

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1360

Panamá, 21 de noviembre de 2017

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Leonardo Pineda Palma, actuando en nombre y representación de **Melinto González Alaín**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución de Personal 0496 de 1 de junio de 2017, emitida por el **Tribunal Electoral**, su acto confirmatorio, y se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

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 numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 18-22 del expediente judicial).

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Segundo: Este hecho fue omitido por el demandante.

Décimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 46 reverso del expediente judicial).

Décimo Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial del demandante alega que el acto acusado infringe las siguientes disposiciones:

A. El artículo 33 (numeral 7) de la Ley 5 de 9 de marzo de 2016, Orgánica del Tribunal Electoral, el cual establece entre las funciones del Pleno la de nombrar, suspender, destituir y declarar insubsistente al personal de la Institución de conformidad con su reglamento interno y la Ley de Carrera Electoral cuando entre en vigencia (Cfr. foja 8 del expediente judicial);

B. El artículo 29 de la Ley 23 de 12 de mayo de 2017, que reforma la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, y dicta otras disposiciones, mismo que señala los servidores públicos a quienes dicha ley no le será aplicable (Cfr. foja 9 del expediente judicial);

C. Los artículos 2, 126, 156 y 157 del Texto Único de 29 de agosto de 2008, que ordena sistemáticamente la Ley 9 de 20 de junio de 1994; de conformidad con las modificaciones correspondientes, los que, de manera respectiva, guardan relación con la condición de libre nombramiento y remoción de los servidores públicos; las causas que dan lugar a que éstos sean objeto de retiro de la Administración Pública; la formulación de cargos por escrito a aquellos servidores públicos que deban ser destituidos directamente; y a la presentación de un informe, una vez concluida la investigación disciplinaria (Cfr. fojas 9-13 del expediente judicial);

D. Los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; normas que indican, respectivamente, los principios que informan al procedimiento administrativo general; y a la motivación de los actos que afecten derechos subjetivos (Cfr. fojas 13 y 14 del expediente judicial); y

E. Los artículos 37, 44, 47 y 114 del Reglamento Interno del Tribunal Electoral, adoptado mediante el Decreto 4 de 14 de febrero de 2014, los que, en su orden, disponen que las acciones de recursos humanos se aplicarán de conformidad con los manuales de procedimiento establecidos; de la estabilidad del funcionario; de la evaluación del desempeño; y de la terminación de la relación laboral (Cfr. fojas 14-17 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso y descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la entidad demandada.

De acuerdo con lo que consta en autos, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nula, por ilegal, la Resolución de Personal 0496 de 1 de junio de 2017, emitida por el Tribunal Electoral, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de **Melinto González Alaín** del cargo de Subdirector de Auditoría y Fiscalización Financiera en la Dirección y Coordinación, con funciones de Subdirector de Auditoría Interna que ocupaba en dicha entidad (Cfr. fojas 18-22 del expediente judicial).

Posteriormente, el 9 de junio de 2017, el citado acto administrativo fue impugnado por el actor a través del correspondiente recurso de reconsideración, mismo que fue decidido mediante el Acuerdo del Pleno 36-4 de 15 de junio de 2017, el cual mantuvo en todas sus partes lo dispuesto en la resolución principal. Dicho pronunciamiento le fue notificado al accionante el 5 de julio de 2017, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 38-46 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, el 29 de agosto de 2017, el demandante ha acudido a la Sala Tercera para interponer la acción que ocupa nuestra atención, con el objeto que se

declare que el acto impugnado es nulo, por ilegal, al igual que su acto confirmatorio, y que como consecuencia de dicha declaratoria, se ordene a la institución que se le restituya al cargo que ocupaba, con el correspondiente pago de los salarios caídos, desde el momento de su destitución hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el apoderado judicial del recurrente manifiesta que su representado gozaba de estabilidad laboral; ya que no correspondía a la categoría de personal de confianza ni estaba adscrito directamente al Pleno del Tribunal Electoral; por lo que al no constituir un funcionario de libre nombramiento y remoción no le era aplicable la facultad discrecional de la autoridad nominadora. Añade, que existió un quebrantamiento a las formalidades legales, debido a que el acto acusado de ilegal no está motivado, aunado al hecho que su mandante no fue investigado ni se le tramitó proceso disciplinario alguno que pudiera justificar que se declarara insubsistente su nombramiento, motivo por el cual el acto administrativo en cuestión fue emitido con prescindencia de los principios del debido proceso y estricta legalidad (Cfr. fojas 8-17 del expediente judicial).

Luego de analizar los argumentos expuestos por el apoderado judicial del accionante con el objeto de sustentar los cargos de ilegalidad formulados en contra del acto acusado, esta Procuraduría procede a contestar los mismos, advirtiendo que, conforme se demostrará, no le asiste la razón a **Melinto González Alaín**.

Este Despacho se opone a los argumentos expresados por el demandante, puesto que de acuerdo con las evidencias que reposan en autos, **su remoción 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 Tribunal Electoral (Cfr. fojas 19 y 20 del expediente judicial).

En ese contexto, es pertinente indicar que de la lectura de las constancias procesales, se infiere que a lo largo del procedimiento administrativo previo, **Melinto González Alaín, no acreditó que accedió a la posición que ocupaba en dicha entidad a través de un concurso de méritos ni que se encontrara amparado por algún régimen laboral especial o fuero que le garantizaran la estabilidad laboral**, de ahí que el Pleno del Tribunal Electoral haya declarado insubsistente su nombramiento en el cargo que ostentaba con sustento en **el numeral 7 del artículo 33 de la Ley 5 de 9 de marzo de 2016, “Orgánica del Tribunal Electoral”**, el cual lo autoriza para *“nombrar, suspender, destituir y declarar insubsistente al personal de la Institución de conformidad con su reglamento interno y la Ley de Carrera Electoral cuando entre en vigencia”*; en concordancia con el artículo 114 del Reglamento Interno de dicha entidad, que señala que *“hasta tanto se apruebe la ley que desarrolla la carrera electoral, la Sala de Acuerdos podrá declarar insubsistente a cualquier funcionario, sin causa, dado el hecho que son de libre nombramiento y remoción”* (La negrita es nuestra) (Cfr. fojas 19-21 del expediente judicial).

Por tal motivo, para desvincular del cargo al ex servidor público **no era necesario invocar causal alguna ni que concurriesen determinados hechos o el agotamiento de ningún trámite**, como erróneamente argumenta el demandante; ya que bastaba con notificarlo de la resolución recurrida y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, por medio del correspondiente recurso de reconsideración, tal como sucedió durante el curso del procedimiento administrativo, con lo que se agotó la vía gubernativa, como lo aclaró el Tribunal Electoral en su informe de conducta al señalar que al ahora accionante *“no se le siguió proceso de investigación administrativa, toda vez que el Reglamento Interno del Tribunal Electoral en su artículo 108, lo dispone previo a la aplicación de sanciones disciplinarias por la comisión de alguna de las causales de destitución directa...y este no fue el caso del señor Melinto González Alaín, quien fue*

declarado insubsistente por ser cargo de libre nombramiento y remoción...” (Lo destacado es nuestro) (Cfr. foja 51 del expediente judicial).

En adición, no podemos perder de vista que el ahora demandante fue removido del puesto de Subdirector de Auditoría y Fiscalización Financiera en la Dirección y Coordinación, **cargo que dado a la naturaleza y atribuciones era de confianza**, toda vez que **es una de las posiciones de las cuales dispone el Pleno del Tribunal Electoral para nombrar a su personal inmediato encargado de asistirlo en su gestión fiscalizadora** y delegarle el mando directo de la dirección correspondiente, tal como lo explicó la entidad demandada en la Resolución de Personal 0496 de 1 de junio de 2017, cuyo contenido citaremos a continuación:

“... ”

Que **Melinto González Alaín** al tomar posesión del cargo de Subdirector de Auditoría Interna, asignado a la Dirección de Auditoría Interna, accedió a la posición 1200, no a través de un concurso de mérito; su designación responde a la naturaleza de sus funciones y, está sujeto a que su nombramiento esté basado en la confianza de sus superiores y a que la pérdida de dicha confianza ocasione la remoción del puesto que ocupa como servidor público.

Que atendiendo lo expuesto, se concluye que el cargo de **Melinto González Alaín** en la posición 1200, es un cargo de confianza de la administración, aspecto sobre el cual no se pueda alegar desconocimiento.

... ”

Que en conclusión, Melinto González Alaín ocupa una posición ejecutiva que no está amparada por régimen de carrera alguna, y por ser el cargo un puesto de confianza, no goza de estabilidad laboral...” (Lo resaltado es nuestro) (Cfr. fojas 19 y 21 del expediente judicial).

Al pronunciarse en una situación similar a la que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera en su Sentencia de 22 de julio de 2015, señaló lo siguiente:

“... ”

Por lo que, **al ocupar un cargo de status permanente, pero sin estar amparado por un régimen de estabilidad, tenía la condición de servidor público en funciones, pudiendo ser cesado su nombramiento en cualquier momento por la autoridad nominadora**, que es aquella que tiene entre sus funciones formalizar los nombramientos y las destituciones de servidores públicos, conforme a la Ley que los rige.

...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 adquiriera la condición de servidor de carrera, o sea desvinculado de la posición.**

Por ende, la Sala ha dicho que 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.**" (La negrita es nuestra).

Por otra parte, este Despacho considera importante advertir que la Ley 23 de 12 de mayo de 2017, que establece y regula la Carrera Administrativa, y dicta otras disposiciones, misma que se encontraba vigente al momento en que se emitió el acto objeto de reparo, **en su artículo 29 establece los funcionarios a los que no le es aplicable esta excerpta legal, dentro de los que se encuentran los subdirectores; siendo éste el cargo que ocupaba el accionante dentro del Tribunal Electoral; por ende, se enmarca dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción, razón por la que la entidad demandada, lo desvinculó del puesto que ejercía en la institución, fundamentando tal decisión en el numeral 7 del artículo 33 de la Ley 5 de 9 de marzo de 2016; en concordancia con el artículo 114 del Reglamento Interno de dicha entidad, citados en párrafos anteriores.**

Dentro del contexto anteriormente expresado, estimamos pertinente señalar lo indicado por la Sala Tercera en la Sentencia de 24 de julio de 2015, que dispone lo siguiente:

“Resumido el recorrido procesal de la presente causa, revisado y analizado el caudal probatorio aportado por las partes, esta Sala considera que la Resolución OIRH-082-12 de 15 de noviembre de 2012, ha desatendido **la garantía de la motivación del acto administrativo**, infringiéndose así el debido proceso administrativo. Esto es así en virtud de **que la actuación de la autoridad demandada carece de la debida explicación o razonamiento**, pues:

1. Omite motivar por qué se le aplica una causa disciplinaria al señor Renzo Sánchez, estableciendo los motivos de hecho y de derecho, que llevaron a la Administración a tomar la decisión de destituirlo, luego de comprobarse la falta en un procedimiento disciplinario, en el que se observaran las garantías procesales que le amparan.
2. Omite hacer una **explicación jurídica acerca de la facultad que dispone la autoridad para ejercer la potestad discrecional en caso de oportunidad y conveniencia y;**
3. Obvia señalar los **motivos fácticos-jurídicos que apoyan la decisión.**” (Lo resaltado es nuestro).

En abono a lo anterior, esta Procuraduría estima necesario señalar que en el caso bajo análisis **se cumplieron con los presupuestos de motivación consagrados en la ley,** puesto que en el **considerando** de la Resolución de Personal 0496 de 1 de junio de 2017, **que constituye el 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 del ahora demandante **no fue producto de la imposición de una sanción, sino de la facultad discrecional que la ley le otorga;** por lo que mal puede alegar que la resolución de personal acusada no se encuentra motivada y deviene en ilegal.

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 **Melinto González Alaín,** 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).

En el marco de lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita a ese Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución de Personal 0496 de 1 de junio de 2017**, emitida por el Tribunal Electoral, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones del accionante.

IV. Pruebas. Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

V. Derecho. No se acepta el invocado por el recurrente.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 636-17