

Panamá, 28 de octubre de 2002.

Honorable Señor

Alex Araúz

Presidente del Consejo Municipal de Parita

Parita, Provincia de Herrera

E. S. D.

Señor Araúz:

Conforme a las facultades legales que nos confiere la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en su artículo 6, numeral 1, nos permitimos ofrecer contestación a su nota sin número, fechada el 20 de septiembre de 2002, mediante la cual nos solicita nos pronunciemos sobre la legalidad o ilegalidad de la Resolución No. 13 de 20 de septiembre de 2000.

Primeramente, deseamos recordarle que la Procuraduría de la Administración tiene dentro de sus atribuciones: “servir de consejera jurídica a los servidores públicos administrativos que consultaren su parecer respecto a determinada interpretación de la ley o el procedimiento que se debe seguir en un caso concreto”. Sin embargo, la solicitud que se nos ha formulado, busca nos pronunciemos con relación a la violación o no de la Constitución o la Ley, en razón de la creación del cargo de Recaudador Auxiliar, como ente coadyuvante en la recaudación de los impuestos municipales en todo el Distrito.

Consideramos necesario aclarar que este Despacho se encuentra imposibilitado para establecer la legalidad o ilegalidad de una actuación administrativa, ya que esta facultad recae, por mandato de nuestra Constitución Política, en su artículo 203, numeral 2, de forma **privativa y exclusiva** a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, quien tiene el control de la legalidad, lo cual fue desarrollado por el artículo 98 del Código Judicial:

“Artículo 203. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1. ...
2. La jurisdicción contencioso-administrativa, respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad, restablecer el derecho particular violado,

estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal”

“Artículo 98: A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades autónomas o semiautónomas”.

Lo anterior, cobra vigencia con los pronunciamientos de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, quien ha dejado constancia de lo expresado. Podemos citar el Auto de 31 de mayo de 2000, en el que se expresó lo siguiente:

"Por otro lado, esta Superioridad considera necesario destacar que, dentro de las disposiciones cuya ilegalidad se acusa, el actor incluye la transgresión de los artículos 17 y 32 de la Constitución Nacional. Es importante aclarar, que de las alegadas infracciones no puede entrar a conocer, en el fondo, este Tribunal, toda vez que **a la Sala Tercera le está asignada constitucionalmente la función de guardiana de la legalidad** no así de la Constitucionalidad, que corresponde privativamente al Pleno de la Corte Suprema de Justicia".

No obstante, no siendo la instancia competente para ejercer el control de la legalidad del acto administrativo consultado, dada la importancia del tema presentado, procederemos expresar algunas consideraciones respecto a la facultad de los Consejos Municipales, para la creación de cargos municipales.

El Régimen Municipal, establecido en la Ley 106 de 1973, en su artículo 17, numeral 6, establece la posibilidad que los Consejos Municipales puedan **“crear o suprimir cargos municipales, y determinar sus funciones, períodos, asignaciones y viáticos de conformidad con lo que dispongan la Constitución y las leyes vigentes”**.

Como podemos observar, el Consejo Municipal sí está facultado para crear cargos municipales, y determinar las funciones que tenga el mismo; el período de dichos cargos, las asignaciones que se les establezcan y los viáticos que puedan utilizar.

Vale señalar que en 1998, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, se pronunció sobre la creación de cargos por parte del Consejo Municipal de la siguiente forma:

“De lo expuesto, resulta claro que el Consejo Municipal podía crear el cargo de Director de Obras y

Construcciones Municipales, con base a la facultad que le confiere el artículo 17, concordante con el artículo 42 de la Ley 106 de 1973, y, de igual manera, podía asignarle funciones, como en efecto procedió, entre las cuales podía asignarle la de “Nombrar y destituir el personal subalterno de la Dirección de Obras y Construcciones Municipales”. Cabe anotar que el Consejo sólo puede crear cargos o suprimirlos siempre que sus funciones no estén previamente señaladas en la Ley o la Constitución”. (Sentencia de Interpretación, 23 de junio de 1998).

“La Sala estima que el Consejo Municipal del Distrito de Chitré está facultado por ley, para crear la Dirección de Ingeniería y Planificación Urbana del Municipio de Chitré, y también puede determinar qué clase de profesionales relacionados a las ramas de la ingeniería, serán los indicados para ocupar las posiciones necesarias para ejecutar el trabajo inherente a dicha Dirección en relación con las facultades y atribuciones que les otorgue.” (Sentencia de Nulidad de 30 de septiembre de 1998).

Por lo anterior podemos señalar, que es viable jurídicamente que el Consejo Municipal cree y suprima cargos, que la Constitución y la Ley no le haya asignado funciones previamente, como es el cargo del recaudador auxiliar, sin embargo, vale señalar que el acto administrativo mediante el cual se creó dicho cargo, presenta dos inconvenientes. El primero de ellos, es el instrumento jurídico a través del cual nace el acto, y que según nos adjunta, es a través de una Resolución y no de un Acuerdo, medio a través del cual deben nacer los actos administrativos que emitan los Consejos y que sean de carácter general

Sobre el particular, podemos señalar que según señala la Ley 106 de 1973, en su artículo 14:

“Los Consejos Municipales regularán la vida jurídica de los Municipios por medio de Acuerdos que tienen fuerza de Ley dentro del respectivo Distrito”.

Por otra parte, el artículo 42 de la misma ley señala lo siguiente:

“Los Consejos adoptarán por medio de resoluciones las decisiones que no sean de carácter general y establecerán en su Reglamento los requisitos relativos a otras no previstas en esta Ley”.

Se colige entonces que, el Consejo Municipal sí podía crear, mediante un acto administrativo, el cargo de Recaudador Auxiliar, pero cumpliendo los requisitos legales de fondo y forma. No obstante, dicho acto, debió nacer a través de un Acuerdo, y no de una Resolución, pues los actos que tengan carácter general, deben regularse a través de

Acuerdos Municipales, y aquellos actos que no tengan dicho carácter, se adoptarán a través de Resoluciones.

Sobre este particular, la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha dicho:

“No obstante, el acto impugnado se infringe, por razones de forma, el artículo 42 de la Ley 106 de 1973, que exige que los Concejos adopten por medio de resoluciones las decisiones que no sean de carácter general y en este caso el nombramiento lo efectuó el Concejo de Arraiján mediante un Acuerdo, que sólo debe adoptarse para decisiones de tipo general.”
(Sentencia de 27 de octubre de 1993)

No debe olvidarse que si bien la facultad de emitir actos administrativos que desarrollen el contenido de la Ley, es posible a través de Acuerdos Municipales o Resoluciones, ésta contempla limitantes que la propia ley establece.

De esta manera, mediante Sentencia de 02 de septiembre de 1997, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señaló sobre este tema lo siguiente:

“La Ley de Régimen Municipal, le otorga a los Consejos Municipales la facultad de regular la vida jurídica del Municipio a través de Acuerdos (art. 14), pero dentro del marco de dicha ley, es decir que estos acuerdos deben limitarse a reglamentar el contenido de la ley, sin rebasarla.

Estos Acuerdos Municipales constituyen un acto Reglamentario, entendiéndose por tal “toda disposición Jurídica de carácter general dictada por la Administración Pública y con valor subordinada a la ley. Así como las disposiciones del Poder Ejecutivo con fuerza de ley tienen un carácter excepcional y suponen una verdadera sustitución del Poder Legislativo Ordinario...los reglamentos son la consecuencia de las competencias propias que el ordenamiento jurídico concede a la Administración. (Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Volúmen I. Parte General.

Undécima Edición. Editorial Tecnos, España. 1989. Pág.235)

En la doctrina, los Reglamentos están clasificados de la siguiente forma: Reglamentos Ejecutivos, Autónomos e Independientes y de los de Necesidad o Urgencia.

En el caso que nos ocupa, el Acuerdo No. 214, constituye un reglamento ejecutivo o de ejecución de la ley, que son

aquellos “que se dictan para desarrollar preceptos de una ley anterior. Tal desarrollo puede ser parcial –de determinados preceptos de ley- o total, apareciendo entonces como Reglamento general para la ejecución de la Ley” (Garrido Falla, Fernando. Op cit. Pág.239).

Este jurista citado estima que la facultad reglamentaria tiene límites que se derivan, “de una parte, principio constitucional de – la reserva de la ley-, de otra, de la propia naturaleza de los Reglamentos administrativos a la ley”.

El segundo inconveniente que presenta el acto administrativo en estudio, es que se crea el cargo, pero se designan a los Corregidores para cumplir dichos cargos.

Sobre el particular, podemos señalar que la Ley 106 de 1973 y la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en reiterados pronunciamientos, que la creación de cargos municipales, tiene la limitante que los mismos sólo pueden ser creados, siempre que sus funciones no estén previamente señaladas en la Ley o la Constitución. En este sentido, creemos contradictorio y problemático que este nuevo cargo de Recaudador Auxiliar y sus funciones se les asigne a los Corregidores, quienes por Ley no las tienen, ya que no debemos olvidar que:

1. Por ley, la facultad y responsabilidad en el cobro y recaudaciones del Municipio, es competencia, en primera instancia de manera exclusiva y privativa del Tesorero Municipal (artículo 57, numeral 1 de la Ley 106 de 1973).
2. A su vez, el numeral 15, del artículo 57 de la Ley 106 de 1973, faculta a los Tesoreros, a: “nombrar y destituir el personal subalterno de la Tesorería. Los cargos serán creados por los Consejos Municipales”.
3. El artículo 63 de la Ley 106 de 1973, faculta a los Alcaldes para nombrar y remover, discrecionalmente, a los Corregidores.

De lo anterior podemos deducir entonces, que la manera en que se redactó el acto administrativo consultado, existe una contradicción legal en cuanto a quien ejercerá las funciones, quiénes los nombran y remueven; frente a las normas legales citadas en los párrafos anteriores.

Entonces, no es viable que siendo la función de recaudar los impuestos y tasas, una función que de manera privativa y exclusiva, ejercida por mandamiento legal por los Tesoreros Municipales **y los subalternos que ellos designen**, la Resolución No. 13 de 20 de septiembre de 2000, asigne a los Corregidores, dicho cargo y función, siendo que los mismos no son subalternos de los Tesoreros Municipales, sino de los Alcaldes.

Para concluir, podemos afirmar que tal cual se creó y redactó la Resolución No. 13 de 20 de septiembre de 2000, no es procedente jurídicamente, pues presenta defectos de fondo y forma. Primeramente, porque el instrumento a través del cual debió ser creado era mediante Acuerdo Municipal y no Resolución, y segundo, porque existe una abierta

contradicción en cuanto a quiénes ejercerán los cargos y por ende, las funciones, y de otro lado, lo que establece la Ley en cuanto a quiénes faculta la Ley para recaudar los impuestos, y por consiguiente, a cuál ente Municipal, le compete nombrar y removerlos. Cabe añadir que sobre este tema ya existe pronunciamiento emitido por nuestra oficina Regional con sede en Santiago de Veraguas.

Por último, es importante recordar que la meta a alcanzar de todo municipio debe ser que los mismos sean manejados coordinadamente entre el Consejo Municipal, Alcaldía y demás autoridades principales de la comuna, ya que debe tenerse presente que de conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política, si bien el poder emana del pueblo, los órganos que la componen deben trabajar en **armónica colaboración**, y para los efectos del Municipio donde es igualmente aplicable, para garantizar así un manejo eficiente y eficaz de la cosa pública.

Con mis respetos de siempre, me suscribo,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/21/cch.