

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1027

Panamá, 27 de octubre de 2015

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción
(Sumario)**

**Recurso de Apelación
(Promoción y sustentación)**

El Licenciado Abdiel Emigdio Sagel García, actuando en nombre y representación de **Ann Peck**, solicita que se declare nula, por ilegal, el Decreto Número 692 de 14 de julio de 2015, emitida por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Salud**, el acto confirmatorio, y que se hagan otras declaraciones.

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

Acudo ante ese Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Código Judicial, en concordancia con el artículo 1147 del mismo cuerpo normativo y el 102 de la Ley 135 de 1943 modificado por el artículo 46 de la Ley 33 de 1946 para promover y sustentar el presente recurso de apelación en contra de la Resolución de 6 de octubre de 2015 y la Providencia de 8 de octubre de 2015, visibles a fojas 31 y 36 del expediente, mediante la cual se admite la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción (sumario) descrita en el margen superior, solicitando al Tribunal que, conforme el criterio utilizado al proferir su Resolución de 1 de diciembre de 2009, se conceda este recurso en el efecto suspensivo.

La oposición de la Procuraduría de la Administración a la admisión de la mencionada demanda, radica en las razones que detallamos a continuación:

1. **La actora no presentó copia del acto acusado de ilegal.**

La recurrente incumplió con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, en concordancia con el artículo 833 del Código Judicial, cuyos textos son los siguientes:

“Artículo 44. A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos.”

“Artículo 833. Los documentos se aportarán al proceso en originales o en copias, de conformidad con lo dispuesto en este Código. Las copias podrán consistir en transcripción o reproducción mecánica, química o por cualquier otro medio científico. **Las reproducciones deberán ser autenticadas por el funcionario público encargado de la custodia del original,** a menos que sean compulsadas del original o en copia auténtica en inspección judicial y salvo que la Ley disponga otra cosa.” (Lo resaltado es de esta Procuraduría).

De las normas transcritas se infiere que para iniciar acciones ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, **es un requisito fundamental que quien demanda aporte junto con la acción, la copia autenticada del acto acusado, en la cual deberá aparecer la constancia de su publicación, notificación o ejecución,** según corresponda; exigencia que, de acuerdo a reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera, opera no sólo con respecto al acto originario, sino también con los confirmatorios.

Tal como consta en el expediente, el acto objeto de reparo es el Decreto Número 692 de 14 de julio de 2015, por cuyo conducto se destituyó a **Ann Peck** del cargo de Secretaria I en la entidad demandada (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

Producto de su disconformidad con el mencionado decreto, la accionante interpuso en tiempo oportuno el correspondiente recurso de reconsideración, el cual fue resuelto mediante la Resolución Administrativa número 1280 de 24 de septiembre de 2015, misma que mantuvo en todas sus partes el contenido del acto administrativo impugnado (Cfr. foja 39 del expediente judicial).

Para una mejor ilustración de la situación procesal que se presenta, nos permitimos citar el Auto de 2 de septiembre de 2005, proferido por la Sala Tercera al pronunciarse dentro de un negocio similar; que en su parte pertinente expresa lo siguiente:

“ ...

En el presente caso, la parte actora, si bien es cierto gestionó ante la Administración la certificación a la que alude el artículo 46 de la Ley 135 de 1943, no solicitó a esta Corporación en su libelo de demanda que solicitara, antes de admitir la demanda, una certificación en donde constara que la solicitud impetrada por él en la vía gubernativa, fue o no resuelta.

Dado lo expuesto, el actor no logró probar el agotamiento de la vía gubernativa por silencio administrativo. Ello es así, porque no se requirió a esta Corporación que solicitara a la Junta

Técnica del Ministerio de Ministerio de Salud la certificación sobre el silencio administrativo.

Es así que, aun cuando el demandante probó a la Sala la gestión que hizo para obtener la certificación del silencio administrativo, no es posible darle el trámite de admisión a su demanda, **pues omitió pedirle al Magistrado Sustanciador que solicitara a la Junta Técnica del Ministerio de Ministerio de Salud la certificación sobre el silencio administrativo, para así probar el agotamiento de la vía por silencio administrativo.**

Sobre el punto, resulta pertinente el auto de 25 de marzo de 2004, donde la Sala Tercera refiriéndose al artículo 46 de la Ley 135 de 1943, señaló lo siguiente:

‘...El actor no logró probar el agotamiento de la vía gubernativa por silencio administrativo. Esto es así, porque el señor NORBERT GONZÁLEZ no le pidió al Magistrado Sustanciador que solicitara a la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social la certificación sobre el silencio administrativo.

El artículo 46 de la Ley 135 de 1943 ha sido interpretado por la Sala en el sentido de que el Magistrado Sustanciador puede solicitar, antes de admitir la demanda, **y cuando así lo solicite el recurrente** con la debida indicación de la oficina correspondiente, copia del acto impugnado o certificación sobre su publicación, en aquellos casos en los cuales el acto no ha sido publicado, o se deniega la expedición de la copia o la certificación sobre su publicación y el petente prueba que gestionó la obtención de dicha copia o certificación.

Así las cosas, **aun cuando el demandante probó a la Sala la gestión que hizo para obtener la certificación del silencio administrativo, no es posible darle el trámite de admisión a su demanda, pues omitió pedirle al Magistrado Sustanciador que solicitara a la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social la certificación sobre el silencio administrativo, para así probar el agotamiento de la vía por silencio administrativo.** Ante lo expresado, no debe dársele curso a la presente demanda de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943’. (Norbert González vs. La Caja de Seguro Social).

En virtud de las consideraciones explicadas, el auto venido en apelación debe confirmarse.

En consecuencia, el resto de los Magistrados que integran la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el Auto de 24 de mayo de 2005, que NO ADMITE la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por el licenciado Carlos Eugenio Carrillo Gomila, en representación de ALFREDO FEDERICO DELGADO DURAN.” (Lo resaltado es nuestro).

Por otra parte, se observa que dentro del expediente judicial la recurrente tampoco gestionó, por medio de una petición, al Magistrado Sustanciador para que, antes de admitir la demanda, éste solicitara copia de dichos documentos al Ministerio de Salud con la constancia de su notificación, tal como lo señala el artículo 46 de la Ley 135 de 1943.

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en auto de 25 de noviembre de 2011, se pronunció de la siguiente manera con relación de este requisito:

“... No obstante, se observa que en el dossier no consta actuación alguna por parte del administrado para obtener copia del acto impugnado originario con su respectiva constancia de notificación por lo que mal puede el Sustanciador subsanar esta grave falla para darle curso favorable a su petición y por ende, a la admisión de la demanda.

En relación con esta petición, el artículo 46 de la Ley 135 de 1943, es claro al señalar lo siguiente:

‘Artículo 46. Cuando el acto no ha sido publicado, o se deniega la expedición de la copia o la certificación sobre la publicación, se expresará así en la demanda, con indicación de la oficina donde se encuentre el original, o del periódico en que se hubiere publicado, a fin de que se solicite por el sustanciador antes de admitir la demanda.’

En este sentido, como la petición del demandante no se ajusta a lo establecido en el artículo 46 de la Ley 135 de 1943, no procede darle trámite a la solicitud previa y en consecuencia no es admisible la demanda, pues no se ha cumplido con el artículo 44 de la ley 135 de 1943, el cual dispone que a la demanda **deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos.**

...” (Lo destacado es de esta Procuraduría)

2. La Actora no agotó la vía gubernativa.

La acción presentada por la demandante no cumple con el requisito de agotamiento de la vía gubernativa, a pesar de ser un presupuesto procesal consagrado en la Ley 39 de 11 de junio de 2013, “que reconoce ciertas prestaciones laborales a los servidores públicos”, modificada por la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, en concordancia con lo establecido en la Ley 135 de 1943 y la Ley 38 de 2000.

En sustento de nuestra apelación, debemos señalar que el artículo 2 de la Ley 39 de 11 de junio de 2013, modificado por el artículo 4 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, dispone: “Los *servidores públicos al servicio del Estado, que sean destituidos de sus cargos sin que medie alguna causa justificada de despido prevista por la Ley y según las formalidades de ésta, **tendrán derecho a solicitar el reintegro a su cargo o, en su defecto, el pago de una indemnización...***”

El tenor literal de la norma citada, supone **que la servidora pública destituida de su cargo**, sin que medie alguna causa justificada de despido prevista por la Ley y según las formalidades de ésta, **solicite a la institución correspondiente el reintegro a su cargo o el pago de una indemnización.**

De allí que, una vez agotada la vía gubernativa por parte de la interesada, de no satisfacerse su pretensión, éste tendrá derecho a acudir a la Sala Tercera a través de un proceso sumario.

La falta de actividad o del **agotamiento de la vía gubernativa** por parte de la interesada, trae como consecuencia **que el ejercicio de su derecho quede prescrito**, pues así se señala de manera clara en el párrafo final del artículo 2 de la Ley 39 de 11 de junio de 2013, modificado por el artículo 4 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, que dice:

“El derecho del servidor público de reclamar el reintegro prescribe a los cinco días hábiles contados a partir de la notificación del despido y el de reclamar el pago de la indemnización, por razón de despido injustificado, prescribe en el término de sesenta días calendario contado a partir de la notificación del despido.” (Cfr. página 64 de la Gaceta Oficial 27,446-B de 3 de enero de 2014).

En adición a lo anterior, debemos indicar que todas las prestaciones laborales mencionadas constituyen derechos subjetivos de la servidora pública destituida, de lo que se infiere que al tratarse de una acción que debe ser de conocimiento de la Sala Tercera, indiscutiblemente, nos encontramos

ante una demanda de Plena Jurisdicción, de allí que resulta aplicable la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, relativa a la jurisdicción Contencioso Administrativa, que en este caso se encuentra complementada por el artículo 200 de la Ley 38 de 2000, cuyo contenido regula precisamente el agotamiento de la vía gubernativa.

Todos estos elementos normativos nos conducen a la indudable conclusión, que a los procesos sumarios que se tramitan en la Sala Tercera, por su carácter administrativo, y por tratarse de derechos subjetivos, deben cumplir con los requisitos que la Ley Contencioso Administrativa prevé para las acciones de Plena Jurisdicción, entre éstas, la contemplada en el artículo 42, **que exige como presupuesto procesal el agotamiento de la vía gubernativa el cual no ha sido acreditado en este proceso** (Lo resaltado es de este Despacho).

En reciente jurisprudencia de **23 de julio de 2015**, la **Sala Tercera acogió el criterio de la Procuraduría de la Administración descrito en los párrafos precedentes**, en el que señaló lo siguiente:

“El Procurador de la Administración a través de la Vista No. 284 de 26 de mayo de 2015, fundamenta el recurso de apelación indicando que las Providencias... admitieron una acción que no cumple con el requisito previo del agotamiento de la vía gubernativa. **Que si bien la Ley 39 de 11 de junio de 2013, modificada por la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013 reconoce a los servidores públicos al servicio del Estado el derecho a recibir una prima de antigüedad al momento de la terminación laboral, debe entenderse que la formulación a la institución correspondiente de dicha petición es al momento en que termina la relación laboral.**

Indica además, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 39 de 2013, modificada por la Ley 127 de 2013, los servidores públicos al servicio del Estado, que sean destituidos de sus cargos sin que medie alguna causa justificada prevista en la Ley y según las formalidades establecidas, tienen derecho al reintegro a su cargo o en su defecto, el pago de una indemnización. Sin embargo, considera que no se ha acreditado en el expediente que la demandante haya agotado la vía gubernativa, tal como lo exige el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, complementado con el artículo 200 de la Ley 38 de 2000.

...

Observa este Tribunal de Apelaciones, que de conformidad con el contenido de la Resolución..., mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración presentado por

la **demandante**, se desprende que la misma sólo solicitó se revocara la medida adoptada, es decir la destitución...

No consta en el expediente que la demandante, dentro del término legal, sesenta (60) días calendario desde la notificación de la destitución, haya solicitado la indemnización a la que alude en la acción que nos ocupa, así como tampoco ha demostrado haber solicitado la prima de antigüedad y que dichas solicitudes hayan sido negadas o desestimadas por el Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH).

Es importante indicar que si bien, tanto el derecho al pago de la indemnización como el pago de la prima de antigüedad se encuentran consagrados en la Ley 39 de 2013, modificada por la Ley 127 de 2013, cuando un servidor público es destituido injustificadamente, **ello no es óbice para que el mismo no cumpla con los requisitos establecidos para acceder a esta instancia judicial, pues la naturaleza de la demanda que se presente con fundamento en estas leyes, no puede ser otra que de plena jurisdicción**, puesto que lo único que introducen las mismas es que el proceso sea sumario, estableciendo un término a esta Corporación para decidir el fondo de la pretensión, cuando lo que soliciten sea el reintegro o la indemnización. **La pretensión como puede observarse sigue siendo el restablecimiento del derecho subjetivo, que es la naturaleza de las demandas de plena jurisdicción.**

...

Por tanto, **coincidimos con el Procurador de la Administración en que las demandas que se presenten con base en las Leyes 39 y 127 de 2013, deben cumplir con los requisitos de admisión exigibles a las demandas de plena jurisdicción como lo es el agotamiento de la vía gubernativa que regula el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, modificado por la Ley 33 de 1946.** Este artículo taxativamente indica que para ocurrir ante esta instancia judicial debe haberse agotado la vía gubernativa, que no es más que haber interpuesto todos los recursos que establece la ley contra el acto o resolución, los cuales tienen la finalidad de que la Administración revise su actuación y corrija la decisión si lo considera necesario. En este caso en particular, debió presentar la solicitud de pago ante la entidad demandada y agotada esa instancia, ante la negativa tácita o expresa de la administración acudir ante esta Sala solicitando el reconocimiento de dicho derecho.

Considera este Tribunal necesario indicar a manera de docencia, que las Leyes 39 y 127 de 2013, hacen referencia a la aplicación de normas del Código de Trabajo sólo en cuanto al cálculo de la indemnización como fórmula de pago, específicamente lo dispuesto en el artículo 225 de dicha excerta legal, por tanto no es dable la aplicación de ninguna otra disposición de este cuerpo legal, ya que la naturaleza de la relación laboral es de derecho público y no privado.

Así las cosas, le corresponde a este Tribunal de Apelación acoger la apelación interpuesta por el señor Procurador de la Administración y proceder a la revocatoria de la Providencia que admitió la presente demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción.

...” (Lo destacado es nuestro) (Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción presentada por Jorge Enrique Chong Vega, actuando en representación de MERILU ANETH GONZÁLEZ NORIEGA, para que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto Interno No. OIRH-520/2014 de 1 de septiembre de 2014, dictado por el Director General del Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH) y para que se hagan otras declaraciones).

3. La demandante no solicitó el reintegro o la indemnización de manera precisa.

Otra causa que motiva nuestra apelación es el hecho que la demandante, ha comparecido ante la Sala Tercera con el objeto de presentar una **Demanda Contencioso-Administrativa de Plena Jurisdicción**, para que se declare nula, por ilegal, el Decreto Número 692 de 14 de julio de 2015, proferida por el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Salud, en la cual solicita: *“el pago de los derechos en razón del cargo que ejercía al momento de emitir el acto acusado, así como el pago de la indemnización por los años laborados en la entidad demandada (Ley 127 de 31 de diciembre de 2013)”* (Cfr. fojas 3 del expediente judicial) (El resaltado es nuestro).

Lo anotado cobra relevancia; puesto que según se desprende del recurso de reconsideración promovido por Ann Peck ante el Ministro de Salud, la misma únicamente solicitó lo que a continuación se transcribe: *“Conociendo su alto espíritu de humanidad y buenos sentimientos, le pido muy respetuosamente, señor Ministro, dejar sin efecto DECRETO No.692 de 14 de julio de 2015, el cual resuelve DEJAR SIN EFECTO MI NOMBRAMIENTO COMO SECRETARIA I, posición No.15464, planilla 71, con funciones en el Hospital Dr. Cecilio A. Castellero, a fin que sea revocado, y en su lugar se **disponga mi reintegro**, como en efecto lo reconocen la ley.”, es decir, que no petitionó el pago de la prestación ya indicada* (Cfr. foja 19 del expediente judicial) (Lo destacado es nuestro).

De lo anterior, se desprende con claridad que, a través de la acción en estudio, el demandante está requiriendo: **1) se ordene al Ministro de Salud, el reintegro al cargo que ocupaba al momento de emitir el acto administrativo; y 2) el pago de una indemnización.**

En este sentido, es importante resaltar que la servidora pública al ser destituida sin que medie causa justificada deberá solicitar ante la autoridad emisora del acto impugnado, la petición o peticiones de las prestaciones laborales reclamadas. Por lo que al no existir constancia alguna que previamente se haya pedido ante la entidad demandada el pago de la indemnización, por despido injustificado, constituye una omisión por parte de la actora al momento de interponer la acción en estudio.

Para mejor ilustración, citamos lo que en su parte pertinente ha indicado el Tribunal Contencioso Administrativo en el Auto de 19 de marzo de 2015, en el que señaló:

“ ...

En ese mismo sentido, no se aprecia las constancias que permitan verificar que el señor Juan José Ramos Molina, **haya realizado gestiones solicitando el pago de indemnización por despido injustificado, pago de los salarios caídos y otras prestaciones, las cuales deberán ser gestionadas ante la entidad demandada debidamente fundamentadas en su escrito de reconsideración**, lo que le permitirá a este Tribunal poder verificar que las actuaciones cumplan con los requisitos procedimentales que la Ley dispone para su presentación ante lo Contencioso Administrativo y Laboral.

Es decir, si bien es cierto el demandante presentó su recurso ante la entidad que emitió el acto que hoy es motivo de demanda ante esta augusta Sala, no menos es cierto es que no consta dentro del escrito de reconsideración presentado a fojas 12 -14 del expediente judicial, que los argumentos que la parte actora pretende exigir en su demanda hayan sido los mismos contemplados ante la entidad que hoy es demandada, la actora hace alusión a los derechos que tiene como servidor público permanente, mas no se refiere a las garantías laborales que la misma posee como derechos de todo servidor público.

Por lo que este Tribunal considera que al no existir constancia alguna de que previamente se haya pedido ante el Ministerio de la Presidencia el pago de la indemnización por despido injustificado, así como el pago de los salarios caídos, y menos aún que haya agotado la vía gubernativa en ese sentido, constituye una omisión suficiente para no admitir la demanda en estudio.

Por otra parte, esta Procuraduría considera oportuno aclarar que si bien la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, establece que los funcionarios de carácter eventual o permanente, aún cuyos

nombramientos hayan sido transitorios, con dos (2) años de servicios continuos, gozarán de estabilidad laboral en su cargo; **sin embargo, estimamos que dicha norma no puede concedérsele un alcance de carácter retroactivo**, según lo que establece el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Panamá, por no tratarse de una ley de orden público o de interés social. Siendo que **la mencionada Ley 127 de 2013 entró a regir el día 1 de abril de 2014, es a partir de entonces que se debe de empezar a generarse la acumulación de tiempo que le concedería al funcionario el derecho otorgado en su normativa, es decir, el derecho de estabilidad por haber cumplido dos (2) años ininterrumpidos de servicios prestados** por parte de los funcionarios, según lo establece el artículo 1 de la mencionada Ley 127 de 2013. **Por lo tanto, a nuestro criterio, no le es aplicable al presente caso, los derechos otorgados por esa norma.**

En razón de lo antes anotado, queda claro que al no tener el tiempo requerido para tener derecho a la estabilidad aducida, la institución podía remover a **Ann Peck** en cualquier momento, puesto que no estaba amparada bajo la Ley 127 de 2013. Por lo tanto, la alegada infracción al artículo 1 del cuerpo normativo debe ser desestimada por ese Tribunal.

En virtud de las razones antes expuestas, consideramos procedente solicitar a la Sala Tercera, mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 31 de la Ley 33 de 1946, **QUE REVOQUE la Providencia de 8 de octubre de 2015**, visibles a foja 36 del expediente, que admite la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción (proceso sumario) interpuesta por el Licenciado Abdiel Emigdio Sagel García, actuando en nombre y representación de **Ann Peck**; y en su lugar, **NO SE ADMITA** la misma.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General