

16 de febrero de 2004

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Contestación de la demanda.

La licenciada Georgina Villarreal, en representación de **Ilonka Silvera**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución número 007 de 26 de junio de 2003 emitida por el **Ministerio de Salud**, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Con respeto concurrimos ante el despacho a su cargo con la finalidad de darle formal contestación a la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción que se enuncia ut supra.

Intervenimos en el proceso debidamente fundamentados en el traslado que se nos ha conferido y en el artículo 5, numeral 2, de la Ley 38 de 2000.

I. La pretensión.

La demandante solicita a vuestra Honorable Sala que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa número 007 de 26 de junio de 2003 emitida por el señor Ministro de Salud, en su calidad de Representante Legal del Instituto Oncológico Nacional y Presidente del Patronato, y por el señor Juan Pablo Barés Weeden, Director General del Instituto Oncológico Nacional y Secretario del Patronato, por medio de la cual se le destituye del cargo que ejercía en dicha institución estatal.

Aunado a lo anterior, se solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución administrativa número 016 de 29 de agosto de 2003 expedida por el señor Ministro de Salud, en su calidad de Representante Legal del Instituto Oncológico Nacional y Presidente del Patronato, y por Juan Pablo Barés Weeden, Director General del Instituto Oncológico Nacional y Secretario del Patronato, que confirma la resolución anterior.

Como consecuencia de lo anterior la demandante solicita el restablecimiento del derecho subjetivo violado, que se le restituya en el cargo de Fisioterapeuta Profesional del Instituto Oncológico Nacional y se ordene el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de su destitución hasta su reintegro.

Esta Procuraduría observa que la demandante no está asistida por el derecho, motivo el cual solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan desestimar las pretensiones incoadas en el libelo de la demanda.

II. Los hechos u omisiones en los que se fundamenta la acción, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Este hecho no consta en el expediente judicial; por tanto, lo negamos.

Segundo: Este hecho no consta en el expediente judicial; por tanto, lo negamos.

Tercero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos. Véase foja 1 del expediente judicial.

Cuarto: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos. Confróntese las fojas 1 y 25 del expediente judicial.

Quinto: Este hecho se contesta como el anterior.

Sexto: Éste no es un hecho, sino una apreciación subjetiva de la demandante; por tanto, lo negamos.

Séptimo: Éste no es un hecho, sino una argumentación de la demandante; por tanto, lo negamos.

Octavo: Este hecho es falso como se expone; por tanto, lo negamos.

Noveno: Éste no es un hecho; constituyen argumentos de la demandante; por tanto, lo negamos.

Décimo: Lo omitió la demandante.

Undécimo: Éste no es un hecho, sino la referencia a una norma jurídica; y, como tal, se tiene.

Duodécimo: Éste no es un hecho, sino una conclusión a la que arriba la demandante; por tanto, lo negamos.

Décimo Tercero: Éste no es un hecho, sino supuestas situaciones que se dan en el Instituto Oncológico Nacional, cuya veracidad está en duda, por ausencia de caudal probatorio.

Décimo Cuarto: Éste lo contestamos como el anterior.

Décimo Quinto: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos, porque ello se constata en la foja 2 del expediente judicial.

Décimo Sexto: Este hecho lo contestamos como el anterior.

Décimo Séptimo: Este hecho consta en la foja 3 del expediente judicial; por tanto, lo aceptamos.

Décimo Octavo: Este hecho consta en las fojas 4 y 5 del expediente judicial; por tanto, lo aceptamos.

Décimo Noveno: Este hecho consta en la foja 9 del expediente judicial; por tanto, lo aceptamos.

Vigésimo: Este hecho es falso; por tanto, lo negamos.

Vigésimo Primero: Aceptamos que se interpuso Recurso de Reconsideración, porque así se observa en las fojas 10 y 11 del expediente judicial; por tanto, lo aceptamos.

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

Vigésimo Tercero: Este hecho es cierto; por tanto, lo aceptamos, porque así se colige de las fojas 20 y 45 del expediente judicial.

III. A continuación, el análisis de las normas que se dicen infringidas y los conceptos de las supuestas infracciones:

a. El artículo 151 de la Ley 9 de 1994.

"Artículo 151. Debe recurrirse a la destitución cuando se ha hecho uso progresivo de las sanciones establecidas en el régimen disciplinario, o de los recursos de orientación y capacitación, según los casos. Son causales de destitución, la reincidencia en el incumplimiento de los deberes, en la violación de los derechos o en las prohibiciones contempladas en esta ley."

Concepto de la infracción.

"Esta norma resulta infringida de manera directa por omisión. En este sentido, el acto administrativo atacado es una abierta violación o desconocimiento a lo consagrado en el texto del artículo 151 que se comenta y sanciona de manera arbitraria a la funcionaria Ilonka Silvera C., destituyéndola sin ajustarse a lo expresamente dispuesto para tal efecto en la Ley 9 de 1994 de la Carrera Administrativa.

En este mismo orden de ideas, debe señalarse que, cuando el jefe inmediato de un funcionario estime que éste ha incurrido en una falta disciplinaria, debe ceñirse a lo establecido en el artículo 141 de la Ley 9 de 1994, es decir, que la comisión de faltas administrativas acarreará sanciones disciplinarias tales como: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión y destitución.

En el caso que nos ocupa, se desconoció el criterio progresivo en la aplicación de las sanciones disciplinarias en la esfera administrativa ya que en el expediente de nuestra representada no reposa ni siquiera una amonestación verbal que la vincule con las causales por las cuales fue destituida, que indique lo dispuesto en el artículo 151 en comento.” (Foja 39)

b. El artículo 152 de la Ley 9 de 1994.

“Artículo 152. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo anterior, las siguientes conductas admiten destitución directa:

1. La exacción, cobro o descuento de cuotas o contribuciones para fines políticos a los servidores públicos aún a pretexto de que son voluntarias;

2. Exigir la afiliación o renuncia a un determinado partido para poder optar a un puesto público o poder permanecer en el mismo;

3. Todo tipo de actividad proselitista o de propaganda política, tales como la fijación, colocación o distribución de anuncios o afiches a favor de candidatos o partidos políticos en las oficinas, dependencias y edificios públicos, así como el uso de emblemas, símbolos distintivos o imágenes de candidatos o partidos dentro de los edificios públicos, por parte de los servidores públicos, salvo lo que en sus despachos o curules identifica a la representación política del funcionario electo popularmente;

4. Ordenar a los subalternos la asistencia a actos políticos de cualquier naturaleza, o utilizar con este fin vehículos o cualesquiera otros recursos del Estado; o impedir la asistencia de los servidores públicos a este tipo de actos fuera de horas laborales;

5. Favorecer, impedir o influir, de cualquier forma, en la afiliación o desafiliación de las asociaciones de servidores públicos;

6. Alterar, retardar o negar injustificadamente el trámite de asuntos, o la prestación del servicio que le corresponde, de acuerdo a las funciones de su cargo;

7. Recibir pago indebido por parte de particulares, como contribuciones o recompensas por la ejecución de acciones inherentes a su cargo;

8. Dar trato de privilegio a los trámites de personas naturales o jurídicas de familiares que pretendan celebrar contratos con la Nación, o que soliciten o exploten concesiones administrativas, o que sean proveedores o contratistas de las mismas;
9. Incurrir en nepotismo;
10. Incurrir en acoso sexual;
11. Apropiarse ilegítimamente de materiales, equipo o valores de propiedad del Estado;
12. No guardar rigurosa reserva de la información o documentación que conozca por razón del desempeño de sus funciones, y que no esté destinada al conocimiento general;
13. No asistir o no mantenerse en el puesto de trabajo prestando el servicio en jornada extraordinaria hasta que llegue su reemplazo, o concluya la gestión bajo su responsabilidad, salvo instrucción superior en contrario y de acuerdo a los requisitos del cargo;
14. Realizar o participar en huelgas prohibidas o declaradas ilegales, o incumplir con el requisito de servicios mínimos en las huelgas legales;
15. Desobedecer los fallos judiciales, los laudos arbitrales y las decisiones administrativas provenientes de las autoridades competentes respectivas;
16. Obtener en dos (2) evaluaciones ordinarias consecutivas un puntaje no satisfactorio."

Concepto de la infracción.

"El artículo 152, numeral 7, de la Ley 9 de 1994 que regula la carrera administrativa ha sido violado directamente por indebida aplicación de la ley, toda vez que a nuestra representada se le destituyó por una conducta ejecutada que no se enmarca en el supuesto contenido en la norma.

En ese orden de ideas, encontramos que la resolución impugnada sanciona a Ilonka Silvera con destitución, por la supuesta infracción del artículo 152, numeral 7, de la Ley 9 de 1994 de la Carrera Administrativa por recibir pago indebido de particulares como contribuciones o recompensas por la ejecución de acciones inherentes a su cargo. La licenciada Silvera no incurrió en esa causal, porque no recibió pagos por parte de las pacientes por la ejecución de acciones inherentes a su cargo de

Fisioterapeuta. Lo que nuestra representada hizo fue manejar conjuntamente a las pacientes con la señora Perrín de Guerra, una cuenta de ahorros para ayudar a las pacientes mastectomizadas a organizar sus actividades como agrupación.

Cuando un funcionario recibe pago indebido de particulares, como contribuciones o recompensas por la ejecución de acciones básicas inherentes a su cargo fisioterapeuta, las cuales consisten en proporcionar atención directa y cuidado en los tratamientos adecuados, ejercicios, pruebas, etc., incurre en una falta cuya sanción corresponde a la destitución y el jefe inmediato debe ceñirse a lo dispuesto en reglamentación.

La realización de otras actividades ajenas de las funciones del cargo, están expresadas como faltas administrativas en el artículo 02, numeral 3, del Reglamento Interno del Ministerio de Salud que establece:

“Artículo 102. Para determinar las conductas que constituyan faltas administrativas se aplicarán criterios del cuadro siguiente para orientar la calificación de gravedad de la falta, así como la sanción que le corresponde:

Falta leve:

- 1...
- 2...
3. Realizar actividades ajenas al ejercicio de las funciones del cargo, durante el horario de trabajo establecido.” (Fojas 39 y 40)

c. Artículo 153 de la Ley 9 de 1994.

“**Artículo 153.** Siempre que ocurran hechos que puedan producir la destitución directa del servidor público, se le formularán cargos por escrito. La Oficina Institucional de Recursos Humanos realizará una investigación sumaria que no durará más de quince (15) días hábiles, y en la que se le dará al servidor público la oportunidad de defensa y se le permitirá estar acompañado por un asesor de su libre elección.”

Concepto de la infracción.

"Esta norma resulta infringida de manera directa por omisión, pues el acto administrativo atacado ignora las directrices que establece la disposición en el texto del artículo 153 comentado. La norma señala que al servidor público investigado se le brindará la oportunidad de su defensa, en tal sentido, la defensa incluye todos los medios probatorios que nuestro ordenamiento jurídico permita.

La decisión aplicada a la licenciada Silvera, consistió en una sanción de destitución, como consecuencia de lo expresado en el informe preliminar, sin que nuestra representada participara de manera alguna en el referido informe, ni fuera escuchada, colocándola en total estado de indefensión. Asimismo se vulneró el debido proceso al negársele la aceptación de pruebas testimoniales, ya que este medio de pruebas es admisible en todos los casos en que no se encuentre prohibido por la ley. Asimismo, no se ha probado ni existe anecdotario, ni denuncia por parte de pacientes en expediente, que reclamen que la licenciada Silvera recibía pagos por ejecutar acciones inherentes a su cargo.

De allí que el artículo 153 de la Ley 9 de 1994 de la Carrera administrativa ha sido infringido en concepto de violación directa por omisión." (Fojas 40 y 41)

d. Artículo 1, literal e, de la Ley 11 de 4 de julio de 1984, por la cual se crea el Instituto Oncológico Nacional, aprobado por el Consejo Nacional de Legislación, que se refiere a la realización de actividad que guarde relación con las funciones o propósitos de la institución; norma ésta que se dice infringida, de manera directa por omisión.

Acota la demandante que dicha norma no le prohíbe realizar actividades que guarden relación con las funciones de la institución y que a ella se destituyó por ayudar a las pacientes mastectomizadas en la recaudación de dineros producto de actividades iniciadas en 1996 por licenciada

Rosario del Rosario, Jefa del Servicio de Fisioterapia en ese período.

e. Artículo 100 del Reglamento Interno del Ministerio de Salud aprobado mediante Resolución Administrativa N°026-REC/HUM/DAL de 19 de marzo de 2001, en el que se dispone que la violación a las normas de carácter disciplinario acarrea la aplicación de las sanciones enunciadas de modo progresivo dependiendo de la gravedad de la falta.

Se acota que dicha norma fue desconocida por las autoridades administrativas, porque no se aplicó el criterio de progresividad; ya que ella fue destituida sin que fuera suspendida previamente del cargo.

f. Artículo 101 del Reglamento Interno del Ministerio de Salud aprobado por la Resolución Administrativa número 026-REC/HUM/DAL de 19 de marzo de 2001 relativo al número de suspensiones, el cual no podrá ser mayor de tres en el término de un año laborable; y el servidor público que exceda ese límite se le aplicará la destitución.

A juicio de la demandante, la norma invocada fue vulnerada de manera directa, por omisión, porque el Ministro de Salud aplicó la destitución sin aplicar la suspensión previamente.

g. Artículo 34 de la Ley 38 de 2000.

Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de

Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada."

"El artículo 34 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, ha violado en concepto de violación directa por omisión, porque se dejó de cumplir con lo ordenado en el texto legal.

La jurisprudencia de nuestra más alta Corporación de Justicia ha precisado el alcance de la garantía del debido proceso al manifestar que:

"Según es conocido, en sus inicios fue concebida como un derecho fundamental que debía aplicarse solamente a los procesos penales... pero en la actualidad, con la progresiva interpretación de este Pleno, se aplica a todos los procesos, y no solamente los procesos penales, sino a todo proceso jurisdiccional y a los procedimientos administrativos." (Sentencia de 16 de octubre de 2002 que resuelve Acción de Amparo de Garantías Constitucionales promovido por el licenciado Abel Ortega Comrie, en representación de Multimax, S.A., contra la Sentencia 109 de 31 de diciembre de 2001, emitida por el Juzgado Noveno del Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá. Magistrado Ponente: Rogelio Fábrega Zarak).

Lo anterior implica que todas las acciones administrativas en las entidades públicas deben realizarse con objetividad y apegados al principio de legalidad, tal como se encuentra desarrollado en el artículo 34 de la Ley 38 de 2000; deber éste que no fue satisfecho por el Ministerio de Salud al proferir la resolución que impugnamos.

Ello es así, porque el informe de Auditoría Interna fue base para destituir

a nuestra representada y la persona que firma el informe preliminar de Auditoría Interna, según nota solicitud de 1 de octubre de 2003 firmada por el licenciado Temístocles Rosas, Viceministro de Comercio Suplente de la Junta Técnica de Contabilidad, certifica que según los archivos del Departamento de Registro de Contadores y Contadores Públicos Autorizados, el señor Heraclio Pinzón González, con cédula de identidad personal N°8-136-629, no se encuentra inscrito ante la Junta Técnica de Contabilidad. De igual manera, el informe no fue avalado por la licenciada Virginia Mulgrave, Jefa de Auditoría Interna, a quien fue solicitado." (Fojas 43 y 44)

h. Artículo 36 de la Ley 38 de 2000.

"Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos."

Concepto de la infracción.

"Este artículo ha sido violado de manera directa por omisión; ello es así, puesto que el artículo que se comenta implica, contrario sensu, la obligación de las autoridades respectivas de cumplir con el procedimiento para la destitución, previsto en la ley, que como tal exige que la destitución se produzca por una falta específica contemplada en la ley, deber éste que no fue considerado en nuestra representada, por el Señor Ministro de salud..." (Foja 44)

Defensa de la institución demandada, por la Procuraduría de la Administración.

Esta Procuraduría difiere de la demandante cuando señala que se han infringido las normas relativas a la destitución contenidas en la Ley 9 de 1994, de Carrera Administrativa.

Decimos esto, porque el artículo 150 de la Ley 9 de 1994 es claro al disponer que la destitución sólo puede ser aplicada por la respectiva autoridad nominadora. En el

proceso in examine el señor Ministro de Salud, en su calidad de Representante Legal del Instituto Oncológico Nacional y Presidente del Patronato, y el señor Juan Pablo Barés Weeden, Director General del Instituto Oncológico Nacional y Secretario del Patronato, procedieron a efectuar la destitución como autoridad nominadora.

Aceptamos que el **artículo 151 de la Ley 9 de 1994** dispone: "Debe recurrirse a la destitución cuando se ha hecho uso progresivo de las sanciones establecidas en el régimen disciplinario..." y que el **artículo 100 del Reglamento Interno del Ministerio de Salud aprobado mediante Resolución Administrativa N°026-REC/HUM/DAL de 19 de marzo de 2001**, dispone que la violación a las normas de carácter disciplinario acarrea la aplicación de las sanciones de modo progresivo dependiendo de la gravedad de la falta.

Sin embargo, es necesario aclarar que esas normas no pueden analizarse de manera aislada, porque el **artículo 152 de la Ley 9 de 1994** señala: "Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo anterior, las siguientes conductas admiten destitución directa: ... 7. Recibir pago indebido por parte de particulares, como contribuciones o recompensas por la ejecución de acciones inherentes a su cargo;"

La propia demandante acepta que ella manejaba "**una cuenta de ahorros para ayudar a las pacientes mastectomizadas a organizar sus actividades como agrupación.**", recibiendo para ello dinero de las pacientes. Ello se constata de la declaración de Dominique Suzane Paule Perrín de Guerra que se observa en las fojas 26 a 28 del expediente judicial.

Respalda lo anterior los argumentos de la demandante cuando señala que se vulneró, por omisión, el artículo 1,

literal e, de la Ley 11 de 4 de julio de 1984, por la cual se crea el Instituto Oncológico Nacional, aprobado por el Consejo Nacional de Legislación, porque según ella, dicha norma no le prohíbe realizar actividades que guarden relación con las funciones de la institución en la que laboraba.

La demandante reiteró que a ella "se le destituyó por ayudar a las pacientes mastectomizadas en la recaudación de dineros producto de actividades, iniciadas en 1996 por licenciada Rosario del Rosario, Jefa del Servicio de Fisioterapia en ese período."

Recordemos que el Informe de Auditoría reflejó la existencia de la cuenta número 53070664 en el Banco Nacional de Panamá a nombre de la demandada con los dineros recogidos por las pacientes; también se le endilgó el cobro indebido de cinco balboas a las pacientes por el uso de las pelucas de la institución (véase fojas 2 y 7 del expediente judicial, esa última que transcribe la Nota remitida el día 20 de febrero de 2003 y suscrita por la señora Iveth Llana, con cédula de identidad N-13-473, al Dr. Fernando Millán, Director de Atención Médica, para quejarse porque no se le había devuelto el depósito por el uso de las pelucas recibidas en donación por la institución).

Por consiguiente, se le dio cabal cumplimiento al **artículo 153 de la Ley 9 de 1994**, porque se aplicó la destitución directa de la demandante, se le formularon cargos por escrito, la Oficina Institucional de Recursos Humanos efectuó la investigación sumaria y se le dio oportunidad para estar acompañada por un abogado de su libre elección, tal como consta en la Nota OIRH-054 de 19 de junio de 2003 y el

Informe Preliminar de Auditoría de 22 de febrero de 2003 del Instituto Oncológico Nacional.

Lo propio ocurre con el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, porque el procedimiento disciplinario aplicado a la demandante se efectuó con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad.

También se acató el artículo 36 de la Ley 38 de 2000, porque el procedimiento disciplinario seguido a la demandante se emitió conforme a las normas jurídicas vigentes.

Por lo expuesto, la destitución de la demandante está más que justificada y debidamente sustentada en el ordenamiento jurídico patrio, según lo hemos planteado en la presente Vista Fiscal.

Por consiguiente, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar legal la Resolución número 007 de 26 de junio de 2003 emitida por el Ministerio de Salud y el acto confirmatorio.

Pruebas:

Aceptamos las aportadas junto con la demanda por cumplir los requisitos exigidos por el Código Judicial.

Aportamos como prueba de la Administración, las siguientes:

1. Copia autenticada de la Nota OIRH-054 de 19 de junio de 2003.
2. Copia autenticada del Informe Preliminar de Auditoría de 22 de febrero de 2003 del Instituto Oncológico Nacional.

3. Copia autenticada de la Nota S/N remitida el día 20 de febrero de 2003 y suscrita por la señora Iveth Llana, con cédula de identidad N-13-473, al Dr. Fernando Millán, Director de Atención Médica del Instituto Oncológico Nacional.

Derecho:

Negamos el derecho invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Lcda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/5/bdec

Lcdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General