

Panamá, 10 de diciembre de 2004.

Licenciado

Carlos Alberto Vallarino

Ministro de Obras Públicas

E. S. D.

Señor Ministro:

Con agrado le doy respuesta a su interesante "*consulta administrativa*" identificada Nota No. DM-1730 de 27 de octubre del 2004, respecto del reconocimiento del derecho de licencia con sueldo a funcionarios electos a cargos de Representantes de Corregimiento y Diputados (anteriormente Legisladores) Suplentes.

La consulta específica.

Concretamente se nos señala lo siguiente:

"La proferimos (la consulta) en virtud de que en el Ministerio de Obras Públicas, se efectuaron nombramientos como funcionarios públicos a personas que fueron electas a cargo de elección popular el pasado 2 de mayo de 2004, como primeros suplentes de legisladores (Circuito 8.1 y 8.6) y de representante de Corregimiento (Corregimiento de Camoganti de Chepigana del la Provincia de Darién en fechas posteriores a sus elecciones, los primeros y el segundo posterior a su elección fue designado de posición eventual a permanente; por ende, este despacho desea saber: si tales nombramientos están viciados de ilegalidad por desviación de poder, ya que los mismos supuestamente fueron realizados para que los favorecidos gozaren de licencia con sueldo y de emolumentos derivados de los cargos electos y bajo un móvil presuntamente político."

ANTECEDENTES:

1. Legisladores Suplentes: Ambos inician labores en el Ministerio de Obras Públicas a partir del 17 de agosto de 2004 en posiciones permanentes.
2. Representante de Corregimiento: Inicia labor en posición eventual el 1 de julio de 2002 y posterior a su elección se le nombra de manera permanente el 17 de agosto de 2004.

SOBRE LA DESVIACIÓN DE PODER:

La definición clásica de este instituto es la que define Hauriou al decir que "El hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de la Ley, usa de su poder con fines y motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue concedido tal poder, es decir distinto del bien común" (Los Recursos contencioso-Administrativos, Eduardo Morgan, Jr., p.208-209)

La Sala Tercera de La Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 17 de agosto de 1992, Registro Judicial agosto de 1992 p.76-77, ha considerado que las autoridades administrativas actúan con una finalidad ilegítima al expedir actos de su competencia al menos en el siguiente caso:

A) Cuando el acto se expide por un móvil político ilegítimo como cuando se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político de gobierno. El Artículo 16 de la Ley 33 de 1946, en su primer párrafo establece que la desviación de poder es motivo de ilegalidad de los actos administrativos".

Los hechos desde nuestra perspectiva

1. Según se explica, dos funcionarios fueron nombrados en el Ministerio de Obras Públicas (MOP), sin tener el carácter de permanentes.
2. Estos mismos funcionarios fueron elegidos en los pasados comicios electorales de mayo.
3. Con posterioridad a las elecciones, esos dos representantes populares se les nombró con carácter permanente.

4. En opinión del consultante, este nuevo estatus laboral podría haber sido otorgado en razón de "supuestos" o "presuntos móviles políticos".
5. En este sentido, según se puede ver, para el MOP el otorgamiento del estatus de permanencia está viciado por una presunta ilegalidad por haber sido dictado en abierta desviación de poder.
6. Por otra parte ese cambio de relación laboral también sería ilegal por cuanto que se le concede a un funcionario el derecho a licencia con sueldo, que la legislación formal no otorga.
7. En nuestro ordenamiento jurídico el otorgamiento de licencia con sueldo sí bien está establecida para funcionarios elegidos como Representante de Corregimiento, no así, para los Suplentes de Legislador.

Cuestiones previas a considerar

1. La Procuraduría de la Administración no puede, pronunciarse sobre la presunta ilegalidad de los actos expuestos en la consulta de marras, es decir: la potencial nulidad o revocatoria de un acto de nombramiento a título permanente.
2. La Procuraduría no está facultada para hacer una **valoración de merito o conveniencia** de un acto administrativo en firme, como lo sería el acto del otorgamiento de la permanencia a los funcionarios mencionados. Esto es así, ya que, nuestros criterios son estrictamente jurídicos y no estamos facultados para hacer juicios de valor respecto de los posibles motivos o justificaciones que se hayan tenido, al momento de emitirse actos que en la actualidad, están revestidos (a tenor de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 38 de 2000) de la presunción de legalidad, al estar en firmes.
3. Ciertamente, no podríamos intentar hacer una valoración de los motivos del acto ya que, al no tener directa relación con los documentos y procedimientos realizados, no tendríamos elementos objetivos de juicio suficientes, y es aquí donde cobra vital importancia las investigaciones que, a lo interno del MOP, se adelanten tendientes a verificar si la actuación administrativa estuvo apegada a derecho.

Cuestión de Derecho.

Todo parece indicar que el Ministerio de Obras Públicas (en lo sucesivo el consultante) plantea, según hemos visto, dos cuestiones:

1. La potencial ilegalidad del acto establecimiento del estatus de permanencia de dos funcionarios, y

2. La posibilidad de que se le conceda a los funcionarios de la Administración Activa (el MOP), licencia con sueldo para ocupar cargos de elección popular.

Por lo indicado en las cuestiones previas al presente dictamen, nos permitimos emitir nuestra opinión consultiva respecto del segundo de estos asuntos de derecho planteados.¹ No obstante ello, nos permite transcribir la legislación directa y especialmente aplicable.

Derecho especialmente aplicable

- **En la Carta Política**

"ARTICULO 302. Los deberes y derechos de los servidores públicos, así como los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones serán determinados por la Ley.

Los nombramientos que recaigan en el personal de carrera se harán con base en el sistema de mérito.

Los servidores públicos están obligados a desempeñar personalmente sus funciones a las que dedicarán el máximo de sus capacidades y percibirán por las mismas una remuneración justa".

"ARTICULO 303. Los servidores públicos no podrán percibir dos o más sueldos pagados por el Estado, salvo los casos especiales que determine la Ley, ni desempeñar puestos con jornadas simultáneas de trabajo.

¹ En este sentido parafraseando al pensador estadounidense Oliver Wendell Holmes en su famosa obra *Common Law*, y más específicamente su famosa frase, ya escrita en la primera página de su *Common law*, que rezaba: "*No ha sido la Lógica la vida del derecho, sino la experiencia*", podríamos decir que, el derecho por aplicarse en este caso no surge de la simple interpretación de la norma jurídica, vista esta como un silogismo, sino de la constatación fáctica de hechos que configuran ese supuesto normativo. En este mismo sentido sigue diciendo el citado autor que "las necesidades sentidas por los pueblos, las creencias y prejuicios de los jueces, que comparten con el resto de los humanos, han jugado un papel más importante que el *silogismo* en determinar las reglas según las cuales los hombres deben ser gobernados. El derecho da forma a la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos, y no puede ser abordado como si contuviera únicamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas". O sea que, la Procuraduría de la Administración, sin ser la propia Administración Activa; no está facultada para hacer de una examen interpretativo de la ley (el silogismo o el axioma), una valoración de actos humanos, de los cuales no se tienen plena certeza, y según se sabe y se desprende del artículo 53 de la Ley 38 de 2000, son tan difíciles de precisar como lo es la desviación de poder.

Las jubilaciones de los servidores públicos se fundarán en estudios actuariales y proporciones presupuestarias razonables”.

- **En la ley.**

- **En la Ley 16 de 1998**, publicada en la Gaceta Oficial numero 23486² “Por la que se reforma el texto único del reglamento orgánico del régimen interno de la Asamblea Legislativa”.

“**Artículo 233.** Las Legisladoras o Legisladores Suplentes que sean servidoras o servidores públicos, no podrán ser objeto de despido o traslado o de otra acción de personal que les perjudique durante el período para el cual fueron electos.

Se exceptúan los casos en que no concurran a su puesto de trabajo sin causa justificada, o en que hayan sido condenados por delitos contra la administración pública”^{3 4}.

“**Artículo 237.** Los miembros de la Asamblea Legislativa tendrán, por lo menos, las mismas prerrogativas, emolumentos y asignaciones que los Ministros o Ministras de Estado”.

- **En el Código Administrativo**

“**Artículo 812:** La licencia no puede revocarse por el que la concede; pero puede en todo caso renunciarse por el agraciado, a su voluntad.”

- **En la Ley número 9 de 1994**

“**Artículo 2:** Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario:

² Esta Ley ha sido modificada por la Ley Numero 35 de 1999, publicada en la Gaceta Oficial 23855, “Por la cual se modifica el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa”. A su vez esta ley ha sido modificada por la Ley Numero 57 de 2002, publicada en la Gaceta Oficial numero 24700, “Que modifica el Artículo 212 del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa”.

Artículo 42. Se adiciona el artículo 223-A a la Ley 49 de 1984, reformada por las leyes 7 de 1992 y 3 de 1995, así:

Artículo 223-A. Los Legisladores o Legisladoras suplentes que sean servidoras o servidores públicos, no podrán ser objeto de despido o traslado o de otra acción de personal que les perjudique durante el período para el cual fueron electos.

Se exceptúan los casos en que no concurran a su puesto de trabajo sin causa justificada, o en que hayan sido condenados por delitos contra la administración pública.

³

⁴ Originalmente era el artículo 223-A.

...

Servidores públicos de libre nombramiento y remoción: Aquellos que trabajan como personal de secretaría, asesoría, asistencia, o de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera y que, por la naturaleza de su función, están sujetos a que su nombramiento esté fundado en la confianza de sus superiores y a que la pérdida de dicha confianza acarree la remoción del puesto que ocupan”.

“**Artículo 84.** Las licencias son las ausencias justificadas del puesto de trabajo motivadas por situaciones distintas a las de los permisos. Su trámite deberá estar debidamente reglamentado”.

“**Artículo 85.** Habrá tres clases de licencia: con sueldo, sin sueldo y especiales”.

“**Artículo 87.** Las licencias sin sueldo se conceden para:

1. Asumir un cargo de elección popular.
 2. Asumir un cargo de libre nombramiento y remoción.
 3. Estudiar.
 4. Asuntos Personales.”
- En la Ley 105 de 8 de octubre de 1973, **reformada por la Ley N°53 de 12 de diciembre de 1984, por la cual se desarrollan los artículos 224 y 225 de la Constitución Política de la República, se organizan las Juntas Comunales y establecen sus funciones.**

“**ARTÍCULO 9:** Durante el término de los cinco (5) años para el cual fueron electos, los Representantes de Corregimientos que laboren en entidades del Estado gozarán de la licencia con sueldo. El tiempo de Licencia será reconocido para efectos de jubilación, sobresueldos, vacaciones, aumentos de salarios, décimo tercer mes y cualquier otro derecho de prestación que tengan los Servidores Públicos”.
 - **En la Ley 51 de 1984,** que regula el funcionamiento de los Consejos Provinciales:

“**ARTÍCULO 21:** En desarrollo a lo dispuesto en la Constitución Nacional, los Representantes de Corregimientos devengarán una remuneración o emolumentos no menor que la devengada en el período inmediatamente anterior, sin perjuicio de las licencias con

sueldo, vacaciones, aumento de salario, décimo tercer mes, o cualquier otra prestación a que puedan tener derecho como servidores públicos de una entidad del Estado y serán efectivos a partir de la fecha en que tomen posesión de sus cargos. Estas erogaciones se imputarán al Tesoro Nacional.

PARÁGRAFO: Este artículo será de aplicación en el caso de los Concejales electos por mandato del artículo 234 de la Constitución Nacional". (El subrayado es nuestro.

- **En la Reglamentación.**
- **En la Resolución N° 017 de 30 de octubre de 1998, publicada en Gaceta Oficial N° 24,195 de 11 de diciembre de 2000**

"DE LAS LICENCIAS

Se entenderá por licencias, las ausencias justificadas del puesto de trabajo motivadas por situaciones distintas a la de los permisos. Su trámite se deberá estar debidamente reglamentado. Habrá tres clases de licencias: con sueldo, sin sueldo y especiales.

Todo servidor público tendrá derecho a solicitar licencia por lo menos con treinta días de anticipación, salvo que por causas no predecibles, no pueda cumplir con este requisito.

En cuanto a las licencias sin sueldo, que es el caso que interesa a esta consulta la misma Resolución se refiere a ella en los siguientes términos:

Licencias sin sueldo

Las licencias sin sueldo se otorgarán para:

1. Asumir un cargo de elección popular
2. Asumir un cargo de libre nombramiento y remoción
3. Estudiar
4. Asuntos personales

Duración de las licencias sin sueldo En los casos de licencias para asumir cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción o cargos en organismos internacionales o servicio consular, la licencia se

otorgará por el tiempo que dure la designación. La licencia sin sueldo para estudios se concederá hasta por un máximo de doce (12) meses”.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Sabiendo que las situaciones jurídicas son perfectamente diferenciables, según se trate de licencias para Representantes de Corregimientos o Diputados Suplentes; veamos pues en primer lugar la situación del Representante de la localidad de Camoganti de Chepigana de la provincia de Darién.

El caso del Representante de Corregimiento de Camoganti.

1. Los funcionarios electos para ejercer el cargo de Representantes de Corregimientos tienen derecho a gozar de licencia con sueldo por el término de su mandato.

Por regla general, los funcionarios que hayan sido electos para ejercer el cargo de Representante de Corregimiento tienen derecho de gozar de licencia con sueldo por el término de cinco (5) años, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 105 de 8 de octubre de 1973, reformada por la Ley N°53 de 12 de diciembre de 1984⁵, por la cual se desarrollan los artículos 224 y 225 de la Constitución Política de la República, se organizan las Juntas Comunales y establecen sus funciones.

Como se puede apreciar, el sentido de la norma es claro al establecer que los Representantes de Corregimiento electos que antes de haber sido favorecidos con el voto popular estuvieren ejerciendo un cargo público, tienen derecho a conservarlo y gozar de licencia con sueldo durante el período para el cual fueron elegidos (cinco años) pues, dicho derecho es en función del cargo.

La intención del legislador al otorgar este beneficio es incentivar la participación de los ciudadanos en las elecciones de Representantes de Corregimientos y con ello la oportunidad a colaborar con el desarrollo de su Corregimiento, garantizando sus puestos de trabajo, con el beneficio de mantener el salario, a fin de que como autoridad de Corregimiento mantenga una vida decorosa.

Por su parte, el artículo 21 de la Ley 51 de 1984, que regula el funcionamiento de los Consejos Provinciales, también reconoce el derecho de los Representantes de

⁵ “**ARTÍCULO 9:** Durante el término de los cinco (5) años para el cual fueron electos, los Representantes de Corregimientos que laboren en entidades del Estado gozarán de la licencia con sueldo. El tiempo de Licencia será reconocidos para efectos de jubilación, sobresueldos, vacaciones, aumentos de salarios, décimo tercer mes y cualquier otro derecho de prestación que tengan los Servidores Públicos”.

Corregimientos electos, a gozar de licencia con sueldo. A continuación nos permitimos reproducir el texto de esta disposición:

“ARTÍCULO 21: En desarrollo a lo dispuesto en la Constitución Nacional, los Representantes de Corregimientos devengarán una remuneración o emolumentos no menor que la devengada en el período inmediatamente anterior, sin perjuicio de las licencias con sueldo, vacaciones, aumento de salario, décimo tercer mes, o cualquier otra prestación a que puedan tener **derecho como servidores públicos de una entidad del Estado y serán efectivos a partir de la fecha en que tomen posesión de sus cargos. Estas erogaciones se imputarán al Tesoro Nacional.**

PARÁGRAFO: Este artículo será de aplicación en el caso de los **Concejales electos por mandato del artículo 234 de la Constitución Nacional**”. (El subrayado es nuestro).

De la citada norma igualmente se puede inferir la regla general de que los Representantes de Corregimientos electos, que antes de adquirir la condición de funcionarios públicos de elección popular, estuvieren nombrados al servicio del Estado, tienen derecho a conservar sus puestos de trabajo y a continuar percibiendo el salario correspondiente durante el período en el cual ejercerán el cargo de Representantes.

2. Conclusión sobre el caso del Representante de Camoganti.

En conclusión, los Honorables Representantes de Corregimientos, tienen derecho a licencia con sueldo, siempre y cuando no estén laborando en el mismo Municipio donde van a ejercer este cargo de elección popular.

Por tanto, no siendo el funcionario sujeto del presente caso, funcionario del Municipio de Chepigana, sino funcionario de MOP, bien podrá ser beneficiado con una licencia con sueldo y, en consecuencia, mientras ejerza el cargo de Representante del Corregimiento de Camoganti de Chepigana de la provincia de Darién, debería poder continuar percibiendo el salario que recibe en el MOP.

El caso del Diputado Suplente

Según se ha visto, en el derecho aplicable priva la idea o el objetivo de permitirle al parlamentario que ejerza funciones públicas (hoy día diputado) disponer de estabilidad y seguridad laboral a fin de que su labor legislativa no sea perturbada por otros afanes personales.

Así el artículo 233 del Reglamento Interno de la Asamblea Nacional⁶ establece que "Las Legisladoras o Legisladores Suplentes que sean servidoras o servidores públicos, no podrán ser objeto⁷ de despido o traslado o de otra acción de personal que les perjudique durante el período para el cual fueron electos". Es decir que el argumento o *materia*, dispositiva de la Ley 16 de 1998⁸, está orientada a procurar y garantizar que el servicio público de dictar leyes sea realizado en un entorno laboral y personal óptimo. Para ello, precisamente la Ley 16 de 1998, adopta el razonamiento y las instituciones de la fijeza del cargo del servidor público.

El derecho de licencia con sueldo.

Sobre este tema, esta Procuraduría emitió la Circular 001/99, referente al derecho a licencias con o sin sueldo de los servidores públicos elegidos a puestos de elección popular, señalando que: .la licencia ya sea con o sin sueldo es un derecho del trabajador público el cual consiste en una separación temporal del cargo, **por motivos determinados en la Ley.**

Ahora bien, las licencias sean con o sin sueldo constituyen un derecho que tiene el servidor público para separarse temporalmente del cargo por diversas causas entre las que podemos mencionar: por asumir cargo de elección popular, por estudios, por asuntos personales, u otros.

Ahora bien, en cuanto al derecho de licencia con sueldo, la legislación parlamentaria (instrumento jurídico especialmente aplicable) no establece que los diputados tengan derecho a percibir dicho beneficio, por lo cual no parece ser cierto que los diputados tengan derecho a percibir ese tipo especial de licencias.

Esto es así ya que a la luz de los artículos 86 y 87 de la Ley 9 de 1994 (regulación legal que es aplicable de manera supletoria a todas las carreras, incluso a la Carrera Parlamentaria), no establece que se deba reconocer derecho de licencia con sueldo a los funcionarios que a su vez, ocupan puestos de elección popular.

Es más lo que sí queda claro, a tenor del mencionado artículo 87 es que, si bien estos funcionarios pueden ser sujetos de licencia, esta debe ser sin sueldo. Ello no involucra que la licencia sea otorgada de manera ininterrumpida durante todo el periodo de gestión legislativa. Y mucho menos que el servidor público que ejerza

⁶ Que entre nosotros, según su valor normativo, no es en puridad un reglamento, pues se trata de una verdadera ley formal.

⁷ En realidad ha debido decir sujeto ya que el ser humano nunca podrá ser objeto de alguna acción.

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial 23.539 de 11 de mayo de 1998, luego de múltiples reformas.

eventualmente, (cuando deba suplir al diputado principal) la función legislativa no pueda ser destituido del cargo.

En efecto, está claro que solamente durante los periodos en donde el Diputado Suplente tenga que realizar funciones legislativas, tendrá derecho a que se le otorgue un permiso o una licencia. O sea que no todo el período de cinco años, sino, cuando el diputado principal hace uso del derecho a vacaciones o a licencias por gravedad.

Por lo expresado el funcionario, en su calidad de Legislador Suplente, debería solicitar al Ente Activo de la Administración licencia sin sueldo, cuando le correspondía ejercer las funciones como Legislador Principal. Esto, a falta de normativa legal en contrario, para evitar que se incumpla el artículo 303 de la Carta Fundamental en el sentido que ese funcionario recibiera doble remuneración de fondos estatales.

Las acciones disciplinarias

En cuanto a las acciones disciplinarias (entre las cuales podría estar las amonestaciones, suspensiones del cargo e incluso la destitución), es bueno recordar que, la destitución de la mayoría de los servidores públicos puede tener lugar a la luz del artículo 2 de la Ley N°9 de 20 de julio de 1994⁹ (por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa), porque el cargo que ejercía el funcionario sea de aquellos cargo de libre nombramiento y remoción.

Para una mejor perspectiva, nos remitimos al texto del mencionado y transcrito artículo 2 de la Ley número 9 de 1994.

Sobre ese tópico, recientemente la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia fechada 6 de mayo de 2000, ha dicho:

“Ante todo, la Sala advierte que no se demostró en el expediente que el señor Guillermo Cantillo hubiese participado en concurso de

⁹ “**Artículo 2:** Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario:

...

Servidores públicos de libre nombramiento y remoción: Aquellos que trabajan como personal de secretaría, asesoría, asistencia, o de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera y que, por la naturaleza de su función, están sujetos a que su nombramiento esté fundado en la confianza de sus superiores y a que la pérdida de dicha confianza acarree la remoción del puesto que ocupan”.

mérito alguna (sic) para optar por el cargo de Sub-Director General de Trabajo en la Dirección General de La Chorrera, por lo que su posición era de libre nombramiento y remoción de la autoridad nominadora...”

Lo propio dijo la Sala Tercera, Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia fechada 8 de mayo de 1998, que en lo medular dice:

“...el acto que decida la remoción de quienes ocupen un cargo no amparado por ley especial o carrera administrativa que regule el ingreso por concurso de posición o sistema de méritos, o que consagre la estabilidad relativa es simplemente de libre nombramiento y remoción, producto del ejercicio de la facultad discrecional de la entidad nominadora”

¿Las licencias ya otorgadas pueden ser revocadas?

Si bien no está dentro de su interrogante, nos parece que es nuestro deber como consejeros de la Administración, abordar el espinoso tema de si la Administración, una vez haya concedido una licencia, puede revocar la misma. Sobre este tópico, nos valdremos de la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que para estos efectos debe ser de obligatoria consulta y acatamiento. Veamos:

Jurisprudencia

1. Relativa a la revocación de licencias previamente concedidas por la Administración¹⁰.

“La primera infracción sustentada por el demandante se fundamenta en la violación del artículo 812 del Código Administrativo que señala expresamente que la licencia no puede revocarse por el que la concede aunque puede renunciarse por el agraciado a su voluntad. A juicio de la Sala, la violación a esta norma es palmaria por cuanto se ha logrado

¹⁰ Demanda Contencioso Administrativo De Plena Jurisdicción, Interpuesta Por El Licenciado Julio Ramírez, En Representación De José Nieves Burgos, Para Que Se Declaren Nulos Por Ilegales Los Sigüientes Actos: La nota NºDrh-427 De 3 De Octubre De 1994, La Nota NºDrh-064 De 16 De Enero De 1995, Ambas Suscritas Por La Jefa De Recursos Humanos Del Ministerio De Desarrollo Agropecuario, El Decreto Ejecutivo Nº14 De 18 De Febrero De 1995, Emitido Por El Ministro De Desarrollo Agropecuario Y La Nota NºDmn-417-97 De 7 De Marzo De 1997, Dictada Por El Ministro De Desarrollo Agropecuario, Y Para Que Se Hagan Otras Declaraciones. Magistrado Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, Veinticinco (25) De Agosto De Mil Novecientos Noventa Y Nueve (1999). (<http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/contencioso/sn199908141.htm>)

acreditar en el expediente la concesión por parte del Ministerio de Desarrollo Agropecuario de una licencia sin sueldo al señor José Nieves Burgos la misma que posteriormente es dejada sin efecto mediante uno de los actos demandados (Nota DRH-527 de 3 de octubre de 1994) cuando la norma que se señala infringida expresamente prohíbe la revocación de una licencia por la misma autoridad que la concedió.

En este sentido, la Sala se ha pronunciado con anterioridad en torno a la revocación de los actos administrativos que crean situaciones jurídicas de ventaja y del principio de buena fe, señalando que no existe fundamento jurídico que sustente el procedimiento mediante el cual una institución estatal como en este caso lo es el Ministerio de Desarrollo Agropecuario revoque una resolución por dicha entidad expedida, máxime cuando el acto que fue objeto de revocación crea una situación jurídica de ventaja -de carácter particular y concreta- entendida como tal cuando se generan derechos subjetivos que no pueden ser desconocidos de forma arbitraria ni unilateral.

La doctrina es clara al establecer que "la Administración no puede desconocer los derechos subjetivos, para revocarlos debe ajustarse a la norma, y si el particular no da su consentimiento de forma expresa y escrita, debe demandar su propio acto". (PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Ediciones Librería del Profesional, Tomo II. Cuarta Edición. Bogotá, Colombia, 1987, pág. 807)

Resulta claro, pues, que todo acto administrativo mediante el cual se le consagra un derecho subjetivo a favor del administrado crea una situación de exclusividad que es oponible a la Administración en caso de que ésta última se exceda en sus facultades. Ello implica que una vez que la Administración se percate de que un acto administrativo por ella expedido carezca de alguno de los presupuestos requeridos para su validez, lejos de revocarlos debe proceder a la vía jurisdiccional ordinaria a fin de anular dichos actos propios. En este sentido, el tratadista Jaime Vidal Perdomo establece que "el respeto a las situaciones jurídicas creadas o definidas por los actos administrativos puede ser tal que se hagan irrevocables aunque sean ilegales. En el derecho español se denomina recurso de lesividad el que puede interponer la administración ante los jueces contra sus propios actos que declaran derechos, ante la imposibilidad en que se encuentra de revocarlos directamente ... en algunos casos esos derechos son asimilables al derecho de propiedad y es dable exigir, para ser privado de ellos, ley que los declare de utilidad pública e indemnización; pero estos derechos pueden haberse adquirido en forma ilegal, por lo que se

menciona que para que el acto sea irrevocable al beneficiario debe ser de buena fé" (VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Editorial Temis, S. A., Décima Edición, Bogotá, Colombia, 1994, pág. 143).

Tampoco debemos dejar de lado, a juicio de la Sala, el principio de la buena fe contemplado en el artículo 1109 del Código Civil pues de las constancias procesales y el informe suscrito por la entidad demandada visible a fojas 52 y 53 del expediente, se observa que el administrado inició su período como Alcalde electo del Distrito de Chitré para el período constitucional de 1994 a 1999 confiado de que se encontraba gozando de una licencia sin sueldo en el Ministerio de Desarrollo Agropecuario a partir del 1º de septiembre de 1994, la cual se le revoca mediante la Nota DRH-527 de 3 de octubre de 1994.

A juicio de la Sala, la actuación de la Administración, en este caso, del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, violenta el principio de la buena fe que debe regir en las relaciones del Estado con sus administrados. Ello es así, por cuanto se le creó al administrado la certeza de que podía ejercer libremente el cargo para el cual fue electo sin temor a perder su puesto de trabajo en el Ministerio de Desarrollo Agropecuario pues le había sido concedida una licencia sin sueldo que le permitiría regresar a su cargo una vez culminado el período para el cual fue electo alcalde. Sin embargo, dicha licencia fue revocada por la misma entidad que la otorgó alegando que, para el 8 de septiembre de 1994 la representación legal del Ministerio de Desarrollo le corresponde al Ingeniero Carlos A. Sousa-Lennox M. nombrado mediante Decreto Presidencial N°1 del 1º de septiembre de 1994, motivo por el cual -a juicio del Ministerio de Desarrollo Agropecuario- el resuelto en el que se le concede la licencia sin sueldo al demandante carece de validez jurídica pues fue expedido por el Doctor César A. Pereira Burgos, siendo que la situación antes explicada no es responsabilidad que se le impute al administrado. En este sentido, Jesús González Pérez amplía este aspecto cuando señala que "la aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y en las propias necesidades públicas ... confianza, en fin, en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va a adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones". Es de allí, que ir contra los actos

propios, según el mismo autor, es una actuación contraria a la buena fe. (GONZALEZ PEREZ, Jesús. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, S. A. Segunda Edición, Madrid, España, 1989, págs. 69 y 76).

En este primer aspecto, debe la Sala concluir, que se ha probado la violación al artículo 812 del Código Administrativo que prohíbe la revocación de la licencia concedida permitiendo tan solo la renuncia a la misma por parte del agraciado, a su voluntad. Igualmente considera la Sala que la nota N°DRH-527 de 3 de octubre de 1994 no sólo es violatoria del artículo antes mencionado sino que también se opone al principio de la buena fe el que el Ministerio de Desarrollo Agropecuario que concedió licencia sin sueldo al señor José Nieves Burgos, venga contra su propio acto, lo revoque sin fuerte base legal e invoque su propio acto a fin de no reconocer los derechos adquiridos del demandante”.

Fallo de consentimiento para la Revocatoria¹¹

“A esta consideración arriba la Sala tras estimar incorrecta la actuación del ente oficial de revocar oficiosamente el derecho de ascenso a la VIII etapa en el escalafón (reconocido mediante Resolución No. 551-98, de 1 de enero de 2001) a Priscilla Jiménez, con fundamento en un análisis al expediente de esta funcionaria (Cf. f. 26). Examen según el cual la demandante no tiene el derecho al ascenso al grado VIII en el escalafón porque posee un "Certificado de Maestría en Gerencia de Salud", y de acuerdo con el Decreto N.259 de 178 (Art. 17) se requiere que la especialización (maestría o doctorado) ha de ser en "Laboratorio Clínico", para ser ubicados en la categoría superior a la que asista el respectivo profesional.

A juicio de esta Superioridad, la permanencia de la interesada en el grado respectivo durante los tres años que exige la norma reglamentaria, antes de proceder el ascenso, y la presentación del título que acredita la obtención de maestría en gerencia de la salud, previo análisis por arte de los organismos o dependencias respectivas de la institución, para luego dictar un acto que resta la certeza jurídica a lo

¹¹ Demanda Contencioso Administrativa De Plena Jurisdicción, Interpuesta Por El Licenciado Rafael A. Benavides A., En Representación De Priscila Isabel Jiménez Aviles, Para Que Se Declare Nula, Por Ilegal, La Resolución N°0338-2002, Dictada Por La Dirección Nacional De Personal De La Caja De Seguro Social, Acto Confirmatorio Y Para Que Se Hagan Otras Declaraciones. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Panamá, Veintitrés (23) De Julio De Dos Mil Tres (2003). ([http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/contencioso/rj200307-0000-3-1-2-10-\\$565-02\\$-\\$8-279-779\\$-20030723-M.htm](http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/contencioso/rj200307-0000-3-1-2-10-$565-02$-$8-279-779$-20030723-M.htm))

actuado, así como al derecho adquirido, es un error de la Administración que no puede desconocer los derechos subjetivos de la demandante.

A juicio del Tribunal, la Administración no podía revocar oficiosamente tal derecho sin el consentimiento expreso de la persona afectada, en este caso, Priscilla Jiménez.

El Tribunal observa que el aparente error incurrido por la Administración tiene como presupuesto un derecho subjetivo a favor de la interesada convencida que ha cumplido con los requisitos que exigen los reglamentos para adquirir y gozar del mismo. Derecho que le fue reconocido formalmente por la Caja de Seguro Social. Ese comportamiento y convencimiento de actuar conforme a lo que establece la Ley no puede ser defraudado por una equivocación de la Administración.

En el fondo se debate si el presunto error del ente público al tiempo de verificar si la aspirante reunía los requerimientos legales para ser promovida al grado subsiguiente del escalafón (del VII al VIII) puede dar pábulo a la Administración para que proceda a revocar oficiosamente un acto administrativo ejecutoriado que concede un derecho subjetivo de tipo económico (condiciones laborales) a favor de la servidora pública Priscilla Jiménez.

Este cuestionamiento permite a la Sala recordar que en virtud del régimen anterior a la dictación de la Ley 38, de 31 de julio de 2000, específicamente del libro segundo que regula el procedimiento administrativo general, vigente desde el 1 de marzo de 2001, era dudoso que la Administración pudiera motu proprio revocar actos administrativos que conceden derechos subjetivos a favor de los particulares. La tesis jurisprudencial se expedía en función de la doctrina y ciertas normas generales como el artículo 812 del Código Administrativo (que prohíbe a la autoridad revocar la licencia concedida a un servidor público), en el sentido que ello no era procedente, o bien, que sí lo era, bajo ciertas condiciones y razones, fundamentalmente de interés público.

Hoy en día, el artículo 62 de la referida Ley prevé expresamente los supuestos o motivos por los cuales la Administración está habilitada para proceder a revocar o anular ex-officio actos que regulan una situación jurídica en concreto o individualizada. La enunciada disposición establece al respecto:

"Artículo 62. Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:

- 1.-Si fuese emitida sin competencia para ello;
- 2.-Cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla;
- 3.-Si el afectado consiente en la revocatoria; y
- 4.-Cuando así lo disponga una norma especial.

...

..."

La norma también establece la posibilidad jurídica que el ente o funcionario que ejerza la facultad revocatoria o anulatoria consulte previamente al Ministerio Público dependiendo de la jerarquía del ente emisor, con la finalidad de que emita opinión, para lo que se remitirán todos los elementos de juicio pertinentes al esclarecimiento de los hechos. Quedan a salvo los recursos de los afectados por la revocatoria o anulación del acto, así como la acción de terceros interesados en ese propósito, cuando el organismo o funcionario administrativo no lo haya hecho.

En el presente caso, es evidente que Priscilla Jiménez no prestó su consentimiento para que se revocara parcialmente el Resuelto 258-2001, de 5 de marzo de 2001 (f.6) sobre actualización de sueldo por cambio de categoría de B/.1,020.00 (VII categoría) a B/.1,095.00 (VIII categoría), por medio de la acción de personal No.0338-2002, de 21 de diciembre de 2001, por causa del presunto error incurrido por la Administración, motivo por el que este actuar de la Caja de Seguro Social no se encuadra en ninguno de los supuestos habilitantes previstos por el artículo 62 ut supra para proceda la revocatoria oficiosa de un acto administrativo que concede un derecho subjetivo.

La aseveración según la que la interesada no reúne la especialidad requerida por la norma reglamentaria para devengar el sueldo propio del ascenso de la VII a la VIII categoría en el escalafón de los laboratoristas clínicos, no está probada. A foja 63 de los autos reposa una nota expedida por el Presidente y refrendada por el secretario de la Junta Técnica de Laboratoristas Clínicos, según la que, la maestría en gerencia de salud se ajusta a lo previsto en el artículo 4 de la Ley que regula esa profesión (Ley 8 de 1983) entre otras normas aplicables.

A criterio del Tribunal es pertinente la doctrina tribunalicia aplicada en casos similares a éste acerca del principio de buena fe en las actuaciones administrativas con énfasis en esa relación ineludible que existe entre la Administración Pública y los particulares. Y es que, como lo ha dejado sentado el Tribunal hace más de una década, "La doctrina y jurisprudencia comparadas aceptan que dicho principio es aplicable al Derecho Administrativo" (Cf. Sentencia de 13 de junio de 1991. Caso: El Contralor General de la República promueve contencioso de interpretación y valor legal de un Acuerdo celebrado entre la extinta Autoridad Portuaria Nacional y asociaciones sindicales portuarias del Puerto de Balboa y del Puerto de Cristóbal. Magdo Ponente: Arturo Hoyos).

El tratadista español Jesús González Pérez ha señalado que el "principio de buena fe debe regir en las relaciones del Estado con sus administrados, pues le permite a éstos recobrar la confianza en la Administración consistente en que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y Administrado, aquélla no va a adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones" (Esa opinión doctrinal ha sido recogida, por ejemplo, en sentencia de 19 diciembre de 2000).

Según resolución de 18 de mayo de 2001, en un asunto de reconocimiento de prestaciones por cambio de categoría, la Sala aplicó el comentado principio de la siguiente manera:

"Debe entonces aplicarse al caso bajo estudio, el principio de buena fe, que es uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil, pues, al ser la señora Elsie de Ayuso clasificada en diferentes categorías como Terapista Ocupacional, de modo alguno puede ahora la administración desconocerle ese derecho y aún más ordenar mediante otro acto administrativo descontar una suma de dinero que por derecho percibió en concepto de sueldo y que corresponden a la diversas categorías a las que fue ascendida. Esta omisión no es imputable al administrado" Caso: Elsie de Ayuso versus IPHE. Magdo. Ponente. Arturo Hoyos).

Tal es la retoma del aforismo sobre la buena fe con carácter vinculante en el espacio público, que en Cartas Fundamentales como la colombiana de 1991 (artículo 83), está consagrado expresamente, en el sentido que

"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

Con una norma de este talante, señalan los comentaristas de esa Carta, se busca recuperar la practicidad y vigencia real del principio, extendiéndolo al ámbito del derecho público; en especial a las relaciones entre los particulares y las autoridades, para resaltar el criterio de servicio público que debe imperar en todas las actuaciones de la Administración por encima de las condiciones formalistas y entradoras. Además, se aspira a convertir este derecho en criterio rector de todo el ordenamiento jurídico, convertirlo en fuente directa de derechos y obligaciones superando el criterio meramente interpretativo que se tenía de él (Cf. Aplicaciones judiciales, legislación colombiana).

En el asunto que concierne a la demandante no se ha demostrado que ésta indujo a error a la Administración, hay ausencia de intención "dolosa" de su parte, por lo que le es inimputable el presunto error del ente oficial, y se presume que actuó de buena fe.

Por otro lado, el argumento de falta de idoneidad del título para adquirir los derechos principios de la VIII etapa en el escalafón de laboratoristas clínicos, carece de respaldo probatorio.

Considera la Sala que prospera el cargo de violación del artículo 4 del Acuerdo de junio de 1984 meritado. Es innecesario pronunciarse sobre los demás cargos de infracción contenidos en la demanda.

VI. Decisión de Tribunal

Por tanto, la Sala Tercera Contencioso Administrativa de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE ES ILEGAL la Acción de Personal No. 0338-2002, de 21 de diciembre de 2001, expedida por la Dirección de Personal de la Caja de Seguro Social, ORDENA el reintegro de Priscilla Jiménez a la VIII posición según el escalafón de laboratorista clínico aplicable en la Caja de Seguro Social, con el correspondiente sueldo concedido mediante Resuelto No. 258-2001, de 5 de marzo de 2001, y que le sean pagados los salarios dejados de percibir, producto de la expedición del acto anulado mediante esta sentencia".

Conclusión General.

Todo lo planteado precedentemente basta para concluir que los funcionarios electos a cargos de Representantes de Corregimiento como principales, tienen el derecho de percibir licencia con sueldo, durante el periodo de su representación popular.

Ahora bien, esta regla, que tiene sustento en la ley, no es aplicable a los diputados principales ni suplentes ya que, la ley no le permite a estos funcionarios del parlamento panameño percibir ese beneficio.

Respuesta concreta

Ley no nos permite señalar o afirmar que los actos de nombramiento de aquellos funcionarios electos, están viciados de ilegalidad por desviación de poder, ya que no es atribución legal de la Procuraduría de la Administración hacen juicio de valor respecto de las motivaciones de mérito y conveniencia de los actos administrativos. Este pronunciamiento correspondería a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Aún cuando se afirma que, esos nombramientos "**supuestamente** fueron realizados para que los favorecidos gozaren de licencia con sueldo y de emolumentos derivados de los cargos electos y bajo un móvil **presuntamente** político", no está dentro de las competencias consultivas de esta Procuraduría, despejar dichas dudas o supuesto fácticos, sino más bien interpretar el derecho que se podría aplicar a los supuestos, que hayan sido corroborados.

En este orden de ideas, recordemos que, jamás las normas deben ser consideradas en abstracto o aisladas sino en su plenitud, acordes con las circunstancias del caso concreto, y con plena identificación de las acciones de hecho que podrían haber sido violadas. Y para ello la Procuraduría tendría que constituirse en juez de una causa administrativa disciplinaria, competencia que no tiene y que en nuestro medio corresponde tanto al Ente Activo de la Administración (en la vía gubernativa) y la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (en la vía judicial).

Con todo y lo anterior, ya en cuanto al derecho aplicable a la acción de recursos humanos denominada licencia con sueldo, se reitera el criterio de esta agencia del Ministerio Público en el sentido de que la legislación formal establece que, los funcionarios públicos electos como Representantes de Corregimientos principales sí tienen el derecho de ser favorecidos con licencias con sueldo, mas no así, los diputados, bien sean principales o Suplentes. En ambos casos, durante el período que dure su mandato.

Ahora bien, entendemos que su interrogante se centra en la posibilidad de dejar sin efecto los nombramientos permanentes de tales funcionarios, para que en

consecuencia, no tengan el beneficio de las licencias con sueldo o sin sueldo, según corresponda; para ceñirse estrictamente, al período del fuero electoral, y así finalmente, disponer de estos puestos. No obstante, esto tendrá que abordarse, reiteramos, a la luz de las disposiciones legales al efecto, lo cual no corresponde a esta Procuraduría de la Administración, dadas sus funciones y atribuciones por mandato legal. En todo caso sería necesario acudir a través de una demanda de nulidad al máximo organismo jurisdiccional, en este caso, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho, quedo de usted,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.