

9 de abril de 2003

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

**Contestación de
la Demanda.**

Interpuesto por el Licdo. Donatilo Ballesteros en representación de **Ivell Ballesteros Díaz** para que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto de Personal N°0124 de 20 de agosto de 2002, dictado por la **Ministra de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia**, el 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.

En virtud del traslado que nos ha corrido vuestro Augusto Tribunal de Justicia, de la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción enunciada en el margen superior del presente escrito, procedemos a dar formal contestación conforme lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, del Libro Primero de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, en los siguientes términos:

I. Las peticiones de la parte demandante son las siguientes:

El apoderado judicial de la demandante solicita a vuestro Augusto Tribunal de Justicia que declare nulo, por ilegal, el Resuelto N°0124 de 20 de agosto de 2002, emitido por la Ministra de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia, que destituye a su representada del cargo de Trabajadora Social III. (Cf. f. 1).

Asimismo, ha pedido que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°062 de 8 de octubre de 2002, expedida por la máxima representación de esa entidad ministerial, que

confirma en todas sus partes la Resolución N°0124 de 2002. (Cf. f. 4 y 5).

Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el apoderado judicial de la demandante solicita a ese Honorable Tribunal de Justicia que ordene la restitución de su representada, con el consiguiente pago de los salarios dejados de percibir hasta el día de su reintegro.

Este Despacho solicita a los Honorables Magistrados que integran esa Sala, denieguen las peticiones impetradas por la parte actora, porque no le asiste la razón en las mismas, tal como lo demostraremos en el transcurso de este proceso.

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

Primero: aceptamos que la demandante fue destituida del cargo que ocupaba en el Ministerio de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia; pues, así se desprende del contenido de la Resolución N°0124 de 20 de agosto de 2002, visible a foja 1 del expediente judicial.

El resto, es una alegación; por tanto, se tiene como eso.

Segundo: Este hecho lo aceptamos; pues, así lo hemos podido corroborar del contenido de las fojas 2 a 5 del expediente judicial.

Tercero: Ésta, constituye una alegación de la parte demandante; por tanto, se tiene como eso.

Cuarto: Ésta, es una alegación de la parte actora; por tanto, se rechaza.

Quinto: Éste, tal como se ha redactado constituye una alegación de la parte demandante; por tanto, se rechaza.

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

Séptimo: Ésta, es una alegación de la parte actora; por tanto, se tiene como eso.

III. Las disposiciones legales que se aducen infringidas y sus conceptos de violación, son las siguientes:

A. El apoderado judicial de la recurrente estima que el Resuelto N°0124 de 2002, infringe el artículo 629, numeral 18, del Código Administrativo el cual dispone 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."

Como concepto de la violación el apoderado judicial de la actora argumentó lo que a seguidas se copia:

"Es insólito por decir la menos, que la Ministra del ramo invoque la norma que debe ejercer con exclusividad el Presidente de la República, para emitir un Resuelto, que carece de la aprobación y firma de la Sra. Presidenta de la República, y peor aún es que se invoque esa norma como sustento legal, cuando se ha incurrido en un abuso del poder, una desviación del poder, el ejercer funciones que según la norma corresponden a la autoridad máxima administrativa. (Cf. f. 9)

B. La parte actora ha señalado como infringido el artículo 155 de la Ley N°9 de 20 de junio de 1994, el cual a la letra expresa:

"Artículo 155: El documento que señale o certifique la acción de destitución, debe incluir la causal de hecho y de derecho por la cual se ha procedido a

la destitución y los recursos legales que le asisten al servidor público destituido."

En lo referente al concepto de la violación, el apoderado judicial de la demandante alegó lo que a continuación se escribe:

"Los actos impugnados, también son violatorios de la Ley 9 de 1994, ya que se invoca como sustento legal de la medida, sin señalar la norma precisa en la que se soporta la decisión. No obstante, admitiendo su aplicabilidad, tanto por la iniciativa de la autoridad censurada, como por la parte afectada, indicamos que se ha infringido el artículo 155 de la precitada Ley,...

Como el propio Ministerio acusado o demandado dice que aplicó la Ley 9 de 1994 para adoptar la medida, insistimos en que violó la norma transcrita, de manera directa por falta de aplicación, ya que no se ha establecido una sola causal de hecho que pueda justificar el despido, así como tampoco las normas que cualquier acto de la funcionaria destituida, hubiesen infringido y que conlleven la destitución como sanción. Es más, es (sic) artículo 156 de la Ley 9 de 1994, invocada por le propio Ministerio a, (sic) sanciona con la nulidad el incumplimiento del procedimiento de destitución.

Alegar que no está vigente la Carrera Administrativa, es admitir que se aplicó incorrectamente la Ley y por tanto es otro asidero legal más, para declarar la ilegalidad de lo actuado y censurado en esta demanda." (Cf. f. 9 y 10)

C. La parte demandante ha señalado como infringido el artículo 7 de la Ley 47 de 1997, "Orgánica del Ministerio de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia", el cual reza de la siguiente manera:

"Artículo 7: El Ministro o Ministra actúa con plena autoridad, investido de las atribuciones y responsabilidades constitucionales y legales, inherentes a la administración superior del Ministerio.

Le corresponde ejercer las siguientes funciones:

1...

10. Participar con el Presidente de la República, conforme las disposiciones constitucionales y legales que rigen la materia, en el nombramiento y remoción del personal a su cargo."

Respecto al concepto de la violación, el apoderado judicial de la recurrente explicó lo que a continuación se copia:

"La violación del (sic) esta norma es directa y por comisión, ya que la funcionaria titular del Ministerio espedidor (sic) del acto impugnado se abrogó facultades que no puede ejercer de manera unilateral, sino conjunta con el Presidente de la República, tratándose de la remoción del personal de la institución a su cargo. Tanto el resuelto 0124 de 20 de agosto de 2002 como la Resolución No. 062 de 8 de octubre de 2002 han sido emitidas con la firma de la Señora Ministra, omitiendo la participación de la Presidenta de la República que fue excluido por la acción caprichosa de la Ministra al asumir individualmente el ejercicio de las obligaciones que tenía que cumplir de manera conjunta. Este acto resulta nulo por cuento (sic) que al emitir la acción de personal de destitución se evitó que la Señora Presidente de la República tuviera participación legal como lo exige la Ley." (Cf. f. 10 y 11)

III. El Informe de Conducta.

El Señor Magistrado Sustanciador mediante el Oficio N°275 de 18 de febrero de 2003, requirió a la máxima autoridad del Ministerio de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia rindiera el correspondiente Informe Explicativo de Conducta, conforme lo exige el artículo 33 de la Ley 33 de 1946.

La Señora Ministra en tiempo oportuno, remitió su Informe a través de la Nota N°051/D.A.L./02/03 de 25 de

febrero de 2003, la cual en su parte medular manifestó lo siguiente:

"1. Que la señorita Ivell A. Ballestero D., fue nombrada, a través de Resuelto de Personal No.0001 del dos (2) de enero de dos mil uno (2001), por medio del cual se le hacía un nombramiento **Interino**, como Analista de Personal,...

2. Que la señorita Ivell Ballestero, cumplía la función, según asignación de Asistente de Asesoría Legal.

3. Que este tipo de **nombramiento interino, son contratos transitorios que se otorgan cuando el titular del cargo que se ocupa se encuentra de licencia sin sueldo, como es el caso que nos compete**; siendo la titular, la señora Vilma de Castillo, como se establece en el Resuelto de Personal No.001 de dos (2) de enero de dos mil uno (2001).

4. Que la figura de los Resueltos de Personal son documentos que utiliza la administración de Recursos Humanos para hacer nombramientos transitorios, ya sea, interinos o contingentes, ambos son contratos temporales, eventuales, según los artículos 175 y 176 de la Ley No.51 de 22 de noviembre de 2002, por la cual se dicta el Presupuesto General del Estado.

5. Que estos tipos de **Contratos Interinos**, como los Contingentes, son refrendados exclusivamente por la autoridad nominadora, con la debida notificación al Ministerio de Economía Finanzas (sic), Sección de Presupuesto de la Nación para su control y registro en la estructura de personal y a la Contraloría General de la República, Sección de Planilla, para su inclusión o su exclusión de la misma, según sea el caso que se presente.

6. Que estos **Resueltos de Nombramientos Interinos al otorgarle la potestad a la autoridad nominadora de nombrarlos, también le otorga la misma facultad para destituirlos**, pues son personales transitorios los cuales no están sujetos a procedimientos especiales de méritos." (el resaltado es de la Ministra). (Cf. f. 21 y 22)

IV. Contestación de la demanda por la Procuraduría de la Administración

Este Despacho discrepa de los argumentos esbozados por la parte recurrente, pues, de la lectura de las piezas procesales aportadas al caso bajo estudio, observamos que el cargo ocupado por la Señorita Ivell Ballesteros Díaz se encontraba adscrito al Despacho de la máxima autoridad de esa Institución estatal; por lo tanto, su nombramiento y destitución eran discrecionales de su superior jerárquico.

Nuestro criterio tiene base jurídica en el hecho que, para ser un funcionario con estabilidad en el cargo es indispensable que el servidor público participe en un concurso de méritos para optar a una posición, situación que no puede ser aplicada en el Ministerio de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia, ya que, el mismo no ha pasado a formar parte de la Ley N°9 de 1994, que implementa la Carrera Administrativa; por ende, los derechos y prerrogativas que concede esta normativa a los servidores públicos adscritos a esa entidad estatal, no le son aplicables a la señorita Ivell Ballesteros Díaz.

Aunado a lo expuesto debemos manifestar que, en el presente caso, no se está cuestionando que la demandante haya cometido algún acto incorrecto en el ejercicio de sus funciones, que conlleve a su destitución, sino que ésta ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción del Despacho de la Señora Ministra de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia; por lo que, podía ser removida del cargo en cualquier momento, en virtud que, no obtuvo el cargo que ocupaba a través del Mérito.

Sobre este t3pico, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en Sentencias fechadas 19 de junio de 1995 y 13 de marzo de 1998, de la siguiente manera:

Sentencia de 19 de junio de 1995:

"Ha sido doctrina constante y reiterada de esta Corte que la estabilidad en el cargo debe estar amparada por una Ley de carrera Administrativa, y no por un Reglamento como alega la recurrente, que es una norma de rango inferior a la ley reguladora de la misma, dado que de lo establecido en el art3culo 300 de la Constituci3n Nacional se desprende, claramente, que las carreras en los servicios p3blicos s3lo pueden establecerse mediante ley, conforme a los principios de sistema de m3ritos.

Aunado a que a3n en el evento de que no se hubiesen cumplido los procedimientos reglamentarios, no le asiste la raz3n al recurrente puesto que la destituci3n de los funcionarios p3blicos no amparados por carrera administrativa es de potestad discrecional del ente nominador ya que su condici3n est3 sealada de antemano por las leyes y los reglamentos.

Sentencia de 13 de marzo de 1998:

"Esta Sala reitera que en nuestro pa3s no rige desde la expedici3n del Decreto de Gabinete N3137 de 1969 la Carrera Administrativa, y en virtud de ello, los funcionarios p3blicos al estar desprovistos de dichas normas protectoras, est3n sujetos al r3gimen de libre remoci3n y nombramiento. Igualmente mantiene el criterio que el acto mediante el cual se nombra a un empleado p3blico es de un acto condici3n que puede ser modificado unilateralmente por el estado, salvo que la Constituci3n o la ley disponga otra cosa, hecho que no sucede en este caso; tambi3n se ha sostenido que la v3a para lograr estabilidad en ciertos cargos, es el concurso y en el caso que nos ocupa tampoco se demuestra ese hecho.

A juicio de la Sala Tercera, el nombramiento del se3or LEONIDAS CASTILLO es un acto condici3n sometido

a una relación de derecho público, razón por la cual al momento de su destitución no estaba amparado por la estabilidad en el cargo, pues, como lo anotamos con anterioridad, la carrera administrativa fue abolida en 1969, y, la vigencia de la carrera administrativa desde 1994 no incide en este proceso." (las subrayas son nuestras)

Por lo anterior, consideramos que la demandante al no ser una servidora pública de carrera, le está vedado a la Administración Pública aplicarle el procedimiento especial para desvincularla de su relación, contenido en la Ley N°9 de 1994.

En otro orden, es necesario dejar plasmado que si bien, el Resuelto N°0124 de 2002, no fue firmado por la señora Presidenta de la República, esto no es razón para considerar que el mismo es ilegal; toda vez que, el Informe de Conducta, debidamente transcrito en párrafos anteriores, explica por sí solo las circunstancias que motivaron a la señora Ministra de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia, a firmar el acto administrativo que desvinculaba a la señorita Ballesteros Díaz de esa entidad ministerial, sin que la Presidenta de la República conociera de su destitución.

Por consiguiente, opinamos que, el Resuelto N°0124 atacado de ilegal no ha infringido los artículos 629, numeral 18, del Código Administrativo, el artículo 155 de la Ley N°9 de 1994 y el artículo 7 de la Ley N°42 de 1997.

En torno a la infracción del artículo 295 de nuestra Carta Política Nacional, debemos manifestar que a la Sala Tercera le compete el control de la legalidad de los actos emitidos por las autoridades administrativas, no así el control de la constitucionalidad de las normas, aspecto que es de competencia exclusiva del Honorable Pleno de la Corte

Suprema de Justicia; por consiguiente, nos abstendremos de emitir nuestra posición respecto a esta infracción.

Cabe destacar que, la Honorable Sala de lo Contencioso Administrativo en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre el particular, siendo una reciente la Sentencia fechada 20 de noviembre de 2001, la cual en su parte medular expresa lo siguiente:

"Finalmente, y en lo que atañe a la posible violación del artículo 255 de la Constitución Nacional, que prohíbe la apropiación privada de las riberas de las playas, la Sala debe necesariamente inhibirse de cualquier pronunciamiento al respecto, pues carece de competencia para ejercer el control de la constitucionalidad, lo que no impide sin embargo, que el asunto sea debatido ante las instancias judiciales competentes."

En virtud de las consideraciones expuestas, reiteramos respetuosamente nuestra solicitud a los Señores Magistrados que conforman la Honorable Sala Tercera, para que denieguen las peticiones formuladas por el apoderado judicial de la recurrente; ya que no le asiste la razón en las mismas, tal como lo hemos expuesto en este escrito.

V. Pruebas: Aceptamos, solamente, los documentos originales y copias debidamente autenticadas.

Aducimos el expediente administrativo, que reposa en los archivos del Ministerio de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia.

VI. Derecho: Negamos el invocado, por la demandante.

Señor Magistrado Presidente,

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

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materia: destitución
Libre nombramiento y remoción,
Carrera Administrativa
Concurso de Méritos

**BORRADOR REVISADO POR MANUEL BERNAL
7 DE ABRIL DE 2003.**

MAGISTRADO: WINSTON SPADAFORA
EXP.686-02
REPARTIDO: 17-3-03
Proyecto: 4 abril de 2003.