



Carika Otero
23/02/2021
2:44 p.m.

República de Panamá
Procuraduría de la Administración
Secretaría Provincial de Chiriquí

Chiriquí, 18 de febrero de 2021
C-CH-No.002-21

Ingeniero
Anthony Carrera
Presidente del Patronato Materno Infantil
José Domingo de Obaldía
E. S. D.



Ref.: Viabilidad Jurídica de Pago con relación al artículo 188 de la Ley No. 51 de 27 de diciembre de 2005.

Señor Presidente:

Me dirijo a usted, con motivo de su nota PAT/019/19 de fecha 15 de febrero de 2021, recibida en esta Secretaría Provincial el día 17 de febrero de 2021, resaltándole que esta Secretaría atendiendo a la Resolución DS-070-19 de 27 de mayo de 2019 (*gaceta oficial 28787 de 03 de junio de 2019*) emitida por el Procurador de la Administración, será la encargada de darle respuesta a su escrito de consulta, la cual solicita nuestro criterio jurídico sobre:

- 1. La aplicación del artículo 188 de la Ley No. 51 de 27 de febrero de 2005 en relación a la viabilidad jurídica de pago por riesgo profesional de un servidor público activo jubilado.**

Luego de la atenta lectura de la nota objeto de la consulta, y en virtud de la facultad de este Despacho mediante el numeral 1 y 5 del artículo 6 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, nos permitimos indicar lo siguiente:

I. Sobre lo consultado.

Apreciamos que la consulta busca nuestra opinión jurídica respecto a la aplicación del artículo 188 de la Ley No. 51 de 27 de febrero de 2005 en relación a la viabilidad jurídica de pago por riesgo profesional de un funcionario público activo jubilado al servicio de la entidad denominada "*Patronato del Hospital Materno Infantil José Domingo de Obaldía*". Por lo que en relación a la interrogante planteada, nos permitimos manifestarle, que la Procuraduría de la Administración, está llamada a ser consejera jurídica de los servidores

servidores públicos administrativos que consulten su parecer respecto a una determinada interpretación de la ley o el procedimiento a seguir en un caso concreto; sin embargo, en cuanto a la pregunta formulada, debemos advertirle que el artículo 2 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, señala que:

*“Las actuaciones de la Procuraduría de la Administración se extienden al ámbito jurídico administrativo del Estado, **excluyendo** las funciones jurisdiccionales, legislativas y, en general, **las competencias que tengan otros organismos oficiales**”* (El subrayado en negrita es nuestro).

Lo antes expuesto, se sustenta en que no es facultad, competencia o atribución por imperativo legal de esta Procuraduría pronunciarse en relación a la viabilidad jurídica de un pago por riesgo profesional de la colaboradora Giselle Ernestina González Tejada en el periodo comprendido del 16 de junio de 2020 hasta el 23 de junio de 2020, en su condición de servidora pública activa jubilada; toda vez que, dicha atribución está reservada única y exclusivamente a la Contraloría General de la República quien puede invocarla, y la misma opera luego de la insistencia en el pago de una suma de dinero que le efectúe una Entidad pública a la Contraloría General de la República. Veamos el artículo 77 de la Ley No. 32 de 8 de noviembre de 1984, publicada en gaceta oficial No. 20,188 de fecha 20 de noviembre de 1984:

“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 y organismo que emitió la orden de pago o el acto administrativo insista en el cumplimiento de aquélla o de éste, 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 de pago o del cumplimiento del acto.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el funcionario y organismo encargado de emitir el acto, una vez improbadado éste por la Contraloría, puede también someter la situación 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 admisión 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”.



Además, observamos que de los documentos aportados en la consulta, ya se han emitido actos administrativos, por lo que es oportuno indicarle que la Corte Suprema de Justicia en un fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, fechado 15 de noviembre de 2018, del cual se desarrolló el principio de legalidad, nos orientó al decirnos lo siguiente:

“ ...

En este punto, conviene subrayar, que no debe perderse de vista, con relación a estos hechos, que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio de “presunción de legalidad” de los actos administrativos, lo cual significa no sólo que éstos se consideran ajustados al ordenamiento jurídico, sino también que quien alega su ilegalidad debe demostrarla plenamente.

En este sentido, debe recordarse que el acto administrativo es concebido como aquella declaración o acuerdo de voluntad expedida o celebrado por una autoridad y organismo público con la finalidad de crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica, que por su contenido y alcance queda sometida al Derecho Administrativo (numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000).

De esta forma, los actos administrativos vistos desde la función que están llamados a cumplir, buscan concretar o materializar la actuación que desarrolla la Administración para dar cumplimiento a la satisfacción de los intereses generales y públicos que le han sido confiados.

En virtud de ello, resulta evidente que, esos actos administrativos, por definición, tienen que ajustarse estrictamente a lo dictado en la Constitución y la Ley. Este Principio de legalidad de las actuaciones administrativas está contemplado expresamente en los artículos 34 y 36 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el procedimiento administrativo general, que establecen lo siguiente:

Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán...con apego al principio de estricta legalidad.

Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la Ley o los reglamentos.

De lo anterior se desprende que lo que se busca con el principio de estricta legalidad, es garantizar que la actuación de las autoridades públicas se sujete a un conjunto de reglas y normas previamente establecidas, de forma tal que se evite toda arbitrariedad o abuso de poder que pueda afectar a los administrados.



En ese orden de ideas, y en seguimiento de lo establecido en el numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el acto administrativo debe atender los siguientes elementos vitales para su formación:

a). Competencia; salvo que ésta sea delegable o procesa la sustitución. b). Objeto; en el cual debe ser lícito y físicamente posible. c). Finalidad; acorde con el ordenamiento jurídico y en ningún momento puede encubrir otros propósitos públicos o privados distintos de la relación jurídica de que se trate. d). Causa; la cual debe ser relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable. e). Motivación; que debe reflejar el conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; f). Procedimiento; ajustado a los trámites jurídicos exigidos para su emisión; y g). Forma; que salvo las excepciones que la Ley indique, la misma debe ser escrita, con la indicación del lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.

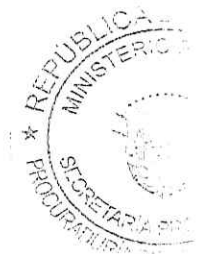
Las consideraciones anteriores han sido reconocidas por la Sala Tercera en reiteradas oportunidades, indicando que la presunción de legalidad es “la convicción, fundada en la Constitución y en la Ley, en virtud de la cual se estima o asume que un acto emanado de quien ostenta la calidad de funcionario público y dictado en ejercicio de sus funciones, fue expedido con arreglo al orden jurídico, es decir, cumpliendo las condiciones formales y sustanciales necesarias para que dicho acto sea válido y pueda, entonces, llegar a ser eficaz”. (Auto de 31 de julio de 2002).

Así pues, la jurisprudencia de la Sala Tercera ha indicado igualmente que la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos es una presunción iuris tantum, “es decir, que no es absoluta, sino que puede ser desvinculada mediante prueba en contrario” (Sentencia de 19 de septiembre de 2000)...”

II. Opinión de la Procuraduría de la Administración por conducto de la Secretaría Provincial de Chiriquí.

No obstante, a pesar de las consideraciones antes expuestas, esta Secretaría Provincial a modo de orientación general, se permite externar algunos conceptos con relación al tema en estudio; en donde por ejemplo observamos que, mediante Sentencia de 16 de diciembre de 2019. Proceso: Solicitud de Viabilidad Jurídica del Pago. Partes: Asamblea Nacional de Diputados, para que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se pronuncie en torno a la viabilidad jurídica de la suspensión de los pagos con cargo al objeto del gasto-otros servicios personales (080) asignado a los despachos de los Honorables Diputados de la Asamblea Nacional, por parte del Contralor General de la República, en su parte medular nos dijo que:

“En otro orden de ideas, es importante señalar en relación a la naturaleza jurídica de la figura de la viabilidad jurídica, que la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado respecto de la misma en el fallo del 14 de septiembre de 1994, lo siguiente:



Conforme a la norma aducida, la Contraloría puede improbar cualquier orden de pago que se gire en contra de un Tesoro Público, invocando razones de orden legal o económico, y ante tal improbación, el funcionario o institución interesada puede insistir en que el pago se realice, en cuyo caso la Contraloría tiene la opción de cumplir con el pago o solicitar a la Sala Tercera se pronuncie sobre su viabilidad jurídica, siendo entonces este Tribunal quien determinará si el pago o acto administrativo efectivamente debe cumplirse...”

En este mismo escenario, en un asunto con características similares a este primer abordaje, mediante Auto de 14 de septiembre de 1994. Caso: Contralor General de la República c/ Hospital Santo Tomás, se manifestó que en relación a la improbación de órdenes de pago contra el tesoro público, lo siguiente:

“Conforme a la norma aducida, la Contraloría puede improbar cualquier orden de pago que se gire en contra de un Tesoro Público, invocando razones de orden legal o económico, y ante tal improbación, el funcionario o institución interesada puede insistir en que el pago se realice, en cuyo caso la Contraloría tiene la opción de cumplir con el pago o solicitar a la Sala Tercera que se pronuncie sobre su viabilidad jurídica, siendo entonces este Tribunal quien determinara si el pago o acto administrativo efectivamente debe cumplirse”.

Por otro lado, es importante hacer mención de la Ley No. 51 del 27 de diciembre de 2005 publicada en la gaceta oficial No. 25,453 de fecha 28 de diciembre de 2005, la cual por medio de la presente norma jurídica, se reforma el sistema de seguridad social, el cual tiene por objeto garantizar a sus asegurados el derecho a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de retiro por vejez, incapacidad para trabajar y la atención de salud, así como las prestaciones de sobrevivientes, mediante la protección de las contingencias que los afecten, con la cobertura de riesgos definidos en esta Ley, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Nacional. Siendo las cosas así, es de medular importancia traer al análisis normativo el contenido del artículo 1 numeral 2 que dice así:

“Asegurado. Persona afiliada conforme a los requisitos establecidos por la Ley, ya sea al régimen obligatorio o al voluntario, protegida por el sistema, generándole el derecho a alguna o a todas las prestaciones otorgadas en virtud de esta Ley”.

De la norma antes señalada se desprende que, los beneficios y en el caso que nos ocupa los económicos, surgen a razón de la afiliación al sistema de la Caja Seguro Social. Por lo que a razón, de varios beneficios económicos a favor de un solo asegurado y que serán pagaderos de los fondos públicos de esta Entidad (CSS) la norma es sabia al indicar en su artículo 188 de la No. 51 de 27 de diciembre de 2005, lo siguiente:



“Artículo 188. Incompatibilidad de prestaciones económicas en el Subsistema Exclusivo de Beneficio Definido. Es incompatible la percepción de más de una prestación en dinero por un mismo beneficiario, concedida de conformidad con esta Ley. En caso de concurrencia, se pagará la más beneficiosa para el asegurado.

Se considerará que hay concurrencia cuando un mismo asegurado, de forma simultánea o sucesiva, genera el derecho a dos o más prestaciones en dinero, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.

No obstante lo anterior, se permitirá el pago simultáneo de prestaciones en dinero, sumando ambas prestaciones, sin que la totalidad exceda la cantidad de mil quinientos balboas (B/.1,500.00) mensuales, en los siguientes casos:

- 1. El del pensionado por incapacidad permanente parcial por Riesgo Profesional que posteriormente llegase al goce de una Pensión de Retiro por Vejez.*
- 2. El goce de un subsidio por enfermedad o Riesgo Profesional y el goce de una Pensión de Viudez.*
- 3. El goce de la jubilación o pensión por derecho propio y el goce de la Pensión de Viudez serán simultáneos, por el periodo de cinco años que debe contarse desde la fecha del fallecimiento del causante.*
- 4. El goce de una pensión por incapacidad permanente y el goce de un subsidio por maternidad.*
- 5. El del pensionado de vejez que vuelva a trabajar y genere derecho a un subsidio o indemnización por Riesgo Profesional”. (El resaltado es nuestro).*

Por tal razón, la norma es precisa al indicar que la persona pensionada por vejez y que se mantenga laborando en este caso en el sector público, no podrá recibir de la Entidad denominada Caja del Seguro Social dos o más prestaciones en dinero cuando ambas excedan la cantidad de mil quinientos balboas (B/.1,500.00) mensuales. Por lo que la Ley determinó que, en el caso de concurrencia, se pagará por parte de la Caja del Seguro Social la más beneficiosa para el asegurado.

También, es necesario hacer alusión que en relación a la narrativa de fondo esta Procuraduría se ve imposibilitada de responder sobre la viabilidad jurídica de pago (*dra. Gisselle Ernestina González Tejada*) ya que ante una posible demanda ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia nuestra institución tendría que emitir concepto en interés de la Ley, por lo que un pronunciamiento preliminar iría en contra de nuestra función constitucional y legal. Además, debemos mencionar que el “*Control de la Legalidad*” es una función jurisdiccional encaminada precisamente a velar por que todos los actos materialmente administrativos, con independencia del Órgano que los produce, se ajusten al ordenamiento legal, como se desprende de la lectura del precepto contenido en el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política de Panamá, que al respecto señala que la jurisdicción Contencioso Administrativa conocerá sobre los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecute, adopte, expidan o en que se encuentren en ejercicio de sus funciones o pretextando



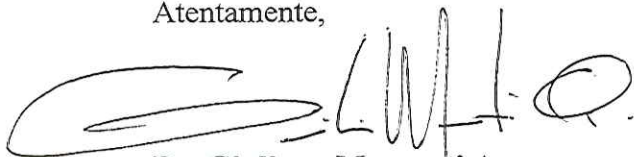
ejercerlas, los funcionarios públicos, y que guarda relación con el principio de legalidad tutelado por el artículo 18 de la Constitución Política.

En virtud de las consideraciones anotadas y, sin perjuicio de las reflexiones señaladas, esta Secretaría Provincial es del criterio que la decisión sobre el pago de las incapacidades generadas por el otorgamiento de una licencia especial por riesgo profesional a la dra. Gisselle Ernestina González Tejada, en su condición de servidora pública activa jubilada, es una decisión que le corresponde tomar a la Entidad consultante, tomando en cuenta el artículo 1 de la Ley No. 12 de 12 de enero de 2001 “Que reorganiza el Patronato del Hospital Materno Infantil José Domingo de Obaldía”, veamos:

*“Artículo 1. El Patronato del Hospital Materno Infantil José Domingo de Obaldía, es una entidad jurídica de interés pública, social y sin fines de lucro, la cual estará dotada de **personería jurídica, patrimonio propio y autonomía en sus regímenes administrativo, económicos, financiero y funcional**; que se regirá por esta Ley y su Reglamento Interno...”* (El resaltado es nuestro).

Finalmente, es esencial tomar en cuenta lo dicho por la doctora Alma Montenegro de Flecher (*ex-procuradora de la administración*) cuando en la Consulta No. 103 de 22 de mayo de 2003 le indicó a la Entidad consultante que la pensión por vejez es una compensación por el tiempo laborado, por los años de servicio a favor de la nación. Más aún, cuando nuestro ordenamiento jurídico contiene normas que garantizan beneficios exclusivos a este sector, además la doctora Montenegro hizo referencia de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de aquella época, donde se indicaba que, en varias demandas y advertencias de inconstitucionalidad, relacionadas a la pensión por vejez, se ha señalado que esta pensión constituye un derecho adquirido por el asegurado, expresando que el pensionado por vejez, no puede ser privado del derecho del trabajo, así como tampoco, se le puede disminuir o restringir derechos laborales en el ejercicio activo de sus funciones, salvo que una ley especial así lo determine y en el caso consultado se impida expresamente que el Patronato del Hospital Materno Infantil José Domingo de Obaldía, pueda pagar incapacidades por accidente de trabajo (*reconocido el accidente laboral mediante acto administrativo emanado de la CSS*), generadas por un servidor público activo jubilado cuando la Caja del Seguro Social se vea imposibilitada jurídicamente de hacerlo.

Atentamente,



Dr. Giuliano Mazzanti A.
Secretario Provincial de Chiriquí
Procuraduría de la Administración

gm



E. R. K. A. L. T. E. R. O.
23/02/2021
2:44 p.m.