

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 662

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 8 de junio de 2009

**Proceso de
Inconstitucionalidad.**

Acción de inconstitucionalidad presentada por el licenciado **Gregorio Villarreal Valdés**, en su propio nombre y representación, en contra del artículo 4 de la ley 14 de 28 de enero de 2008 por medio de la cual se adiciona el artículo 67-A a la ley 9 de 1994 el cual pasó a ser el artículo 68 del texto único de 29 de agosto de 2008.

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración.**

Honorable Magistrado Presidente del Pleno de la Corte

Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la demanda de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Norma acusada de inconstitucional.

El accionante pretende que ese Tribunal declare inconstitucional el artículo 4 de la ley 14 de 28 de enero de 2008, por medio del cual se adiciona el artículo 67-A a la ley 9 de 20 de junio de 1994, el cual pasó a ser el artículo 68 del texto único de 29 de agosto de 1994, ordenado por la Asamblea Nacional, que comprende la ley 9 de 1994, por la cual se establece y regula la carrera administrativa, la ley 24 de 2007 que modifica y adiciona artículos a la ley 9 de 1994 que establece y regula la carrera administrativa, y las

reformas incluidas en la ley 14 de 2008, el cual aparece publicado en la gaceta oficial 26134 de 26 de septiembre de 2008. (Cfr. fojas 1 a 19 del cuaderno judicial).

El artículo 68 del texto único de la ley 9 de 1994, dispone textualmente:

"Artículo 68. Los servidores públicos en funciones que laboren en puestos de apoyo a la estructura de cargos descritos como nivel 0101 en el Manual de Clases Ocupacionales vigente en cada institución adquirirán su condición de Carrera Administrativa después de dos años de labores ininterrumpidas en la Administración pública, sin necesidad de concurso ni de verificación previa de que reúnen los requisitos mínimos para el cargo."

II. Disposiciones constitucionales que se aduce violadas y el concepto de la supuesta infracción.

En la acción extraordinaria que ocupa nuestra atención, la parte actora indica que la norma acusada infringe de manera directa, por comisión, los artículos 300, 302 y 305, comprendidos en los capítulos 1° y 2° del título XI de la Constitución Política de la República.

Según el accionante, la norma demandada viola en forma directa, por comisión, el artículo 300 constitucional, por cuanto que se aparta diametralmente del texto superior, esto es, que la norma legal acusada desobedece un claro mandato constitucional en el tema de ingreso de funcionarios a la carrera administrativa. Eso ocurre, afirma, porque dicha disposición constitucional exige que los servidores públicos se rijan por un sistema de méritos; no obstante, la norma acusada faculta el ingreso a la Carrera Administrativa de

servidores públicos en funciones, después de dos años de labores ininterrumpidas en la administración pública, sin necesidad de concurso ni de verificación previa de que reúnen los requisitos mínimos del cargo.

Por otra parte, afirma el demandante que el artículo 302 del texto constitucional es vulnerado en forma directa, por comisión, ya que la norma acusada de inconstitucional autoriza el ingreso de servidores públicos en funciones a la carrera administrativa, de manera automática y sin verificar si cumplen con los requisitos mínimos para el cargo, por lo que se desconoce el espíritu y ordenanza de esta disposición constitucional.

La violación al artículo 305 de la Constitución Política se produce, según afirma el accionante, de manera directa, por comisión, porque desconoce un elemento indispensable de la implementación de la carrera administrativa, que consiste en que la misma debe estar sujeta a los principios del sistema de méritos. Añade, que si bien es cierto que esta norma constitucional faculta a la ley para que regule la estructura y organización de las carreras, no lo es menos que igualmente impone la obligación que las mismas estén sujetas a concurso de méritos, por lo que al ordenar la norma acusada el ingreso de funcionarios a la carrera administrativa, sin necesidad de concurso ni la verificación previa de que éstos reúnen los requisitos mínimos para el cargo, se viola el primer párrafo de este precepto constitucional.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Luego del examen de la presente demanda de inconstitucionalidad, consideramos que debe ser declarado inconstitucional, aunque solo de manera parcial, el artículo 67-A, adicionado a la ley 9 de 20 de junio de 1994, que establece y regula la carrera administrativa, y que pasó a ser el artículo 68 de dicha ley según el texto único aprobado por la Asamblea Nacional, que aparece publicado en la gaceta oficial 26134 de 26 de septiembre de 2008.

Observa este Despacho, que aunque los artículos 302 y 305 de la Constitución Política de la República disponen que lo relacionado con los deberes y derechos de los servidores públicos; con los principios para sus nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones; y la estructura y organización de las carreras instituidas en la función pública serán determinados por la Ley, no debe perderse de vista que dichas disposiciones constitucionales exigen que tales acciones sean reguladas sobre la base de los principios del sistema de méritos.

A nuestro juicio, estas normas superiores no regulan el ingreso al servicio público, sino que dejan a lo que determine la Ley todo lo relacionado con los deberes, derechos y principios para el nombramiento, ascenso, suspensión, traslado, destitución, cesantía y jubilación de quienes ingresen a dicho servicio; así como también reservan a la Ley lo relativo a la estructura y organización de las carreras enunciadas en el artículo 305 constitucional y aquellas creadas por mandato de una ley formal.

En cumplimiento de dichos preceptos constitucionales, se dictó la ley 9 de 20 de junio de 1994 que instituyó y organizó en nuestro país la carrera administrativa, la cual establece en su artículo 1 que de las materias previstas en los capítulos 1º, 2º, 3º y 4º de Título XI de la Constitución de la República; regula lo concerniente a los derechos y deberes de los servidores públicos; y establece un sistema de administración de recursos humanos para estructurar, sobre la base de méritos y eficiencia, los procedimientos y las normas que les son aplicables.

En su artículo 2, dicha excerpta legal define como servidor público a la persona nombrada temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas y, en general, a quienes perciban remuneración del Estado y los clasifica en servidores públicos de carrera, servidores públicos de carrera administrativa y servidores público que no son de carrera administrativa.

Entre los servidores públicos que no pertenecen a ninguna de las carreras establecidas en la Constitución Política de la República o creadas por la ley, dicha disposición incluye a los servidores públicos en funciones, a los que se refiere como aquellos que, antes de aplicar el procedimiento ordinario de ingreso, se encuentren ocupando un cargo público definido como de carrera administrativa, hasta que adquieran la condición de servidores públicos de carrera administrativa o se les desvincule de la administración pública.

Para la incorporación de estos servidores públicos al sistema de carrera administrativa, la citada disposición legal ha establecido un modo excepcional de incorporación, que aparece regulado en su artículo 67, que dispone que los mismos ingresan al referido sistema sin necesidad de concurso, siempre que al momento de ser evaluados demuestren poseer los requisitos mínimos de educación o experiencia exigidos por el Manual de Clases Ocupacionales vigente en cada institución.

De la lectura de la norma cuya inconstitucionalidad se pide, se desprende con claridad meridiana, que está dirigida a un grupo de servidores públicos en funciones, ubicados en el nivel 0101 del Manual de Clases Ocupacionales vigente en cada institución, a quines les da la condición de servidores públicos de carrera administrativa, sin necesidad de concurso, modo excepcional de ingreso a dicha carrera ya reconocido por la propia ley 9 de 1994, pero sin necesidad, valga la redundancia, de verificación previa de que reúnen los requisitos mínimos para el cargo, condición ésta que contraría abiertamente las exigencias de las normas constitucionales comentadas.

Por tales razones, el servidor público en funciones debe ser sometido a evaluación para comprobar que posee los requisitos mínimos de educación o experiencia para desempeñar el puesto que ocupa o al que aspira, los cuales, conforme ya se ha dicho, deben estar previamente establecidos en los manuales de clases ocupacionales vigentes en cada institución.

Por evaluación, dice el artículo 2 de la ley 9 de 1994, se entiende la acción y efecto de estimar o calificar las características, el rendimiento o el desempeño del sistema de recursos humanos, así como de las personas que están al servicio del Estado o que aspiren a estarlo.

Al disponer el artículo 68 del Texto Único ordenado por la Asamblea Nacional, que los servidores públicos que laboren en puestos de apoyo a la estructura de cargos descritos como nivel 0101 en el Manual de Clases Ocupacionales vigente en cada institución, adquirirán su condición de carrera administrativa después de dos años de labores ininterrumpidas en la administración pública, sin necesidad de concurso, ni de verificación previa de que reúnen los requisitos mínimos para el cargo, a juicio de esta Procuraduría se configura la violación de lo previsto por el artículo 300 de la Constitución Política de la República, según el cual los nombramientos que recaigan en el personal de carrera se harán sobre la base al sistema de mérito; así como lo establecido en el artículo 305 constitucional que, contrario al sentido dado por el legislador a esta norma de carácter legal, instituyen que las carreras en la función pública se desarrollarán sobre la base de los principios del sistema de méritos.

Al no definir la Constitución Política de la República ni la ley 9 de 1994 sobre carrera administrativa, qué ha de entenderse por sistema de mérito o concurso de mérito, como también se le conoce, debemos recurrir a la acepción del vocablo "mérito", según el Diccionario de la Lengua Española

de la Real Academia Española, 22ª Edición, que lo define, entre otras acepciones, como aquello que hace al hombre digno de premio o de castigo, lo que es notable y recomendable.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas, 28ª Edición, Editorial Heliasta, página 399, mérito es el hecho determinante de una valoración positiva (premio o recompensa) o de una estimación negativa (castigo o pena. Calidad de buenas obras, que se hacen acreedoras, y hacen digno a su autor, del aprecio, la fama, el galardón o el beneficio material. Por propio mérito o propios méritos, añade, es obtención de ascenso, recompensa u otro beneficio sin favor ni valimiento, sobre la base exclusiva de los antecedentes calificados a través de la obra realizada o los servicios prestados(subrayado nuestro), acepción ésta que se ajusta al presupuesto constitucional patrio, de ingreso a las carreras en la función pública, mediante el sistema de méritos.

Por ello, al exigir el texto constitucional que los nombramientos que recaigan en el personal de carrera se hagan sobre la base del sistema de méritos, está reconociendo que los cargos de carrera deben ser ocupados por los aspirantes que reúnan la mejor calificación para ocupar una posición de carrera, sin favor ni valimiento y sobre la base exclusiva de sus antecedentes calificados a través de la obra realizada o los servicios prestados.

Sobre la selección del personal de la función pública, ha expresado Rafael Entrena Cuesta en su obra Curso de

Derecho Administrativo, Volumen 1/2, Organización

Administrativa, Undécima Edición, Tecnos, pág. 272, que:

"Si, conforme se ha propuesto reiteradamente de relieve, el éxito o el fracaso de una Administración viene determinado no sólo por las leyes que la regula, sino, fundamentalmente, por la calidad del personal que en ella se integra, está claro que pocos aspectos de una política de la función pública revestirán en la práctica tanta importancia como la selección de los funcionarios públicos y su preparación y perfeccionamiento para que en cada momento posean los conocimientos y la experiencia necesarios para el adecuado desenvolvimiento de las tareas que se les encomiendan.

...

El estudio de la selección de los funcionarios públicos requiere el tratamiento de dos cuestiones: la capacidad exigida para alcanzar aquella condición, y el sistema a seguir para efectuar la selección.

...

Los sistemas seguidos a lo largo de la Historia para seleccionar a las personas que ocupan los cargos públicos son muy variados y corren paralelos con las características de tales cargos y con las ideas imperantes al momento de que se trate.

...

Por ello, en lo que respecta a la selección de los funcionarios profesionales, es decir, de los funcionarios públicos en sentido estricto, el sistema generalmente aplicado es el de nombramiento por la autoridad competente.

Este nombramiento, sin embargo, puede efectuarse de forma libre o reglada, en el sentido de que al otorgarlo pueda elegir quien lo efectúa, entre las personas que juzgue oportuno o, por el contrario, se encuentre sometido a los cauces que establece el Derecho positivo. La primera de las modalidades enunciadas debe considerarse hoy, por lo que a España se refiere, restringida a los cargos políticos -ministros, subsecretarios, etc.-, mientras que

para los funcionarios profesionales - que son los que nos interesan -, con la salvedad de los eventuales, e incluso para el personal laboral, el ingreso se llevará a cabo a través de los sistemas de oposición, concurso-oposición o concurso libres, en los que se garanticen, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. (el subrayado es nuestro)

Al dar la explicación de su voto en la sentencia de 13 de agosto de 2007, que decidió la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por el licenciado Juan Carlos Escalona Ávila, en representación de Leonel Edgardo Villarreal, para que se declarase nulo, por ilegal, el decreto ejecutivo 376 del 26 de octubre de 2004, emitido por el ministro de Desarrollo Agropecuario, el Magistrado Adán Arnulfo Arjona, expresó lo siguiente:

"Aún cuando comparto en un todo las consideraciones que se hacen en la presente decisión, me veo en la necesidad de expresar ciertas anotaciones coadyuvantes con el fallo, a fin de colocar en el lugar que merece el repentino y contradictorio Salvamento de Voto con el que se pretende debilitar, sin éxito, la contundente y fundada posición de la mayoría.

...
Cuando la Sala durante estos diez (10) años ha tenido que examinar en detalle el mérito de los argumentos que han expuesto en sus demandas los profesionales de la Ciencias Agrícolas que han sido despedidos en el ámbito estatal, se ha llegado a la conclusión, que, infortunadamente, la sola Ley 22 de 1961 no es suficiente para que pueda reconocérseles el status de servidores de carrera, ya que sobre este particular, es necesario tomar en consideración las premisas que consagra la Le 9 de 20 de junio de 1994 que instituye y regula la denominada

Carrera Administrativa y que representa fuente supletoria para aquellos servicios públicos que se rijan por carreras descritas en Leyes especiales (art.5).

Para reunir la condición de servidor público de carrera es preciso que se hayan incorporado “mediante el sistema de méritos a las carreras públicas mencionadas expresamente en la Constitución o creadas por la Ley, o que se creen mediante Ley en el futuro” (art. 2 Ley 9 de 1994).

...

Hasta antes de este único caso del ingeniero DELGADO VILLARREAL, el Magistrado SPADAFORA en acatamiento a la línea jurisprudencial estable que ha mantenido la Sala sobre el punto jurídico en discusión, ha desestimado los mismos argumentos que han invocado tanto el ingeniero DELGADO VILLARREAL como sus colegas, en relación con el artículo 10 de la Ley 22 de 1961, de la siguiente manera:

“A juicio del licenciado Ayala, el acto violó el artículo 10 de la Ley 22 de 1961 por la cual se dicta disposiciones relativas a la prestación de servicios profesionales en las Ciencias Agrícolas.

(...) Sin embargo, resulta evidente que ésta norma por sí sola no confiere estabilidad a los profesionales de las Ciencias Agrícolas, quienes, para adquirir la condición de funcionarios de carrera requisen ingresar a ella a través del mecanismo conocido como “Concurso de Méritos”. Conviene agregar, que el citado precepto no puede ser objeto de interpretación aislada, sino de conformidad con los principios constitucionales que rigen en materia de administración de personal en el sector público. En este sentido, el artículo 297 de la Constitución Política es muy claro en señalar que “los nombramientos que recaigan en el personal de carrera se

harán con base en el sistema de mérito"

...

El concurso de mérito, como mecanismo que permite a un profesional acceder a determinada carrera pública, además de procurar una adecuada administración de los recursos humanos, está dirigido a dotar a cada profesional de ciertos derechos y beneficios, entre ellos, la "estabilidad" en el cargo.

(disponible en Internet)

De forma tal, que al disponer la norma cuya inconstitucionalidad se demanda, que los servidores públicos en funciones que laboren en el puestos de apoyo a la estructura de cargos descritos como nivel 0101 en el manual de clases ocupacionales vigente en cada institución, ingresan a la carrera administrativa, sin necesidad de verificación previa de que reúnen los requisitos mínimos para el cargo, contraría abiertamente la disposiciones constitucionales comentadas, que exigen que los nombramientos en los cargos de carrera se hagan sobre la base de un sistema de mérito, en virtud del cual el mérito propio de cada aspirante será lo que garantizará su ingreso a la carrera, sin favor ni valimiento, sobre la base exclusiva de sus antecedentes calificados, la obra realizada o los servicios prestados, permitiéndose de esta manera, el ingreso a la función pública de los aspirantes que mejor calificación reúnan para ocupar una posición de carrera.

En virtud de lo anteriormente expuesto, este Despacho solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar **INCONSTITUCIONAL** la frase

"ni de verificación previa de que reúnen los requisitos mínimos para el cargo", contenida en la parte final del artículo 68 del Texto Único "Ordenado por la Asamblea Nacional, que comprende la Ley 9 de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa, la Ley 24 de 2007, que modifica y adiciona artículos a la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, y las reformas incluidas en la Ley 14 de 2008", publicado en la gaceta oficial 26134 de 26 de septiembre de 2008.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General