

Panamá, 29 de octubre de 2004.

Señor

Roger Diver Ríos V.

Alcalde Municipal del Distrito de Antón,

Antón, Provincia de Coclé.

E. S. D.

Señor Alcalde Municipal:

En cumplimiento de las funciones constitucionales y legales asignadas a este despacho, en especial como consejera jurídica de los servidores públicos administrativos nacionales y municipales, procedo a contestar las interrogantes que formula en Nota No. AMA-296 de fecha 16 de septiembre de 2004, y que específicamente se refieren a:

- “ 1. Si es legal nombrar un funcionario, sin haberle notificado al otro de su destitución,
2. Si el funcionario se encuentra en el goce de sus vacaciones, puede ser destituido,
3. Si el (sic) funcionario se le adeudan vacaciones, que proceso deberá hacerse para destituirlo,
4. Si un funcionario municipal tiene derecho al pago de vacaciones proporcionales.
5. Si es legal los actos realizados por el Consejo el día 02-09-04, donde el Concejal de mayor edad y la más joven presidieron todos los actos, o deberán declararse nulos y realizarse nuevamente los actos de ese día,
6. Si el Ingeniero Municipal lo puede desempeñar una persona que no tenga la idoneidad para ejercer sus funciones,
7. El Ingeniero Municipal actual fue nombrado por Acuerdo Municipal No.35 de 31 de diciembre de 1990, fue despedido y nombrado su sustituto por la Resolución No.16 de 2 de septiembre de 2004, dejan sin efecto Artículo Único del Acuerdo No.35 del 31-12-90, (este

último sin discutir en el Consejo), es legal este procedimiento.”

Primeramente, debe indicarse que toda persona que ingresa a la administración pública debe preocuparse por conocer la legislación de la materia de su competencia, especialmente, al convertirse en autoridades por elección popular, condición por lo que no deja de ser servidor público, con obligaciones, deberes y derechos, dentro de lo que principalmente, es necesario que cumpla y haga cumplir la Constitución Política y las Leyes de la República en los términos señalados por la Constitución Política en su artículo 17, ordenamiento que se reafirma en el artículo 231 de la misma excerta superior. En especial, las autoridades elegidas por elección popular, como lo son en este caso los Alcaldes y Representantes de Corregimientos que forman parte del Municipio, quienes se deben a su electorado, es decir, a la confianza y al respeto depositada en ellas por su comunidad al escogerlo como representante de las necesidades de la población, entre muchos otros.

El acceso a la función pública puede darse en nuestro medio a través de distintos métodos, entre los cuales se ubica, elección popular, el libre nombramiento y remoción, el sistema de carrera o de mérito, designación por períodos fijos y por contratación.

En el caso, que ahora nos presenta el señor Alcalde, hace referencia al acceso a la administración pública o al Municipio, por libre nombramiento, este acceso ha operado en Panamá, en cuanto no exista carrera o sistema de méritos. Esto se explica en el hecho de que ante la ausencia de la legislación de carrera el servidor público ingresa a la estructura gubernamental, bien sea nacional o local, por libre designación del titular o servidor competente para realizar el nombramiento, por lo que asimismo puede ser destituido. Sin embargo, antes de adoptar esta medida impopular deben hacerse las investigaciones necesarias, debido a que este cambio de funcionarios que hoy en día se estila no permite que la gestión pública avance, por el contrario retrocede lo actuado.

En este punto es necesario aclarar que, el Municipio forma parte de un territorio determinado en donde un conjunto de entidades se dividen las funciones a desempeñar, la realización del gobierno local. Estas entidades deben realizar una labor en completa armonía y tienen precisamente al igual que el ámbito nacional sus controles para la buena marcha de la administración municipal. En esa línea, las ramas de poder constituyen el Alcalde, que representa el Ejecutivo, el Consejo Municipal al Legislativo, el Juez Municipal al Judicial.” (Cfr. Fallo 14 de mayo de 1992 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia)

Dentro de la estructura municipal panameña, la Alcaldía, la Tesorería Municipal y el Consejo Municipal, son los tres (3) órganos más importantes del Municipio, de acuerdo a la Ley 106 de 1973, reformada por la Ley 52 de 1984, tiene sus atribuciones bien definidas, y ejercen funciones específicas

sin embargo, ello no debe entenderse que deban trabajar aisladamente sino mancomunadamente. (C-196 de 23 de agosto de 1999).

La Constitución Política, en sus artículos 229 al 248 inclusive, consagra las normas, básicas del régimen municipal. Dichas normas son desarrolladas en diversas disposiciones legales, no obstante la mayoría de las cuales se encuentran recogidas en la Ley No.106 de 8 de octubre de 1973, modificada por la Ley No.52 de diciembre de 1984.

Estas normas constitucionales y legales guardan total concordancia al definir al Alcalde como el Jefe de la Administración Municipal, sin embargo, la jurisprudencia ha sido constante al distinguir la separación de poderes existente en la organización municipal, lo que significa que en ese organismo municipal se actúa coordinadamente pero de manera separada. Por eso, se ha dicho que este poder de la administración está compartido entre el cuerpo deliberante, que es el Consejo Municipal, y el ejecutivo representado por el Alcalde Municipal.

En cuanto a la inquietud presentada, la respuesta a su interrogante la encontramos en la Constitución Política y de la Ley No.106 de 1973, sobre Régimen Municipal, antes mencionada. En efecto, el artículo 240 constitucional, al enumerar algunas de las funciones de los Alcaldes señala, en su numeral 3º, que a éstos corresponde lo siguiente:

“ARTÍCULO 240. Atribuciones del Alcalde. Los Alcaldes tendrán, además de los deberes que establece el artículo 231 de esta Constitución y la Ley, las atribuciones siguientes:

1. ...
- 2.
3. Nombrar y remover a los Corregidores y a los demás funcionarios públicos municipales cuya designación no corresponda a otra autoridad, con sujeción a lo que dispone el Título XI.
4. ...”.

Del precepto transcrito se advierte que los Alcaldes están facultados para “nombrar” y “remover” tanto a los Corregidores como al resto de los funcionarios municipales cuyo nombramiento no esté atribuido a otra autoridad, que no pueden ser otras que el Tesorero o el Consejo Municipal. Idéntico contenido tiene el numeral 4 del artículo 45 de la Ley No.106 de 1973.

Lo anterior significa, que los Alcaldes no pueden, por ninguna causa o motivo, sea justificada o no, remover o destituir a aquellos funcionarios que nombra el Tesorero Municipal o el Consejo Municipal. Ello es así, además de las razones dadas, porque tanto al Tesorero como al Concejo le

corresponde ejercer la facultad de destitución respecto de los funcionarios a los cuales nombran.

En efecto, en el caso de los Tesoreros Municipales, el numeral 15 del artículo 57 de la citada Ley 106, establece entre las atribuciones de estos servidores públicos la de “nombrar y destituir el personal subalterno de la Tesorería”. Dicha facultad de nombramiento y destitución, deriva de la calidad de “Jefe de la oficina o departamento de recaudación de las rentas municipales y de pagaduría” que el artículo 239 de la Constitución Política le ha conferido a este funcionario.

En lo que concierne al Consejo Municipal, el numeral 17 del artículo 17 de la Ley 106, también le ha atribuido la potestad de nombrar a ciertos funcionarios, como son: **“al Secretario y Subsecretario cuando proceda, al tesorero, al ingeniero, agrimensor o inspector de obras municipales y al abogado consultor del municipio”**.

De todo lo expresado se infiere, pues, que los Alcaldes sólo pueden destituir a aquellos funcionarios municipales que nombran, siendo jurídicamente imposible que destituyan a aquellos servidores públicos municipales que nombran el Tesorero o el Concejo Municipal.

En este sentido, es oportuno señalar que los razonamientos aquí expuestos ya han sido sostenidos por la Corte Suprema de Justicia en diversos fallos, entre ellos cabe mencionar, por citar un ejemplo, Fallo de 24 de agosto de 1993, emitido por el Pleno de esta Corporación de Justicia, que al analizar un caso similar al que ahora nos ocupa, expresó:

“Un examen del expediente demuestra, que el actor acompañó a la demanda de inconstitucionalidad, en forma de pruebas preconstituídas, que son las únicas que se pueden presentar en este tipo de proceso, ya que éste no tiene fase probatoria, una serie de documentos que demuestran que el señor EDUARDO ESTRADA era un funcionario nombrado por el Tesorero Municipal del Distrito de Panamá, y que en ningún momento fue funcionario de los que le corresponde nombrar y separar al Alcalde del Distrito de Panamá.

Así las cosas resulta evidente que la Alcaldesa no tenía entre sus atribuciones constitucionales y legales, el nombramiento del Jefe del Departamento de Contabilidad y pago de la Tesorería Municipal del Distrito de Panamá, ya que el numeral 3 del artículo 240 de la Constitución Nacional, relacionado con el artículo 45, numeral 4 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, sobre Régimen Municipal, sólo le permite nombrar y remover a los funcionarios públicos

municipales cuya designación no corresponda a otra autoridad. El numeral 15 del artículo 57 de la Ley 106 de 1973, establece que los Tesoreros Municipales tienen las atribuciones siguientes: N° 15. Nombrar y destituir al personal subalterno de la Tesorería. En el presente caso se ha demostrado, con las pruebas preconstituidas presentadas al proceso, que el señor EDUARDO ESTRADA, era funcionario de la Tesorería Municipal, por lo que resulta ostensible la violación del artículo 240 de la Constitución Nacional. (Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Licenciado Manuel Villarrue en representación del Licenciado Eduardo estado en contra del Decreto Alcaldicio No.32 de 15 de enero de 1993, proferido por la Alcaldía de Panamá, Registro Judicial, agosto de 1993, PLENO de CSJ.p.81). (Lo subrayado es de este Despacho).

Se desprende del fallo transcrito que nuestra más alta Corporación de Justicia ha sido constante al considerar que no es congruente con la Ley que el Alcalde pretenda remover funcionarios municipales que hayan sido nombrados por el Concejo o el Tesorero, dado que a él sólo se le permite remover a los corregidores y a otros funcionarios municipales cuyo nombramiento no esté atribuido a otra autoridad, de modo que al no permitírsele la Ley, de hacerlo fácilmente incurren en extralimitación de funciones, acción sancionada penalmente, porque infringe el principio de legalidad de los actos públicos que acertadamente consagra la Carta Política.

En cuanto al nombramiento de un funcionario sin haberle notificado al otro de su destitución, este acto es irregular ya que resulta fundamental que se aseguren al funcionario destituido todos los derechos para su adecuada y efectiva defensa. Ello supone, en primer lugar, que la notificación que se haga a un funcionario que se encuentre en las condiciones anotadas debe darse, por regla general, personalmente, tal como exige el artículo 91 de la Ley 38 de 2000, sobre procedimiento administrativo general.

La resolución de destitución o suspensión del cargo de un funcionario debe hacerse personalmente, de manera que éste puede ejercer los medios impugnativos que le confiere la ley.

No obstante, lo anterior, en caso de que no fuese posible hacer la notificación personal, ésta puede hacerse por medio de edicto, tal como lo expresa el artículo 94 de la citada Ley.

La notificación por edicto es, pues, el último recurso que debe emplear la Administración para notificar un acto administrativo de destitución o suspensión de un funcionario público, ya que esta forma de notificación sólo procede en caso que no haya sido posible notificar personalmente al

afectado. Sin embargo, debe quedar muy claramente establecido que para que la Administración proceda a notificar por edicto una resolución debe probar primero que hizo las diligencias pertinentes para notificar personalmente al afectado o interesado y que por alguna causa no imputable a la propia Administración, ésta no pudo llevarse a cabo. En otras palabras, no basta que la Administración alegue la imposibilidad de notificar al afectado, sino que debe probar a través de pruebas documentales o de declaraciones de testigos, que intentó notificarlo y que ello no fue posible.

Respecto de estos casos este despacho ha reiterado que el cumplimiento de estos requisitos resulta indispensable para garantizar que el afectado conozca oportunamente el acto administrativo dictado en su contra y pueda hacer uso de los recursos legales que proceden contra la misma. Asimismo, se asegura el pleno cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso. (Cfr. C-156 de 20 de julio de 1999).

De manera que el funcionario en uso de vacaciones puede ser despedido porque, no existe norma que lo prohíba, pero debe garantizársele al afectado el respeto del debido proceso legal, como se apunta antes.

En cuanto al pago de vacaciones, éstas en términos generales han sido consideradas como un derecho irrenunciable de los servidores públicos, de forma tal que al funcionario que se le adeudan vacaciones, la administración debe pagarlas, toda vez que este es un derecho adquirido que no puede desconocerse.

En el caso de los funcionarios municipales, en específico del Consejo Municipal, que son nombrados por períodos fijos y que terminado dicho período no han hecho uso de sus vacaciones, éstos podrán cobrar sus emolumentos proporcionalmente al período laborado, pues este es un derecho adquirido, que no puede renunciarse, ni negociarse.

Es más, en cuanto al cobro de vacaciones acumuladas por diversos funcionarios del Municipio, tales como: el Tesorero, Sub-tesorero, Abogado Consultor y Secretaria General del Consejo Municipal, este despacho, ha hecho énfasis en reiterados pronunciamientos que las vacaciones son un derecho, y que además son irrenunciables e intransferibles, no obstante, ha señalado que ha sido una política incorrecta de las distintas entidades retrasar el disfrute de las vacaciones, so pretexto de la necesidad del servicio, justificación insostenible, ya que la modernización del servicio público, y el principio de alternabilidad de funciones, ha exigido al Jefe de la Administración, o Jefes inmediatos, la capacitación continua por once (11) meses en aquellas áreas difíciles, para que sean asumidas por sus suplentes o subjefes al momento del titular hacer uso de sus vacaciones, con la finalidad de que se ejecuten con la misma eficiencia y eficacia. (Cfr. Consulta N°.118 de 28 de mayo de 1999)

De lo expuesto se extrae claramente la obligación que tienen las diversas instituciones de reconocer por cada once (11) meses trabajados, al empleado público un (1) mes de vacaciones, por lo que debe emitirse la resolución indicando el término laborado a que corresponde el respectivo mes de vacaciones.

En cuanto al pago de vacaciones proporcionales, siendo el derecho de vacaciones reconocido como irrenunciable de los servidores públicos—entiéndase a los municipales también— en tal sentido nuestra sistema de Carrera Administrativa, Ley 9 de 20 de Junio de 1994, extiende a quienes presten sus servicios al Estado o a los Municipios el beneficio que representa la modalidad del derecho a Vacaciones Proporcionales, anteriormente solo concebida para los trabajadores del sector privado. Esto se contiene en el artículo 135, numeral 2, cuyo texto dice lo siguiente:

“Artículo 135:

Los servidores públicos en general tendrán derecho a:

...

2. Tomar o disfrutar del descanso anual remunerado y vacaciones proporcionales;

...” (Lo destacado es nuestro)

Las Vacaciones Proporcionales constituyen el tiempo acumulado de vacaciones inferior al término máximo anual. En otras palabras, es el lapso inferior a treinta (30) días en concepto de vacaciones que genere el trabajador. El derecho a vacaciones en abstracto, como hemos afirmado es irrenunciable, de allí que, las Vacaciones Proporcionales siguen la misma suerte, es decir, constituyen un derecho al que el trabajador no puede renunciar. Así lo ha externado este despacho en pronunciamiento C-201 de 27 de agosto de 1999.

En relación a la validez de los actos realizados por el Consejo el día 02 de septiembre de 2004, que fueron presididos por el Concejal de mayor edad y de secretario interino el más joven de los concejales, como lo indica el artículo 30 de la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984, es importante destacar que tanto la jurisprudencia extranjera como la nacional, han señalado que los actos del funcionario de hecho como sería en este caso, gozan de la presunción de validez. Pues este funcionario desempeña el cargo, pero en virtud de una investidura irregular. Irregularidad que pudo originarse cuando se nombra a un funcionario que no llena los requisitos exigidos por la ley, caso en el cual el nombramiento puede invalidarse; o cuando habiéndose otorgado inicialmente con irregularidad la condición o investidura de empleado, la pierde luego y sigue, sin embargo, en ejercicio de sus funciones por ministerio de la Ley, o bien por circunstancias de hecho no previstas en las leyes. **Los actos de estos funcionarios son también válidos.**(PENAGOS, Gustavo., Derecho Administrativo. Pág. 249).(C-32 de 16 de febrero de 2000). En el presente caso el servidor público municipal

ha ejecutado acciones completamente autorizadas por la ley especial, o Ley 106 de 1973, artículo 30, razón que justifica y hace válido lo actuado.

El Ingeniero, Agrimensor o Inspector de Obras es el funcionario llamado a ejercer las atribuciones de Policía Urbana previstas en los artículos 1313 y siguientes del Código Administrativo, cuyas funciones se refieren, entre otras, a expedir los permisos de construcción, realizar mejoras, demoliciones y movimiento de tierra dentro del Distrito, previa verificación de los requisitos técnicos, de seguridad y urbanismo que establecen las normas.

Sólo puede existir un servidor público municipal con las funciones de Ingeniero Municipal, Agrimensor o Inspector de Obras Municipales, pues en otro caso se estaría frente a un supuesto de duplicidad de funciones, contrario al principio de economía administrativa.

Debe quedar claro, que sólo uno de estos funcionarios puede ejercer las funciones de la Policía Urbana y quien, según la Ley 106 de 1973, debe ser nombrado por el Consejo Municipal, correspondiéndole a este ente igualmente, ejercer las funciones administrativas de personal, tales como conceder vacaciones, licencias etc.

Ahora bien, el resto de los funcionarios que ejercen sus funciones en el Departamento de Ingeniería, independientemente de la denominación, son funcionarios administrativos cuyos nombramientos y demás acciones de personal son competencia del Alcalde Municipal, pues la Ley de Régimen Municipal en el numeral 4, del artículo 45 así lo preceptúa.

El artículo 1320 del Código Administrativo, al aludir a las construcciones de los edificios en las poblaciones se refiere a la consulta que debe efectuarse al ingeniero oficial, como funcionario público idóneo que le compete verificar el detalle y desarrollo de las prescripciones establecidas al respecto. Y es que se infiere su idoneidad de la parte final de la norma que establece: **“La falta de estos empleados será suplida por peritos nombrados por la autoridad de Policía”**. El vocablo “perito” significa, sabio, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte. El que en alguna materia tiene **título** de tal, ...”.¹

De lo cual se desprende que el Ingeniero Municipal debe poseer título y la respectiva idoneidad para ejercer sus funciones, que son delicadas puesto que tratan acerca de los bienes catastrales del municipio y las construcciones y edificaciones que se efectúen en el Distrito. Ello significa que lo saludable es que para ejercer el cargo de ingeniero de la comuna se posean los estudios e idoneidad para el ejercicio del oficio, sin embargo, como sabemos en muchos casos esto es muy difícil, debido a la precariedad de la mayoría de nuestros municipios.

¹ Diccionario Enciclopédico OCEANO. España. 1995. Página 1238.

Finalmente, el despido del Ingeniero Municipal, a través de Resolución en donde se designa al nuevo ingeniero, nos parece irregular, lo correcto es que se elaboren actos administrativos distintos. Uno de nombramiento y otro de destitución en donde como hemos dicho se le aseguren al afectado los recursos legales que le otorga la Ley.

Para finalizar, me permito recomendar una estructuración saludable de la entidad municipal que ahora representa, esto lleva a organizar el despacho de manera científica y objetiva, rescatando y reforzando todo aquello que ha significado un trabajo útil para el distrito que lo eligió, no utilizando criterios subjetivos que en nada ayudan a mejorar la cosa pública sino que entorpecen las gestiones que deban efectuarse en esas oficinas importantes del Estado. De lo que se trata es de integrar y organizar eficazmente las experiencias existentes con nuevas iniciativas para obtener mejores resultados en el desarrollo de su comunidad. Propóngase, contar con un buen equipo de trabajo, lo que conlleva muchas veces separar trabajo, amistades, simpatías y familiaridad; pero, asegúrese que ese equipo esté comprometido con su gestión con madurez profesional e impersonalmente, esta práctica indudablemente, le garantizará una gestión de cinco años eficaz y eficiente.

En estos términos esperamos haberle ayudado, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/cch.

LINDA=16