

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1009

Panamá, 27 de septiembre de 2019

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción.**

El Licenciado Alfredo Augusto Berrocal Berrocal, actuando en representación de **Omaira Aleyda Trotman Kays**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 311 de 25 de junio de 2018, emitida por la **Autoridad Nacional de Aduanas**, su acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de conclusión.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste la razón a la recurrente en cuanto a su pretensión que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 311 de 25 de junio de 2018.

Tal y como indicamos en nuestra vista de contestación, el Director General de la Autoridad Nacional de Aduanas emitió la Resolución Administrativa 311 de 25 de junio de 2018, por medio de la cual se dejó sin efecto el nombramiento a **Omaira Aleyda Trotman Kays**, del cargo de Inspector I, que desempeñaba en esa entidad (Cfr. fojas 31-32 del expediente judicial).

El acto objeto de reparo fue impugnado a través de un recurso de reconsideración, el cual fue confirmado mediante la Resolución Administrativa 346 de 18 de julio de 2018, la cual se le notificó a la recurrente el 9 de agosto de 2018, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 18 y 19 del expediente judicial).

Producto de la decisión adoptada, el 8 de octubre de 2018, el apoderado especial de la accionante acudió a la Sala Tercera para interponer la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 311 de 25 de junio de 2018, su acto confirmatorio; y, en consecuencia, se ordene el reintegro al cargo que ocupaba con el correspondiente pago de los salarios dejados de percibir hasta su reincorporación (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el apoderado judicial de **Trotman Kays** alega que el Director de la entidad demandada no posee entre sus funciones el destituir o dejar sin efecto el nombramiento de un funcionario sobre la base de la supuesta facultad discrecional, que a su representada se le aplicó una medida de manera injustificada, violentándose así el debido proceso, por lo que, a su juicio el acto acusado deviene en ilegal (Cfr. fojas 9-14 del expediente judicial).

Así las cosas, y luego de haberse surtido los trámites de rigor, esta Procuraduría reitera que no le asiste la razón a la actora; puesto que, tal y como se desprende de las constancias procesales, la remoción de la actora **se basó en la facultad discrecional que le está atribuida a la autoridad nominadora para nombrar y remover libremente a los funcionarios que carezcan de estabilidad en el cargo por no haber ingresado al servicio público mediante un concurso de méritos o encontrarse bajo la protección**

de alguna ley especial; condición en la que se ubicaba el recurrente en el Ministerio de la Presidencia (Cfr. fojas 31 y 32 del expediente judicial).

De lo anterior, se desprende con claridad que el Director General de la Autoridad Nacional de Aduanas dejó sin efecto el nombramiento de **Trotman Kays** del cargo de Inspector I, que ocupaba en esta entidad estatal con asignación en la Administración Regional de Zona Noroccidental, **recurriendo para ello a la facultad discrecional que le otorga el numeral 15 del artículo 31 del Decreto Ley 1 de 13 de febrero de 2008, para destituir a los funcionarios subalternos de la institución**; ya que la ahora demandante no ingresó a la institución por vía de concurso de mérito u oposición, lo que la ubica en la condición de funcionaria de libre nombramiento y remoción; por esta razón, la autoridad nominadora estaba plenamente facultada para desvincularla de la posición en la que servía.

Lo antes expuesto, permite concluir que para proceder con la remoción de la ex servidora pública no era necesario invocar alguna causal específica, ni agotar ningún procedimiento interno, que no fuera otro que notificarla de la resolución recurrida y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, posibilitándole con ello la impugnación del acto a través del correspondiente recurso de reconsideración, tal como ocurrió en la vía gubernativa, de allí que los cargos de infracción alegados por **Trotman Kays** deben ser desestimados por la Sala Tercera; ya que la autoridad demandada cumplió a cabalidad con el procedimiento de rigor y de estricta legalidad, permitiéndole al accionante hacer uso de todos sus derechos que le corresponden por ley.

Dentro de este contexto, debemos reiterar que a la demandante no le eran aplicables las normas que dice vulneradas, y que están relacionadas con el procedimiento disciplinario contenido en el Texto Único de la Ley 9 de 1994, que regula la carrera administrativa, y la Ley 43 de 2009 que la modifica y la

adiciona; por consiguiente, se dio el estricto cumplimiento de las garantías procesales establecidas en la Ley 38 de 2000, donde **Omaira Trotman**, haciendo uso de su defensa ante la autoridad, interpuso los recursos correspondientes.

En abono a lo anterior, esta Procuraduría estima necesario señalar que en el caso sub júdice **se cumplieron con los presupuestos de motivación consagrados en la ley**, puesto que en **la parte resolutive del acto acusado se establece de manera clara y precisa la justificación de la decisión adoptada por la institución**; es decir, que la autoridad nominadora **sustentó a través de elementos fácticos jurídicos** que la desvinculación de la ahora demandante **no fue producto de la imposición de una sanción, sino de la facultad discrecional que la ley le otorga**.

Bajo el mismo criterio, resulta pertinente reiterar el contenido del informe de conducta, en donde la Autoridad Nacional de Aduanas, indicó lo siguiente: *“Vale la pena destacar que el artículo 794 del Código Administrativo establece que la determinación del periodo de duración de un empleo no coarta en nada la facultad del empleador que hizo el nombramiento para removerlo, salvo expresa prohibición de la Constitución o de la Ley. Al no haber incorporado prueba alguna que demuestre que el servidor afectado por la medida, se encuentra protegido por una Ley Especial o que pertenezca a carrera administrativa y/o carrera aduanera, que le garantice estabilidad el cargo, está sometida a libre nombramiento y remoción por la Autoridad Nominadora”* (Cfr. foja 39 del expediente judicial).

Con respecto a la interpretación y aplicación del contenido del artículo 794 del Código Administrativo, la Sala Tercera señaló lo siguiente en la Sentencia de 29 de diciembre de 2009; resolución que en lo pertinente indicó:

“...ante la falta de estabilidad en el cargo, el funcionario queda sujeto a la remoción discrecional

de la autoridad nominadora, tal y como lo prevé el artículo 794 del Código Administrativo, que consagra la facultad de resolución 'ad-nutum' de la Administración. También, que en ejercicio de esta facultad la autoridad nominadora puede declarar la insubsistencia del cargo de un funcionario sin tener que motivar el acto, sólo basta que considere su conveniencia y oportunidad - reestructuración, presupuesto, etc. (Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de 9 de Agosto de 2006)."

De igual manera, esta Procuraduría considera importante plasmar lo desarrollado por la Sala Tercera en la Sentencia de fecha 22 de junio de 2016, en cuanto a los conceptos de permanencia y estabilidad:

"Este Despacho es del criterio que en el presente proceso se ha venido gestando una confusión en cuanto a los conceptos de permanencia y de estabilidad. Es por ello que consideramos prudente revisar los criterios expuestos por la jurisprudencia de esta misma Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, la cual en su sentencia del 25 de abril de 2012, dispuso lo siguiente:

'(...) Por consiguiente, la funcionaria demandante no gozaba del derecho a estabilidad en el cargo, lo que implicaba que su cargo quedaba a disposición de la autoridad nominadora en ejercicio de su facultad discrecional.

Es importante esclarecer que la condición de permanencia en un cargo público no acarrea necesariamente la adquisición del derecho a la estabilidad, ya que ambas condiciones no pueden tratarse como sinónimos. El funcionario nombrado con carácter 'permanente', implica que se encuentra ocupando una posición de la estructura institucional, sin que su nombramiento tenga fecha de finalización, hasta tanto adquiera la condición de servidor de carrera, o sea desvinculado de la posición. Si el servidor público no se encuentra amparado por el derecho a la estabilidad en el cargo, la Administración puede ejercer la facultad de resolución 'ad nutum', es decir, la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.'

De la transcripción de la sentencia anteriormente mencionada se puede colegir que la

condición de permanencia en un cargo público no quiere decir que el servidor público adquiere automáticamente la estabilidad para la posición que ocupa dentro de la Administración, sino que por el contrario el funcionario que ha sido nombrado con carácter permanente se encuentra ocupando una posición de la estructura institucional, sin que su nombramiento tenga fecha de finalización, hasta tanto adquiriera la condición de servidor de carrera, o sea desvinculado de la posición que ocupa.

Cuando un servidor público no se encuentra amparado bajo el régimen de estabilidad en el cargo, la administración puede ejercer la facultad de revocar el acto de nombramiento, justificado ello en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, de acuerdo a la oportunidad y conveniencia que tiene la Administración Pública.

En este orden de ideas, el Sr. ..., en su calidad de funcionario asistente del Fiscal General Electoral se le contrató con el grado de permanencia en una posición de la estructura institucional, por lo que no se le iban a estar prorrogando periódicamente los contratos temporales firmados con la entidad pública. Lo anterior no quiere decir que inmediatamente iba a adquirir la estabilidad dentro de dicha posición.

Han sido innumerables las sentencias dictaminadas por esta Máxima Corporación de Justicia, en las que ha indicado que la estabilidad se adquiere a través del sistema de méritos, oposiciones o concursos, a través de los cuales la Administración Pública se puede cerciorar que de todo el personal que intervino en la participación del concurso o de la selección laboral, se escogió al personal más competente para ocupar dicha posición dentro del engranaje gubernamental y como beneficio se le otorga la estabilidad a dicha persona por sus méritos, salvo que el mismo incurra en una causal de violación a las normas o disposiciones legales y reglamentarias.

Si ya se ha visto que el ..., **fue nombrado bajo el cargo de permanente, lo cual implicaba que no se le iba a estar renovando periódicamente su contrato de trabajo con el Estado, ello no quiere decir que el mismo gozaba de estabilidad, lo anterior nos obliga a plantear entonces la situación que el recurrente era un funcionario de libre nombramiento y remoción, por lo que la propia entidad**

nominadora podía recurrir a la destitución en el caso que así lo requería, tal como se desprende del informe de conducta enviado por el Fiscal General Electoral (Cfr. f. 24 del expediente judicial), en donde se señalaba que el demandante se encontraba bajo el régimen de libre nombramiento y remoción, lo que habilitó a la entidad demandada a proceder con su destitución.

La acción de destitución que llevó a cabo la Fiscalía General Electoral, estaba perfectamente fundamentada en base al principio de legalidad sobre el artículo 125 del Texto Único de 4 de septiembre de 2007.

En materia probatoria, no se observa tanto en el expediente principal, como tampoco dentro del expediente que contiene el historial o expediente administrativo del ..., documentación alguna que certifique o acredite que en efecto el hoy demandante pertenece al régimen de carrera administrativa, o que haya ingresado por la vía del concurso de méritos u oposiciones, para adquirir estabilidad dentro del cargo que ocupa.

En este sentido, es importante recordarle a la parte actora del presente proceso, que es deber probar los hechos que se alegan dentro de la demanda. En otras palabras, quien alega debe probar que en efecto gozaba de estabilidad, y que la destitución se hizo de forma arbitraria, para que entonces pueda este Tribunal de lo Contencioso-Administrativo proceder a restituirle al servidor público su derecho vulnerado. Pero como en el presente proceso no se logra percibir que el Sr. ..., era un funcionario que obtuvo su cargo en virtud de méritos, capacidades, oposiciones y competencias, lo pertinente es arribar a la conclusión que su posición es de libre nombramiento y remoción, por lo que las actuaciones realizadas por la Fiscalía General Electoral no devienen en ilegales, ni era necesario la instrucción de un proceso administrativo para proceder con su destitución o remoción. También observa éste Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, que la Fiscalía General Electoral cumplió con lo dispuesto por Ley, al permitirle al afectado interponer los respectivos recursos de impugnación en contra del acto administrativo demandado.

VI.- PARTE RESOLUTIVA:

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL la Resolución de Personal N°. 102 del 16 de Enero de 2015, dictada por la Fiscalía General Electoral, su acto confirmatorio, y en consecuencia procede a negar el resto de las peticiones solicitadas en la demanda.” (La negrita es nuestra).

Lo anterior implica que, con fundamento a esa norma, la administración puede ejercer la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en su voluntad y discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad, cuando el funcionario que ocupaba el cargo no se encuentra bajo el amparo del derecho a la estabilidad. En estos casos no se requiere la realización de un proceso disciplinario, máxime cuando la destitución no obedece a una causa disciplinaria.

Por último, en cuanto al reclamo que hace el accionante en torno al pago de los salarios caídos, este Despacho estima que el mismo no resulta viable; ya que para que ese derecho pudiera ser reconocido a favor de **Omaira Aleyda Trostman Kays**, sería necesario que el mismo estuviera instituido expresamente a través de una ley; lo que vendría a constituir un requisito indispensable para acceder a lo pedido, conforme lo ha señalado la Sala Tercera al dictar su Sentencia de 24 de julio de 2015, que en su parte pertinente dice así:

“...En consecuencia, **el pago de salarios caídos para que pueda hacerse valer, debe ser reconocido a través de leyes con carácter general o específico, que otorguen al servidor público tal prerrogativa**, por lo que la viabilidad de toda pretensión que en relación a este punto intente hacerse efectiva contra el Estado, **sólo prosperará en el caso de que exista una norma con rango de ley formal aplicable de manera directa al caso**, que lo haya dispuesto de manera expresa...” (Lo resaltado es nuestro).

Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, la recurrente adujo durante la etapa correspondiente, entre otras pruebas, la copia autenticada de la Resolución 311 de 25 de junio de 2018, y la 346 de 18 de julio de 2018.

Producto de lo antes indicado, y en consecuencia del escaso material probatorio aportado, este Despacho estima que en el presente proceso la accionante **no cumplió con su obligación de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas en que sustenta su pretensión, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial**; deber al que se refirió la Sala Tercera en su Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.**

‘Artículo 784. **Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...**’ (La negrita corresponde a la Sala Tercera).

Al respecto del artículo transcrito, es **la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *‘en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’.* (PENAGOS, Gustavo.

Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *'la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor'*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...”

En el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto en los párrafos precedentes, esta Procuraduría solicita al Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución Administrativa 311 de 25 de junio de 2018**, emitida por la Autoridad Nacional de Aduanas, ni su acto confirmatorio; y, en consecuencia, pide se desestimen las pretensiones de la actora.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 1284-18