

Entrada N°769342020

ADVERTENCIA DE ILEGALIDAD PRESENTADA POR LA FIRMA FORENSE YÁNGÜEZ & CO., ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE **NITZIA CEMIRAMIS MUÑOZ AGUILAR DE LÓPEZ**, CONTRA EL ARTÍCULO 151 (ANTES ARTÍCULO 103) DEL TEXTO ÚNICO DEL DECRETO EJECUTIVO N°203 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1996, POR EL CUAL SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA NOMBRAMIENTOS Y TRASLADOS EN EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN, PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL N°28,977-A DE 11 DE MARZO DE 2020.



**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-

Panamá, trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020).

VISTOS:

La Firma Forense Yángüez & Co., actuando en nombre y representación de **NITZIA CEMIRAMIS MUÑOZ AGUILAR DE LÓPEZ**, ha presentado una Advertencia de Ilegalidad contra el artículo 151 (antes artículo 103) del Texto Único del Decreto Ejecutivo N°203 de 27 de septiembre de 1996, que establece el procedimiento para nombramientos y traslados en el Ministerio de Educación, comprendido en el Resuelto N°804 de 5 de marzo de 2020, proferido por conducto de dicho Ministerio, el cual fue publicado en la Gaceta Oficial N°28,977-A de 11 de marzo de 2020.

El Suscrito Sustanciador procede al examen del libelo, a fin de determinar si cumple con las formalidades legales y jurisprudenciales requeridas para su admisión.

En su memorial, sostiene la parte actora que la norma advertida es violatoria del artículo 175 del Texto Único de la Ley 47 de 24 de septiembre de 1946 (publicado en la Gaceta Oficial 25,042 del 4 de mayo de 2004), artículo 825 del Código

Administrativo, artículo 50 de la Ley 4 de 16 de enero de 2006 y el artículo 35 de la Ley 38 de 2000.

A su vez, alega que la disposición no ha sido aplicada aún al caso, pues no existe un acto administrativo de carácter individual que sea vinculante a la Profesora **MUÑOZ AGUILAR DE LÓPEZ**, ni existe pronunciamiento sobre la legalidad de la norma por parte de la Sala.

Preliminarmente, es importante indicar que la Advertencia de Ilegalidad, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Tercera, debe cumplir con los mismos requisitos exigidos para la admisión de las Acciones de Nulidad, es decir, las formalidades establecidas en los artículos 42-A, 43, 43-A, 43-B y 44 de la Ley 135 de 1943; además, ésta encuentra su sustento jurídico en el párrafo segundo del artículo 73 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 73.

(...)

De igual manera, cuando la autoridad advierta o alguna de las partes le advierta que la norma o normas reglamentarias o el acto administrativo que debería aplicar para resolver el proceso, tiene vicios de ilegalidad, dentro de los dos días siguientes, someterá la consulta respectiva ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la disposición legal o acto haya sido objeto de pronunciamiento de esta Sala.

En uno y otro supuesto, la autoridad seguirá tramitando el proceso hasta colocarlo en estado de decisión, pero sólo proferirá ésta una vez el Pleno de la Corte Suprema de Justicia o la Sala Tercera, se hayan pronunciado sobre la consulta respectiva.

En la vía gubernativa únicamente podrán los interesados formular, por instancia, una sola advertencia o consulta de inconstitucionalidad o de ilegalidad del acto o ambas".

En este sentido, dentro de dicha excerta legal, específicamente en el numeral 9 del artículo 201, se define este término como *“Observación que formula una de las partes a la autoridad que conoce de un proceso administrativo, sobre supuestos vicios de ilegalidad que le atribuye a un acto administrativo que debe ser aplicado para resolver ese proceso”*.

De lo antes expuesto, se surten tres (3) elementos esenciales para que proceda la admisión de esta Acción: 1. Que la disposición legal o acto advertido no haya sido objeto de pronunciamiento de esta Sala; 2. Que la disposición legal o acto advertido no haya sido aplicado en el proceso; y 3. Que la disposición legal o acto advertido sea aplicable al caso.

Ahora bien, respecto al caso en estudio, es conveniente citar al jurista Oscar Vargas Velarde, quien en su obra *“El Tribunal de Cuentas”*, desarrolla en su Capítulo IX, Las Etapas del Proceso de Cuentas; exponiendo, respecto a la Auditoría o Rendición de Cuentas y Reparos de la Contraloría General de la República, lo siguiente:

“... la Contraloría General está facultada para fiscalizar, inspeccionar o investigar los fondos y los bienes públicos, así como examinar las cuentas de los empleados o de los agentes de manejo.

En cuanto al ejercicio de la facultad fiscalizadora, la institución debe realizar las inspecciones, las investigaciones o los exámenes, que luego resultan en informes de auditoría, dirigidos a determinar la corrección o la incorrección en las operaciones de manejo de fondos y bienes públicos, y en este último caso dejar establecidas las irregularidades detectadas. En cuanto al ejercicio de la función atingente al examen de las cuentas de los empleados y de los agentes de manejo, debe determinar si ello ha sido correcto de acuerdo con la ley o por motivo de irregularidades descubiertas, realizar los reparos.

Estos dos procedimientos son administrativos y su resultado, sea el informe de auditoría, sea el examen de cuentas, constituye un acto administrativo que debe ‘ceñirse a nuestro ordenamiento jurídico, especialmente a lo normado en la Ley 32 de 1984, la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, la ley 38 de 2000 y las normas internas contenidas en el Manual de Auditorías para la Determinación de Responsabilidades, en lo que no contravenga la ley (...), otras disposiciones aplicables en materia contable y disposiciones supletorias’.

Los servidores públicos de la Contraloría General deben ‘cumplir con el principio constitucional del Derecho de Defensa, dentro de la garantía del Debido Proceso’. ‘De allí que la Contraloría General de la República deba observar el debido proceso legal, consagrado en el Artículo 32 de la Constitución Política vigente, que a su vez comprende el Derecho de Defensa, el principio del contradictorio o bilateralidad, así como el derecho de aportar pruebas pertinentes, entre otros aspectos. Desde luego que las pruebas aportadas o la información que se suministre deben ser ponderadas para los fines de realizar los análisis a que haya lugar y las investigaciones que sean precisas de acuerdo con los hechos que se acrediten con ellas’.

En el caso del informe de auditoría, la resolución que ordena realizar la investigación no se notifica. Sin embargo, **el acto**

administrativo que determina la vinculación de cualquier persona al hecho o la actividad objeto de la investigación debe notificársele.

(...)

Completado el informe, el examen o la auditoría, que contenga los reparos, el Contralor General de la República lo remitirá al Tribunal de Cuentas para que este a su vez lo envíe al Fiscal General de Cuentas, quien dará inicio a la investigación dentro del proceso de cuentas.” (Lo resaltado es nuestro)

El texto antes transcrito nos permite colegir que, previo al Proceso seguido en sede Administrativa, en virtud del mandato Constitucional impuesto a la Contraloría General de la República, el Informe de Auditoría se constituye en el acto administrativo que decide el mismo.

Aprecia quien suscribe que, la Fiscal General de Cuentas remite a esta Corporación de Justicia, la mencionada Advertencia a través del Oficio N° FGC-DS-1670-2020 (Exp.11-20) fechado 29 de octubre de 2020, en donde indica que en el Informe de Auditoría Núm. 056-187-2019/DINAG-OPCH de 10 de junio de 2019, relacionado con los salarios y décimo tercer mes cobrados por la profesora **NITZIA CEMIRAMIS MUÑOZ AGUILAR DE LÓPEZ** en la Universidad Autónoma de Chiriquí y en el centro educativo Instituto David del Ministerio de Educación, se utiliza como sustento legal tanto el artículo 103 (ahora artículo 151) del Texto Único del Decreto Ejecutivo N°203 de 27 de septiembre de 1996, ordenado por el Resuelto N°804 de 5 de marzo de 2020, así como el artículo 303 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Al respecto, se constata a foja 58 del expediente judicial, que la base legal que justifica la Auditoría en cuestión, comprende entre otras normas el numeral 1 del artículo 103 del Decreto Ejecutivo N°203 de 1996, que es del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 103. Los funcionarios del Ministerio de Educación que en forma permanente o interino, desempeñan cargos de maestro, profesor, una posición administrativa; o los que laboren en un plantel particular de enseñanza o en la administración pública nacional o municipal, en Institución autónoma o semiautónoma o en la empresa privada, podrán

ocupar otra posición dentro del Ramo de Educación en los siguientes casos:

1. La posición sea interina y no exceda de quince (15) horas semanales.
2. La posición no implique simultaneidad con su jornada regular de trabajo.
3. ...”

De igual modo, se aprecia que el Informe determina que la señora **NITZIA CEMIRAMIS MUÑOZ AGUILAR DE LÓPEZ**, está relacionada o vinculada con el hecho irregular, ya que “... *como educadora permanente en el Ministerio de Educación, ocupó posición(sic) en la Universidad Autónoma de Chiriquí, que no es interina y excede las (15) quince horas semanales...*”, devengó salarios cobrados de más, “... *incumpliendo con lo establecido en el Artículo Núm.303 del Constitución Política de la República de Panamá, así como con el numeral 1 del Artículo 103, del Decreto Ejecutivo 203 de 27 de septiembre de 1996, del Ministerio de Educación...*”. (Cfr. foja 84 del expediente judicial)

Sin perjuicio de lo expuesto, observa el Sustanciador que el activador judicial presenta la Advertencia ante la Fiscalía General de Cuentas, quien tiene la función de instruir la investigación patrimonial correspondiente, en la Jurisdicción de Cuentas, una vez la Contraloría General de la República formule los reparos por razón de supuestas irregularidades.

Resulta oportuno señalar que, en el Oficio remisorio, citado ut supra, la señora Fiscal expresa que la investigación de afectación patrimonial que lleva a cabo la Fiscalía General de Cuentas, tiene como punto de partida el Informe de Auditoría, “... *por lo que no corresponde ni a la Contraloría General ni a esta agencia de investigación la decisión de aplicar o no la norma cuya ilegalidad se advierte*”.

En efecto, cabe indicar que el Tribunal de Cuentas es el responsable de ejercer la Jurisdicción de Cuentas para juzgar la responsabilidad patrimonial derivada de los reparos formulados por la Entidad Fiscalizadora; sin embargo, no es dable

soslayar que el Proceso de Cuentas se inicia precisamente con el examen, informe o auditoría que contiene los reparos por razón de supuestas irregularidades que presenta la Contraloría General de la República a dicho Tribunal. (Cfr. Artículo 1 y 37 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008)

En ese sentido, es necesario tener presente que como bien se señaló en líneas que preceden, el Informe de Auditoría Núm. 056-187-2019/DINAG-OPCH de 10 de junio de 2019, es el acto administrativo que determina la relación o vinculación al hecho irregular, de la señora **NITZIA CEMIRAMIS MUÑOZ AGUILAR DE LÓPEZ**, por lo que somos del criterio que la disposición legal advertida de ilegalidad ya ha sido aplicada en el Proceso.

Así las cosas, en razón de las consideraciones anotadas, la Advertencia de Ilegalidad es inadmisibile y así debe declararse.

En mérito de lo expuesto, el Magistrado Sustanciador, en representación de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO ADMITE** la Advertencia de Ilegalidad interpuesta por Firma Forense Yángüez & Co., actuando en nombre y representación de **NITZIA CEMIRAMIS MUÑOZ AGUILAR DE LÓPEZ**, contra el artículo 151 (antes artículo 103) del Texto Único del Decreto Ejecutivo N°203 de 27 de septiembre de 1996.

Notifíquese;

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO

KATIA ROSAS
SECRETARIA