

S A L A T E R C E R A

-CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

MAGISTRADO PONENTE: GERMAN LOPEZ

Démanda interpuesta por la firma forense "Moreno y Fábrega", en representación de MANUEL MARIA AGUILERA, para que se declare nulo el artículo 1º de la Resolución Nº 178 de 1966 y el artículo UNICO de la Resolución Nº 39 de 17 de agosto de 1960, expedidas por el Instituto Ganadero.

- -

--La Sala 3a. (Contencioso Administrativo) DECLARA NULOS el Art. 10 de la Resolución Nº 178 de 1966 y el Art. Unico de la Resolución Nº 39 de 1960, dictados por la Junta Directiva del Instituto Ganadero.

--FUNCIONARIOS PUBLICOS. COMPETENCIA. Este recurso de nulidad contra dos actos del Instituto Ganadero trae una vez más ante la Sala 3a. de la Corte una cuestión, reiteradamente examinada por ella en 1966, en torno a la competencia de los funcionarios de la administración, tomada ésta en su acepción más lata para incluir todos los funcionarios nacionales y de los entes descentralizados (municipios y las llamadas entidades autónomas y semi-autónomas). En todos los casos hasta ahora examinados la Sala echó de ver en los funcionarios públicos una acusada tendencia a actuar sin restricciones, guiados acaso por la noción de que les es aplicable el principio, vigente sólo en el derecho privado, según el cual es permitido hacer todo lo que no está prohibido. Echando en olvido que los funcionarios públicos no son sino mandatarios para cumplir y hacer cumplir la ley que inmediatamente les atañe y con poderes determinados por la norma jurídica que señala su competencia. Al funcionario público sólo le es dable hacer lo que de modo inmediato o mediato le autoriza a hacer el ordenamiento jurídico.

- -

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-- SALA TERCERA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO).-- Panamá, veinticuatro de febrero de mil novecientos sesenta y siete.

V I S T O S:

"Moreno y Fábrega", como apoderados de Manuel María Aguilera, han pedido "la nulidad del artículo 1º de la Resolución Nº 178 de 1966 y del artículo UNICO de la Resolución Nº 39 de 1960, expedidas por el Instituto Ganadero". La demanda vino fundada en los siguientes hechos:

"PRIMERO: El Instituto Ganadero, entidad administrativa creada mediante Decreto Ley Nº 19 de 28 de agosto de 1958, ha expedido los siguientes actos:

"a) Artículo 1 de la Resolución 178 de 1966, que establece: "Créase el cargo de Asesor Técnico Veterinario, con sueldo mensual de B/400.00 por tiempo completo."

"b) Artículo Unico de la Resolución Nº 39 de 17 de agosto de 1960, que establece:

"Reconocer, por sesión, viáticos a aquellos miembros de la Junta Directiva que viven en el interior de la República y deben asistir a las reuniones, así: B/40.00 a los Directores que viven en la Provincia de Chiriquí y B/25.00 a los Directores que viven en las Provincias Centrales."

"SEGUNDO: Dichos actos son violatorios de la Ley, toda vez que el Instituto Ganadero carece de facultad legal desde el 1º de abril de 1966 para crear cargos, y para establecer viáticos."

En el capítulo del libelo destinado a indicar las disposiciones legales infringidas por los actos impugnados y el concepto de la infracción, los abogados del demandante dijeron:

"Se ha violado el artículo 11 del Decreto-Ley 36 de 1965, cuya vigencia comenzó el 1º de abril de 1966, que dice lo siguiente:

"Artículo 11. Es prohibido a las entidades autónomas, interministeriales y organismos descentralizados crear o suprimir empleos, fijar asignaciones o contratar servicios personales."

"Se ha violado el artículo 13 del D-Ley 19 de 1958 que establece:

"Artículo 13. Cada miembro de la Junta Directiva percibirá la suma de veinte balboas (B/20.00) por sesión que asista."

"CONCEPTO DE LA INFRACCION:

"Se ha violado de manera directa el artículo 11 del Decreto-Ley 36 de 1965, porque el Instituto Ganadero no podía, como lo hizo mediante Resolución N° 178 del 4 de mayo de 1966, crear cargo alguno.

"Se ha violado igualmente, de manera directa, el artículo 13 del D-Ley 19 de 1958, ya que este precepto legal establece la remuneración que debe percibir los miembros de la Junta Directiva por cada sesión que asista, disposición de carácter imperativo que sólo puede ser dejada sin efecto por otra disposición legal que la suprima y no mediante una resolución de la Junta Directiva del Instituto Ganadero."

Los actos impugnados están concebidos en los siguientes términos:

"Artículo Unico: Reconocer, por sesión, viáticos a aquellos miembros de la Junta Directiva que viven en el interior de la República y deban asistir a las reuniones, así: B/40.00 a los Directores que viven en la Provincia de Chiriquí y B/25.00 a los Directores que viven en las Provincias Centrales.

"Parágrafo: Esta resolución comenzará a regir a partir del 1° de octubre del presente año."

"Artículo Primero: Créase el cargo de Asesor Técnico Veterinario, con una asignación mensual de B/400.00 por tiempo completo."

Antes de seguir adelante no es ocioso examinar un extremo del presente caso que el Director Ejecutivo del Instituto Ganadero puso de relieve al informar que esa entidad había a-catado el auto de suspensión de los dos actos impugnados, que la Sala dictó el día 7 de septiembre de 1966. "Como la norma citada por el demandante como violada --viene a decir a fs. 25 el Director Ejecutivo-- es el artículo 11 del Decreto-Ley N° 36 de 1965, acompaño a la presente copia de la Nota N° 242 del Secretario de la Asamblea Nacional en la que hace constar que en 1965 solamente se dictaron 19 Decretos-Leyes y, por lo tanto, mal puede existir el artículo 11 del Decreto-Ley N° 36". En ese error manifiesto se apoyó el coadyuvante, Licenciado Efraín de Gracia, para pedir el rechazo de la demanda, previa revocatoria de la providencia que la acoge. El recurso fué negado en auto del cual se traslada lo pertinente, concebido así:

"En primer lugar ha de indicar el presente Magistrado que el Licenciado de Gracia no ha pedido solamente el rechazo de la demanda, previa revocatoria de la providencia en que se acogió, sino que en el mismo escrito presenta recurso de revocatoria del auto en que la Sala decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos impugnados, sobre el cual debe la Sala pronunciarse.

"En cuanto a lo primero, esto es, al rechazo de la demanda, el Magistrado que suscribe estima que esa medida no puede sin mas apoyarse en el error que se deslizó en el libelo de demanda al indicar el actor una Ley como Decreto-Ley. Y piensa así porque considera que en los recursos contencioso-administrativos de nulidad, que la propia Constitución Nacional autoriza a mover mediante la acción popular, debe tener plena aplicación el principio iura novit curia, en su forma más general. En aquel recurso, como en la jurisdicción ordinaria, el Juez no puede rechazar una demanda porque haya en ésta error en cuanto a las citas del derecho violado. La ciencia del juez, en este aspecto formal, debe suplir el error del ciudadano que ejercita la acción popular instituida por nuestra Carta Fundamental como una de las garantías esenciales en el Estado de derecho. Y como acontece que en el año de 1965 no se dictó sino la Ley Nº 36 y no hay en ese año Decreto-Ley alguno con tal número, carece de fuerza el reparo que se basa en el error de cita examinado."

Al rendir por conducto de su Director General informe para explicar los actos impugnados, dijo el Instituto Ganadero lo siguiente:

"Panamá, 27 de septiembre de 1966

"Nº 1945

"Señor Doctor
Germán López
Magistrado de la Corte Suprema de Justicia
E. S. D.

Señor Magistrado:

"En respuesta a su atenta Nota de 21 de septiembre del presente año, paso a rendir el Informe que se me solicita en la demanda propuesta por MANUEL MARIA AGUILERA por intermedio de la firma de abogados MORENO Y FABREGA contra el INSTITUTO GANADERO, del cual soy su Director Ejecutivo.

"Dicho Informe lo dividiré en dos secciones ya que se impugnan el Artículo 1º de la Resolución Nº 178 de 1966 y el Artículo Unico de la Resolución Nº 39 de 17 de agosto de 1960.

"PRIMERO: El Artículo Unico de la Resolución Nº 39, de 17 de agosto de 1960, dice: "RECONOCER, por sesión, viáticos a aquellos miembros de la Junta Directiva que viven en el interior de la República y deban asistir a las reuniones así: CUARENTA BALBOAS (B/40.00) a los Directores que viven en la Provincia de Chiriquí y VEINTICINCO BALBOAS (B/25.00) a los Directores que viven en las Provincias Centrales."

"Según rezan los Considerandos de esta misma Resolución, dichos viáticos se reconocen en vista de, "Que algunos miembros de la Junta Directiva del Instituto viven en el interior y para asistir a las reuniones deben trasladarse a la Ciudad de Panamá con el correspondiente gasto de transporte, alojamiento y alimentación."

"Que no es justo que esos Directores deben sufragar de su bolsillo los gastos que le ocasiona su traslado a la capital para asistir a las referidas reuniones.

"Los Directores que residen en el interior de la República son los únicos que tienen derecho a esos viáticos que se justifican por el desembolso que tienen que hacer para trasladarse a la capital los días en que tiene reunión el Instituto Ganadero. De otra manera dichos Directores se verían en la necesidad de pagar dichos gastos de su bolsillo ó no asistir a las reuniones lo que haría inoperante al Instituto Ganadero.

"Dicha Resolución como se vé no fija viáticos arbitrariamente sino tomando en cuenta la distancia que existe entre el lugar de residencia del Director y el lugar de las reuniones del Instituto Ganadero. Así tenemos que el Director residente en Chiriquí tiene derecho a CUARENTA BALBOAS (B/40.00) de viáticos por sesión que asista y el de las Provincias Centrales a VEINTICINCO BALBOAS (B/25.00).

"Debe observarse que los Directores residentes en Panamá y Colón no tienen derecho a esos viáticos.

"Esta Resolución se hizo basándose en lo que dispone el Artículo Décimo en concordancia con el Artículo Octavo del Decreto-Ley Nº 19, de 28 de

agosto de 1958, por el cual se crea el Instituto Ganadero.

"SEGUNDO: Se impugna el Artículo Primero de la Resolución N° 178, de 4 de mayo de 1966, que dice:

"Artículo Primero: Créase el cargo de Asesor Técnico Veterinario, con una asignación mensual de CUATROCIENTOS BALBOAS (B/400.00; por tiempo completo.

"Dicha Resolución como lo dicen los Considerandos se basa en lo que dispone el Artículo Séptimo del Decreto-Ley N° 19, de 28 de agosto de 1958, disposición ésta que aparentemente ha sido derogada por el Artículo 11 del Decreto-Ley 36 de 1965, disposición aparentemente inexistente ya que según consta a fojas 24 del expediente durante el año de 1965 sólo se aprobaron diez y nueve Decretos-Leyes y por lo tanto mal puede existir el Decreto-Ley 36 de 1965.

"Movió al Instituto Ganadero para la creación de dicho cargo, la necesidad apremiante de tener un Técnico de esa categoría para cumplir los fines que señalan al Instituto Ganadero los Artículos Octavo, Noveno y Décimo del Decreto-Ley 19 de 1958 antes citados.

"En esa misma Resolución se le señalaron funciones a ese Asesor Técnico Veterinario que son del tenor siguiente:

"ARTICULO SEGUNDO: Para la planificación, dirección, mejoramiento y desarrollo de la ganadería nacional, el Asesor Técnico Veterinario asesorará a la Junta Directiva y al Director Ejecutivo en todo lo relacionado con:

- "a) Las exportaciones e importaciones de ganado vigilándolas y expidiendo los certificados de salud correspondientes, previo examen.
- "b) Las medidas sanitarias necesarias para proteger la ganadería nacional, estudiando y presentando a la Asociación Nacional de Ganaderos, por intermedio del Director Ejecutivo, las recomendaciones sobre programas, convenios, regulaciones y medidas para prevenir la entrada al país de la fiebre aftosa o cualquiera otra enfermedad infecto-contagiosa.

- "c) Los problemas de producción y mercadeo de carne, leche y otros derivados de la industria ganadera.
- "d) La organización de cursos, seminarios, conferencias y la publicación de folletos y artículos periodísticos, en cooperación con la Asociación Nacional de Ganaderos y sus Capítulos y de otros organismos del Estado, empresas industriales u organizaciones internacionales. Estos pueden ser sobre: mejoramiento de ganado, alimentación, sanidad pecuaria, campañas oficiales de prevención y erradicación de enfermedades y cooperativismo.

"Cuando lo requiera la Junta Directiva el Asesor Técnico Veterinario realizará estudios y confección de programas para las siguientes finalidades:

- "a) Mejoramiento de los cruces de ganado.
- "b) Uso de productos nacionales brutos y mezclados para mejorar la alimentación y producción del ganado.
- "c) Los problemas que afectan la producción y fertilidad del ganado.
- "d) Asesoramiento a otros organismos del Estado e industrias.

Quando se trate de uno de estos proyectos el Asesor Técnico Veterinario someterá el programa de trabajo a la revisión del Director Ejecutivo quien a su vez lo someterá a la aprobación de la Junta Directiva.

- "e) Cualquier otra función que le asigne el Director Ejecutivo del Instituto Ganadero.

"ARTICULO TERCERO: El Asesor Técnico Veterinario estará bajo las órdenes directas del Director Ejecutivo del Instituto Ganadero."

"Como ya la Honorable Corte Suprema de Justicia suspendió provisionalmente el pago de los viáticos y del Asesor Técnico Veterinario que entre otras funciones tenía las de vigilar las exportaciones de ganado y expedir el Certificado correspondiente y si tenemos en cuenta que la cuota de exportación este año se ha fijado en DIEZ MIL (10,000) reses y que un veterinario indudablemente se tendrá que contratar

para que vigile cada embarque que se haga y que dicho veterinario cobra CINCUENTA CENTESIMOS (B/0.50) por cada res que se exporta tenemos que llegar a la conclusión de que el Instituto Ganadero tendrá que pagar CINCO MIL BALBOAS (B/5.000.00) por nada más que vigilar los embarques, mientras que pagando un veterinario a razón de CUATROCIENTOS BALBOAS (B/400.00) mensuales, pagaría durante el año CUATRO MIL OCHOCIENTOS BALBOAS (B/4,800.00) y además tendría derecho a todos los demás servicios que ahora se verá privado en vista de la suspensión decretada.

"En esta manera termino el Informe que se me solicitó, dejando constancia de que en todo momento el Instituto Ganadero ha actuado dentro de las normas legales.

De usted, muy atentamente,

(fdo) José Della Togna
Director Ejecutivo."

El señor Procurador Auxiliar, defensor del orden jurídico en las demandas de nulidad, está de acuerdo con la pretensión del demandante. Opina que debe accederse a ella. Su Vista es de un alto valor doctrinal. La Sala la reproduce y prohija. Dice así:

"HONORABLES MAGISTRADOS DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

"La firma forense "MORENO Y FABREGA", en nombre y representación del ciudadano Manuel María Aguilera, ha interpuesto ante esa Augusta Sala, recurso contencioso de nulidad contra las disposiciones legales siguientes:

"Reconocer, por sesión, viáticos a aquellos miembros de la Junta Directiva que viven en el interior de la República y deban asistir a las reuniones, así: B/40.00 a los Directores que viven en la Provincia de Chiriquí y B/25.00 a los Directores que viven en las Provincias Centrales."

"b) Artículo 1º de la Resolución Nº 178 de 4 de mayo de 1966, que reza así:

"Créase el cargo de Asesor Técnico Veterinario, con una asignación mensual de B/400.00 por tiempo completo".

"En el caso de autos tenemos que se combaten dos disposiciones encuadradas en actos diferentes, la primera mediante la cual se reconocen "viáticos" a la Junta Directiva del Instituto Ganadero y la segunda,

que tiene como presupuesto la creación de un cargo y fijación de la asignación, en la misma entidad del Estado. Desde luego, en lo que se refiere a las erogaciones que contemplan ambos ordenamientos hay diferencias sustanciales, que analizaremos en su oportunidad y que deben valorizarse al momento en que la Honorable Sala Tercera entre a considerar y decidir este asunto.

"LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA EL RECURSO LOS CONTESTO EN LA FORMA SIGUIENTE:

"PRIMERO: Lo acepto, porque conforma una transcripción literal de las disposiciones legales impugnadas.

"SEGUNDO: Lo niego porque conforma apreciaciones de derecho.

"EN CUANTO A LAS DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LAS MISMAS CONTESTO:

"El recurrente señala que se ha violado el artículo 13 del Decreto Ley 19 de 1958 "por el cual se crea el Instituto Ganadero", en el cual se establece que "Cada miembro de la Junta Directiva percibirá la suma de veinte balboas (B/20.00) por cada sesión que asista".

"Aunque el Decreto Ley no precisa el concepto del pago aludido, no sería errado considerar que el legislador se limitó a reconocer a los miembros de la Directiva del Instituto Ganadero una suma determinada por cada sesión a la que asistieran, la cual devengarían como "Dieta", en razón del desempeño del servicio encargado.

"Para su estudio metódico, hay que analizar separadamente las "Dietas" de los "Viáticos", los primeros son emolumentos que se pagan como una indemnización, por sesión a la que asistan, en cuanto a los segundos, es conveniente transcribir aquí, el concepto del Profesor Bielsa:

"VIATICOS: "Decimos que así como no puede atribuirse sueldo al que no presta servicio en virtud de nombramiento regular, pues el sueldo sin prestación de servicios no tiene causa jurídica, tampoco puede atribuirse viáticos al que no desempeña el cargo fuera del lugar en que debe prestarse el servicio por la ley o el nombramiento legal. El servicio o la comisión que no se presta dentro de un radio que se considera lugar de desempeño, puede motivar viático, pero ese radio debe ser determinado con criterio circunstancial, según los medios de comunicación; por eso mismo puede justificarse viá-

tico en un radio de 30 Kilómetros, y no justificarse dentro de un radio de 50 Kilómetros. La palabra viático indica el sentido de su significación (de viaticum, lo que se lleva para el viaje)."

(Derecho Administrativo Tomo IIIº- página 154).

"Aclarada la diferencia entre estos dos tipos de emolumentos, no compartimos el criterio del recurrente al explicar el concepto de la violación con el supuesto de que el artículo 13 del Decreto Ley Nº 19 de 1958, no permite el reconocimiento de viáticos a los miembros de la Junta Directiva del Instituto Ganadero, sino que la ilegalidad del artículo único de la Resolución 39 de 1960, surge en la fijación previa de la cantidad para cubrir los viáticos reconocidos, para cada uno de los directivos, "que viven en el interior de la República y deban asistir a las reuniones".

"Los "viáticos", que el Diccionario de la Lengua Española, define "como prevención, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento del que hace un viaje", no puede comprenderse dentro del significado de asignaciones, como son los sueldos y gastos de representación, porque estos afectan directamente, en forma individualizada, el presupuesto respectivo, ya que se trata de una suma fija y determinada que debe ingresar mensualmente al patrimonio particular del funcionario o empleado, en concepto de remuneración por sus servicios empero, tratándose de "viáticos" la situación cambia, porque para justificar el pago de los mismos, aunque aparezca en el renglón relativo del presupuesto de gastos vigentes de la Institución, (en suma global) es necesario para los efectos de ordenar el pago un previo rendimiento de cuentas por el beneficiario, mediante la presentación de comprobantes de los gastos debidamente justificados, situación que no prevé el contenido del artículo impugnado; en consecuencia, estimamos que procede la declaratoria de ilegalidad imputada en este aparte.

"El artículo 1º de la Resolución Nº 178 de 4 de mayo de 1966, expedida por el Instituto Ganadero, viola el artículo 11 del Decreto Ley (sic) de la Ley 36 de 1965, arguye el recurrente, "porque el Instituto Ganadero no podía como lo hizo mediante Resolución Nº 178 del 4 de mayo de 1966, crear cargo alguno."

"El artículo 11 de la Ley 36 de 1965, establece una prohibición expresa para todas las "entidades autónomas, semi-autónomas, interministeriales y organismos descentralizados crear o suprimir empleos, fi-

jar asignaciones o contratar servicios personales permanentes con nacionales"; allí en lo medular, el Legislador afirma, el precepto contenido en el ordinal 3º del artículo 118 de la Constitución Nacional, que atribuye expresamente a la Honorable Asamblea Nacional la función de "Crear o suprimir empleos y determinar sus funciones, deberes, atribuciones, períodos y asignaciones", que necesita el Estado para el cumplimiento de sus fines.

"Es evidente, por lo anteriormente expuesto y por lo que la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia sostiene que tratándose de actos, como el artículo primero de la Resolución N° 1173 de 4 de mayo de 1966, mediante el cual se crea un cargo y se le fija una asignación mensual, "no puede tener validez porque los sueldos que no son creados por la Asamblea Nacional, como quiere el inciso 3º del artículo 118 no pueden hacerse efectivos, ni cabe que se incluyan en ningún presupuesto de gastos (artículo 219 de la Constitución Nacional) "en armonía con el ordinal 9º de la misma Carta, concluimos nosotros. (Véase Repertorio Jurídico N° 12 de 1963, página 330).

"En consecuencia a los razonamientos antes exteriorizados y estimando que el artículo 11 de la Ley 36 de 1965, solo se limita a respetar el control constitucional, creo que procede la declaratoria impetrada sobre el punto cuestionado."

Vencido el término de alegatos, el caso sólo está pendiente de sentencia. Se pasa a dictarla.

El recurso de nulidad contra los dos actos del Instituto Ganadero, uno de los cuales fija viáticos para sus directores y el otro crea un cargo de Asesor Técnico Veterinario con remuneración mensual de cuatrocientos balboas, trae una vez más ante la Sala la cuestión, reiteradamente examinada el año de 1966, en torno a la competencia de los funcionarios de la administración, tomada ésta en su acepción más lata, para incluir en ella todos los funcionarios públicos nacionales y de los entes descentralizados (municipios y de las llamadas entidades autónomas y semi-autónomas). En todos los casos hasta ahora examinados la Sala echó de ver en los funcionarios públicos una acusada tendencia a actuar sin restricciones, guiados por la noción de que les es aplicable el principio, vigente en el derecho privado, según el cual es permitido hacer todo lo que no está prohibido. Echando en olvido que no son sino mandatarios para cumplir y hacer cumplir la ley que inmediatamente les atañe y con poderes determinados por la norma jurídica que señala su competencia. Al funcionario público sólo le es dable hacer lo que de modo inmediato o mediato lo autoriza a hacer el ordenamiento jurídico. Sentado lo cual, la fisonomía del caso presente

resulta harto conocida y su solución expedita. El Instituto Ganadero, sin tener competencia en el caso de los viáticos, y violando directamente la disposición del artículo 11 de la Ley 36 de 1965, en el caso del Asesor Técnico Veterinario, dictó los dos actos impugnados. Nada es necesario agregar a lo anterior para concluir que debe la Sala acceder a declararlos nulos, como lo piden los abogados de la parte demandante y quiere el Procurador Auxiliar.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala Tercera (Contencioso Administrativo) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE SON NULOS, por ilegales, el artículo 1º de la Resolución Nº 178 de 1966 y ARTICULO UNICO de la Resolución Nº 39 de 1960, dictadas por la Junta Directiva del Instituto Ganadero.

Cópiese y notifíquese.

(fdo) Germán López

(fdo) Luis Morales Herrera

(fdo) Alfredo Chiari A.

(fdo) J. M. Anguizola

(fdo) Eduardo Alfaro

(fdo) Carlos V. Chang,
Secretario.