

Panamá, 21 de abril de 2003.

Ingeniero

LAURENCIO GUARDIA

Director Ejecutivo del
Instituto de Acueductos y
Alcantarillados Nacionales (IDAAN)
E. S. D.

Señor Director:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales de servir de consejera jurídica a los servidores públicos administrativos acuso recibo de su nota No.0776-D.E. de 21 de marzo de 2003, recibida en este despacho el 4 de abril de 2003, por medio de la cual solicita nuestro parecer legal con relación a la siguiente situación:

Hechos en que se fundamenta la consulta

De conformidad con lo establecido en el Decreto Ejecutivo N°.189-A del 1 de diciembre de 1999, se nombró a la Ing. Juana Isabel Pérez como Subdirectora Ejecutiva del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, (IDAAN) con un salario quincenal de mil balboas (B/.1,000.00).

A través de Decreto Ejecutivo N°.220-A del 29 de septiembre de 2000, la mencionada funcionaria fue separada del cargo, teniéndose como fundamento de derecho, el inicio de sumarias por parte de la Fiscalía Electoral por la posible comisión de un delito electoral. Igualmente se decreta entre otras consideraciones, nombrar al Ing. Rafael Ramón Reyes Ávila, como Subdirector Ejecutivo interino del IDAAN.

Mediante Decreto Ejecutivo N°.62 de 27 de febrero de 2003, se deja sin efecto el Decreto Ejecutivo N°.189-A de 1 de diciembre de 1999 y en su lugar se nombra al Subdirector Ejecutivo a.i. del IDAAN, como titular del cargo.

Lo que se consulta

Tal como se planteó en los hechos anteriores, el Ing. Rafael Reyes, ejerció de manera interina el cargo de Subdirector Ejecutivo del IDAAN, sin el correspondiente ajuste salarial, es decir, continuaba devengando ochocientos sesenta balboas con 00/100 (B/.860.00) quincenales, siendo el salario de Subdirector Ejecutivo del IDAAN, de mil balboas con 00/100 (B/.1,000.00) quincenales, por un período de dos años, seis meses y veintisiete días, los cuales transcurrieron entre el Decreto Ejecutivo N°.220-A del 29 de septiembre de 2000 y el Decreto Ejecutivo N°.62 de 27 de febrero de 2003.

Durante el tiempo en mención, no se le pagó al Ingeniero Reyes, el diferencial, entre el salario del puesto que ocupa y el salario que corresponde al cargo de Subdirector Ejecutivo del IDAAN, toda vez que la partida presupuestaria afectada para dicho pago, estuvo ocupada por Ing. Juana I. Pérez, hasta el 27 de febrero de 2003. Estos pagos estuvieron retenidos por el Departamento enunciado hasta tanto culminen las labores de investigación de la Fiscalía Electoral.

De lo expuesto, se nos consulta lo siguiente:

1. ¿Se encuentra el IDAAN, dado el nombramiento en propiedad del funcionario, obligado a cancelar de manera retroactiva el diferencial existente entre su salario y el salario de Subdirector Ejecutivo del IDAAN?

Cabe destacar que durante el lapso de tiempo enunciado, entró a regir la Ley 77 de 28 de diciembre de 2001 "por la cual se reorganiza y moderniza el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales" IDAAN, y se dictan otras disposiciones" estableciendo en su artículo 22 que a partir de la entrada en vigencia de la misma el Director Ejecutivo del IDAAN tendría los mismos emolumentos que los Ministros de Estado, sin embargo el citado cuerpo legal, presenta un vacío legal respecto a los emolumentos que deba percibir el Subdirector Ejecutivo del IDAAN.

2. ¿Dado el vacío existente en la Ley Orgánica del IDAAN, se podría equiparar los emolumentos que percibe el Subdirector Ejecutivo del IDAAN, a los de un Viceministro de Estado?

Posición Legal del IDAAN

De conformidad con lo establecido en la escala salarial del IDAAN, al cargo de Subdirector Ejecutivo de la entidad, le corresponde emolumentos quincenales por el orden de mil balboas (B/.1,000.00)

Con la designación interina del Ing. Reyes y la suspensión temporal de la titular del cargo, se debió proceder de manera inmediata a reconocer el ajuste salarial correspondiente, utilizando para ello la partida presupuestaria afectada para el pago de los emolumentos en mención. Toda vez que no es procedente la retención de pagos por parte de la Institución, sobre la base de encontrarse la misma posiblemente obligada a pagar salarios caídos a favor de la funcionaria separada del cargo en la medida en que ésta sea restituida al cargo.

Sobre el particular, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el tema objeto de examen, es decir, si el funcionario reintegrado al cargo tiene derecho al pago de salarios caídos por el tiempo que estuvo suspendido.

“Ante tales circunstancias a juicio de este Tribunal no es procedente acceder a la solicitud de pago de los salarios caídos al señor Vicente Rodríguez Mendoza como bien lo ha manifestado la institución demandada y la señora Procuradora de la Administración en virtud de que únicamente procede el pago de los sueldos dejados de percibir a los funcionarios que han sido destituidos de manera ilegal, principio que de igual manera, es de aplicación al caso de los servidores públicos que han sido suspendidos del cargo y posteriormente sean reintegrados, cuando exista una ley específica que le otorgue al funcionario público el derecho de percibir los salarios caídos.

En este sentido vemos que ni la Ley N°.87 de 23 de noviembre de 1986 “Ley Orgánica de la Caja de Ahorros” ni ninguna otra disposición legal, establecen en su normatividad la obligación por parte de la entidad estatal crediticia de pagar los sueldos dejados de percibir a funcionarios que de dicha entidad que hayan sido separados de su posición reintegrados posteriormente.” (Fallo de 26 de junio de 1996, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.)

Posteriormente mediante Fallo de 18 de febrero de 1997, al abordar el tema que nos ocupa, la Corte expreso:

*“La ley 9 de 20 de junio de 1994 “por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa”, si bien en su artículo 5 dispone que la carrera administrativa será fuente supletoria de derecho “para aquellos servicios públicos que se rijan por otras carreras públicas legalmente reguladas, o por leyes especiales”, el derecho a los salarios caídos está consagrados en el artículo 134 de esa ley y **sólo para los servidores públicos de carrera, y no para funcionarios que se rijan por una ley especial, como es el caso que nos ocupa...**”*

Lo anterior, lleva a concluir que el funcionario reintegrado después de haber sido suspendido del cargo o destituido arbitrariamente o ilegalmente tiene derecho a percibir salarios caídos cuando exista una ley específica que le otorgue ese derecho. De lo contrario, no puede exigir tales salarios como en efecto ocurría en el caso actual.

En conclusión el IDAAN debe proceder al reajuste y pago retroactivo de la diferencia existente entre el salario percibido por el funcionario que desempeñó el cargo y el salario de Subdirector Ejecutivo del IDAAN. Por último se puede colegir que los emolumentos del Subdirector Ejecutivo del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacional, deben ser los mismos que el de los Viceministros de Estado.

Criterio de la Procuraduría

Como cuestión previa, antes de contestar sus inquietudes, debemos señalar que sobre el tema de separación del cargo y salarios caídos la Corte Suprema de Justicia y este despacho se han pronunciado sobre el efecto. Veamos:

*“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 el Ministerio de Economía y Finanzas 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.” **(Cf. Consulta N°.076 de 2 de abril de 2001)**

Ahora bien, en el presente caso no se trata de pagar salarios caídos a un funcionario que estuviera suspendido o bien destituido, sino de reconocer o ajustar el salario a quien ejercía un cargo, de manera interina, antes de que se diera su designación en propiedad, en el mismo.

Aclarado el punto anterior pasamos a exteriorizar, nuestro parecer legal respecto a las dos interrogantes precedentes:

El Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, debe proceder al pago retroactivo de la diferencia que dejó de percibir el funcionario que ejercía interinamente la posición de Subdirector Ejecutivo del IDAAN, a partir de la fecha en que ocupó el cargo, es decir del 29 de septiembre de 2000, para efectos de que se pague la diferencia. Por lo que este despacho recomienda que en el Decreto Ejecutivo N°.62 de 27 de febrero de 2003, se le adicione este

párrafo, es decir, que la vigencia de este Decreto el cual nombró como titular del cargo a dicho funcionario, sea a partir del momento que se encargó de la Subdirección, interinamente, de tal manera que se legalice su situación salarial.

En cuanto a la segunda interrogante, somos de opinión que sí existe un vacío legal en la Ley 77 de 28 de diciembre de 2001 "Por la cual se Reorganiza y Moderniza el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, IDAAN, y se dictan otras disposiciones" respecto a la equiparación del cargo de Subdirector Ejecutivo del IDAAN a Viceministro de Estado; no le corresponde a esta entidad hacer una modificación o equiparación de dicha posición, por dos razones fundamentales:

1. El funcionario sólo puede hacer lo que la ley le ordene de acuerdo con el principio de legalidad, contenido en el artículo 18 de la Constitución Política.
2. La entidad competente para hacer modificaciones en una posición, la tiene que hacer a través del Ministerio de Economía y Finanzas de conformidad con el artículo 171 de la Ley 51 de 22 de noviembre de 2002, que dicta el Presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal de 2003". Veamos:

"Artículo 171. **CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA DE PUESTOS.** Las instituciones públicas podrán solicitar al Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, a partir del 1ro. de abril hasta el 31 de octubre, cambios en sus estructuras de puestos, a fin de eliminar posiciones vacantes, crear posiciones nuevas, modificar posiciones existentes y asignar dietas y sobresueldos no incluidos y/o reglamentados en la presente ley o leyes especiales. El Ministerio de Economía y Finanzas enviará al Comisión de Presupuesto la documentación correspondiente para su conocimiento.

El monto de los aumentos y creaciones contemplados en los cambios de estructuras de puestos solo podrán ser financiados mediante disminución y eliminación de puestos.

..."

Por todo lo anterior, este despacho concluye, que la entidad competente para modificar una posición o hacer cambios en la estructura de puestos como en el caso que nos ocupa, es el Ministerio de Economía y Finanzas de conformidad con el artículo 171 de la ley 51 de 2002.

Espero de esta forma, haber aclarado satisfactoriamente, su interesante consulta, me suscribo del señor Director, con mis respetos de siempre, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.