

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 934

Panamá, 25 de agosto de 2017

Proceso Contencioso
Administrativo de Viabilidad
Jurídica de Refrendo.

Concepto de la Procuraduría
de la Administración.

La Licenciada Pastora González, actuando en nombre y representación de la **Contraloría General de la República**, solicita que la Sala Tercera se pronuncie sobre la viabilidad jurídica de refrendo de la Planilla y Cheque 023729 de 12 de enero de 2017, por un monto de B/.1,641,057.68, emitidos por la **Autoridad Marítima de Panamá**.

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

Acudo ante Usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 5 de la Ley 38 de 2000, en concordancia con el artículo 77 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, con la finalidad de intervenir en interés de la ley en el proceso contencioso administrativo de viabilidad jurídica de refrendo descrito en el margen superior.

I. Antecedentes.

Al revisar las constancias procesales, este Despacho observa que el señor Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá, mediante la Nota ADRM-3418-11-2016-OIRH de 23 de noviembre de 2016, envió para refrendo la planilla correspondiente al pago de bonificación e incentivo a servidores de esa entidad, a la vez que solicitó la emisión de los cheque correspondientes al pago de bonificación e incentivo a servidores de la misma, con fundamento en la Resolución de la Junta Directiva J.D. 024-2015 de 26 de febrero de 2015, publicada en Gaceta Oficial 27798 de 9 de junio de 2015 y el Decreto Ejecutivo

471 de 10 de julio de 2015, emitido por conducto del Ministerio de Presidencia, publicado en Gaceta Oficial 27822 de 13 de julio de 2015, que regula la materia (Cfr. foja 2 del expediente judicial).

A través de la Nota 6923-16-DFG-SUBD de 9 de diciembre de 2016, la **Contraloría General de la República negó el refrendo solicitado**, indicando que los actos bajo análisis no están ceñidos a derecho, especialmente porque no existe una Ley General de Sueldo emitida por la Asamblea Nacional que conceda tales beneficios a los servidores de la Autoridad Marítima de Panamá (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

Al respecto, el Administrador de la Autoridad Marítima de Panamá, mediante la Nota ADM 0135-01-17 OAL de 12 de enero de 2017, dirigida a la Contraloría General de la República, **insistió en el refrendo de la planilla y del cheque 023729**, para reconocer derecho de incentivos por Desempeño a los servidores de esa entidad estatal, que incluirá un aguinaldo equivalente a un (1) mes de salario y bono por desempeño (Cfr. fojas 36-41 del expediente judicial).

En tal sentido, entre los fundamentos de Derecho que sustentan la acción promovida por la Contraloría General de la República se encuentra el artículo 77 de la Ley 32 de 1984, cuyo texto dice:

"Artículo 77. La Contraloría improbará toda orden de pago contra un tesoro público y los actos administrativos que afecten un patrimonio público, **siempre que se funde en razones de orden legal o económico que ameriten tal medida.** En caso de que el funcionario u organismo que emitió la orden de pago o el acto administrativo **insista en el cumplimiento de aquélla o de ésta, la Contraloría deberá cumplirlos o, en caso contrario, pedir a la Sala de lo Contencioso - Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que se pronuncie sobre la viabilidad jurídica del pago o del cumplimiento del acto.**

No obstante, lo dispuesto en el inciso anterior, el funcionario u organismo encargado de emitir el acto, una vez improbado éste por la Contraloría, puede también someter la situación planteada al conocimiento del Consejo de Gabinete, de la Junta Directiva, Comité Directivo, Consejo Ejecutivo, Patronato o cualquiera otra corporación administrativa que según el caso ejerza la máxima autoridad administrativa en la institución, a efecto de que ésta decida si se debe insistir o no en la emisión del acto o en el

cumplimiento de la orden. En caso de que dicha corporación decida que el acto debe emitirse o que la orden debe cumplirse, la contraloría deberá refrendarlo, pero cualquier responsabilidad de que del mismo se derive recaerá, de manera conjunta y solidaria, sobre los miembros de ella que votaron afirmativamente. En caso de que la decisión sea negativa, el funcionario u organismo que emitió el acto o libró la orden se abstendrá de insistir en el refrendo". (El resaltado es nuestro).

II. Fundamento de la negación del refrendo por parte de la Contraloría.

La Contraloría General de la República manifestó mediante la Nota 6923-16-DFG-SUBD de 9 de diciembre de 2016, lo siguiente:

"... el análisis jurídico de las disposiciones emitidas para sustentar este aguinaldo nos lleva a considerar que las mismas incumplen lo dispuesto en los Artículos 277, 278 y 302 de la Constitución, ya que se asumen competencias exclusivas de la Asamblea Nacional al tenor de lo dispuesto en el Artículo 159, numeral 2 de la Carta Fundamental. Entonces al no haberse emitido una Ley General de Sueldos que contemple entre otros, lo relativo al reconocimiento del pago, bonificaciones y otros incentivos, concluimos que no es viable refrendar la planilla en cuestión.

Además de lo indicado, se advierte que el pago no contempla las deducciones legales que determina la Ley; específicamente el Código Fiscal, en su Artículo 732, relacionado con el impuesto sobre la renta deducible a los sueldos, dietas, pensiones, ingresos por gastos de representación, bonificaciones, honorarios y demás remuneraciones por servicios personales o profesionales que devenguen los empleados públicos

Finalmente, observamos que el detalle del pago en cuestión, incluye 16 casos en los que se ha considerado el concepto de 'Gastos de Representación' para calcular el citado aguinaldo; no obstante, dicha remuneración es adicional al salario, como ha sido definida en el Manual de Clasificaciones del Gasto Público emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas. (Cfr. fojas 28 del expediente judicial).

III. Fundamento de la Viabilidad Jurídica y el Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Como se ha indicado, la apoderada judicial de la Contraloría General de la República, explica que el señor Contralor se negó a dar su refrendo a la planilla y al cheque 023729, que reconoce el derecho de incentivos por Desempeño a los servidores de esa entidad estatal, que incluirá un aguinaldo equivalente a

un (1) mes de salario y bono por desempeño; por considerar que el mismo es contrario a lo dispuesto en los artículos 277, 278 y 302 de la Constitución Política de la República de Panamá, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 277- No podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido autorizado de acuerdo con la Constitución o la Ley. Tampoco podrá transferirse ningún crédito a un objeto no previsto en el respectivo Presupuesto.”

“Artículo 278- Todas las entradas y salidas de los tesoros públicos deben estar incluidas y autorizadas en el Presupuesto respectivo. No se percibirán entradas por impuestos que la ley no haya establecido ni se pagarán gastos no previstos en el Presupuesto.”

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

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

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

En efecto, según se desprende de la Nota 6923-16-DFG-SUBD de 9 de diciembre de 2016, emitida por la **Contraloría General de la República**, las razones que motivaron la negativa del refrendo de la planilla y del cheque antes descrito, obedece al hecho que de accederse a dicho trámite se vulnerarían las disposiciones constitucionales citadas, el Código Fiscal y el **Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público** (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

En relación con lo anterior, debemos precisar que de la lectura del articulado constitucional referido en las líneas que preceden, se desprende claramente que los derechos, de los servidores públicos, sólo pueden ser fijado a través de una norma jurídica que tenga rango de ley formal. En consecuencia un incentivo como el que ocupa nuestra atención, a saber, un

aguinaldo equivalente a un (1) mes de salario y un bono por desempeño sólo puede ser establecido por ley formal, lo que no ha ocurrido en la situación en estudio.

Al respecto, la Autoridad Marítima manifiesta a través la Nota ADM-0135-01-17-OAL de 27 de enero de 2017, que dicha entidad fue creada como entidad autónoma del Estado mediante el Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998, otorgándole autonomía administrativa, funcional presupuestaria, financiera y de sus recursos humanos, tal como según afirma, lo dispone los artículos 1 y 3 de esa norma:

“Artículo 1: Crease una entidad autónoma del Estado, denominada Autoridad Marítima de Panamá (en lo sucesivo denominada "la Autoridad"), con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía en su régimen interno; sujeta únicamente a las políticas, orientación e inspección del Órgano Ejecutivo y a la fiscalización de la Contraloría General de la República. Para los fines de este Decreto Ley, el Órgano Ejecutivo ejercerá sus funciones por conducto del Ministerio cuyo Ministro presida la Junta Directiva de la Autoridad.

Con la creación de la Autoridad, queda institucionalizada la forma como se ejecutara la coordinación de todas aquellas instituciones y autoridades de la República vinculadas al Sector Marítimo, en cumplimiento, a lo dispuesto en el Inciso Final del Artículo 31 1 de la Constitución Política de la República de Panamá, de manera tal que la Autoridad ostentara todos los derechos y privilegios que garanticen su condición de autoridad suprema para la ejecución de la "Estrategia Marítima Nacional."

“Artículo 3. La Autoridad tiene como objetivos principales:

...
3. Fungir como la autoridad marítima suprema de la República de Panamá, para ejercer los derechos y dar cumplimiento a las responsabilidades del Estado Panameño dentro del marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982 y demás leyes y reglamentaciones vigentes."

En ese mismo contexto, la Autoridad Marítima de Panamá, indica que en ejercicio de su autonomía se desarrolló el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 7 de 10 de febrero de 1998, mediante la cual se aprobó el Reglamento Interno, a través de la Resolución J.D. 027-2007 de 8 de noviembre de 2007, la

cual consagra entre los principios que rigen el Sistema de Recursos Humanos, proporcionar incentivos para mejorar el desempeño y productividad de la fuerza laboral, y dispone en el artículo 59 de ese cuerpo normativo, el derecho a participar de los programas de incentivos, bienestar laboral y a recibir los beneficios de aquellos programas que desarrolle la institución (Cfr. foja 52-55 del expediente judicial).

En este punto, debemos señalar que la autonomía atribuida a la Autoridad Marítima de Panamá, no es absoluta sino que está limitada a la administración de sus fondos, activos y otros bienes patrimoniales de conformidad con la Constitución, la Ley y su propio Decreto Ley 7 de 1998, el cual establece en su artículo 1 que dicha entidad está sujeta a las políticas, orientación e inspección de las instancias pertinentes del Órgano Ejecutivo y a la fiscalización de la Contraloría.

Visto lo anterior y tomando en consideración que uno de los argumentos de la Autoridad Marítima de Panamá, corresponde a que su reglamentación interna dispone el deber de ésta de proporcionar incentivos para mejorar el desempeño y productividad de su fuerza laboral, así como el derecho de sus colaboradores a participar de los programas de incentivos y bienestar laboral, debemos entonces hacer una breve referencia en torno a la potestad reglamentaria.

En esta materia, la doctrina destaca los planteamientos del jurista Francisco de Paula Pérez, de quien el Doctor Moscote hace referencia en su obra, cuando acentúa que: *“la reglamentación debe ceñirse al pensamiento, sin desvirtuarlo; debe dirigirse a respaldar su autoridad, no a menguarla, debe concretarse a lo indispensable, y nada más, como que su fin ha de ser buscar la verdadera efectividad en orden a la ejecución de las leyes.”* (Francisco de Paula Pérez. Derecho Constitucional Colombiano, pág. 313).

Partiendo de la premisa anterior, nos corresponde lograr una mejor aproximación al tema objeto de este análisis, toda vez que esta prerrogativa por la que las administraciones públicas pueden crear normas con rango reglamentario implica que éstas sean normas subordinadas a las leyes, atendiendo los límites que su naturaleza intrínseca dispone.

Bajo el mismo criterio, los actos llamados a reglamentar requieren el cumplimiento de principios imprescindibles para su constitución, así, deben ser propuestos y aprobados por el órgano competente, regular materias conforme a su competencia y actos propios de la Administración, su aprobación deberá ajustarse al procedimiento legalmente establecido y finalmente el reglamento debe ceñirse a la legalidad, respetando el principio de reserva de la ley y la jerarquía de las normas, de modo que no puede contradecir lo dispuesto por ésta, y en el caso que nos ocupa no puede crear un derecho o privilegio que no está normado en su norma especial.

En ese orden de ideas, es preciso señalar que los límites inherentes a la aprobación de una norma reglamentaria son principios formales y fundamentales para su validez, de allí que resulta oportuno transcribir lo expresado sobre esta materia por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en la Sentencia dictada el 8 de febrero de 1993, que en esencia dice: *"También existen límites de la potestad reglamentaria que pueden ser de carácter formal, cuando atañen a la competencia para dictar el reglamento, y de carácter material, que hacen relación con la limitación de la potestad discrecional de reglamentar las leyes, que debe ejercerse en interés público y no con abuso o desviación de poder."*

En un caso similar la Corte Suprema de Justicia en Pleno, puntualizó mediante la Sentencia de 14 de febrero de 2003, lo siguiente:

"Desde sus orígenes la potestad reglamentaria ha sido vista como un paso necesario para la ejecución de las leyes, como un acto inherente a las funciones del Órgano Ejecutivo que en nuestro ordenamiento tenía rango legal (artículo 629, numeral 11 del

Código Administrativo) y luego constitucional (artículo 179, numeral 14, actualmente). Como quiera que este tipo de reglamentos se dictaban para hacer posible el debido cumplimiento de las leyes, desarrollando sus preceptos para posibilitar su ejecución, estaba vinculada a la ley y, por ello, ninguna de sus normas podía contrariar los preceptos de ésta; era, por lo tanto, un acto normativo *segundum legem* y necesario para su debido cumplimiento. A esta normación se le denominó reglamentos de ejecución, cuya existencia ha sido reconocida en innumerables fallos de este Pleno. Véase, por todas, la sentencia de 30 de noviembre de 2000, en la que, en parte pertinente, señaló el Pleno:

'Los reglamentos de ejecución de las leyes, a los que se refiere expresamente el numeral 14 del artículo 179 de la Constitución, son aquellos dictados por el Presidente de la República y el Ministro respectivo para asegurar o facilitar el cumplimiento o aplicación de las leyes. Esta es la hipótesis tradicional y se trata de una actividad de la Administración Pública subordinada a la ley y con límites propios: no pueden alterar el texto ni el espíritu de la ley que reglamentan'.

La potestad reglamentaria constituye, pues, una función del Ejecutivo para facilitar el cumplimiento o aplicación de las leyes, respetando el espíritu y sentido de la ley que regula, es decir, que no debe el Órgano Ejecutivo pretextando cumplir con la función reglamentaria que la constitución le encomienda, desbordar o contradecir sus preceptos. De allí, la frase acuñada por el administrativista Jaime Vidal Perdomo, que refiere que a mayor extensión de la Ley, menor extensión del reglamento, que la extensión del reglamento es inversamente proporcional a la extensión de la ley." (El resaltado es nuestro).

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que este Despacho se ha pronunciado en otras ocasiones reiterando que las bonificaciones y gratificaciones a los servidores públicos debe estar claramente establecidas en una norma con valor de ley, tal como lo mencionamos en las líneas que anteceden; por consiguiente, los reglamentos no tiene el alcance jurídico para otorgar derechos a favor de los colaboradores.

En concordancia con los párrafos que preceden, la Autoridad Marítima de Panamá, también sustenta su petición en el numeral 7 del artículo 137 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, cuyo texto dice que:

"Artículo 137: Los servidores públicos en general tendrán derecho a:

...
7. Gozar de los beneficios, prestaciones y bonificaciones generales establecidas por la Constitución, las leyes y los reglamentos y otros que decreta el gobierno.” (Cfr. fojas 36-41 del expediente judicial).

Ante este escenario, debemos aclarar que el artículo 5 de ese mismo cuerpo normativo, dispone que:

“Artículo 5: La carrera administrativa es obligatoria para todas las dependencias del Estado y para los municipios no subsidiados, y se aplicará supletoriamente en las instituciones públicas que se rijan por otras carreras públicas legalmente reguladas o por leyes especiales”

Del análisis del texto citado, claramente se infiere que en el caso en estudio no le es aplicable como sustento a la petición de la Autoridad Marítima de Panamá, la supletoriedad del Texto Único de la Ley 9 de 1994; ya que ésta es una regulación de carrera administrativa, mientras que el Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998, es una norma de carácter orgánico.

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que el Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998, no dispone en su articulado que crea una carrera pública que requiera reglamentación, ni dispone alguna norma que establezca como competencia de la Autoridad Marítima de Panamá reglamentar la Ley 9 de 1994.

Ante el escenario expuesto, estimamos oportuno señalar que el Manual de Técnica Legislativa aprobado por la Asamblea de Diputados, mediante la Resolución 27 de 18 de marzo de 2009, establece en el apartado denominado “Disposiciones Finales”, lo siguiente:

“25.4.1 Reglas de Supletoriedad: Cuando la ley incluya reglas sobre supletoriedad, éstas serán especialmente claras, de forma que se impida la superposición de regulaciones legales.”

En concordancia con el presupuesto jurídico mencionado en las líneas que anteceden, estimamos oportuno resaltar los planteamientos del autor Luis Orellana Retamales, quien señala que: *“En efecto, existe una conexión material con el caso a resolver y es preciso entonces encontrar el mecanismo adecuado*

para ello. Hemos expresado que la fuente-ley señala al aplicador del derecho ciertos principios orientadores en la búsqueda del derecho supletorio. Uno de los principios orientadores es la especialidad, apareciendo dos planos diferentes en los que opera: en el primero, teniendo presente que existe cierto desarrollo normativo de la materia que aparece como nudo central de la resolución de la contienda o problemática, orienta hacia la solución, en el sentido de partir de este presupuesto, pues dirige la labor del aplicador señalándole que habrá de privilegiar esas normas antes que las generales de modo que tendrá que interpretarlas extensivamente para poder intentar la solución. En el segundo plano, si ese esfuerzo no conduce a resultados satisfactorios, entonces lo orientará hacia la búsqueda en las normas generales que traten de la misma materia interpretándolas adecuadamente, de acuerdo al contexto al que se trasladan, que es específico y singular.” (ORELLANA Luis, ‘La Supletoriedad de las Leyes’, Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 Número 4, (2000), Sección Estudios. Pág. 819).

En el marco de lo antes indicado, consideramos que la Autoridad Marítima de Panamá no puede solicitar el reconocimiento de gratificaciones laborales, producto de un programa de incentivos aprobado mediante el Decreto Ejecutivo 471 de 10 de julio de 2015; puesto que no existía hasta ese momento una ley formal que lo permitiera.

A manera de conclusión, es necesario advertir que a la fecha la Autoridad Marítima de Panamá, cuenta con la recién aprobada Ley 50 de 28 de junio de 2017, mediante la cual se crea un régimen legal especial para las operaciones de financiamiento del sector marítimo local e internacional y se otorgan incentivos fiscales, laborales y migratorios. No obstante el artículo 33 de esa excerta legal, establece que la misma entrará a regir a partir de los seis (6) meses de su promulgación, por consiguiente no le aplica al caso en estudio.


Lo anterior, nos lleva a colegir que en efecto nuestros argumentos no se apartan de la realidad jurídica que refieren que para el reconocimiento de gratificaciones laborales es indispensable que aquellos estén amparados por una ley formal, lo que no ocurrió en el caso en concreto, y que corroboran las posteriores actuaciones de la Autoridad Marítima de Panamá, quien para el pasado junio del año en curso, se hizo de esta nueva ley en comento, cuyo objetivo propicia el reconocimiento legal de tales incentivos laborales.

Así, esta Procuraduría solicita respetuosamente al Tribunal se sirva declarar que **NO ES JURÍDICAMENTE VIABLE** el refrendo de la planilla y del cheque 023729, de 12 de enero de 2017, por un monto de B/.1,641,057.68, solicitado por la Autoridad Marítima de Panamá.

IV. Pruebas: Se aceptan únicamente las que fueron aducidas conforme a Derecho.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cecilia Elena López Cadogan
Secretaria General Encargada

Expediente 239-17