las disposiciones jurídicas inferiores.

De acuerdo con la norma invocada, el Ministro de Vivienda no puede aplicar, de manera íntegra, el Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990 por ser el mismo contrario a la Ley.

Somos conscientes que mediante jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso Administrativo se señaló:

"...En apoyo al criterio que se acaba de transcribir, el Procurador de la Administración cita el fallo de 26 de septiembre de 1990 dictado por esta Corporación, en el que la Sala manifiesta que en la Administración Pública rige la presunción de legalidad, y que mientras una disposición normativa no sea declarada contraria a derecho, los actos que se fundamenten en tal disposición son válidos al tenor de lo preceptuado en el artículo 15 Código Civil." (Sentencia de 14 de octubre de 1992. Sala Tercera; Demanda Contencioso Administrativa de plena jurisdicción, interpuesta por Pablo D. Hernández, en contra de la Resolución N° DN-005-90 de 5 de marzo de 1990, dictada por el Director Nacional de Reforma

Agraria. R.J. de octubre de 1992, Pág. 297.)

De allí que mediante la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad que analizamos se esté demandando la frase "según densidad" que aparece en los artículos 9, 10, 11, 12, 13 y 14 del Resuelto N°56-90 de 26 de octubre de 1990 expedido por el Ministerio de Vivienda.

En un precedente jurisprudencial la Sala Tercera evaluó una situación similar a la que nos ocupa y, en aquella oportunidad, manifestó lo siguiente:

"Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por la Firma Morgan & Morgan, en representación propia, para que se declare nulo, por ilegal, el artículo N° 18 del Decreto Ejecutivo N° 89 de 8 de junio de 1993, expedido por el Ministerio de Hacienda Y Tesoro. Once (11) De Julio De Mil Novecientos Noventa Y Siete (1997). Sala De Lo Contencioso Administrativo.

...

El interés social y público que los problemas de deforestación representan para la comunidad, exige que el Estado como ente encargado de velar por el bienestar nacional, apruebe normas tendentes a disminuir sus efectos e incentivar las actividades conservacionistas de los recursos naturales renovables y no renovables y por consiguiente, no es lógico que una legislación que busca fomentar la inversión nacional y extranjera en actividades de reforestación en beneficio del país, establezca mayores requisitos que los establecidos por una ley de migración, la cual es de mayor rango que el Decreto Ejecutivo N° 89 de 1993, y no exige tantos años como requisito para la obtención de una visa de inmigrante como lo hace el artículo 18 del Decreto Ejecutivo N° 89 de 1993. Con esta reglamentación los inversionistas extranjeros que deseen adquirir visa de inmigrante en nuestro país, preferirían invertir en otras actividades y se desvirtúa el querer de la Ley que establece incentivos y regula la reforestación.

Lo antes expuesto hace evidente la contradicción entre lo que la ley establece y lo que exige el artículo 18 del Decreto Ejecutivo N° 89 de 1993 al extranjero para solicitar visa de inmigrante inversionista, ya que según éste es necesario esperar hasta el corte de la plantación o diez años después de la inversión, para obtener la visa de inmigrante que da derecho a la permanencia definitiva en territorio nacional. No es este el sentido del último párrafo del artículo 11 de la Ley N° 24 de 1992, el cual dice que: 'El inversionista deberá mantener su inversión forestal hasta el corte final de la plantación forestal y en el caso de inversión forestal indirecta deberá mantenerla por un período mínimo de diez (10) años', ya que este es un compromiso que adquiere el inversionista que se dedica a la actividad forestal, más no una condición de previo cumplimiento para obtener la visa.

La potestad reglamentaria es conferida al Ejecutivo para desarrollar las leyes a fin de facilitar su ejecución, en beneficio del interés público y debe ejercerla sin abuso o desviación de poder, so pena de nulidad.

El artículo 15 del Código Civil preceptúa que las órdenes y demás actos ejecutivos de gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria no (sic) tienen fuerza obligatoria y no deben aplicarse cuando sean contrarias a la Constitución o a las leyes, y por su parte el artículo 757 del Código Administrativo establece que en caso de disposiciones contradictorias, prevalece la ley sobre el reglamento.

...

De consiguiente, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE ES ILEGAL el artículo 18 del Decreto Ejecutivo N°89 de 8 de junio de 1993, dictado por el Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Tesoro, por el cual se reglamenta la Ley N°24 de 23 de noviembre de 1992, mediante la cual se establecen incentivos y reglamenta la actividad de reforestación en la República de Panamá, y NIEGA las demás declaraciones pedidas por la parte actora.**" (Las negrillas y lo

subrayado es de la Procuraduría de la Administración)

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría reitera su solicitud a los Honorables Magistrados para que accedan a lo pedido en el libelo de la demanda en su oportunidad procesal.

Pruebas:

Aceptamos las aducidas junto con el libelo de la demanda por cumplir con los requisitos del Código Judicial.

Derecho: Aceptamos el invocado por los demandantes.

Del Honorable Magistrado Presidente,

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

AMdeF/5/bdec

Lcda. Martha García H.
Secretaria General, a.i.

Materia:

Potestad reglamentaria

Jerarquía normativa