

Panamá, 2 de abril de 2001.

Su Excelencia
Norberto Delgado Durán
Ministro de Economía y Finanzas
E. S. D.

Señor Ministro:

Conforme a nuestras funciones constitucionales y legales y en especial, como Consejera Jurídica de los servidores públicos administrativos, acuso recibo de su Nota DS-AM-N-N°005 de 14 de marzo del 2001, por medio de la cual nos consulta lo siguiente:

“¿Tiene derecho un funcionario público a que se le reconozcan los salarios caídos aunque no esté acreditado como funcionario de Carrera Administrativa?

¿De tener derecho a ese reconocimiento, cuándo se activa el mismo:

- a) Cuando se ordena el reintegro por el delito contra la Administración Pública?
- b) Cuando culmine la investigación del delito contra la Fe Pública?”

Examen de los Hechos

1. Mediante Oficio N°.10819 de 16 de agosto de 1999, el señor Fiscal Auxiliar de la República solicitó la suspensión de las labores a un funcionario de la Dirección General de Aduanas.

2. En cumplimiento a la orden dictada por el representante del Ministerio Público, el funcionario fue separado del cargo mediante Resuelto N°406-07-542 de 26 de agosto de 1999, el cual se hizo efectivo a partir del 15 de septiembre de 1999, fecha de su notificación personal.
3. Mediante Oficio 2306 de 15 de septiembre del 2000, la Juez Décima de Circuito Penal del Primer Circuito Judicial, Provincia de Panamá, les notifica el levantamiento de la suspensión ordenada sobre el referido funcionario público.
4. En atención al levantamiento decretado se expidió el Resuelto 406-07-813 de 1 de noviembre del 2000, por el cual se resuelve dejar sin efecto la medida de suspensión del cargo impuesta sobre el funcionario a partir del día 15 de septiembre del 2000.
5. En consecuencia el funcionario público en mención, dejó de percibir remuneración por motivo de su separación del cargo desde el 15 de septiembre de 1999 al 15 de septiembre del 2000 y solicita el pago de los salarios caídos.

Criterio del Ministerio de Economía y Finanzas

Mediante la Ley N°9 de 20 de junio de 1994, se crea la Carrera Administrativa, donde se regulan los derechos y deberes de los servidores públicos en general, especialmente los de carrera administrativa. Esta Ley se hace obligatoria para todas las dependencias del Estado y es fuente supletoria de derecho para aquellos servicios públicos que se rijan por otras carreras públicas legalmente reguladas por leyes especiales. (V. Artículo 5). Hay que reconocer que este cuerpo normativo, llena el vacío existente en el Título XI de la Constitución Nacional, en lo atinente a servidores públicos.

El artículo 1 de la citada ley, no es excluyente de los servidores públicos que no son de carrera, pues la misma pretende regular los derechos y deberes de los servidores públicos en general. (Cf. Artículos 135 y 137 de la Ley N°9/94)

En las normas que contempla el Título VII, del Régimen Disciplinario, Capítulo I, Normas Generales del Régimen Disciplinario, concretamente el artículo 146, dispone lo siguiente:

“Artículo 146. Los servidores públicos sometidos a investigación judicial o administrativa pueden ser objeto de separación de sus cargos, en virtud de mandamiento de autoridad judicial competente; o de la autoridad nominadora, en caso de procesos disciplinarios.”

En el Reglamento Interno del MEF, sólo opera la figura del reintegro y pago de salarios dejados de percibir, en caso que por iniciativa de “La Autoridad Nominadora” se haya separado del cargo al funcionario público, por causa disciplinaria. El funcionario público en comento fue separado de su cargo en atención a requerimiento del Ministerio Público, quien mediante Resolución motivada dispuso la detención preventiva y suspensión del ejercicio de las funciones por la investigación de oficio en su contra por Delitos Contra la Fe Pública y la Administración Pública.

Si bien es cierto, la medida emana de una Autoridad Competente se remite a la Institución correspondiente para que la misma sea acatada por la Autoridad Nominadora. El requerimiento del agente instructor del Ministerio Público tiene su fundamento en el artículo 2470 del Código Judicial. Sin embargo, el servidor público en mención, no fue suspendido por la Autoridad Nominadora. Empero el hecho de detener a un funcionario público sin cesación de su cargo acarrea la suspensión del mismo por inasistencia. Esta separación realmente no es una sanción sino una medida para asegurar la armonía y seguridad del ambiente laboral mientras dure su investigación, no dejando así de tener la condición de funcionario público.

El concepto investigación, jurídicamente se asimila a la de un Proceso Sumarial, premisas que imperiosamente obligan a concluir que el mismo, conlleva el instituto del Debido Proceso y el ejercicio del Derecho de Defensa del Investigado.

De lo expuesto se deduce, que si al funcionario público no se le encuentra ningún tipo de vinculación dentro del hecho que se le atribuye puede ser reintegrado a sus funciones, lo que es acorde con el Principio de

Presunción de Inocencia establecido en nuestra Constitución Política en el artículo 22.

A través de Oficio 2306 de 15 de septiembre del 2000, la Juez Décima de Circuito Penal del Primer Circuito Judicial, Provincia de Panamá, notifica a la Subjefa de la Oficina Institucional de Recursos del Ministerio de Economía y Finanzas el levantamiento de la suspensión del cargo ordenada sobre el funcionario in comento. La Resolución de 29 de junio del 2000, fundamenta que en el proceso penal que se le siguió por supuesto delito CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, fue favorecido con un Sobreseimiento Provisional. No obstante, en cuanto al delito CONTRA LA FE PÚBLICA, se ordenó iniciar una investigación ante la Fiscalía de Circuito correspondiente.

Por las consideraciones planteadas, estiman que no es viable el pago de los salarios quincenales retenidos; derecho que quedaría pendiente de la decisión final del proceso incoado contra el funcionario, ya que el mismo es investigado por delitos diferentes.

Dictamen de la Procuraduría de la Administración

Iniciamos el presente examen, en primer lugar, distinguiendo el procedimiento penal y disciplinario que se le sigue a un funcionario público, para derivar nuestras conclusiones, aclarando si el mismo tiene las mismas prerrogativas, básicamente en concepto de salarios caídos a raíz de un sobreseimiento provisional por causa de un proceso penal.

En la doctrina, se ha hecho referencia a la diferenciación que existe entre la acción disciplinaria y la acción penal. Dijo la Corte:

“Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de una procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos

mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.

La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público con miras al cumplimiento de la función pública.

La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en las que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan al procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos políticos-constitucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación...”

Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio de acuerdo a la falta administrativa, lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el principio de la sanción disciplinaria que se impone

6

sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron”.¹

De lo traducido por la doctrina, podemos concluir, que la finalidad del proceso penal, es la defensa de la sociedad, mientras que en el procedimiento disciplinario busca garantizar el buen desempeño y la ejecución eficaz de las labores encomendadas por la Administración Pública. En cuanto a la naturaleza de las faltas, en el procedimiento penal, hace énfasis en la delimitación legal de las conductas; en cambio, en las faltas disciplinarias, básicamente se centra en los elementos propios de la función pública y las sanciones en el proceso penal se priva de la libertad física y se da su separación inmediata del cargo mientras que el proceso disciplinario, se puede dar desde un llamado de atención, separación del cargo hasta la destitución, y nos atrevemos a añadir una última diferenciación, que son las competencias, en cuanto a que un Juez Penal decide y ejecuta la sanción penal de acuerdo a lo normado en la Ley sin entrar a tomar decisiones que no le estén expresamente señaladas en la misma.

En Sentencia de 23 de mayo de 1991, la Corte resolvió un Recurso de Inconstitucionalidad propuesto por Isaac Rodríguez contra la Ley N°25 de 14 de diciembre de 1990 “Por la cual se adoptan medidas en las entidades gubernamentales tendientes a proteger la democracia y el orden constitucional” y resaltó que el procedimiento disciplinario no está sujeto a las mismas garantías que el proceso penal, y destacó la diferencia entre el derecho penal y el poder disciplinario, expresando lo siguiente:

“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, sujeto 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”.

¹ RODRÍGUEZ SANTOS, Carlos Manuel; Manual de Carrera Administrativa y Régimen Disciplinario; Editorial Librería del Profesional; Colombia, 1997, p. 196.

En Demanda Contenciosa Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Licenciado Rafael Collins, en representación de Marixenia Robles Carrasco, para que se declare nula, por ilegal, la Nota N°95 (361-01)063 de 4 de abril de 1995, emitida por el Gerente General de la Caja de Ahorros, la Procuradora señaló, que el salario es la remuneración que se otorga como contraprestación de los servicios prestados; y que en los casos de servidores públicos suspendidos de sus cargos por motivos de investigación judicial, y que luego son sobreseídos provisionalmente o definitivamente, no procede el pago de salarios caídos, a menos que la ley así lo ordene, en estos caso, de conformidad con el artículo 297 de la Constitucional. (Resaltado nuestro.)

De igual manera, los Magistrados de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo sobre el particular, se pronunciaron en los siguientes términos:

“En cuanto al primer cargo de violación, la Sala comparte el criterio externado por la Procuraduría de la Administración, de que no es aplicable al caso, toda vez que mediante el Decreto de Gabinete N°137 de 30 de mayo de 1969, mediante el cual se reformó sustancialmente la Ley N°4 de 13 de enero de 1961, sobre Administración de Personal en el Sector Público, y se suspendió el régimen de estabilidad de la referida ley, se consagraron disposiciones sólo aplicables a los empleados de carrera, entre las cuales está el artículo Décimo Primero, norma que otorga el derecho al reintegro y pago de salarios caídos, del empleado suspendido “contra el cual se tramite un expediente de despido... Si el fallo correspondiente fuere absolutorio...”

Consta a foja 10 del expediente, que la señora MARIXENIA ROBLES fue suspendida del cargo público que desempeñaba en la Caja de Ahorros, en virtud de la orden dictada por el Fiscal Séptimo del Primer Circuito Judicial, quien investigaba el hecho irregular ocurrido en dicha institución bancaria, consistente en desembolsos y registros contables de cargos improcedentes en la cuenta “otros gastos

pagados por anticipado”, y tomó esta medida porque en la indagatoria rendida por MARIXENIA ROBLES, ésta reconoció que firmó cheques de gerencia, sin el respaldo de los documentos sustentadores. Por tanto, como la suspensión del cargo de MARIXENIA ROBLES, no se dio porque se tramitara en su contra un expediente disciplinario de despido, no es aplicable en este caso, el artículo Décimo Primero del Decreto de Gabinete N°137 de 1969. (Cf. Sentencia 3 de julio de 1996.)

En síntesis este Despacho reitera el criterio contenido en Sentencia de 3 de julio de 1996, en el sentido de que el salario es la remuneración que se otorga como contraprestación de un servicio prestado; y en los casos de servidores públicos suspendidos de sus cargos por razón de investigación judicial, como es el caso que nos ocupa, no procede el pago de salarios caídos a menos que una ley así lo ordene. En efecto, observamos que dicho Ministerio no tiene una Ley que disponga el reconocimiento, en concepto de salarios caídos, a aquellos funcionarios públicos suspendidos de sus cargos, y luego sobreseído provisionalmente; máxime cuando la separación se produjo por orden de una autoridad jurisdiccional con motivo de una investigación penal y no disciplinaria.

Espero de estar forma, haber aclarado satisfactoriamente, su interesante Consulta, me suscribo de vuestra excelencia, con nuestros respetos.

Atentamente,

Original }
Firmado } Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.