

Vista N° 357

7 de Julio de 2000.

Proceso Contencioso

Administrativo de

Plena Jurisdicción

Contestación de la

Demanda

Interpuesto por el Licdo. Teófanos López en representación de Irma Mollick Arjona, para que se declare nula por ilegal, la Nota DP-DOPA 6429 de 15 de octubre de 1999, dictada por la Directora de Personal del Ministerio de Educación, el Decreto Ejecutivo N°221 de 3 de diciembre de 1999, suscrito por la Presidenta de la República y la Ministra de Educación, la negación tácita por silencio administrativo y para que se hagan otras declaraciones.

Señora Magistrada Presidenta de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

En virtud del traslado de la demanda, contencioso administrativa de plena jurisdicción, identificada en el margen derecho, superior, del presente escrito, efectuada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, procedemos a darle contestación formal, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 135 de 1943 y el artículo 348 numeral 2 del Código Judicial, señalando lo siguiente:

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

El Licdo. Teófanos López, apoderado judicial de la demandante, Irma H. Khatum Mollick, solicita a Vuestro Augusto Tribunal que declare nula, por ilegal, la Nota DP-DOPA-6429 de 15 de octubre de 1999, suscrita por la Directora Nacional de Personal, mediante la cual se destituye a su

representada, a partir del 16 de octubre de 1999, de la posición de Planificadora III- Supervisora, cargo que ocupaba en la Planilla 0033-023, empleada N°33778. Declaración que solicita se extienda al acto administrativo contenido en el Decreto Ejecutivo N°221 de 3 de diciembre de 1999, dictado por la Presidenta de la República y la Ministra de Educación y otras declaraciones.

Ante las peticiones citadas, este Despacho solicita a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que niegue las mismas, porque no le asiste la razón a la demandante, tal como lograremos demostrar en el transcurso de este proceso.

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

Primero: No nos consta la información señalada, correspondiéndole a la demandante comprobar tales hechos, por tanto lo negamos.

Segundo: No nos consta, por tanto, lo rechazamos.

Tercero: No nos consta lo que se señala en este hecho.

Cuarto: Este no es un hecho sino una alegación y por lo tanto se tiene como tal.

Quinto: No es cierto como viene redactado, pues los señalamientos generales son desacertados.

Sexto: Tal como están redactados los supuestos de este hecho más bien parece un alegato, y por lo tanto, se le tiene como tal.

Séptimo: La relación expositiva utilizada, para presentar el hecho séptimo, no es acorde a la formulación del supuesto fáctico, con el resultado de que se asemeja en su estructura a un alegato, por lo tanto se le tiene como tal.

Octavo: Negamos el contenido de este supuesto, pues la redacción es infortunada. Como quiera que parece un alegato se le tiene como tal.

Noveno: No es cierto lo expresado en este numeral, pues se formulan argumentaciones del demandante que desvirtúan la realidad.

Décimo: No es cierto, por lo tanto lo negamos.

Undécimo: No es cierto tal como viene redactado; pues el derecho patrimonial y el reintegro solo se les reconoce a los empleados de carrera o aquellos que sirven por un tiempo o destino definido.

III. En cuanto a las disposiciones legales que el demandante aduce infringidas y el concepto de su violación, la Procuraduría de la Administración señala lo siguiente:

1. El apoderado judicial de la demandante, cita el artículo 133 de la Ley 47 de 1946, Orgánica de Educación, como una de las normas infringidas. El texto legal señala:

¿Artículo 133: Toda sanción dispuesta en contra de un miembro del personal docente o administrativo del Ramo de Educación, será dictada por escrito en forma de resolución, y deberá expresar claramente los motivos de ella, los fundamentos legales y su carácter específico. Tal

resolución deberá ser comunicada al interesado, por el funcionario que la dicta, por el órgano regular....¿

A juicio del Licenciado López, apoderado judicial del demandante, la norma legal transcrita, se afecta en concepto de violación directa, por omisión; pues a la señora Mollick, sin una investigación, se le destituye, omitiendo en la Resolución los motivos de esta Acción de Personal y el fundamento legal de tal medida. Es decir que el Oficio DP-DOPA-6429 de 15 de octubre de 1999 y el Decreto N°221 de 3 de diciembre de 1999, no cumplen con la norma transcrita.

Al analizar los argumentos del demandante, es oportuno destacar que la destitución de la señora Mollick no es consecuencia de una sanción disciplinaria. El nombramiento o ingreso de Irma Mollick y su condición de empleada administrativa que ingresa al Ramo de Educación sin participar en un concurso de mérito y satisfacer el período probatorio del cargo, la ubica como una funcionaria de libre nombramiento y remoción de la Autoridad Nominadora, relevándose la Administración de otras formalidades. La demandante deberá comprobar su estado de funcionaria de la Carrera Docente o en su defecto, funcionaria de la Carrera Administrativa, aportando las pruebas del Concurso y la adjudicación del puesto en propiedad, entonces si tendrá mérito contrastar el Decreto Ejecutivo N°221 de 3 de diciembre de 1999 con el artículo 133 de la Ley 47 de 1946. Pero en tanto, no se comprueben tales derechos, no existe la obligación para la Administración Pública de someterse a procedimientos que contemplan garantías y derechos de quienes son empleados de carrera y poseen estabilidad laboral.

Las razones expuestas en los párrafos que anteceden constituyen los motivos por los cuales disintimos del argumento que esgrime el demandante, al considerar que el Decreto Ejecutivo N°221 de 3 de diciembre de 1999, así como el oficio DP-DOPA-6429 de 15 de octubre de 1999, violan directamente, por omisión, al artículo 133 de la Ley 47 de 1946.

2. Por estar íntimamente relacionado entre sí y dado que procede de la misma fuente, citados todos como disposiciones legales violadas en forma directa por omisión, revisaremos bajo una misma cuerda, los artículos 135, 141, y 142 de la Ley Orgánica de Educación, Ley 47 de 1946, citados en los numerales 2, 3, y 4 de las disposiciones legales infringidas, en el libelo de demanda presentado.

a) Cita el demandante como infringido el artículo 135 de la Ley 47 de 1946, que dice así:

¿Artículo 135: Mientras el sujeto de la investigación no haya sido declarado culpable y se le hayan impuesto las penas del caso, gozará de todas las prerrogativas de su cargo entre las cuales está incluida, naturalmente el apoyo moral de parte de sus superiores jerárquicos.¿

Según el apoderado judicial del demandante, la negación de las prerrogativas a la señora Mollick le afecta hasta en la disposición tardía de pagarle sus vacaciones.

Considera este Despacho que no le es dable al demandante establecer concatenaciones o relaciones de causalidad entre un hecho ajeno a la destitución y la molestia que supone el pago de las vacaciones tardíamente, bajo el concepto de vigencia expirada. Obvio es, que si la parte

demandante quería beneficiarse con el tiempo y la compensación patrimonial, debió solicitar sus vacaciones en la oportunidad de una programación anual acorde con la vigencia del Presupuesto, o por lo menos hacer la solicitud y ante la respuesta negativa interponer los recursos correspondientes. Sin embargo, parece que esto no sucedió y muy desafortunadamente, ahora, el demandante acumula los dos hechos contra el acto administrativo atacado.

Analizando la supuesta infracción de la norma, consideramos que estos derechos especiales son proyecciones filosóficas que en realidad se sujetan a principios como el de oportunidad y solvencia. De modo que, en modo alguno el Decreto Ejecutivo N°221 de 3 de diciembre de 1999 ni el Oficio DP-DOPA-6429 de 15 de octubre de 1999, viola de modo directo, por omisión el artículo 135 de la Ley 47 de 1946.

b) A juicio del demandante, se ha infringido el artículo 141 de la Ley 47 de 1946, cuyo texto es el siguiente:

¿Artículo 141: Sólo tratándose de faltas públicas o de escándalo social, que requiera una acción rápida para salvar al Ramo del desprestigio consiguiente, el funcionario a quien corresponda, procederá a suspender de su cargo al inferior en falta y a llenar inmediatamente los demás requisitos que en ésta Ley se establecen.¿

Según el apoderado judicial del demandante, los Superiores Jerárquicos del funcionario de educación no podrían desvincular a tal individuo, si no se tratare de faltas públicas o de escándalo social que conlleve el desprestigio del Ramo Educativo. Más, reconoce, que en el caso de la señora Mollick no se trata de falta pública ni de escándalo social... de allí que al separarle de su cargo, se violó en forma directa por omisión el artículo 141 de la Ley 47 de 1946.

Este Despacho ha dicho en líneas anteriores que no se trata de una medida disciplinaria, porque no ha existido investigación de esta naturaleza. Resultando en consecuencia que, el demandante no quiere reconocer que la medida de desvincularla del cargo que desempeñaba en el Ministerio de Educación, corresponde al ejercicio de una facultad discrecional de la Autoridad Nominadora, porque como funcionaria sin la protección de la Carrera Docente ni la Carrera Administrativa, se identifica como una empleada de libre nombramiento y remoción. Consideramos oportuno citar al respecto los precedentes que ha sentado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, cuando ha dicho en Sentencia de 27 de octubre de 1995 y en Sentencia de 6 de Diciembre de 1996:

¿Como no consta en el expediente que la parte actora haya ingresado por concurso, el cargo que ostentaba al momento que fue destituida era de libre nombramiento y remoción, atendiendo la facultad discrecional de la entidad nominadora. Por lo tanto, sin que rija para dicho funcionario las garantías que como procedimiento previo deban efectuarse, para que, por justa causa establecida debidamente en la Ley se proceda a destituirla o dejarla cesante.¿

La demandante Irma Khatum Mollick, no ha comprobado en modo alguno que su nombramiento como Planificador III - Supervisor, haya sido consecuencia o producto de un Concurso de Méritos. Es más ella reconoce que ingresó al Ministerio en 1985, a un puesto o cargo que no correspondía al que debía realizar en la práctica y así se mantuvo hasta en 1994, cuando se le nombra con un cargo que no desempeña. Y es que la designación de la señora Mollick, la hace la entidad nominadora amparada en la facultad de nombrar y remover libremente a esta funcionaria. En consecuencia no se ha infringido el artículo 141 de la Ley 47 de 1946.

c) El demandante ha señalado que el Decreto N°221 de 3 de diciembre de 1999, viola de manera directa, por omisión el artículo 142 de la Ley 47 de 1946, que transcribimos:

¿Artículo 142: Cuando un empleado del Ramo de Educación considere que ha sido separado de su cargo sin causa justificada o sin que se hayan cumplido los requisitos de esta Ley, podrá recurrir a los Tribunales. En este caso el empleado del Ramo de Educación continuará devengando su sueldo hasta tanto el Tribunal dicte fallo definitivo, siempre que este le favorezca.

Si el fallo es favorable al interesado éste tiene derecho a que se le restablezca en su puesto. En el caso de que el Órgano Ejecutivo no lo haga así, el interesado continuará devengando su sueldo por todo el tiempo que dure su separación, siempre que reitere cada tres meses su derecho de reingresar al desempeño de sus funciones.¿

La señora Irma Mollick no es funcionaria de carrera, si no de libre nombramiento y remoción de la Unidad Nominadora, por ello, no está sujeta a un procedimiento especial para desvincularla del Ramo de Educación. Bástele a la Administración Pública, decidir por escrito la medida, notificarla y conferirle la oportunidad de ser escuchado, tal como se evidencia de fojas 3 a 5 del expediente, donde consta que utilizó los recursos oportunos. De modo que, la señora Mollick no ha estado en indefensión. Consideramos que con el Decreto N°221 de 3 de diciembre de 1999, no se ha violado de modo directo, por omisión el artículo 142 de la Ley 47 de 1946, porque esta norma no le es aplicable.

3. Cita, como norma violada de manera directa, por omisión, el artículo 1° de la Resolución N°74 de 7 de mayo de 1998, que dice así:

¿Artículo 1: Incorporar al Ministerio de Educación al régimen de Carrera Administrativa en el área que le compete,¿

Evidentemente que, el Acto Administrativo atacado, es decir el Decreto N°221 de 3 de diciembre de 1999, no violenta lo dispuesto en la norma transcrita. Porque, la destitución de la señora Mollick es un hecho individual, que no afecta la disposición del Consejo de Gabinete de incorporar al Ministerio de Educación, al régimen de la Carrera Administrativa en el área que le compete. En principio, es oportuno señalar que la voluntad general de incluir al Ministerio de Educación al régimen de Carrera Administrativa, es para ampliar la oportunidad de que se acogieran a ella los funcionarios que no califican para la Carrera Docente y no pertenecen al grupo de las excepciones señaladas en la Constitución y la Ley 9 de 1994. Es decir que, la incorporación del Ministerio de Educación al Sistema de Carrera Administrativa, no otorga una doble calidad o status. Tampoco opera automáticamente, otorgando tal calidad a los funcionarios del Ministerio o entidad que se incorpore, pues se somete a una ordenada revisión de puestos y cargos, y a las evaluaciones pertinentes. La Carrera Administrativa se fundamenta en base al sistema del mérito, y para acceder a él y beneficiarse de sus derechos deben cumplirse sus deberes, y requisitos definidos en

la Ley. La señora Mollick no ha probado mantener el status de funcionaria de carrera, por lo tanto no puede acogerse al beneficio de la estabilidad que esta pueda otorgar. Disentimos de la vana y exagerada pretensión del apoderado judicial de la demandante al reconocerle derechos que no alcanza y somos contrarios a su señalamiento de que el Decreto N°221 de 3 de diciembre de 1999, infringe de modo directo por omisión al artículo 1 de la Resolución N°74 de 7 de mayo de 1998.

4. Para la demandante, el Decreto N°221 de 3 de diciembre de 1999, viola de modo directo por omisión, el artículo 153 de la Ley 9 de 1994, que dice así:

¿Artículo 153: Siempre que ocurran hechos que puedan producir la destitución directa del servidor público, se le formularan 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.¿

Lamentablemente, se sigue errando, desde el punto de partida, cuando el demandante, pretende obviar la facultad de libre nombramiento y remoción que le sigue, por no tener la calidad de funcionario de carrera. Situación que es más precisa, deviene del hecho de que la señora Mollick, no ha sido sujeta de un proceso disciplinario, penal o patrimonial.

4. También cita, como norma violada de modo directo por omisión, el artículo 29 de la Ley 135 de 1943, cuyo texto es el siguiente:

¿Artículo 29: Las resoluciones que ponen término a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional deben notificarse personalmente al interesado o a su representante o apoderado, dentro de los cinco (5) días siguientes a su expedición, debiendo expresarse los recursos que por vía gubernativa procedan y el término dentro del cual deben interponerse, todo bajo la responsabilidad del funcionario correspondiente.¿

No es cierto que se haya infringido el artículo 29 de la Ley 135 de 1943, ni que se haya colocado en indefensión a la demandante. Es prueba suficiente el que la misma interpuso los recursos a su alcance y ha obtenido la revisión jurisdiccional oportuna, por lo tanto consideramos que se encuentra debidamente acreditado en el proceso que la demandante pudo utilizar en tiempo oportuno el recurso establecido por la Ley.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sobre el alcance de esta norma, ha señalado:

¿Lo que persigue la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es que se le garantice a quien resulte afectado por un acto administrativo, el principio de bilateralidad o del contradictorio, de suerte que no se encuentre en estado de indefensión.

En el caso que nos ocupa, se ha podido observar que si bien es cierto que el acto de destitución fue comunicado, sin el señalamiento expreso de los recursos, que tienen lugar conforme a derecho, el demandante propuso en tiempo el recurso de reconsideración con apelación en subsidio y el Ministerio de Desarrollo Agropecuario al resolver este último, mediante Resuelto N°ALP O83- ADM-97 de 7 de octubre de 1997, le advirtió el agotamiento de la vía gubernativa.

Por todo lo anterior conceptuamos que no se configura la infracción del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tomando relevancia el contenido del artículo 32 del citado cuerpo legal que preceptúa lo siguiente:

Artículo 32: Sin los anteriores requisitos no se tendrá por hecha ninguna notificación ni producirá efectos legales la respectiva resolución a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.¿

Como es evidente que la demandante tuvo a su alcance los medios para impugnar la decisión, disintimos de lo expuesto por el apoderado judicial de la señora Mollick.

Por las consideraciones anteriores reiteramos, de manera respetuosa, nuestra solicitud, a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que denieguen las peticiones de Irma Khatum Mollick, puesto que no le asiste la razón en sus reclamaciones.

PRUEBAS: Aceptamos las copias, debidamente autenticadas, que se han incorporado por la demandante.

Aducimos el expediente laboral de la Señora Irma Mollick, que reposa en la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Educación.

DERECHO: Negamos el Derecho invocado, por el demandante.

De la Señora Magistrada Presidenta,

Lcda. Alma Montenegro de Fletcher

Procuradora de la Administración

AMdeF/09/bdec.

Lcdo. Víctor Leonel Benavides

Secretario General