

27 DE FEBRERO DE 1998

Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción

Contestación de la Demanda Interpuesta por JAVIER CARRILLO GONZÁLEZ, en su propio nombre y representación, para que se declare nulo por ilegal, el Decreto de Personal N° 76, de 23 de julio de 1997, dictado por el Presidente de la República por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia:

Con el fin de responder a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción que se describe en el margen superior de este escrito, interpuesta por Javier Carrillo González en su propio nombre y representación, concurrimos respetuosamente ante ese Honorable Tribunal de Justicia.

Como es de su conocimiento, por tratarse de un proceso de los previstos en el artículo 348, numeral 2, del Código Judicial, defenderemos los intereses de la Administración Pública.

1. Las pretensiones de la parte demandante.

El actor ha solicitado a su Digno Tribunal, que declaren nulo, por ilegal, el Decreto de Personal N°76 de 22 de julio de 1997, expedido por el Presidente de la República por conducto del Ministro de Hacienda y Tesoro, por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento de JAVIER CARRILLO, como Abogado III en la Dirección General de Aduanas. Asimismo ha pedido que se declare nulo, por ilegal, el acto confirmatorio, la Resolución N°151 del 22 de septiembre de 1997, dictada por el Ministro de Hacienda y Tesoro, la cual confirma en todas sus partes el Decreto de Personal N°76 de 23 de julio de 1997.

El demandante pide además, que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene su restitución al cargo que ocupaba como Jefe del Departamento Legal de la Dirección de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Tesoro; que al ser reintegrado le sean pagados los salarios dejados de percibir desde su separación del cargo; que le sea reconocido y/o pagado, el tiempo compensatorio a que tenga derecho; y que le sean reconocidos y/o pagados treinta (30) días de vacaciones que se le adeudan y que corresponden al periodo comprendido del 16 de septiembre de 1996 al 15 de agosto de 1997.

Este Despacho considera que deben denegarse las peticiones formuladas por la parte demandante, ya que como demostraremos a lo largo de este proceso, no le asiste razón y carecen sus pretensiones de sustento jurídico.

2. Los hecho y omisiones en que se fundamenta la parte actora las contestamos de la siguiente forma:

Primero: Este hecho es cierto, pues así consta a foja 18 del expediente; por tanto, lo aceptamos.

Segundo: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos.

Tercero: Este hecho lo respondemos igual que los dos anteriores.

Cuarto: Este hecho es cierto, pues así se constata a foja 21; por tanto, lo aceptamos.

Quinto: Este hecho es cierto; por tanto lo aceptamos.

Sexto: Este hecho lo contestamos igual que el quinto.

Séptimo: Este hecho lo contestamos igual que los dos anteriores

Octavo: Este hecho no nos consta; por tanto, lo negamos.

Noveno: Sólo tenemos como cierto que, mediante el citado memorándum, JAVIER CARRILLO, como funcionario de la Dirección de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Tesoro, solicitó se le concediera tiempo compensatorio a partir del 15 de agosto de 1997, "así como treinta (30) días de vacaciones, a ser computados sucesivamente". Confróntese foja 27. El resto son alegaciones y hechos que no nos constan; por tanto, lo negamos

Décimo: No es cierto tal y como lo expone el demandante; por tanto, lo rechazamos.

Décimo primero: Sólo tenemos por cierto, que mediante Decreto de Personal N°76 del 23 de Julio de 1997, se declara insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo que desempeñaba en la Dirección de Aduanas. El resto no es cierto; por tanto, lo negamos.

Décimo segundo: Este hecho no es cierto como viene redactado; por tanto, lo negamos. Se constata que ambos instrumentos administrativos, tanto en el Decreto de nombramiento N°154 del 5 de septiembre de 1991, como en el de insubsistencia, N°76, de 23 de julio de 1997, se refieren a la misma persona natural, JAVIER CARRILLO GONZÁLEZ, con Cédula de Identidad Personal N-15-137 y Seguro Social N°153-3195.

Décimo tercero: Estos no son hechos, sino alegaciones y apreciaciones subjetivas de la parte actora; por tanto, los negamos.

3. Respecto de las disposiciones legales que se estiman infringidas y el concepto de la violación, la Procuraduría de la Administración expone lo siguiente:

a. El recurrente considera infringidos los artículos 629, numeral 18, y 796 del Código Administrativo, que disponen lo siguiente:

"Artículo 629. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

...

18. Remover los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución o las Leyes dispongan que no son de Libre Remoción.

..."

"Artículo 796. Todo empleado públicotiene derecho, después de once meses continuados de servicio, a treinta días de descanso con sueldo...

....

Parágrafo: Estas vacaciones, son obligatorias para todos los empleados públicos de que trata esta Ley y el Estado está obligado a concederlas..."

Como conceptos de la infracción, el demandante argumentó lo que ha seguidas se expone:

"Las normas citadas han sido violadas en forma directa por omisión dado que la Norma superior establecida en el artículo 70 de la Constitución, estipula que el trabajador no podrá ser despedido: '...sin justa causa y sin la formalidades que establezca la Ley. Esta señalara las causas justas para el despido, sus excepciones y la indemnización correspondiente...!'

Se colige entonces que el Ejecutivo, por intermedio del Ministro de Hacienda, debió expresar la Causa o Motivo para truncar abruptamente las vacaciones otorgadas mediante Resuelto N°457 del 8 de Julio de 1996, conforme fueron notificadas al Departamento de Personal del Ministerio, por el memo 705-01-330 del 15 Julio de 1997 suscrito por el Subdirector de Aduanas.

La violación de las normas es clara, puesto que no es aplicable ni legal una acción concomitante de Personal que se opone y contradice radicalmente con una acción de Personal anterior, otorgada conforme a Derecho".

"La norma ha sido violada en forma directa por aplicación indebida y ello se desprende de la celeridad y apremio ordenado por el Ministro para que se notificara la insubsistencia, aún cuando tenía pleno conocimiento de que Javier Carrillo se encontraba en uso de vacaciones, además de haber solicitado el Tiempo Compensatorio y Vacaciones adicionales, a ser utilizados en forma continua, por lo que se presume que el Sr. Ministro de Hacienda incurre en abuso de o desviación del poder ya que se percibe que actúa guiado por un interés egoísta o estrictamente personal pues al no señalar la causa de la destitución, negar tiempo compensatorio y las vacaciones sin ordenar el pago de las mismas, instruyendo se dedujera de la quincena de Agosto y del Decimotercer mes el equivalente a los cuatro días del 11 al 15 de Agosto, por que se presume que se fundamenta meramente en su discrecionalidad..."(resaltado del demandante).

Básicamente sostiene la parte actora que por estar gozando del tiempo de vacaciones durante el periodo comprendido entre el 16 de julio al 15 de agosto de 1997, no podían interrumpirse las mismas mediante una declaratoria de insubsistencia, pues era menester que la Administración esperara que se cumplieran para poder desvincularlo de la función pública. Por otro lado, asevera la parte actora que no es posible aplicar ninguna acción de personal, mientras se está en uso de vacaciones.

Este argumento carece de fundamento pues se puede corroborar que JAVIER CARRILLO G., era un servidor público de libre nombramiento y remoción, pues el citado funcionario no ingreso al sector público por concurso, ni tampoco tenía estabilidad otorgada por Ley.

En ese sentido, ha sido jurisprudencia reiterada de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, que según lo dispuesto en los artículos 297 y 300 de la Constitución Política, los deberes y derechos de los funcionarios públicos únicamente pueden ser objeto de Leyes formales y no de normas jerárquicamente inferiores. En consecuencia, la estabilidad a los servidores estatales sólo puede provenir de la Ley, y mientras esta no se las otorgue, los funcionarios públicos son de libre nombramiento y remoción, en cualquier momento, por parte de la autoridad nominadora. A este efecto, basta el hecho de que la Administración pierda la confianza en el funcionario, para que esta puede discrecionalmente desvincularlo de la función pública. Así, en sentencia de 18 de diciembre de 1997, Vuestra Honorable Sala una vez más ha dicho:

"Mediante Decreto de Personal N°115 de 5 de noviembre de 1996 se declaró insubsistente el nombramiento del señor Guillermo Cortez Jiménez, en el cargo de Cotizador de precios II, puesto que desempeñaba en el Ministerio de Hacienda y Tesoro.

...

La Sala, en relación a los cargos de ilegalidad considera que el demandante, quien ocupaba el cargo de Cotizador de precios II en el Ministerio de Hacienda y Tesoro, cuando fue destituido, no estaba amparado por los beneficios de una carrera administrativa que le garantizara un sistema de nombramiento, ascenso, suspensión, traslado, destitución, cesantía y jubilación, de conformidad con los artículos 297 y 300 de la Constitución Nacional, los cuales preceptúan que le está reservado a la Ley el desarrollo de la carrera administrativa, por lo que ninguna norma de categoría inferior puede otorgar estabilidad a un funcionario público.

Como lo ha manifestado la Sala en reiteradas ocasiones, la carrera administrativa fue primero regulada mediante Ley 11 de 1955 y luego por la Ley 4 de 13 de enero de 1961... Esta ley fue suspendida y reformada substancialmente después del 11 de octubre de 1968, mediante el Decreto de Gabinete N°137 de 30 de mayo de 1969. Posteriormente, se dictó el Decreto Ejecutivo N°116 de 10 de octubre de 1984, por el cual se desarrollaba y reglamentaba la estabilidad de los servidores públicos, pero éste fue derogado por el artículo 3 del Decreto de Gabinete N°1 de 26 de diciembre de 1989, por ser ostensiblemente incompatible con el último párrafo del artículo 300 de la Constitución Política, el cual dispone que la Ley regulará la estructura y organización de la carrera administrativa, de conformidad con las necesidades de la Administración.

... Además, no existe una ley especial que dé estabilidad a los servidores públicos que laboran en el Ministerio de Hacienda y Tesoro, y la ley de carrera administrativa N°9 de 20 de junio de 1994, apenas está en etapa de implementación. De allí que el demandante no gozaba de estabilidad en la posición que ocupaba en el Ministerio de Hacienda y Tesoro.

De lo antes expuesto, se infiere que la autoridad nominadora podía, a su discreción, destituir al demandante, pues no gozaba de estabilidad en el cargo que desempeñaba en el Ministerio de Hacienda y Tesoro. Por ello, tampoco pueden considerarse los cargos de violación a los artículos 769 y 773 del Código Judicial, pues tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción, no es necesario exponer los motivos que fundamentan la destitución de un funcionario público que no goza de estabilidad en el cargo".

Como aclara la Corte, en Panamá existe una Ley por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa, pero la misma aún encuentra en etapa de implementación. En consecuencia, la Administración, más que violar directamente por omisión los artículos citados, en especial el 629, numeral 18, del Código Administrativo, aplicó las normas para el supuesto de hecho previstos en ella.

En cuanto al concepto de infracción de desviación de poder, cabe destacar que la autoridad nominadora tomo la decisión de declarar insubsistente el nombramiento del Licenciado JAVIER CASTILLO G., convencida de su conveniencia y oportunidad.

La declaratoria de insubsistencia de los servidores públicos que no pertenecen a la carrera administrativa, aclara YOUNES MORENO, es el producto de la facultad discrecional de remover de la cual están investidas las autoridades nominadoras, para declarar sin efecto el nombramiento hecho a un funcionario público, con el propósito de hacer cesar su vinculación con el empleo para el cual fue designado. El proceso de formación del convencimiento de la necesidad de desvincular del servicio a un funcionario, por esta causal, es de libre apreciación. (Derecho Administrativo Laboral. 5a ed. Bogotá, Edit. Temis. 1993, pág. 323).

Como se puede verificar en el acto impugnado, no existe causal alguna en la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de JAVIER CARRILLO, por lo que se colige que la misma tiene su fundamento en la facultad discrecional de la Administración para nombrar y remover a su personal subalterno. El Decreto de Personal N°76 de 23 de julio de 1997, no se refiere a ninguna situación particular que motivara la remoción del demandante, por lo que se entiende que lo que la motivo fue simple pérdida de confianza de la autoridad nominadora en su persona.

Contrariamente a lo argüido por el demandante, la buena fe de la Administración en estos actos se presume, y este no ha aportado los elementos probatorios necesarios que comprueben que el funcionario que expidió el acto lo hizo persiguiendo fines contrarios a los del buen servicio.

b. Conceptúa la parte actora como infringidos los artículos 136, numeral 1, y 151 de la Ley N°9 del 20 de julio de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa, que establece lo siguiente:

"Artículo 136. Los servidores públicos de carrera administrativa tienen, además, los siguientes derechos, que se ejercerán igualmente de acuerdo con la presente Ley y sus reglamentos:

1. Estabilidad en el cargo.

..."

"Artículo 151. Debe recurrirse a la destitución cuando se ha hecho uso progresivo de las sanciones establecidas en el régimen disciplinario..."

Sobre el concepto de infracción de las normas transcritas, el jurista expresó:

"La norma ha sido violada en forma directa por omisión dado que dicha norma establece que los Servidores Públicos tienen estabilidad en su cargo y de conformidad con la Sentencia emitida por la Sala Tercera en el caso instaurado por Ángel Rodríguez conforme al Registro Judicial de Octubre de 1996 Pág. 391 donde la Sala expresó:

'En lo que respecta al artículo 124 de la Ley 9 del 20 de Junio de 1994 también es importante recalcar que esta Ley no ha sido implementada en su totalidad, dado que la misma incorpora a manera progresiva los diversos niveles de funcionales e institucionales de la administración pública. No es hasta marzo de 1997, que el Ministerio de Hacienda y Tesoro se incorpora al sistema de carrera administrativa, tal y como lo prevé el artículo 198 de la Ley antes mencionada...' (subrayado nuestro).

De lo expresado se desprende que Javier Carrillo, como Servidor Público en funciones hasta ser separado por Insubsistencia en Agosto de 1997, del Ministerio de Hacienda y Tesoro, sin motivo alguno y sin cumplir con el procedimiento obligatorio establecido en la Ley 9 y, dado que conforme a la norma descrita se cuenta con un régimen de estabilidad, no es dable separarlo del cargo sin dar cumplimiento a lo que establecen los artículos 150 y 151 de la Ley citada en concordancia con los artículos 141 al 149 de la misma excerta legal..."

"La norma citada ha sido violada puesto que no se ha seguido el orden de prelación establecido para decretar el despido y sobretodo sin considerar la intachable hoja de servicios de Javier Carrillo, tanto en esta dependencia Estatal, como en sus actuaciones anteriores..."

La sentencia de la Sala Tercera citada por el demandante, hace referencia al cronograma de incorporación de los diversos niveles funcionales e instituciones de la administración pública a la carrera administrativa, previsto en el artículo 198 de la Ley N°9, según el cual el Ministerio de Hacienda y Tesoro debió haber ingresado a la carrera administrativa en marzo de 1997. No obstante, la ejecución de este cronograma se encuentra retrasada y hasta el momento no se ha incorporado a la carrera administrativa ninguna institución del gobierno central.

Como explicara la Sala Tercera en la sentencia citada por nosotros, la Ley N°9 de 1994 apenas esta en proceso de implementación y sus preceptos referentes a los derechos y deberes de los servidores públicos de carrera administrativa, no pueden ser aplicados hasta tanto no se incorporen las instituciones públicas al sistema, mediante acuerdo del Consejo de Gabinete según estipula el propio artículo 198, y sus funcionarios ingresen a la carrera a través del procedimiento previsto en el artículo 61 y siguientes de la Ley. Por tanto, las normas citadas por el demandante no han sido infringidas, pues la mismas no son aplicable al caso bajo estudio.

c. Por último considera el demandante que el acto atacado viola, en forma directa por omisión, el artículo 168 de la Ley 65 del 24 de diciembre de 1996:

"Artículo 168. ACCIONES DE PERSONAL.

Las acciones de personal relativas a nombramientos, destituciones, ajustes salariales y ascensos emitidas por instituciones del Gobierno Central se presentaran al Ministerio de Planificación y Política Económica para su revisión y envío para consideración y aprobación del Presidente de la República...".(Resaltado del demandante).

En cuanto al concepto de infracción, la parte actora expresa que el Decreto de destitución infringe la norma citada al no haberse seguido el procedimiento establecido en ella "...dado que no consta que se hubiera enviado la acción de personal al Ministerio de Planificación y Política Económica"; no obstante el mismo no aporta al expediente judicial ningún elemento probatorio que compruebe este hecho. Por el contrario, se comprueba a foja 1 del expediente judicial que el Decreto de Personal N° 26 de 23 de julio de 1997, fue debidamente firmado por el Presidente de la República y por el Ministro de Hacienda y Tesoro. La firma del Presidente de la República, según indica la norma que considera infringida el demandante, sólo se da una vez ha sido revisada la acción de personal por el Ministerio de Planificación y Política Económica.

Corroboran el cumplimiento del anterior requisito, la Nota 401-01-308 de 11 de julio de 1997, suscrita por Ilvis Arza, Directora de Administración y Finanzas, dirigida al Licenciado Carlos González, Director de Presupuesto de la Nación del Ministerio de Planificación y Política Económica, mediante la cual se remite el proyecto de Decreto de Personal (insubsistencia) de Javier Carrillo.

En consecuencia, el acto impugnado tampoco viola el artículo 168 de la Ley 65 de 24 de diciembre de 1996, pues al mismo se le dio cabal cumplimiento.

Destacamos nuevamente que el Licenciado JAVIER CARRILLO G., era un servidor público de libre nombramiento y remoción, pues no ingreso al sector público por concurso, ni tampoco tenia estabilidad otorgada por Ley, por lo que era una facultad discrecional del Ejecutivo Nacional, declarar insubsistente su nombramiento.

Sobre la solicitud del demandante de que le sea reconocido el pago de los salarios caídos, pedimos a ese Honorable Tribunal no acceda a tal petición, pues ha sido doctrina reiterada de la Corte Suprema, que no cabe condena en salarios vencidos en el caso de servidores públicos injustamente despedidos, excepto cuando este derecho se consagra en una Ley formal. Al respecto pueden confrontarse las sentencias de 4 de

mayo de 1990, 6 de febrero de 1991 y 17 de enero de 1992, de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

Por otra parte, si al Licenciado CARRILLO GONZÁLEZ tenía horas extraordinarias trabajadas acreditadas a su favor y no hizo uso de licencia compensatoria antes de la declaratoria de insubsistencia, el mismo ha perdido, por definición, el derecho de disfrutarla. La Licencia compensatoria, conocida comúnmente como tiempo compensatorio, es una de las formas en que el Estado retribuye a sus servidores por el exceso de tiempo servido a la jornada regular, y consiste en el permiso que se da al funcionario para que se ausente justificadamente de su centro de trabajo en horas y días laborables. La licencia compensatoria necesariamente implica que la persona beneficiada con ella debe estar ejerciendo, actualmente, un cargo público. Toda vez que el demandante ya no funge como funcionario del Ministerio de Hacienda y Tesoro, el mismo carece de derecho para exigir retribución por el sobretiempo trabajado.

En cuanto a la vacaciones exigidas, mediante Nota N°406-01-045, de 18 de febrero de 1998, la Jefa del Departamento de Personal del Ministerio de Hacienda y Tesoro, certifica que a JAVIER CARRILLO GONZÁLEZ no se le adeudan vacaciones.

Por todo lo anterior, consideramos que no se han producido las infracciones legales señaladas, y reiteramos nuestra solicitud a los Señores Magistrados para que no accedan a lo pedido por la sociedad demandante, y así sea declarado en su oportunidad.

4. Pruebas

Aceptamos las presentadas y las solicitadas conforme a la Ley.

Aportamos copias debidamente autenticadas de los siguientes documentos:

1. Nota N° 401-01-308-DAyF de 11 de julio de 1997, suscrita por Ilvis Arza, Directora de Administración y Finanzas, del Ministerio de Hacienda y Tesoro, dirigida al Licenciado Carlos González, Director de Presupuesto de la Nación del Ministerio de Planificación y Política Económica, mediante la cual se remite el proyecto de Decreto de Personal (insubsistencia) de Javier Carrillo.

2. Nota N° 406-01-045, de 18 de febrero de 1998, certificación suscrita por la Jefa del Departamento de Personal del Ministerio de Hacienda y Tesoro.

5. Derecho

Negamos el invocado

Del Señor Magistrado Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

Licdo, Víctor L. Benavides P.
Secretario General

AMdeF/17/mcs

SERVIDORES PÚBLICOS - DESTITUCIÓN