

*República de Panamá*

Panamá, 21 de agosto de 1995.

Procuraduría de la Administración

Licenciado
TOMAS E. MOSQUERA C.
Tesorero Municipal del
Distrito de Penonomé,
Penonomé, Provincia de Coclé

Señor Tesorero Municipal:

A continuación, me permito absolver la consulta que tuvo a bien plantearme en su Nota No. s/n, de 12 de junio pasado, relacionada con diversos tópicos municipales. Daremos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que nos fueron planteadas:

PRIMERA INTERROGANTE:

"1. ¿Puede un funcionario administrativo retener o solicitar la retención de un cheque mediante el cual se paga el salario a un funcionario. Si es así, en qué caso procede la acción?"

En primer lugar, nos permitimos indicarle que en nuestra legislación, no existen disposiciones legales y reglamentarias que autoricen o permitan que un funcionario administrativo pueda retener el cheque mediante el cual se paga el salario a un funcionario público.

Nuestro Derecho Positivo, considera que el salario es un derecho que corresponde a toda persona designada en un cargo público, por la prestación de un servicio correspondiente a la posición que ejerce y para protegerlo se dictó la Ley No. 92 de 27 de noviembre de 1964, por la cual se adoptan medidas de protección al sueldo del empleado público, y en su artículo primero señala:

"ARTICULO PRIMERO: Las deducciones sobre el salario del servidor público sólo podrán ser ordenadas por la Ley, por orden judicial por razón de secuestro o embargo, pensión de alimentos, o por orden voluntaria del afectado a favor de entidades bancarias, financieras,

cooperativas, asociaciones de servidores públicos o empresariales legalmente constituidas que representen el sector comercial, industrial, y de seguros".

La norma transcrita, establece los supuestos en que procede realizar deducciones sobre los salarios de los servidores públicos, a saber:

- a) Las ordenadas por la Ley.
- b) Las ordenadas por orden judicial, por razón de secuestro o embargo y pensiones de alimentos, o
- c) Por orden voluntaria del afectado a favor de entidades públicas o empresariales, legalmente constituidas, que representen el sector comercial, industrial, y de seguros.

Esta Ley proteccionista al salario del funcionario público, en su artículo séptimo nos dice:

"ARTICULO SEPTIMO: A partir de la vigencia de esta Ley, queda prohibido practicar descuentos sobre el sueldo de un servidor público que no se conforme con sus disposiciones. Sin embargo, las órdenes de descuento que hayan sido comunicadas al momento de entrar a regir esta Ley quedarán excluidas de esta prohibición."

En nuestro derecho positivo, siempre se ha considerado que el salario que recibe un servidor público, es de carácter personalísimo, de allí, pues, que no se permite que cualquier funcionario, ya sea Ministro, Gerente, o Director de un ente autónomo o semiautónomo, así como Jefes de Personal, Contabilidad, o Director Administrativo, entre otros, puedan proceder a retener el cheque de un servidor público.

No obstante lo expresado, tenemos que la Contraloría General de la República, como organismo encargado de fiscalizar, regular y controlar todos los actos de manejos de fondos y otros bienes públicos, puede en virtud de lo señalado en el artículo 29 de la Ley 32 de 1984, ordenar la retención de un cheque de un servidor público.

Esta norma textualmente dispone:

"ARTICULO 29: Cuando la Contraloría descubre irregularidades graves en el manejo de los bienes y fondos públicos que, a su juicio ameriten la suspensión del agente o empleado de manejo así lo solicitará a quien corresponda y así deberá ordenarse por el período que resulte necesario. En este caso la Contraloría deberá exponer las razones en que fundamente su petición.

Quando las circunstancias lo ameriten, la Contraloría podrá suspender el pago de salarios, remuneraciones o asignaciones de cualquier clase que el Estado o cualquier entidad pública deba hacer a favor del agente o empleado de manejo o de otro funcionario o persona que se encuentre involucrada en las irregularidades descubiertas y adoptará otra medida precautoria sobre bienes o fondos de tales personas o funcionarios, a fin de proteger los intereses públicos".
(El subrayado es nuestro)

Ahora bien, puede darse el caso de que el Alcalde como Jefe de la Administración Municipal detecte algunas anomalías administrativas graves en que ha incurrido un funcionario público, en estos casos, lo más viable es que dicho funcionario junto con el Tesorero Municipal, coordinen con el representante de la Contraloría General de la República, en el Municipio, para que sea esa entidad la que tome la decisión final.

SEGUNDA INTERROGANTE:

"¿Puede el Tesorero Municipal intervenir, cerrar, y/o secuestrar los bienes, mercancías etc. de BODEGAS, CANTINAS Y BARES (si tienen 6 meses o más sin pagar sin impuestos) o esta acción es potestativa del Alcalde".

Para dar respuesta a lo consultado, debemos observar lo preceptuado en el artículo 62 de la Ley 106 anteriormente citada y que dice lo siguiente:

"ARTICULO 62: Los Municipios podrán crear mediante Acuerdo Municipal, los cargos de Abogado Consultor Municipal, Ingeniero Municipal, Agrimensor o Inspector de Obras Municipales, Juez Ejecutor y cualquier otro cargo cuyas funciones serán determinadas por el Consejo" (El subrayado es nuestro).

La norma transcrita establece la manera como se designará al Juez Ejecutor, quien tendrá la facultad para interponer medidas coactivas contra aquellas personas o establecimientos que se encuentran en estado de morosidad con el Municipio.

De igual manera, en el artículo 30 ibidem, los Municipios pueden establecer sanciones aplicables a los defraudadores y morosos con relación a los Municipios:

"ARTICULO 30: Los Municipios pueden establecer sanciones aplicables a los defraudadores, morosos o remisos en el pago de sus rentas, impuestos, tasas y contribuciones.

El Municipio tendrá jurisdicción coactiva para el cobro de créditos en concepto de morosidad de las contribuciones, impuestos y tasas de contribuyentes, y será ejercida por el Juez Ejecutor que se designe, o por los Tesoreros Municipales en donde no exista Juez Ejecutor".

(El subrayado es nuestro)

De lo expuesto, se colige que es el Juez Ejecutor el funcionario Municipal quien puede en un momento dado y/o secuestrar los bienes, mercancías de Bodegas, Cantinas, y Bares que se encuentran morosos con el erario municipal. En el caso de que en el Municipio no cuente con un Juez Ejecutor, dicha función la deberá realizar el Tesorero Municipal. Cabe señalar, que en ninguna norma de la Ley 106 de 1973, se faculta al Alcalde para realizar dichas funciones, ya que las mismas son privativas del Juez Ejecutor o en su defecto del Tesorero Municipal.

TERCERA INTERROGANTE:

"Para arrendar un edificio o propiedad Municipal a PARTICULARES, debe darse por medio de Acuerdos Municipales o el Alcalde está

facultado para hacerlo, debe hacerse licitación pública o no. Puede un nuevo Alcalde negarse a firmar un Contrato de Arrendamiento que aprobó el Consejo anterior y fue refrendado por el alcalde anterior (en el acuerdo se autorizaron mejoras o inversiones por parte del ARRENDATARIO); Anexamos acuerdo y ejemplo de Contrato de Arrendamiento para su evaluación".

En la Ley de Régimen Municipal, en su artículo 17, numeral 9 se faculta en forma exclusiva a los Consejos Municipales para que reglamenten el uso, arrendamiento, venta y adjudicación de salones y demás bienes municipales.

Esa disposición es del siguiente tenor literal:

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

9. Reglamentar el uso, arrendamiento, venta y adjudicación de solares y demás bienes municipales que se encuentren dentro de las áreas y ejidos de las poblaciones, de los demás terrenos municipales."

Los Consejos Municipales regulan la vida jurídica de los Cistritos a través de los Acuerdos, los cuales tienen fuerza de ley dentro del respectivo Municipio. Pues bien, el Consejo Municipal de Panamá dictó el Acuerdo No. 24 de 1 de diciembre de 1993, por el cual se faculta al Alcalde de Penonomé, Sr. Domingo Váldez para que firme dos contratos de arrendamiento:

La parte resolutive de ese Acuerdo señala:

"ACUERDA:

ART. 1o: Facúltese al Alcalde del Distrito de Penonomé para que firme contrato con el señor ALEX ERNESTO APARICIO, varón, panameño, mayor de edad, cedula No. 8-2020-1970, para la instalación de un local para el expendio de mariscos y con el señor

MANUEL CUETO D. para la instalación de la Empresa Servicios Generales Especializados para un Centro de Fotocopiado. En las instalaciones del Mercado de Abastos.

ART. 2o: Este contrato tendrá una vigencia de cinco (5) años prorrogables y un canon de arrendamiento de CIENTO VEINTE BALBOAS (B/.120.00) mensuales cada uno.

ART. 3o: Las mejoras permanentes que se realicen a los locales deberán ser autorizadas por el Consejo y serán descontadas del Canon de Arrendamiento que no exceda el 50% del total.

ART. 4o: Este Acuerdo comenzará a regir a partir de su sanción."

Por lo tanto, quien tiene la facultad para reglamentar el arrendamiento de bienes municipales es el Consejo Municipal a través de un Acuerdo Municipal. Ahora bien, el Consejo puede facultar al Alcalde para que firme un contrato de arrendamiento con un particular, tal como aconteció con el Acuerdo ya mencionado. No significa, que si el Consejo Municipal, no facultó al Alcalde para realizar dicha función, ese funcionario no debe proceder a firmar este tipo de contratos, ya que estaría contraviniendo la Ley.

Sobre la posibilidad o no de hacer licitación pública, observaremos lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973:

"ARTICULO 98: Todos los bienes municipales que no sean necesarios para uso o servicio público, podrán venderse o arrendarse por medio de licitación pública, siguiendo las normas que para los bienes nacionales tienen establecido el Código Fiscal y las Leyes que los reforman.

Se exceptúan los terrenos adquiridos por el Municipio para áreas y ejidos, las cuales serán vendidos o arrendados de conformidad con lo que establece esta Ley y los Acuerdos Municipales...".

Paralelo al citado artículo, tenemos que los artículos 6 y 7 del Código Fiscal, disponen:

"ARTICULO 6o. "Los Acuerdos Municipales deben subordinarse a las disposiciones que este Código establece para la Hacienda Nacional en cuanto a empleados de manejo, formalidades para disponer a cualquier título de sus bienes, y fiscalización de su hacienda por la Contraloría General de la República, mientras tales disposiciones no se opongan a lo que sobre las mismas materias tiene establecido la Ley 8o. de 1954 sobre Régimen Municipal.

Véase Ley No. 106 de 8 de octubre de 1973 G.O. 17.453 de 24 de octubre de 1973".

"ARTICULO 7o. Las disposiciones de este Código en las materias no especificadas en el artículo anterior, tendrán el carácter de supletorias para los Municipios, Asociaciones de Municipios y entidades autónomas del Estado en cuanto sean aplicables."

De las normas transcritas deberemos entender, que Los Acuerdos Municipales, en materia de arrendamientos, deberán regirse por las disposiciones contenidas en el Código Fiscal. No obstante, en lo que respecta a la temática de la obligatoriedad o no, de llevar a cabo licitación pública, atenderemos a lo establecido en el numeral 1. del artículo 58 del Código Fiscal que dispone lo siguiente:

"ARTICULO 58o. No es necesaria la licitación con los siguientes contratos:

1. Los que hayan de producir un ingreso o egreso total que no exceda de CIENTO CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.150.000.00),

..."

Por todo lo anteriormente expresado, este Despacho considera, que en el caso que nos ocupa, éstos contratos de arrendamiento no requieren de licitación pública, en base a lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 58 del Código Fiscal.

Antes de proceder a dar respuesta a su interrogante, respecto a si puede un nuevo Alcalde, negarse a firmar un Contrato de Arrendamiento que aprobó el Concejo anterior, nos permitimos hacer los siguientes señalamientos:

Tal como lo indicamos en párrafos precedentes el Alcalde tiene competencia para contratar con particulares, esto quiere decir, que el mismo tiene capacidad para firmar, contratos de arrendamientos, previa autorización del Concejo Municipal a través de Acuerdo Municipal.

En la consulta en análisis, tenemos que el anterior Alcalde fue autorizado a través de un Acuerdo Municipal, para firmar un contrato de arrendamiento con ciertos particulares.

Cabe destacar, que el contrato de arrendamiento se llegó a redactar, pero el mismo no llegó a firmarse por parte del anterior Alcalde.

Este Despacho considera, que los actos dictados por el anterior Concejo Municipal se presumen legales y ajustados a derecho, razón por la cual deben ser respetados por la nueva Administración Municipal, de allí, pues, que en este caso concreto el actual Alcalde Municipal debe proceder a firmar ese contrato de arrendamiento.

Por la importancia que tiene para esta consulta, nos permitimos esbozar ciertos conceptos doctrinales sobre la presunción de legalidad y de la buena fe, que amparan los actos de la Administración Pública. Veamos:

Fernández Vázquez, nos comenta:

"Legitimidad del acto administrativo.

Legitimidad es la calidad de lo que es legítimo, es decir, de lo que es conforme a las leyes, de lo que es arreglado a justicia y razón.

El concepto de legalidad de un acto es más extenso que el de "legitimidad", ya que se

íntegra con ésta más al mérito (Diez). De aquí que un acto administrativo sea legal cuando cumple con las condiciones de "legitimidad" más la del "mérito" (v. Mérito de los actos administrativos).

Las condiciones de legitimidad del acto administrativo son: competencia, voluntad, objeto y forma, en el sentido, respectivamente, de que: el acto administrativo debe ser emitido por un órgano administrativo dentro de las atribuciones inherentes a su función; tiene que consistir en una acción voluntaria del órgano; debe perseguirse con esta acción un resultado práctico; y, por último, debe exteriorizarse para que se pueda visualizar su contenido, en una forma determinada (el ordenamiento jurídico señala las formas típicas a través de las que se despliega la actividad administrativa; todo acto administrativo debe ajustarse a su normatividad)... (FERNANDEZ; VAZQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público. Administrativo, Constitucional, Fiscal. Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina 1981. págs. 463 y 464) (El subrayado es nuestro).

Dentro de este mismo contexto, el Tratadista José Roberto Promi, señala:

"1. Presunción de legitimidad. 'El acto administrativo goza de presunción de legitimidad'.

Consiste en una "suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, o sea que en principio es un acto regular. Es una resultante de la juricidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos, por eso crea la presunción de que son legales, es decir, que se presuman válidos y que respeten las normas que regulan su producción.

La presunción de legitimidad --también llamada en doctrina y en otras legislaciones presunción de legalidad, presunción de validez, presunción de justicia, o pretensión de legitimidad--, importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto. El vocablo legitimidad no debe entenderse como sinónimo de perfección o como equivalente al acto perfecto.

El acto administrativo regular se presume legítimo, mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente...". (DROMI, Roberto José, Instituciones de Derecho Administrativo. 2da. reimpresión. Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires. 1983). (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el Profesor de Derecho Administrativo, GUSTAVO PENAGOS sostiene que: "La presunción de legalidad se predica de todos los actos administrativos, así sean expresos, tácitos, verbales o escritos. Se presume que la decisión de la administración, siempre está de acuerdo con las normas legales".

Los contratos que realiza la Administración presentan características diferenciales a los contratos de derecho privado. Ello se desprende de la manera peculiar como actúa la Administración y el fin público que persigue siempre, incluso cuando contrata con particulares.

Es claro que el particular que contrata con la Administración, debe cumplir estrictamente sus obligaciones, con mayor rigurosidad que con los particulares, ya que se trata de intereses públicos.

Es importante señalar aquí, que al igual que en el derecho privado, las partes están obligadas a cumplir de buena fe las obligaciones que contraen.

Los contratos administrativos deben ser ejecutados de buena fe, de allí que la Administración al igual que el contratista, deben responder por el incumplimiento de las obligaciones pactadas, tal y como lo expone SAYAGUEZ LASO, en su Tratado de Derecho Administrativo, y quien entre otras cosas, señala:

"La regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusiva del derecho privado; es un principio general y por lo tanto rige también en el derecho administrativo. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no pueden significar el desconocimiento de quienes han contratado con ella. Esto se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir usando la denominación generalizada en el derecho francés, la ecuación financiera del contrato.

Dicho objetivo se alcanza de diversas maneras: negando la administración el derecho de modificar las cláusulas y contenido puramente patrimonial; resarciendo al contratante los perjuicios que causen las modificaciones, ampliaciones o supresiones dispuestas por la administración, responsabilizando a éste por el incumplimiento de sus obligaciones; etc.

En todos los casos la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr sus ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originales".
(SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo. T. II. pág. 570).

Por su parte, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en Fallo de 13 de junio de 1991, al referirse al Principio de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, señaló lo siguiente:

"Por último, la Sala debe enfatizar en este caso la vigencia del principio de la buena fe en el Derecho Administrativo, que vincula a la Autoridad Portuaria Nacional en las relaciones con los servidores públicos que en ella laboran. La doctrina y jurisprudencia comparadas aceptan que dicho principio es aplicable al Derecho Administrativo. Así, el tratadista Uruguayo Sayagués afirmaba que "el

principio general de la buena fe debe regir en todas las relaciones jurídicas" (Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Tomo I, 1959, pág. 148). y el catedrático español Jesús González Pérez le ha dedicado una obra reciente en que expone sus aplicaciones en este campo (El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, 2da. edición, Civitas, Madrid, 1989, pág. 199).

Se desprende de lo anterior, que la Administración Pública al comprometerse y contratar con los particulares, debe honrar el principio de Buena Fe, ya que el desconocerlo produciría resultados injustos, como consecuencia de la aplicación rigurosa del principio de Legalidad.

CUARTA INTERROGANTE:

"Existen algunas disposiciones, Leyes, Decretos, o Resoluciones que exoneren el pago de Impuestos Municipales los CENTROS TURISTICOS (balnearios, hoteles, etc)."

El artículo 206 de la Constitución de 1946, en materia de cooperación de impuestos municipales, disponía lo siguiente:

"ARTICULO 206: El Estado no podrá conceder exenciones de derechos o de impuestos municipales."

En virtud de ello, el Decreto Ley No. 26 de 27 de septiembre de 1967, por el cual se crean incentivos, facilidades para la construcción y rehabilitación de hoteles y otras proyecciones de carácter turístico, en su acápite "f", del artículo 4, señalaba lo siguiente:

"No se incluirán para los fines de los contratos autorizados por este Decreto Ley, los impuestos, derechos y tasas establecidos por los Municipios".

Así mismo debemos indicar que el ordinal 3º, del artículo 93 de la Ley 8a. de 1 de febrero de 1954 sobre Régimen Municipal, enumeraba las actividades comerciales e industriales que podían ser tratadas con impuestos y contribuciones, por parte de los Municipios y paralelamente mencionaba los Hoteles.

El artículo 245 de la actual Constitución, señala que:

"ARTICULO 245: El Estado no podrá conceder exenciones de derechos, tasas o impuestos municipales. Los Municipios sólo podrán hacerlo mediante acuerdo municipal."

En lo relativo al artículo 245, se erige una medida protectora de autonomía municipal dentro de la esfera tributaria, eliminando al Estado toda ingerencia que implique exención de impuestos municipales ya que dicho beneficio, sólo puede otorgarlo el Municipio mediante acuerdo.

Por otro lado, la Ley 106 de 3 de octubre de 1970, sobre el Municipio, que subroga el Decreto Ley No. 26 del 27 de febrero de 1967, en sus ordinales 6 y 11 del artículo 75, dicen lo siguiente:

"ARTICULO 75: Son gravables por los Municipios los negocios siguientes:

- 6 Baños, balnearios y lugares de recreación...
- 11 Hotelaje, casa de huéspedes, pensiones, moteles, salones y boites.

(Los subrayados son nuestros)

De la legislación comentada se infiere, que en nuestro ordenamiento positivo, no existen disposiciones que exoneren el pago de Impuestos Municipales, a los balnearios y hoteles.

Esperamos de esta forma, haber absuelto en debida forma los señores consultados, y me suscribo con aprecio y consideración distinguida.

Atentamente,



LICDA. ALMA MONTENEGRO DE ETEGUER
PROCURADORA DE LA ADMINISTRACION

1970/09