

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO Y LABORAL

Panamá, veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015).

VISTOS:

La Magister Isaura Rosas P, actuando en representación de Oswaldo Hernández, interpuso ante la Sala Tercera de la Corte Suprema, Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa N°1029-14 de 29 de septiembre de 2014, dictada por el Banco de Desarrollo Agropecuario, el acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

FUNDAMENTOS DEL DEMANDANTE

Refiere la Licenciada Rosas que Oswaldo Hernández, laboró en el Banco de Desarrollo Agropecuario desde el 28 de agosto de 2009, hasta el 29 de septiembre de 2014, desempeñando el cargo de conductor 1 en el Departamento de Transporte.

Sigue explicando que mediante la Resolución Administrativa N°1029-2014 de 29 de septiembre de 2014, fue destituido del cargo en mención, por lo que presentó el recurso de reconsideración; sin embargo, dicha decisión fue confirmada por medio de la Resolución N°1092-14 de 6 de

Acota que los actos impugnados se dictaron en violación de los artículos 138A (numeral 15) y 141 del Texto Único de la Ley 9 de 1994; artículo 98, numeral 1 del reglamento Interno del Banco de Desarrollo Agropecuario; así como el artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, por cuanto Oswaldo Hernández era servidor público, que al momento de su destitución tenía 61 años de edad, por lo que sólo podía ser destituido por causa justificada. Aunado a que su mandante tenía más de dos años continuos e ininterrumpidos, por lo que gozaba de estabilidad.

Concluye entonces diciendo que su representado fue destituido sin causa justificada prevista en la Ley, puesto que al gozar de estabilidad laboral, no le es aplicable la discrecionalidad de libre nombramiento y remoción.

INFORME DE CONDUCTA DE LA AUTORIDAD DEMANDADA

Mediante Nota N°SGEJ-36-15 de 17 de marzo de 2015, el Gerente General del Banco de Desarrollo Agropecuario rindió su informe de conducta, indicando lo siguiente:

"En cuanto a la motivación de la resolución que dispuso la destitución del señor Hernández, la misma obedeció a la potestad discrecional de que goza la autoridad nominadora para nombrar y remover al personal que ingresó a ocupar posiciones también de manera discrecional, sin cumplir con los procedimientos establecidos en la Ley 9 de 1994 que establece y regula la Carrera Administrativa, es decir, incumpliendo las normas de reclutamiento y selección, dichos argumentos fueron reiterados al resolver el recurso de

ocupaba el señor Hernández, lo enmarcaba también dentro de la categoría de servidor público de libre nombramiento y remoción, toda que se trataba de una asistencia o servicio inmediatamente adscrito al Gerente General, lo que implica que por naturaleza de su función, la pérdida de confianza acarree la remoción del puesto, de conformidad con la definición de "servidor público de libre nombramiento y remoción" contenida en el artículo 2 de la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa.

Por tanto, la prohibición de destitución sin causa justificada a los funcionarios que les falten dos (2) años para jubilarse a que hace referencia el numeral 15 del artículo 98 del reglamento de Personal del Banco, no aplica en el caso del recurrente pues se trata de un servidor público de libre nombramiento y remoción no amparado por dicha norma.

En este sentido, lo argumentado por la apoderada del demandante respecto de la supuesta violación del numeral 15 del artículo 98 del reglamento Interno del Banco de Desarrollo Agropecuario, ya que al despedir a su representado y que en dicho momento contaba con 61 años con 1 mes, por lo que le faltaban menos de dos años para jubilarse y no había incurrido en causal que justificara su despido, desconociéndosele la protección legal de su mayoría de edad (61) reconocida en la norma citada al despedirse sin haber incurrido en falta que ameritara su destitución; carece de fundamento pues el aludido numeral del artículo 98 ampara a los "servidores públicos en funciones" y no a los "servidores públicos de libre nombramiento y remoción" que era el caso del señor Hernández en su condición de conductor adscrito al servicio del Gerente General.

...

Cabe señalar que la facultad de destituir a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, se encuentra consagrada en el artículo 307, numeral 3 de la Constitución Política de la República de Panamá, ..., por lo que en base al principio de Supremacía de nuestra Carta Magna, es una disposición de carácter superior a todas las normas legales que el demandante cita como infringidas.

Por otro lado, el señor Oswaldo Hernández, ingresó al Banco de Desarrollo Agropecuario el 28 de agosto de 2009, y en su escrito de

años para tener derecho a jubilarse, más no hizo mención que hubiese cubierto las cuotas mínimas establecidas por la Ley para acceder a la jubilación.
..."

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

El señor Procurador de la Administración mediante Vista Fiscal N°410 de 25 de junio de 2015, recomendó se declare que no es ilegal la resolución impugnada, en vista que:

"...

Para los efectos de la constatación de esta demanda, resulta oportuno tener presente que el cargo que ocupó Oswaldo Severino Hernández Gordón en el Banco de Desarrollo Agropecuario no se encontraba sujeto al régimen de Carrera Administrativa, ni existe constancia alguna que demuestre que el recurrente haya accedido a la entidad por concurso de méritos, de ahí que el hoy demandante no gozaba de estabilidad en el mismo, por lo que su condición era de ser un funcionario de libre nombramiento y remoción (Cfr. Fojas 22-23 del expediente judicial).

En adición, es importante destacar que en la Resolución Administrativa 1092-14 de 6 de noviembre de 2014, confirmatoria del acto acusado; y en el Informe de Conducta suscrito por el Gerente General de la entidad demandada, se expresa que el puesto de Conductor de Vehículo I que ejercía Hernández Gordón se encontraba directamente adscrito a la gerencia General, lo que implica que por naturaleza de su función la pérdida de confianza acaree la remoción del cargo (Cfr. Fojas 23 y 27 del expediente judicial).

En esta línea de pensamiento, en el referido informe también se explica que en atención a la mencionada pérdida de confianza, Oswaldo Severino Hernández Gordón, como ya dijimos, pasó a ser un funcionario de libre nombramiento y remoción, y, por lo tanto, estaba sujeto a la facultad discrecional de la autoridad nominadora para prescindir de sus servicios (Cfr. Fojas 27-28 del expediente judicial).

...

En otro orden de ideas, estimamos

elementos probatorios que desvirtúen el hecho que, al momento de su destitución, gozaba de estabilidad en el cargo que ocupaba, de manera que al no estar amparado por un régimen de estabilidad, la autoridad nominadora no estaba obligada a instruir una investigación ni era necesario invocar una falta disciplinaria que justificara la medida adoptada en su contra."

DECISIÓN DE LA SALA

Como quiera que el presente proceso ha quedado pendiente de resolver el fondo de la controversia, esta Superioridad pasa a hacer las siguientes consideraciones.

En ese sentido, observa esta Sala de la Corte que el accionante considera que la Resolución Administrativa 1029-14 de 29 de septiembre de 2014, emitida por el Banco de Desarrollo Agropecuario infringe el artículo 141 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, así como el artículo 98 del Reglamento de Personal del Banco de Desarrollo Agropecuario, los cuales son del tenor siguiente.

Artículo 141. Queda prohibido a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo:

1. ...

15. Despedir sin causa justificada servidores públicos en funciones a los que le falten dos años para jubilarse, que laboren en instituciones del Estado que pertenezcan o no a la Carrera Administrativa.

16. ...

ARTÍCULO 98. DE LAS PROHIBICIONES A LA AUTORIDAD NOMINADORA Y AL SUPERIOR JERÁRQUICO, DEL NIVEL ADMINISTRATIVO Y DIRECTIVO.

1. ...

años para jubilarse, que laboren en instituciones del Estado que pertenezcan o no a la Carrera Administrativa."

De esta disposición legal, se establece claramente la prohibición de las autoridades nominadoras o de nivel jerárquico superior de las instituciones públicas de destituir a funcionarios públicos, sea o no de carrera administrativa (lo cual incorpora a los de libre nombramiento y remoción), que le falten dos años para jubilarse. Es una prohibición establecida por Ley, de manera que no puede ser desconocida por las autoridades administrativa.

Bajo este orden de ideas, en el caso que nos ocupa, la autoridad demandada, antes de dictar el acto demandado, debió consultar si Oswaldo Hernández estaba por jubilarse, o cuántos años le faltaba para adquirir ese derecho; sin embargo, a pesar que el señor Hernández, le hizo recordar, en el recurso de reconsideración, lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 98 del Reglamento Interno del Banco de Desarrollo Agropecuario, éste hizo caso omiso y confirmó su destitución.

Por otro lado, no compartimos el criterio vertido por la autoridad demandada al momento de rendir su informe de conducta, al decir que la parte actora no probó que hubiese cubierto las cuotas para su jubilación. Ello por cuanto, la norma arriba citada, no exige la comprobación de ese aspecto por parte del funcionario público que tenga menos de dos años

funcionario que le falte menos de dos años para jubilarse.

Sobre este particular, resulta pertinente traer a colación lo que esta Sala de la Corte manifestó en el Fallo de 2 de enero de 2015, veamos:

"Como se observa en la norma transcrita, todo funcionario sea o no de Carrera al que le falten dos años para jubilarse, no puede ser despedido sin causa justificada, por lo tanto la autoridad demandada no podía ordenar la destitución del señor Nelson Marín, toda vez que al mismo le faltaban menos de dos años para jubilarse.

Por otra parte, la Sala no comparte lo expresado por la parte demandada que señala que el demandante no acreditó su condición de persona dentro de los dos años para jubilarse, ya que la norma citada como violada, establece que es prohibido despedir a aquellos funcionarios que les falten dos años para jubilarse, lo que es distinto a decir, persona que le falten dos años para cumplir la edad de jubilación, **sin embargo, debemos señalar que la norma en comento sólo hace referencia a los funcionarios a los que les falten dos años para jubilarse, sin condicionarlo a la comprobación previa del cumplimiento de la cantidad de cuotas exigidas por la Caja de Seguro Social, para conceder la pensión por vejez.**

De acoger como válido lo expuesto por la parte demandada, estaríamos sometiendo a conocimiento previo de las instituciones del Estado, el cumplimiento de los requisitos para acogerse a la pensión por vejez, que es facultad exclusiva de la Caja de Seguro Social, por lo que considera la Sala que el solo hecho de que a un funcionario le falten dos años para cumplir la edad de jubilación, es suficiente para encontrarse amparado por el numeral 15 de la Ley 9 de 1994, tal como ocurre en el presente negocio. (Lo resaltado en de la Sala)

Incluso esta Superioridad ha decretado la ilegalidad de actos de destitución emitidos por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario y el Banco de Desarrollo Agropecuario, precisamente por desconocer lo preceptuado en el artículo

citamos los siguientes:

Fallo de 6 de octubre de 2014.

"Reposa a foja 17 del expediente judicial, una Certificación emitida por el Registro Civil, en la cual se certifica que el señor CIRO AMÉRICO LOMBARDO DÍAZ, con cédula de identidad personal 2-74-809, nació el 12 de julio de 1950.

Una vez efectuado el análisis exhaustivo del expediente, la Sala considera que le asiste la razón al demandante, toda vez que el Decreto Ejecutivo N° 124 de 24 de mayo de 2011, dictado por conducto del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, infringe el numeral 15 del artículo 138 A de la Ley N° 9 de 1994, adicionado por la Ley N° 24 de 2007, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 138 A. Queda prohibido a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo:

...

15. Despedir sin causa justificada a los servidores públicos en funciones a los que le falten dos años para jubilarse que laboren en instituciones del Estado que pertenezcan o no a la Carrera Administrativa.

... "

Lo anterior es así, pues si bien es cierto que el señor CIRO AMÉRICO LOMBARDO DÍAZ, era un funcionario de libre nombramiento y remoción, ya que no existe constancia en el expediente de que haya participado en concurso de méritos, de las certificaciones citadas en párrafos anteriores se infiere claramente que al momento en que se le destituyó, el mismo contaba con casi treinta y cuatro (34) años de servicio en el Ministerio de Desarrollo Agropecuario y sesenta y un (61) años de edad, lo que quiere decir que le faltaba menos de un año para que pudiera acogerse a la jubilación y, por lo tanto, a pesar de no pertenecer a la Carrera Administrativa, no podía ser destituido sin causa justificada, tal como lo dispone claramente la norma citada en el párrafo anterior; y también el artículo 10 de la Ley N° 22 de 30 de enero de 1961.

Es necesario destacar, que el Decreto Ejecutivo N°124 de 24 de mayo de 2011, dictado por conducto del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, no señala causal alguna de

Fallo de 7 de enero de 2015.

"Una vez efectuado el análisis exhaustivo del expediente, la Sala considera que le asiste la razón a la demandante, toda vez que el Decreto de Personal N° 2-12 de 4 de enero de 2012, dictado por el Banco de Desarrollo Agropecuario (BDA), infringe el numeral 15 del artículo 138 A de la Ley N° 9 de 1994, adicionado por la Ley N° 24 de 2007, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 138 A. Queda prohibido a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo:

...

15. Despedir sin causa justificada a los servidores públicos en funciones a los que le falten dos años para jubilarse que laboren en instituciones del Estado que pertenezcan o no a la Carrera Administrativa.

... "

Lo anterior es así, pues si bien es cierto que la señora HELVECIA TORRAZA DE ULLOA, era una funcionaria de libre nombramiento y remoción, ya que no existe constancia en el expediente de que haya participado en concurso de méritos, de las certificaciones citadas en párrafos anteriores se infiere claramente que al momento en que se le destituyó, la misma contaba con casi tres (3) años de laborar en esta Entidad Estatal, y cincuenta y cinco (55) años, cuatro (4) meses y catorce (14) días de edad, lo que quiere decir que le faltaba poco mas de un (1) año para que pudiera acogerse a la jubilación y, por lo tanto, a pesar de no pertenecer a la Carrera Administrativa, no podía ser destituida sin causa justificada, tal como lo dispone claramente la norma citada en el párrafo anterior; y también el artículo 98, numeral 15 del Reglamento Interno del Banco de Desarrollo Agropecuario (BDA), igualmente infringido.

Es necesario destacar, que el Decreto de Personal N°2-12 de 4 de enero de 2012, dictado por el Banco de Desarrollo Agropecuario (BDA), al igual que su acto confirmatorio, no señalan causal alguna de destitución, por lo que se colige que la misma fue destituida sin causa justificada."

Siendo ello así, queda por verificarse si a Oswaldo

sentido, nuestra normativa vigente en materia de pensión de retiro por vejez, establece que la edad de jubilación para los hombres es a los 62 años (Sección 4, del Capítulo II, del Título II, de la Ley 51 de 2005, Orgánica de la Caja de Seguro Social).

De acuerdo con el Certificado de Nacimiento del señor Oswaldo Severino Hernández Gordón (v.f.15), su fecha de nacimiento fue el 15 de agosto de 1953, por lo que la fecha de la emisión del acto demandado (29 de septiembre de 2014), tenía la edad de 61 años, de manera que se encuentra dentro del rango de edad establecido en el artículo 141 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, y el artículo 98 del Reglamento de Personal del Banco de Desarrollo Agropecuario.

En ese sentido, al comprobarse que el demandante estaba próximo a la edad de jubilación, la autoridad demandada no podía ordenar su destitución, a menos que hubiese incurrido en una causal disciplinaria que conllevara como sanción la destitución del cargo, previo sometimiento al proceso sancionador.

No obstante, esto no ocurrió en el caso que nos ocupa, pues la destitución está fundamentada en motivos distintos a las causales disciplinarias, (por ser de libre nombramiento y remoción y porque se trataba de un cargo de confianza), perdiendo de vista que el funcionario estaba amparado por la prohibición legal antes mencionada.

Superioridad llega a la conclusión ineludible que la Resolución Administrativa N°1029-14 de 29 de septiembre de 2014, emitida por el Gerente General del Banco de Desarrollo Agropecuario, violó el artículo 141 (numeral 15) del Texto Único de la Ley 9 de 1994, así como el artículo 98 (numeral 15) del Reglamento de Personal del Banco de Desarrollo Agropecuario.

En vista que ha quedado comprobada la ilegalidad del acto impugnado, resulta innecesario hacer el análisis sobre las otras disposiciones legales que fueron alegadas por la parte actora como infringidas.

Por las consideraciones anteriores, se procederá a declarar nulo, por ilegal, el acto administrativo impugnado, y en consecuencia se ordenará el reintegro de Oswaldo Hernández al cargo que ocupaba al momento de su destitución o a otro análogo en su clasificación, jerarquía y remuneración.

Respecto a la petición de los salarios dejados de percibir producto de la destitución, esta Sala de la Corte ha sido enfática en señalar que para hacer efectivo ese derecho, el mismo debe estar debidamente contemplado en la Ley especial que regula dicha institución. No obstante, revisada la Ley 13 de 1973, que crea el Banco de Desarrollo Agropecuario, no contempla el pago de salarios caídos a los funcionarios de dicha entidad que hayan sido destituidos ilegalmente, por lo que se procederá a negar esta pretensión.

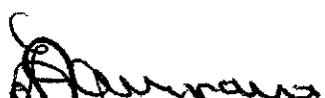
adquiridos, las mismas deben ser tramitadas ante la propia entidad bancaria estatal.

PARTE RESOLUTIVA

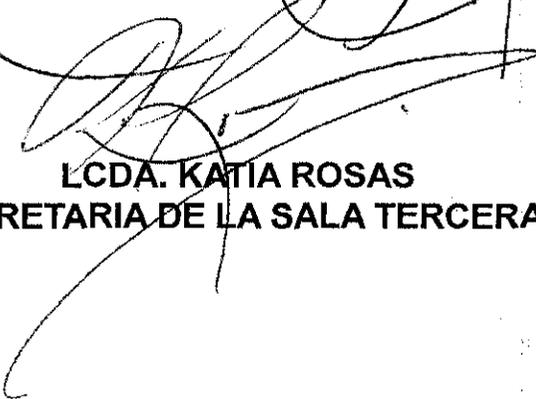
Por consiguiente, la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE ES NULA, POR ILEGAL**, Resolución Administrativa N°1029-14 de 29 de septiembre de 2014, emitida por el Gerente General del Banco de Desarrollo Agropecuario, así como su acto confirmatorio; en consecuencia se **ORDENA el reintegro inmediato** del señor Oswaldo Hernández al cargo que ocupaba en el Banco de Desarrollo Agropecuario (BDA) o a otro análogo en clasificación, jerarquía y remuneración; se niegan el resto de las demás pretensiones.

NOTIFÍQUESE,


LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
MAGISTRADO


ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO


NELLY CEDENO DE PAREDES
MAGISTRADA

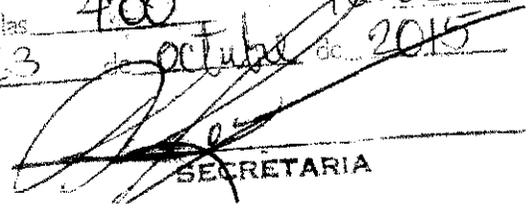

LCDA. KATIA ROSAS
SECRETARIA DE LA SALA TERCERA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia
NOTIFIQUESE HOY 27 DE Octubre
DE 2015 A LAS 11:16

DE LA MANERA A Promotor de la
administración


FIRMA

Para notificar a los interesados de la resolución que antecede,
se ha fijado el Edicto No. 3271 en lugar visible de la
Secretaría a las 4:00 tarde
de hoy 23 de octubre de 2015


SECRETARIA