

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación de
la Demanda.**

El Licenciado Narciso Herrera en representación de **Eliécer Rodríguez G.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución de Personal N°521 de 18 de octubre de 2002 expedida por los **Magistrados del Tribunal Electoral.**

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

Como lo hacemos habitualmente, acudimos respetuosamente ante Vuestro Despacho con la finalidad de dar formal contestación a la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

Como es de su conocimiento, en estos tipos de procesos actuamos en defensa del acto acusado y, por ende, de la Administración, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, Libro Primero, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. La pretensión del demandante.

El abogado del demandante solicita a los Honorables Magistrados que se formulen las siguientes declaraciones:

Primero: Que se decrete la nulidad, por ilegal, de la Resolución N°521 del 18 de octubre de 2002, por medio de la cual se desvinculó del TRIBUNAL ELECTORAL a Eliécer Rodríguez Guerra.

Segundo: Que se decrete la nulidad, por ilegal, del Acuerdo 5 de Sala de Acuerdos 43 de 6 de noviembre de 2002, mediante el cual se confirma la decisión de destitución emitida en la Resolución 521, citada previamente.

Tercero: Que se restituya a ELIÉCER RODRÍGUEZ G. en el cargo de Jefe del Departamento de Servicios Administrativos, con funciones de Director del Registro Electoral (cargo real que ejercía al momento de su destitución). Posición 1194, Planilla 40, Sueldo B/.1,150.00.

Cuarto: Que se le pague a ELIÉCER RODRÍGUEZ GUERRA los salarios caídos desde el momento de su suspensión, hasta su formal y real reintegro.

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

Primero: Éste no es un hecho, sino argumentaciones del demandante, que negamos.

Segundo: Este hecho no es cierto como se expone; por tanto, lo negamos.

Tercero: Este hecho no es cierto como se redacta; por tanto, lo negamos.

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

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

Sexto: Éste no es un hecho, sino argumentaciones del demandante, que negamos.

III. Las disposiciones jurídicas invocadas por los recurrentes como infringidas, son las que a seguidas se analizan:

a. Artículo 752 del Código Administrativo.

"Artículo 752: Las autoridades de la República han sido instituidas para proteger a todas las personas residentes en Panamá, en sus vidas,

honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos. También han sido instituidas para la administración y fomento de los intereses públicos, a fin de que marchen con la apetecida regularidad y contribuyan al progreso y engrandecimiento de la nación."

Concepto de la infracción:

La norma legal arriba transcrita se dice que ha sido infringida en concepto de violación directa, por omisión.

El demandante asume que la norma invocada, al igual que el artículo 17 de la Constitución Política, es de carácter programático; no obstante, manifiesta que los funcionarios públicos responsables de la realización del acto impugnado, es decir, los Magistrados del Tribunal Electoral, han vulnerado el mandato legislativo, al infringir los derechos del servidor destituido, sin expresarse siquiera en el acto de destitución las causales para esa desvinculación.

b. Artículo 152 de la Ley No. 9 de 20 de junio de 1994 (Gaceta Oficial No. 22.562 de martes 21 de junio de 1994).

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

16. autoridades competentes respectivas;"

Concepto de la infracción.

El demandante indica que la norma citada ha sido infringida en concepto de violación directa, por omisión, por no acogerse el mandato expreso proveniente del Órgano Judicial específicamente el Oficio 1277 de 13 de septiembre de 2002 proferido por el Honorable Juez Séptimo del Circuito, Ramo Penal, del Primer Circuito Judicial, Licdo. Felipe O. Fuentes en el que solicita dejar sin efecto la suspensión del

cargo, según el Oficio 2125 de 13 de septiembre de 2001 de la Fiscalía XV de Circuito del Primer Circuito Judicial.

También esgrime que se vulneraron sus derechos, toda vez que mediante Fallo expresado en la Resolución de 16 de agosto de 2002, el señor Rodríguez Guerra fue absuelto de los cargos que se le formularon en instancias fuera del Tribunal Electoral.

c. Artículo 153 de la Ley No. 9 de 20 de junio de 1994 (Gaceta Oficial No.22.562 de martes 21 de junio 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.

La norma transcrita, mediante la ejecución de la destitución objeto de la demanda, ha sido vulnerada en concepto de violación directa, por omisión.

A juicio del demandante la norma invocada se incumplió, porque lo actuado por los Magistrados del Tribunal Electoral riñe con el debido proceso, dado que nunca se le permitió la oportunidad a una legítima defensa, ni exponer su versión de los hechos por los cuales se le destituyó.

d. Artículo 118 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000.

"Artículo 118. La autoridad encargada de decidir el proceso no podrá conocer de un asunto en el cual esté impedido. Son causales de impedimento las siguientes:

1. El parentesco, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, entre el funcionario

encargado de decidir o su cónyuge y alguna de las partes;

2. Tener interés personal en el proceso, el funcionario encargado de decidirlo, su cónyuge o alguno de sus parientes en los grados expresados en el numeral anterior;
3. Ser la autoridad encargada de decidir el proceso o su cónyuge, adoptante o adoptado de alguna de las partes; o depender económicamente una de las partes de la autoridad;
4. Ser el funcionario encargado de decidir, su cónyuge o algún pariente de éstos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, socio de alguna de las partes;
5. Haber intervenido la autoridad encargada de decidir, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro de los grados indicados, en el proceso, como funcionario encargado de resolver, Agente del Ministerio Público, testigo, apoderado o asesor, o haber dictaminado por escrito respecto de los hechos que dieron origen a éste;
6. Habitar la autoridad encargada de resolver, su cónyuge, sus padres o sus hijos, en casa de alguna de las partes, o comer habitualmente en mesa de dicha parte, o ser arrendador o arrendatario de ella;
7. Ser la autoridad encargada de decidir o sus padres o su cónyuge o alguno de sus hijos, deudor o acreedor de alguna de las partes;
8. Ser la autoridad encargada de decidir o su cónyuge, curador o tutor de alguna de las partes;
9. Haber recibido la autoridad encargada de decidir, su cónyuge, alguno de sus padres o de sus hijos, donaciones o servicios valiosos de alguna de las partes dentro del año anterior al proceso o después de iniciado éste, o estar instituido heredero o legatario por alguna de las partes, o estarlo su cónyuge o

alguno de sus ascendientes, descendientes o hermanos;

10. Haber recibido la autoridad, su cónyuge, alguno de sus padres o de sus hijos, ofensas graves de alguna de las partes, dentro de los dos años anteriores a la iniciación del proceso;
11. Tener alguna de las partes proceso, denuncia o acusación pendiente o haberlo tenido dentro de los dos años anteriores, contra la autoridad que debe decidir el proceso, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos;
12. Haber intervenido la autoridad encargada de decidir en la formación del acto o del negocio objeto del proceso;
13. Estar vinculada la autoridad encargada de decidir con una de las partes, por relaciones jurídicas susceptibles de ser afectadas por la decisión;
14. Ser la autoridad encargada de decidir y alguna de las partes, miembros de una misma sociedad secreta;
15. La enemistad manifiesta entre la autoridad encargada de decidir y una de las partes;
16. Ser el superior, cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del inferior cuya decisión tiene que revisar;
17. Tener la autoridad encargada de decidir pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe decidir; y
18. La señalada en los artículos 49 y 193 de esta Ley."

Concepto de la infracción.

La norma transcrita se dice que ha sido vulnerada en concepto de violación directa, por omisión.

El abogado del recurrente al explicar en que consiste la supuesta violación de la norma, hace referencia a una serie de situaciones que a su juicio, contribuyeron a la destitución del señor Rodríguez. e. Artículo 760 del Código Judicial.

Artículo 760. (749) Ningún Magistrado o Juez podrá conocer de un asunto en el cual esté impedido. Son causales de impedimento:

1. El parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad entre el Juez o su cónyuge, y alguna de las partes;
2. Tener interés debidamente acreditado en el proceso, el Juez o Magistrado, su cónyuge o alguno de sus parientes en los grados expresados en el ordinal anterior;
3. Ser el Juez o Magistrado o su cónyuge, adoptante o adoptado de alguna de las partes; o depender económicamente una de las partes del Juez o Magistrado;
4. Ser el Juez o Magistrado, su cónyuge o algún pariente de éstos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, socio de alguna de las partes;
5. Haber intervenido el Juez o Magistrado, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro de los grados indicados, en el proceso, como Juez, agente del Ministerio Público, testigo, apoderado, o asesor, o haber dictaminado por escrito respecto de los hechos que dieron origen al mismo;
6. Habitar el Juez, su cónyuge, sus padres o sus hijos, en casa de alguna de las partes, o comer habitualmente en mesa de dicha parte, o ser arrendatario o arrendador de ella;
7. Ser el Juez o Magistrado o sus padres, o su cónyuge o alguno de sus hijos, deudor o acreedor de alguno de las partes;

8. Ser el Juez o Magistrado o su cónyuge, curador o tutor de alguna de las partes;
9. Haber recibido el Juez o Magistrado, su cónyuge alguno de sus padres o de sus hijos, donaciones o servicios valiosos de alguna de las partes dentro del año anterior al proceso o después de iniciado el mismo, o estar instituido heredero o legatario por alguna de las partes, o estarlo su cónyuge o alguno de sus ascendientes, descendientes o hermanos;
10. Haber recibido el Juez o Magistrado, su cónyuge, alguno de sus padres o de sus hijos, ofensas graves de alguna de las partes dentro de los dos años anteriores a la iniciación del proceso;
11. Tener alguna de las partes proceso, denuncia o querrela pendiente o haberlo tenido dentro de los dos años anteriores, contra el Juez o Magistrado, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos;
12. Haber intervenido el Juez o Magistrado en la formación del acto o del negocio objeto del proceso;
13. Estar vinculado el Juez o Magistrado con una de las partes por relaciones jurídicas susceptibles de ser afectadas por la decisión;
14. Ser el Juez o Magistrado y alguna de las partes miembros de una misma sociedad secreta;
15. La enemistad manifiesta entre el Juez o Magistrado y una de las partes;
16. Ser el superior cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del inferior cuya resolución tiene que revisar; y
17. Tener el Juez o Magistrado pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar."

Concepto de la infracción.

La norma transcrita se dice que ha sido vulnerada en concepto de violación directa, por omisión.

El abogado del demandante manifiesta que, posteriormente, su representado reportó al Honorable Magistrado Eduardo Valdés E. que 113 ciudadanos ejercieron el doble voto, sin que hasta la fecha ninguno haya sido sancionado por tal delito, la manera tergiversada como se pretende seleccionar los jurados de mesa y otras anomalías planeadas para las elecciones de 2004, se trató de buscar la fórmula para deshacerse de un adversario que impediría la concreción de estos planes. Añade que por esa razón se produjo una injusta e ilegal insubsistencia del cargo.

f. Artículo 116 del Decreto No. 76 de 5 de abril de 1979 (Por el cual se establece el Reglamento Interno del Tribunal Electoral).

"Artículo 116: Las medidas disciplinarias por orden de gravedad son las siguientes: a) Amonestación privada que consiste en una reprensión que se hace personalmente al servidor sin dejar constancia en su hoja de servicio. El servidor afectado tendrá la oportunidad de explicar su conducta; pero no apelar la medida impuesta; b) Censura; por escrito, que consiste en una reprensión formal que se hace al servidor y de la cual se deja constancia en su hoja de servicio; c) Multa hasta de diez balboas (B/.10.00); ch) Suspensión temporal, sin goce de sueldo; d) Descanso o rebaja de categoría; y, e) Destitución del cargo".

Concepto de la infracción.

El abogado del recurrente considera que la norma anterior ha sido vulnerada en concepto de violación directa, por omisión.

El colega manifiesta que el legislador dispone expresamente la aplicación de sanciones previas a la

destitución, en el evento de haberse cometido faltas, para el caso del señor Rodríguez Guerra no se le aplicaron sanciones previas de ninguna índole, sino que sencillamente lo destituyeron, sin siquiera la existencia de causal alguna que tuviera la categoría de falta disciplinaria.

Defensa del acto acusado por la Procuraduría de la Administración.

Esta Procuraduría observa que el demandante expone una serie de argumentos que carecen de veracidad y de sustento jurídico, básicamente porque los mismos no fueron probados por él en la etapa gubernativa, ni junto con el libelo de la demanda.

Aunado a lo anterior, el demandante no ha demostrado que él es un funcionario de carrera administrativa, de manera que pueda ampararse por los beneficios que dicha Ley le otorga y, mucho menos, ha aportado pruebas relativas a su ingreso a la institución, mediante concurso de mérito, por lo que debe entenderse que él es un funcionario de libre nombramiento y remoción.

"...Resumiendo los conceptos expuestos, como los demandantes no probaron su ingreso por concurso de méritos, no gozaban de estabilidad en sus cargos, y por tanto, no estaban amparados por la Ley de Carrera Administrativa. Al ser funcionarios de libre nombramiento y remoción, podían ser declarados insubsistentes en cualquier momento por la autoridad nominadora. De allí que carece de asidero jurídico el cargo de infracción del artículo 10 de la comentada ley. **(Sentencia de 10 de mayo de 2000).** (Abel Pitti Lescure y otros, -vs- Decreto Ejecutivo 18 de 8 de abril de 1997, dictado por el MIDA) (Lo resaltado en la Sentencia citada es de la Sala y lo propio en el último párrafo corresponde a esta Procuraduría).

"... la señora IRIA CONTRERAS cuando fue separada de su cargo, no gozaba de estabilidad porque no estaba amparada por los beneficios de una ley especial o de la Ley de 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.

Esto es así, porque la Ley de Carrera Administrativa N°9 de 20 de junio de 1994, apenas está en etapa de implementación y en la fecha en que se dictó el acto impugnado, el Ministerio de Gobierno y Justicia no había sido incorporado al sistema de Carrera Administrativa como lo ordena el artículo 198 de la citada Ley N°9 de 1994. La Sala estima necesario señalar que, dicho Ministerio fue incorporado al Régimen de Carrera Administrativa mediante Resolución de Gabinete N°128 de 17 de septiembre de 1998 (Ver Gaceta Oficial N° 23,665 de 22 de septiembre de 1998), es decir, ocho meses después de haberse dictado el Decreto de Personal N°300 mediante el cual se destituyó a la señora IRIA CONTRERAS...

Como la demandante no gozaba de estabilidad en la posición que ocupaba en el Ministerio de Gobierno y Justicia al momento de ser destituida, la autoridad nominadora podía, **a su discreción**, destituirla, y así lo hicieron al señor Presidente de la República y el señor Ministro de Gobierno y Justicia, debidamente facultados por ley.

Es conveniente resaltar que al impugnar el Decreto N°300 de 23 de diciembre de 1997 que la separó del cargo, IRIA CONTRERAS ejerció su derecho a defensa y presentó sus descargos por medio del recurso de reconsideración.

Por lo expuesto, debe esta Sala desestimar los cargos de violación endilgados por la parte actora.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley DECLARA QUE NO ES ILEGAL el Decreto de Personal N°300 de 23 de diciembre de 1997, dictado por conducto del Ministerio de Gobierno y Justicia y NIEGA las otras declaraciones pedidas." **(Sentencia fechada 4 de febrero de 2000)** (Lo resaltado es de la Procuraduría de la Administración)

- o - o -

"Con relación a este punto le asiste la razón a la Procuradora de la Administración al señalar que la separación administrativa en el presente caso se produce en virtud de **la voluntad discrecional de la Administración** activa que lo nombró, según el régimen de libre nombramiento y remoción.

Significa esto que la medida adoptada con relación al señor ORTEGA, es de carácter disciplinario y no correccional, la cual es la consagrada en el artículo 829 del Código Administrativo, razón por la que los argumentos del actor no prosperan en el presente caso dado que el señor ORTEGA no estaba sujeto a la carrera administrativa, es decir aquella a la que se ingresa por concurso de mérito y no por libre nombramiento.

El señor HECTOR ORTEGA no estaba amparado por una Ley de Carrera Administrativa, por lo que la separación de que fue objeto deriva de la voluntad discrecional de la Administración activa que lo nombró, según el régimen de libre nombramiento y remoción." **(Sentencia de 20 de junio de 1996, Sala Tercera, de la Corte Suprema de Justicia.)**

Esta Procuraduría observa que el abogado que defiende los intereses del demandante ha incurrido en una confusión al asemejar los procesos administrativos y los procesos penales; así como sus efectos.

Dichos criterios ya fueron aclarados por la Corte Suprema de Justicia, la que ha dicho de manera clara que se trata de procesos distintos y con efectos distintos; veamos:

“También ha advertido la Corte cierta confusión entre el derecho penal y el poder disciplinario. Algunos demandantes tienden a creer que el poder disciplinario es una manifestación o una modalidad del derecho penal, sujeta a todas las prerrogativas o garantías de éste. Pero ello no es así. Todos los autores que tratan la materia hacen constar que el poder discrecional no forma parte del derecho penal.

Así CAPITANT define el poder disciplinario en los términos siguientes:

‘Competencia del superior jerárquico o de órganos representativos de los cuerpos políticos, judiciales, administrativos o profesionales, para aplicar sanciones apropiadas, extrañas al orden penal, a aquellas personas que, colocadas bajo su autoridad o control, han faltado a los deberes profesionales o han adoptado una actitud capaz de comprometer el buen nombre del cuerpo al que pertenecen’. (CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico, traducción española, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 32. Subraya la Corte).

A su vez, SERRA ROJAS, al tratar del poder disciplinario, afirma lo siguiente:

‘No debe confundirse el poder disciplinario con el derecho penal aunque los dos tengan como carácter el de ser procedimiento de represión para fines sociales. El derecho penal se aplica a todos, el poder disciplinario sólo a los funcionarios o empleados en el ejercicio de su cargo.

Las sanciones penales deben estar precedidas de las garantías constitucionales, en cambio el poder disciplinario implica procedimientos más atenuados, con una estimación discrecional...’ (SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo, 5ª. Ed., 1972, México, Tomo I, pp. 472 -473.)

En ese mismo sentido SAYAGUEZ LASO, ya citado, establece las siguientes distinciones entre la represión disciplinaria y la penal:

a. En derecho penal rige el principio nulla poena sine lege; en cambio, la potestad disciplinaria es de principio y no requiere la previa determinación de los hechos punibles ni de las sanciones aplicables.

b. La sanción penal se impone mediante acto jurisdiccional, que hace cosa juzgada; la sanción disciplinaria es siempre un acto administrativo.

c. La aplicación de la sanción penal es imperativa luego de constatado el hecho punible; en cambio, la administración posee cierta discrecionalidad para imponer sanciones.

d. La sanción disciplinaria no excluye la penal, ni ésta a aquélla, pues tutelan órdenes jurídicas distintas y persiguen finalidades diferentes: asegurar el buen servicio administrativo de aquélla; la represión penal ésta. (SAYAGUEZ LASSO, op. Cit., tomo I, pp. 226 - 27)

Con lo expuesto parece quedar esclarecida la distinción entre el derecho penal y derecho disciplinario.

Estima la Corte, asimismo, que igualmente ha quedado bien determinada la circunstancia de que la única sanción autorizada... la destitución -es típicamente disciplinaria y, por tanto, de carácter administrativo. De ahí que, con respecto a ella, no rijan necesariamente las prerrogativas o garantías penales previstas en la Constitución." (Fallo de 20 de octubre de 1995. Pedro Moreno González, versus, el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial, expedido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el fallo de 23 de mayo de 1991, en el cual se acumularon tres demandas, la primera presentada por ISAAC RODRIGUEZ, la segunda por el Lic. SANTANDER TRISTAN y la tercera de ROLANDO MILLER,

emitida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia).

Como se ha visto, existe una diferencia marcada entre el proceso penal (investigado por la Fiscalía Décima Quinta del Primer Circuito Judicial de Panamá) y la decisión administrativa disciplinaria (que aplicó el Tribunal Electoral), de allí que el Sobreseimiento Provisional de una pena, no tiene efectos en el proceso administrativo disciplinario.

Ello es así, porque el Derecho Disciplinario comprende los deberes de los empleados públicos, sus faltas disciplinarias, el procedimiento disciplinario y las sanciones también de índole disciplinarias que sean aplicables, según cada caso o la gravedad de la falta, como se ha señalado.

El incumplimiento de las responsabilidades al ejercer las funciones, implica para los Servidores Públicos la infracción de las normas que regulan el Régimen Disciplinario, y de las prohibiciones expresas que estas normas establecen.

De ahí la obligación en la observancia del ordenamiento jurídico de conductas, susceptibles de sanción, en caso de que las mismas sean contrariadas.

Esta Procuraduría prohíja el criterio expuesto por el Magistrado Presidente del Tribunal Electoral consignado en el Informe de Conducta dirigido al Honorable Magistrado Sustanciador.

Dicho funcionario señaló que el señor Eliécer Rodríguez Guerra fue nombrado en la institución demandada, mediante Resolución 438 de 7 de julio de 1992, atendiendo a la facultad que tiene el Tribunal Electoral para nombrar

libremente al personal subalterno a sus distintas direcciones sustantivas; es decir, su nombramiento obedeció a una actuación discrecional de la entidad nominadora, sin que mediase para tal acto concurso de mérito alguno, situación que dispuso que el señor Rodríguez Guerra adquiriese la condición de funcionario de libre nombramiento y remoción.

En tal sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 19 de julio de 1996, señaló que el Tribunal Electoral, en su condición de entidad nominadora de la Dirección Nacional de Organización Electoral, está facultado a su discreción, para destituir a su personal, habida cuenta que el Tribunal Electoral no ha ingresado al sistema de Carrera Administrativa y por consiguiente, el recurso humano adscrito a sus distintas dependencias no están amparados en el régimen de estabilidad laboral consagrado en la Ley de Carrera Administrativa, tal cual como detallamos a continuación:

"El 21 de junio de 1994 fue promulgada la Ley N° 9 de 20 de junio de 1994 que restablece y regula la Carrera Administrativa y que deroga el Decreto de Gabinete N° 1 de 1989 y todas las normas que le sean contrarias, incluyendo la Ley N° 4 de 1961 y el Decreto de Gabinete N° 137 de 1969. Esta ley en su artículo 198 dispone que la incorporación de los diversos niveles funcionales e instituciones de la administración pública a la carrera administrativa, será progresiva y se hará mediante acuerdo del Consejo de Gabinete, hecho que no se ha dado. En virtud de esta circunstancia podemos afirmar que el señor (...) al momento de su destitución, no estaba amparado por una ley de carrera administrativa en la posición que ocupaba en el Tribunal Electoral, y la autoridad nominadora estaba facultada para destituirlo a su discreción." (Fallo de 19 de julio de 1996).

La posición anterior ha sido utilizada, por decisión de la Sala de Acuerdos, para declarar insubsistente el nombramiento que se le hizo al señor Eliécer Rodríguez Guerra, mediante Resolución de Personal N°521 de 18 de octubre de 2002; acto administrativo que al ser notificado al precitado Rodríguez Guerra, fue recurrido por el afectado mediante recurso de reconsideración, el cual fue resuelto mediante Acuerdo 5 de la Sala de Acuerdos 43 de 6 de noviembre de 2002, que confirmó en todas sus partes la Resolución cuestionada.

A juicio de esta Procuraduría, ello demuestra que al demandante sí se le dio oportunidad de defensa y de exponer las razones que sustentan sus argumentos.

La Ley 4 de 10 de febrero de 1978, Orgánica del Tribunal Electoral, establece la facultad de la institución de nombrar al personal subalterno necesario para su funcionamiento, y por consiguiente, se desprende su correlativa potestad para desvincularse de los mismos; lo que se reafirma en el Decreto 16 de 6 de noviembre de 2002, que subrogó el Decreto 76 de 5 de abril de 1979 y sus modificaciones, contenido del Reglamento Interno del Tribunal Electoral, el cual dispone y faculta a la Sala de Acuerdos (en función de la capacidad reglamentaria de la institución consagrada en la referida Ley 4), para adoptar las decisiones en materia de acciones de personal y situaciones internas de los funcionarios del Tribunal Electoral, entre ellas la declaratoria de insubsistencia.

En **esta materia, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativa** de la Corte Suprema de Justicia, ha **señalado en fallos de 18 de octubre** de 1996 y 5 de junio de 1997, que

la destitución por insubsistencia es un acto propio de la administración pública aplicable a los funcionarios de libre nombramiento y remoción cuando así lo estime conveniente la entidad nominadora y sin necesidad de que exista motivación alguna, tal cual a continuación se observa:

"Cuando se trata de un empleado no amparado por fuero especial que otorga la carrera administrativa el mismo puede ser removido de su cargo en virtud de una declaratoria de insubsistencia que según palabras de 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. (...) La declaratoria de insubsistencia es una medida instituida en pro de la administración y como todos sus actos está amparado por la presunción de ilegalidad". (Fallo de 18 de octubre de 1996).

- o - o -

"Hay que tener presente que esta forma de despido es una potestad discrecional, con las que cuentan las instituciones públicas en los casos de los empleados de libre nombramiento y remoción. Tal como lo ha sostenido la Sala Tercera en sentencia de 26 de agosto de 1996 y 3 de junio de 1997. (...) Dicha declaratoria de insubsistencia puede ser declarada libremente, por la autoridad nominadora sin tener necesariamente, que motivar la providencia siempre y cuando la autoridad nominadora se haya persuadido de su conveniencia y oportunidad". (Fallo de 5 de junio de 1997).

En consecuencia, los cargos de ilegalidad imputados contra la Resolución 521 de 18 de octubre de 2002 y el Acuerdo 5 de la Sala de Acuerdos 43 de 6 de noviembre de 2002, no son viables ya que la declaratoria de insubsistencia es una facultad legal de la administración pública, y confirmada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de

Justicia, que ha sido otorgada a todas las entidades estatales cuyos funcionarios no se encuentran amparados por un régimen de estabilidad, como lo es el caso del Tribunal Electoral, en donde su personal subalterno ingresa como un acto discrecional de la entidad nominadora y poseen la condición de funcionarios de libre nombramiento y remoción, con la finalidad de que puedan ser removidos de acuerdo con las necesidades y conveniencia de que éstos no deban continuar prestando sus servicios.

Por consiguiente, la declaratoria de insubsistencia del señor Eliécer Rodríguez Guerra, constituye un acto del Tribunal Electoral bajo el convencimiento de que no es conveniente de que el mismo continúe prestando sus servicios a la institución, y por consiguiente, no estamos infringiendo ninguna disposición de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, la cual en este caso concreto no es aplicable por falta de incorporación del Tribunal Electoral a la Carrera Administrativa.

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría reitera su solicitud a los Honorables Magistrados para que se desestimen las pretensiones del demandante y, en su lugar, se declare la legalidad de la Resolución de Personal N°521 de 18 de octubre de 2002 expedido por los Magistrados del Tribunal Electoral.

Pruebas: Aceptamos únicamente los documentos aducidos que constituyan originales y copias debidamente autenticadas.

Derecho: Negamos el invocado por el demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

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

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materia:
destitución

Indira
Exp. N°348-03
Entrada: 28-05-03
Magistrado: Spadafora
Asignado: 14-07-03
Proyecto: 13-08-03