

C-No.13

Panamá, 24 de enero de 2000.

Profesora
Matilde R. de Ardines
Alcaldesa del Distrito de Colón
Colón, Provincia de Colón.
E. S. D.

Señora Alcaldesa:

Cumpliendo la función de Consejería Jurídica asignada a la Procuraduría de la Administración en el numeral 4 del artículo 348 del Código Judicial, damos respuesta a su Nota N°99 (102-574) de 23 de diciembre de 1999, por medio de la cual nos consulta sobre las facultades del Alcalde o Alcaldesa para nombrar, estructurar y crear posiciones en lo que hoy se conoce como Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, en consideración a lo dispuesto en las Leyes 41 de 27 de agosto de 1999 y 106 de 1973.

Explica, usted, que la situación ha generado conflictos con el Tesorero Municipal y el Consejo, en la conformación de la estructura, nombramientos y posiciones de lo que es la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, por lo que pregunta: 1. ¿Puede el Alcalde del Distrito crear, estructurar y nombrar funcionarios en la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, sin la intervención del respectivo Consejo Municipal? 2. ¿Cuál será la función del Tesorero? 3. ¿Es necesario que el Consejo Municipal apruebe la estructura de personal?

Por razones metodológicas tenemos que recordarle que todas las Consultas deben enviarse con el criterio legal, sustentado por el Asesor Legal de la Institución. El argumento señalado por la Alcaldía de Colón, establece:

1. El artículo 9 de la Ley N°41 del 27 de agosto de 1999, señala que el Alcalde tiene la facultad de nombrar al Director de la Dirección Municipal de Aseo.
2. El Alcalde según la Ley 41, en su artículo 23, mediante Decretos resuelve lo concerniente a la Dirección, Planificación, Investigación, Operación y Explotación del Servicio de Aseo. **Estas facultades, en especial, la de Dirección, Operaciones y Explotación involucran en forma inequívoca crear nuevas posiciones para cumplir la finalidad de un servicio eficiente, moderno y rentable económicamente.**
3. Que el Consejo Municipal tiene facultades en los casos en que se constituya una empresa municipal o empresa mixta para emitir Acuerdos en relación al Servicio de Aseo, según el Artículo 41, pero esta hipótesis no se ha dado, por ende no descalifica este artículo las facultades del Alcalde respecto de la actividad de Aseo Urbano y Domiciliario.
4. La Ley 41 crea ciertos parámetros legales de autonomía a través de la creación de la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, ello explica las facultades que tiene el Alcalde para reglamentar, crear y administrar este servicio, separándolo de la esfera de poder del Consejo Municipal. Creemos que en este sentido los Legisladores que promulgaron esta Ley pretenden agilizar el servicio y eliminar la burocracia.
5. Tómese en cuenta además que la Ley 106 de 1973, prevee que es el Alcalde quien nombra como Jefe de la Administración Pública (Art. 66 y 43 de la referida Ley). **Además, la ley 106 de 1973 al darle al Consejo facultad de crear posiciones, no contemplaba para el año 1973 el servicio de Aseo a través de una entidad actual como la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario. O sea que de existir una**

laguna entre la Ley 106 de 1973 y la Ley 41 de 1999, sobre quien nombra y crea posiciones en la Dirección Municipal de Aseo, es obvio que debe aplicarse a favor del Alcalde, por ser la Ley 41 más reciente y más especial, en materia de Aseo, según normas de hermeneútica legal. (Artículo 10 , 14 y pertinentes del Código Civil).”

Asumiendo que los criterios señalados ut supra reflejen la posición jurídica de su Despacho, sería conveniente revisar el alcance, ámbito y temporalidad de la Ley N°41 de 27 de agosto de 1999, a través de la cual se transfiere a los Municipios de Panamá, San Miguelito y Colón, los servicios relacionados con el Aseo urbano y domiciliario, antes administrado, operado y explotado por la Dirección Metropolitana de Aseo (DIMA). Un estudio de la Ley N°41 de 1999, nos permite señalar que el cometido de esta normativa es establecer el marco legal y administrativo adecuado **para la transferencia ordenada de un servicio público, antes llevado a cabo por un ente autónomo –la Dirección Metropolitana de Aseo-** hacia manos de los Municipios de Panamá, San Miguelito y Colón. Experiencia que será puntal en las luchas de los Gobiernos Locales para la efectiva descentralización. Mantenemos este criterio sustentado en el artículo 1 de la Ley en estudio, en donde se señala que **la transferencia de la administración, operaciones y explotación del servicio... se regiran por esa Ley.** Considerando la importancia de precisar a que se dirige esa Ley desentrañamos el significado del término transferencia, *del latín transferens- entis, participio activo de transferre, tranferir, que significa: pasar o llevar una cosa desde un lugar a otro o bien Ceder o renunciar en otro el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre una cosa.* **Por lo tanto,** estas previsiones serían de carácter temporal hasta tanto los Municipios acuerden la organización adecuada para prestar el servicio. Véase además el artículo 15 de la Ley 41 de 1999. La revisión integral de la Ley N°41 de 27 de agosto de 1999, permite deducir que el legislador se limitó a disponer las medidas oportunas para el período de transición. Establece dos hitos, la entrega de los bienes, recursos y prestación del servicio por parte de la Dirección Metropolitana de Aseo (DIMA), lo que a su vez supone la desaparición de esta

entidad autónoma; y, por otra parte, el recibo, asunción de bienes y recursos por el Alcalde a nombre del Municipio, reconociendo la necesidad, en este período de transición que, cada Distrito establezca la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, hasta que el Municipio respectivo determine la estructura social y administrativa que en conformidad a la Ley 106 de 1973 se adecúe a sus intereses. Bajo estos supuestos, la Ley 41 de 1999 no entra en conflicto con la Ley 106 de 1973, porque las previsiones y disposiciones, de la primera serían temporales, (para la etapa de transición y el desarrollo de una transferencia ordenada de los recursos y la prestación del servicio de aseo hasta que el Municipio determine el modelo de gestión), favoreciendo la organización administrativa establecida. Inmediatamente los Municipios reciban el patrimonio y los recursos humanos, deberán continuar prestando el servicio público, y es posible que todavía no tengan la normativa legal que les sirva de marco para estructurar el tipo de gestión, por lo que en ese lapso aún la Ley de transferencia está vigente, armonizando con la Ley 106 de 1973, los Acuerdos y Decretos necesarios para la prestación del servicio público. Porque, independientemente, de quien esté fungiendo como responsable del servicio público municipal de aseo urbano y domiciliario, los resultados de esa gestión afectará a las Autoridades del Municipio. De allí, que todos los estamentos se vean comprometidos a facilitar la gestión administrativa eficaz y eficiente del Alcalde sin excluir al Consejo Municipal. La incorporación de facultades expresas a favor del Alcalde supone la determinación de un ejecutor dentro de la Municipalidad. Sin embargo no podemos olvidar que la aprobación de la estructura de personal, así como la incorporación de los compromisos financieros por el Municipio tiene que someterse a la discusión y valoración del Consejo Municipal. Aprovechamos la oportunidad para recomendar a los Distritos de Panamá, San Miguelito y Colón, que cualesquiera que sea el tipo de organización administrativa, que se adopte, (Director nombrado por el Alcalde, Empresa Municipal o Concesión para la explotación de los diversos servicios), esta modalidad tenga la oportunidad de desarrollarse y evaluarse en atención a criterios como: rentabilidad, eficacia, eficiencia y la satisfacción de la Comunidad.

Ocupándonos, en propiedad de la Consulta, absolvemos la primera interrogante, **¿Puede el Alcalde del Distrito crear, estructurar y nombrar funcionarios en la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, sin intervención del respectivo Consejo Municipal?**

El artículo 9 de la Ley N°41 de 1999, responsabiliza al Alcalde de la gestión administrativa, operativa y presupuestaria del servicio municipal de Aseo, desde que lo recibe del Ejecutivo, hasta que designe al Director Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, funcionario que será de su libre nombramiento y remoción. La disposición legal se limita a reconocer que el Alcalde tiene la libertad (**libre**) de nombrar al Director Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, sin señalar que esa misma libertad la tiene para crear o estructurar la Dirección Municipal. El nombramiento del Director o Directora de la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario del Distrito lo hará el Alcalde hasta que el Consejo Municipal determine, según Acuerdo Municipal, que el servicio se preste a través de una empresa municipal, empresa mixta o por concesiones. Lo cierto es que no puede afirmarse que el Alcalde **creará, estructurará y nombrará** con exclusión del Consejo Municipal, en la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario. Como tampoco se ha quitado al Consejo Municipal la facultad de crear los puestos y aprobar la estructura correspondiente.

Consideramos importante revisar la naturaleza jurídica y administrativa de la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario del Distrito de Colón. Es decir, determinar -si es una Dirección adscrita a la Alcaldía, en igualdad de condiciones a la Dirección de Asesoría Legal, a la Dirección Administrativa, a la Dirección de Servicio Social u otra cualquiera de las que actualmente componen el Organigrama de la Alcaldía de Colón, porque todas las anteriores, son dependencias subordinadas jerárquica y administrativamente al Alcalde, pues son funcionarios de libre nombramiento y remoción. Los Directores Municipales constituyen una semejanza al Gabinete del Ejecutivo y el Consejo Municipal no tiene ingerencia en ese nombramiento; pero, si puede emitir opiniones en contra o a favor de la persona, el servicio y los intereses del Municipio. Puede el Consejo presentar las opciones

o estudios para la explotación del servicio municipal de aseo domiciliario y urbano, somerlas a estudio, debate y luego, a través de un Acuerdo, establecer el modelo de gestión administrativa.

A pesar de que la Ley 41 de 1999, le asigna al Alcalde la facultad de organizar la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, con alguna liberalidad, la misma no es un ente autárquico, (independiente), de la Municipalidad, cuyo punto en común con el Municipio, sea la administración por el Alcalde. El análisis de los artículos 10 y 20 de la Ley N°41 de 1999, describe compromisos que, sin la facultad conferida al Alcalde, por el Consejo Municipal, no pueden ser asumidas. En consecuencia la inexistencia de autonomía administrativa y financiera niega la posibilidad de una condición de ente autónomo..

EL conocimiento de la organización municipal y la iposición que ocupa la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliaria permite determinar la respuesta a su consulta, en cuanto a **“ si el Alcalde pueda ejercer facultades de crear, estructurar y nombrar en la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario con exclusión del Consejo Municipal.”**

La Ley N°41 de 1999 ha previsto que el Alcalde pueda nombrar, pero no excluye la potestad del Consejo para variar la administración por una empresa mixta o privatizar. Tampoco ha modificado las normas pertinentes a la competencia para crear posiciones y aprobar la estructura que tiene el Consejo. Así pue que la respuesta requiere separar las situaciones y con ello verificar las facultades.

Pero, antes de revisar lo pertinente en las Leyes N°106 de 1973 y en la N°41de 1999, analicemos lo que involucra cada facultad, por separado.

Crear del latín creare, se entiende como producir algo de la nada. Introducir, por vez primera, una cosa. Instituir un empleo o dignidad. **En el ámbito municipal, la facultad de crear cargos municipales es competencia exclusiva de los Consejos Municipales, tal como se establece en el numeral 6 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973, que dice así:**

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

1.....

2.....

.....

6. 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.

Confrontamos la disposición reproducida, con el artículo 62 de la Ley N°106 de 1973, que señala que los cargos que se desempeñen en la esfera municipal y en el que se adquiriera la calidad de servidor público municipal, serán creados mediante Acuerdos Municipales y las funciones determinadas por el Consejo Municipal.

En el caso que nos ocupa, la Ley N°41 de 27 de agosto de 1999, **crea** a través del artículo 5, la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario en los Municipios de Panamá, San Miguelito y Colón, **para cumplir con la transferencia** del servicio de aseo. Y encarga como responsables del servicio en lo administrativo, operativo y presupuestario, dentro de su jurisdicción, al Alcalde, hasta que este **designa** al Director Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario. (Artículo 9 de la Ley N°41 de 1999). Entonces, el Alcalde, por mandamiento legal puede nombrar el Director Municipal, hasta que el Consejo determine la manera de explotar el servicio y la estructura social adecuada.

En cuanto a la facultad de estructurar, es decir, la de **ordenar las partes de un conjunto**, tal como define el Diccionario de la Lengua Española, se refiere a una facultad meramente administrativa, por ello, atribuible al Ejecutivo, en este caso al Alcalde, como Administrador Municipal. El artículo 5 de la Ley 41 de 1999, establece que la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario administrará todos los recursos especificados en el Acta de Transferencia, entre ellos **el recurso humano o**

personal que laboraba con la DIMA en ese Distrito. El artículo 20 de la Ley 41 de 1999, adscribe a la estructura administrativa de los Municipios de Panamá, San Miguelito y Colón, el personal de la Dirección Metropolitana de Aseo que labore para el respectivo Distrito. Además, el artículo 22 de la Ley 41 de 1999, obliga a los Alcaldes de Panamá, San Miguelito y Colón a incluir en sus Presupuestos de Rentas y Gastos Municipales, para la aprobación del Consejo Municipal respectivo, las partidas para la prestación de los servicios señalados en el artículo 2 de esta Ley. No debe ignorarse el contenido del artículo 10 de la Ley N°41 de 1999, en el cual se establece que cada Municipio reconocerá los años de servicios de los empleados de la Dirección Metropolitana de Aseo, - DIMA- al momento de la transferencia y respetará la estabilidad laboral, según el desempeño de las funciones y el cumplimiento de las responsabilidades. Además de garantizar la indemnización, en caso de que el Municipio decida reducir el personal. Señalando, que en caso de que el Municipio privatice los servicios de aseo urbano y domiciliarios, el Municipio es responsable de indemnizar a todos los empleados de la Dirección Metropolitana de Aseo y éstas indemnizaciones se harán conforme el nivel de salario y antigüedad de cada trabajador, pero, en todo caso, serán superiores a las establecidas en el Código de Trabajo. Así pues, le corresponde al Alcalde estructurar la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, pero, esta organización queda sujeta a la aprobación del Consejo Municipal, mediante un Acuerdo, incorporándolo al Municipio, en conformidad con las disposiciones contempladas en la Ley 106 de 1973. Por otra parte, el Alcalde, tiene conocimiento que la estructura de Personal y el Presupuesto se aprueban a través de un Acuerdo Municipal por tanto si no existe este instrumento legal no se puede desarrollar la gestión administrativa. Las consideraciones anteriores justifican porque señalamos que a pesar de que el Alcalde pueda nombrar en la Dirección Municipal es el Consejo Municipal quien permite la gestión efectiva.

Nombrar, del latín *nominare*, supone elegir o señalar a uno, para un cargo, empleo u otra cosa. La creación de los puestos

puede traer definido quienes tienen la facultad de hacer el nombramiento correspondiente. La Ley N° 41 de 1999, ha señalado en el artículo 9, inciso final, que el Director Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario es de libre nombramiento y remoción del Alcalde. Sin embargo, hay que tener presente que este marco legal, supone temporalidad, para la etapa de transición, pues una vez los Municipios incorporen y presten efectivamente el servicio público, harán los estudios correspondientes y estarán en capacidad de decidir entre las otras alternativas o modalidades de explotación del servicio, en conformidad con el contenido de los artículos 4, 6, específicamente el artículo 7 y 15 de la Ley 41 de 1999.

Además, cuando no se señala la autoridad que nombra, es aplicable el artículo 770 del Código Administrativo, que dice así:

Art. 770: Los destinos públicos se proveen por la autoridad que en cada caso designen las leyes, acuerdos o reglamentos. En caso de silencio o duda, regirán las reglas siguientes: si el destino fuere del orden nacional, lo proveerá el Presidente de la República y si es del orden municipal el Alcalde del Distrito.

El artículo 240 numeral 3 de la Constitución Política al igual que la Ley N°106 de 1973 en su artículo 45 numeral 4, establecen la atribución del Alcalde de nombrar y remover a los funcionarios públicos municipales cuya designación no corresponda a otra autoridad.

Revisadas las facultades para crear, estructurar y nombrar funcionarios en la Organización Municipal, nos corresponde ahora, determinar si, específicamente, la Ley 41 de 1999, creadora de la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, faculta al Alcalde para nombrar, estructurar y crear posiciones en esa dependencia **sin la intervención del respectivo Consejo Municipal**".

La respuesta es que la Ley 41 de 1999 no establece en ninguno de sus artículos que las facultades que le concede al Alcalde sean con exclusión del Consejo Municipal. Quizás se haya interpretado de esa manera, en base al inciso final del artículo 9, que determina que el Director Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, será un funcionario de libre nombramiento y remoción del Alcalde. Facultad que podría sustentarse en la equiparación que se tiene con el resto de los Directores Municipales, cuyo nombramiento, por Ley no le corresponde al Consejo. (Artículo 45, numeral 4 de la Ley 106 de 1973 y artículo 770 del Código Administrativo). Sin embargo, extender esta facultad a otros nombramientos, crear nuevas posiciones, puede generar conflictos con la Ley que rige la organización de los Municipios, puesto que la **competencia exclusiva, para crear y suprimir cargos municipales está asignada exclusivamente al Consejo Municipal, conforme el numeral 6 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973.** Además, los Alcaldes deberán tener mucho cuidado con los nombramientos nuevos pues, según el artículo 20 de la Ley 41 de 1999, desde que entre en vigencia esa Ley, quedarán adscritos a la estructura administrativa de los respectivos municipios, **todo el personal de la Dirección Metropolitana de Aseo, con su respectivo Presupuesto.** Y, conforme al artículo 10, cada Municipio respetará la estabilidad laboral de estos empleados considerando el desempeño de las funciones y el cumplimiento de las responsabilidades asignadas, **obligándose a indemnizar a estos viejos empleados, si el Municipio decide reducir el personal, o privatizar el servicio.**

En apego al texto de la Ley, el Alcalde sólo organiza la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, para **cumplir con la transferencia, permitiendo que la Municipalidad pueda decidir el modelo de organización adecuado para la explotación del servicio público de aseo.** Por lo tanto, aún en la fase de transferencia es posible la intervención del respectivo Consejo Municipal, en búsqueda de la información que permita a los Concejales elementos de juicio para determinar el sistema de explotación, al igual que la estructura de personal y el presupuesto. Por otra parte, no podemos obviar que el Consejo Municipal puede atacar jurídicamente la Ley 41 de 1999, si considera que los compromisos y cargas traspasados ponen en

peligro el patrimonio municipal, o por otras razones. Lo cierto es que la Ley 41 de 1999, no puede crear confrontaciones con la Ley 106 de 1973, y en el caso que esto suceda, los Ediles podrán interponer los recursos pertinentes.

La Ley 41 de 1999, en efecto confiere facultades especiales al Alcalde, para disponer una gestión efectiva, mientras el Consejo Municipal decide lo correspondiente, sin embargo si existiera conflictos el Consejo puede decidir el sistema de prestación del servicio a través del respectivo Acuerdo. Queremos insistir en esto, porque en la argumentación con que su Despacho sustenta que el Alcalde prescindiera de la opinión del Consejo Municipal al crear, estructurar y nombrar al Director Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, se señala, a manera de ejemplo, que la Ley 41 de 1999, es una ley especial en asuntos de municipalidad, (No puede negarse la referencia al funcionamiento y operación de un servicio público que pasa a manos de tres Municipios), pero no por ello, las disposiciones estatuidas modifican el Régimen Municipal. Esta Ley, sólo vincula a tres de los setenta y cuatro municipios y conforme al texto del artículo 25, se colige que la intención del Legislador no es modificar la Ley 106 de 1973 ni inmiscuirse en los aspectos de organización y funcionamiento de los Municipios, actuación que si concreta al derogar la Ley 41 de 8 de noviembre de 1984, orgánica de la Dirección Metropolitana de Aseo -DIMA-, Entidad Autónoma del Estado.

Otra confusión o error es la referencia a lagunas en la Ley 106 de 1973 y la Ley 41 de 1999, en cuanto a quien nombra y crea posiciones en la Dirección Municipal de Aseo; pues la revisión de la Ley 106 de 1973, permite conocer que los Municipios son los llamados a brindar el servicio público de aseo urbano y domiciliario y el aprovechamiento de los desechos y residuos, por tanto, considerando que en la zona metropolitana este servicio lo prestaba la DIMA y que la misma ya no existe, se acude a los Alcaldes y a la creación de la Dirección Municipal, para poner en práctica un régimen de transición. Realizada la transferencia del patrimonio y ejecutándose el servicio, le corresponde a los Municipios la organización interna en conformidad con la Ley 106 de 1973, los Acuerdos, Decretos y el Reglamento Interno de cada Municipio.

La Ley 106 de 1973 establece en su artículo 17, numeral 14, que los Consejos Municipales tienen competencia exclusiva para **establecer y reglamentar el servicio de aseo urbano y domiciliario de sus poblaciones y procurar los medios para el aprovechamiento de los desechos y residuos.** De igual manera, en otros numerales del mismo artículo, tales como los numerales 3, 4, 7, 10, 11, 15 y 21, se reitera que es el Consejo quien tiene la competencia exclusiva para crear empresas y servicios de utilidad pública, disponer de los bienes y derechos del Municipio y adquirir los que sean necesarios para la eficiente prestación de los servicios públicos municipales, considerando las limitaciones que establezca la Ley. Por tanto, es el Consejo quien tiene la competencia exclusiva, para crear empresas municipales o mixtas que exploten bienes y servicios, los cuales pueden ser prestados directamente o a través de concesión. La Constitución Política en el artículo 244 establece que los Municipios podrán crear las empresas municipales o mixtas para la explotación de bienes y servicios. La Ley 106 de 1973 en el artículo 236 señala que los Municipios podrán prestar servicios de utilidad pública por medio de **departamentos, empresas municipales o empresas privadas.** Recomendamos la lectura del Título III, Servicios de Utilidad Pública, artículos 136, 137, y 138 de la Ley 106 de 1973.

En consecuencia la existencia de lagunas o contradicciones en la Ley 106 de 1973 y la Ley 41 de 1999, deriva de aislar a esta última y olvidar que aplica como un conjunto de normas que **facilitan la transferencia ordenada de activos, pasivos y recursos humanos, operando el servicio, mientras cada Entidad Municipal se organiza para explotar el servicio público en conformidad con su realidad.** Las contradicciones se dan cuando nos apartamos del aspecto de transición de la ley 41 de 1999 o cuando queremos enfocarla con una especialidad distorsionada, pues la materia no es el aseo domiciliario, la materia especial es la organización y funcionamiento del Régimen Municipal.

La Ley N°41 de 27 de agosto de 1999, por la cual se transfiere los servicios relacionados con el aseo urbano y domiciliario en la región metropolitana a los Municipios de

Panamá, San Miguelito y Colón, nos obliga a buscar su primer eslabón en la Ley N°41 de 8 de noviembre de 1984, por la cual se crea la Dirección Metropolitana de Aseo, como Entidad Autónoma del Estado. Esta última fue muy bien estructurada, manteniendo su armonía en los Títulos y capítulos de Ley Orgánica. La Ley 41 de 1984, estableció que la DIMA TENÍA PERSONERÍA JURÍDICA, PATRIMONIO PROPIO Y AUTONOMÍA EN SU RÉGIMEN INTERNO, de allí su capacidad para autogestión, autoregulación y autofinanciamiento. No ocurre igual con la Ley 41 de 1999, porque no le otorgó autonomía a la nueva entidad sino que la coloca como una unidad administrativa subordinada. El artículo 5 de la Ley 41 de 1999, en cada uno de los tres Municipios del área metropolitana, incorpora una entidad subordinada identificada como Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario. (Por eso entendemos que no se hace referencias a personería jurídica, patrimonio propio ni autonomía en su régimen interno y por el contrario le adscribe el personal y los recursos al Municipio). En consecuencia, si el Legislador no le establece a la Dirección Municipal de Aseo, esa naturaleza de ente autónomo, no es posible calificarla como tal. Por eso hemos disentido con las argumentaciones de la Alcaldía de Colón, enumeradas en la pág.1, en cuanto identifica a la Dirección Municipal de Aseo como un organismo autónomo. La autonomía de un ente, supone una gestión administrativa propia y recursos suficientes. Lamentablemente, la Dirección Municipal de Aseo no tendrá independencia financiera ni administrativa del Municipio, pues conforme los artículos 20 y 22 de la Ley 41 de 1999, su personal se incorpora a la Estructura Municipal y dependen del Presupuesto Municipal.

La revisión de la Ley N° 41 de 1984 y su comparación con la Ley N°41 de 1999 nos lleva a reconocer que el Legislador del 1999, no fue coherente ni sistemático, pues otorga a las Direcciones Municipales de Aseo facultades que en realidad tendrá que utilizar el Municipio, pues las Direcciones Municipales no tienen personería jurídica. Es obvio que se han copiado en la Ley 41 de 1999, artículos con significado o pertenencia en la Ley 41 de 1984, referidos a la DIMA, ente autónomo, con personería jurídica. Pero, las Direcciones Municipales no podrán adquirir por sí obligaciones ni

podrán ser demandadas, correspondiendo al Municipio respectivo las obligaciones y cargas respectiva. En lugar de la disposición contenida en el artículo 17 de la Ley 41 de 1999, será aplicable el artículo 71 de la Ley 106 de 1973, que dice así:

Artículo 71: Los bienes, derechos y acciones de los Municipios gozarán de las mismas garantías de que gozan los particulares y de los privilegios de que gozan la nación.

La facultad sancionadora y la jurisdicción coactiva, atribuidas al Alcalde y delegadas en el Director Municipal de Aseo, requieren una definición adecuada que trasciende los límites de un Reglamento o un Decreto Alcaldicio, pues suponen la calidad de funcionario con mando y jurisdicción, por lo tanto, recomendamos un estudio más preciso de las figuras.

La incorporación de algunas facultades a la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, (antes adscritas a la DIMA, un ente autónomo), puede configurar un **híbrido que rebase en facultades a los Municipios. Situación que merece atención, pues no suponemos demandas en contra de las Direcciones Municipales, y estas actuando con independencia del Municipio. Es oportuno considerar que, si el legislador colocó las nuevas Direcciones Municipales de Aseo, como dependencias del Municipio, entonces éstas tendrán que subsumirse en los derechos y deberes propios al Municipio. Y si por las actividades de explotación del servicio público el esquema organizativo es inadecuado la Ley permite que se constituya una Empresa Pública o Empresa Mixta con personería jurídica, distinta al Municipio, sin que existan contradicciones. Por eso, concluimos, que la entidad creada por la Ley 41 de 1999, denominada Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, es parte de la Municipalidad, como una dependencia más, hasta que el**

Consejo determine otro modelo de gestión. (Artículo 15 de la Ley 41 de 1999).

Contribuye a la distorsión de los poderes o facultades del Alcalde en la gestión de la Dirección Municipal de Aseo, la aparente confusión de los Legisladores en el papel del Ejecutivo en la DIMA y el papel del Alcalde en la Dirección Municipal de aseo. Copiaron en la Ley 41 de 1999, para el Alcalde las mismas facultades que la Ley 41 de 1984 le concedía al Presidente de la República en la administración de la DIMA. Confundiendo el desempeño y poder que estos funcionarios pueden tener para la toma de decisiones y la ejecución de medidas. Olvidaron los creadores de la Ley 41 de 1999 que ya no se trata del ente autónomo, sino de una dependencia municipal, y que no siempre el ejecutivo logra imponer sus criterios al Legislativo.

La Dirección Municipal, como parte del Municipio no es mayor que el Municipio ni puede contraer obligaciones por sí misma, no puede gozar de mayores derechos que los que recibe el Municipio. Las Direcciones Municipales cuando tienen que adquirir obligaciones las adquieren facultados por el Consejo Municipal a través del representante del Municipio o a quien se autorice para ello con las limitaciones que el Consejo Municipal determine.

El segundo tema de esta Consulta se presentó por medio de la interrogante siguiente: ¿Cuál es la función del Tesorero?

Entendemos que la pregunta se relaciona con la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, en atención a que se nos ha señalado que la vigencia de la Ley 41 de 1999 motivó conflictos con la Tesorería. Sobre este tema no se expresó opinión legal por la Alcaldía de Colón, impidiendo conocer en que puntos reales existe la contradicción.

Es nuestro interés que se mantenga el hilo de estudio y análisis anterior, para comprender el porqué de las contradicciones entre la Ley 41 de 1999 y la Ley 106 de 1973 (Régimen Municipal), si consideramos a la Dirección Municipal

de Aseo, una oficina ajena al Resto de la Municipalidad. O bien porque nos centremos en la materia aseo y no régimen municipal, como lo que determina la especialidad de las normas aplicables y, por último, porque debemos entender que la Ley 41 de 1999, es para la etapa de transición, específicamente para la transferencia del servicio que prestaba la DIMA hacia los Municipios de Panamá, San Miguelito y Colón. Integrado al Municipio el servicio de aseo, las estructuras deberán ajustarse a la organización municipal o al modelo empresarial que el Consejo Municipal, a través de Acuerdos determine. La temporalidad de la Ley 41 de 1999, depende de la actuación del Consejo Municipal. Por lo tanto, los Municipios son los llamados a salvar las contradicciones de la Ley 41 de 1999. Los municipios en conformidad a su régimen organizativo cumplirán con la explotación del servicio público, con fondos del Municipio, con empleados que paga a través de una planilla municipal aprobada en el Presupuesto Municipal, para producir un servicio municipal.

La Constitución Política, en el artículo 239, establece que el Tesorero es el Jefe de la oficina de recaudación de las rentas municipales y pagaduría. La Ley 106 de 1973, en el artículo 57, señala el conjunto de atribuciones que tiene el Tesorero en cuanto al manejo de los bienes del Municipio. El Tesorero podrá exigir explicaciones u ordenar inspecciones, pues es el pagador oficial del Municipio, es el recaudador, lleva control de la ejecución del Presupuesto, registra las órdenes de pago, examina los comprobantes, ejerce la dirección activa y pasiva del Tesoro Municipal, examina y autoriza las planillas de pago, deposita en cuentas separadas las sumas asignadas a fondos especiales, firma los cheques en conjunto con el Alcalde, entre otras.

La Ley 41 de 1999, en su artículo 5, señala que la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario administrará todos los recursos especificados en el acta de transferencia del servicio, y que el artículo 9 responsabiliza al Alcalde de lo administrativo, operativo y presupuestario desde que recibe el servicio hasta que nombra el Director Municipal de Aseo, sin que en ninguno de estos artículos se mencione al Tesorero Municipal. Por el contrario,

pareciera que el artículo 12, sustrae las funciones tradicionales de Tesorería y las asigna al Alcalde o en el caso de que se haya nombrado al Director Municipal de Aseo, quien se encargará de los cobros de los créditos por el servicio prestado. Y CUANDO SE TRATE DE CUENTAS MOROSAS LA JURISDICCIÓN COACTIVA EN MATERIA DE ASEO LA EJERCE AL ALCALDE, QUIEN PODRÁ DELEGARLA EN EL DIRECTOR MUNICIPAL DE ASEO URBANO Y DOMICILIARIO.... Valga recordar que en los Municipios, tradicionalmente quien cobra es Tesorería, pero las recuperaciones de la morosidad se pueden requerir a través de la jurisdicción coactiva. La jurisdicción coactiva es atribuida al Juez Ejecutor y si no lo hay entonces se ejerce por el Tesorero, en conformidad con el artículo 80 de la Ley 106 de 1999.

Como ya se ha dicho, las medidas de transición pueden crear contradicciones que dificultarán la gestión y en su caso independiente de los recursos legales los Consejos Municipales y el Tesorero propugnarán por una rápida definición del modelo de gestión. En realidad al igual que en la primera pregunta, las facultades que se le señalan al Alcalde y al Director Municipal de Aseo deben situarse en el contexto del ejercicio del Poder, pues la imposición de ella puede impedir la gestión efectiva del servicio público. Tanto en la doctrina como en las leyes municipales se coincide en que en el Alcalde no pueden recaer las funciones de recaudación ni de pago de obligaciones. No creemos que los Alcaldes de los Distritos Metropolitanos puedan ni tengan el tiempo para dedicarse a las finanzas de una sola actividad, sin que descuiden sus otras funciones. Insistimos en que al incorporarse el servicio de aseo al Municipio, este se municipaliza y por tanto, al Tesorero y su oficina pudieran manejar los aspectos pasivo y activo de las finanzas con la Dirección Municipal de Aseo. Como quiera que, es posible la interposición de recursos de ilegalidad, omitimos la opinión sobre el ejercicio de la jurisdicción coactiva por el Director Municipal de Aseo, hasta que se presente ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Lo cierto es que la Alcaldesa no ignora que el Tesorero si tiene participación, por sus atribuciones legales, en la integración de la nueva Dirección. Pues, tendrá que participar en la elaboración del Presupuesto, en la firma de los cheques salariales, en los cobros de los pasivos y en la venta de los activos que no se requieran dentro de la administración

municipal. Por lo tanto, no puede excluirse al Tesorero de la gestión administrativa que se incorpora al municipio en razón del servicio municipal de aseo.

Y, por último se nos pregunta: ¿Es necesario que el Consejo apruebe la estructura de personal?

Sobre este aspecto de la Consulta, tampoco se adjunta la opinión jurídica de Asesoría Legal. Sin embargo, este tema ya ha sido desarrollado, ut supra, contestando afirmativamente; pues el Consejo Municipal aprueba la estructura administrativa en conformidad con los cargos creados y los eliminados, (art. 17 de la Ley 106 de 1973). También le corresponde al Consejo aprobar el Presupuesto, instrumento jurídico administrativo que permite comprometer partidas reservando los salarios, las prestaciones legales y otros derechos que solo se justifican en la existencia del cargo, posición y planilla en la Estructura de Personal.

Esperando que haya despejado las dudas, le reitero mi consideración y estima.

Atentamente,

[Faint signature and stamp]

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMDEF/ 09/cch