

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 158

Panamá, 8 de febrero de 2018

Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.

El Licenciado Ariel Antonio Ortiz Lewis, actuando en representación de **Marlena Mabel Tristán de Arboleda**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto de Personal 054-2017 de 21 de agosto de 2017, emitido por el **Tribunal Administrativo Tributario**, su acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

Señor 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 (1): No es un hecho; por tanto, se niega.

SEGUNDO (2): No es un hecho; por tanto, se niega.

TERCERO (3): No es un hecho; por tanto, se niega.

CUARTO (4): No es un hecho; por tanto, se niega.

QUINTO (5): No es un hecho; por tanto, se niega.

SEXTO (6): No es un hecho; por tanto, se niega.

SEPTIMO (7): Es cierto, por tanto se acepta (Cfr. fojas 12 a 16 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la sociedad demandante sostiene que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes normas:

A. Los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, los cuales señalan, respectivamente, los principios

que comprenden al procedimiento administrativo general; y la necesidad de motivar los actos administrativos que afecten derechos subjetivos (Cfr. fojas 5 y 6 del expediente judicial).

A. Los artículos 132, 133 (ordinal b del literal 4); 142 y 145 del Reglamento Interno y de administración de Recursos Humanos del Tribunal Administrativo Tributario aprobado mediante el acuerdo 27 de 2016 de 13 de julio de 2016 que señalan las sanciones disciplinarias deben ser precedidas de una investigación, las sanciones que se aplicarán el procedimiento administrativo disciplinario por la comisión de una falta administrativa, así como que debe contener el documento que señale o certifique la acción de destitución (Cfr. foja 6 a 9 del expediente judicial).

III. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

De acuerdo con lo que consta en autos, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto de Personal 54-2017 de 21 de agosto de 2017, emitido por el Tribunal Administrativo Tributario, mediante el cual se destituyó a **Marlena Mabel Tristán de Arboleda** del cargo de Abogado I, Posición 27, Partida G.002610102.001.001, salario de dos mil balboas (B/.2,000.00), que ocupaba en dicha entidad (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

El acto administrativo fue notificado a la demandante el 21 de agosto de 2017 y fue recurrido a través del correspondiente recurso de reconsideración, mismo que dio lugar a la emisión de la Resolución TAT-OAL-007-2017 de 4 de octubre de 2017; decisión que le fue notificada a la actora el 6 de octubre de 2017 (Cfr. fojas 12 a 16 del expediente judicial).

Posteriormente, el apoderado judicial de **Marlena Mabel Tristán de Arboleda** interpuso la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, el 5 de diciembre de 2017, solicitando que se declare nulo, por ilegal, el acto de la destitución contenido en el Resuelto de Personal 54-2017 de 21 de agosto de 2017; así como su acto confirmatorio; y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene el reintegro a sus labores, con el correspondiente pago de la indemnización, fecha en que se notificó personalmente de su destitución hasta la fecha en que se haga efectiva su restitución (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el apoderado judicial de la actora manifiesta que su representada no fue sancionada ni amonestada de manera precedente, así como tampoco incurrió en la comisión de las prohibiciones establecidas en la ley; por ende, a su juicio, la destitución de la accionante se dio con omisión a las causales establecidas en la ley, y que las aplicables al caso fueron de tipo genérico e incompatibles, y no específicas conforme a los cargos formulados (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial).

Añade, que el acto administrativo y su confirmatorio, plantean una medida de destituir a la accionante bajo la modalidad de pérdida de confianza cuando debió existir o exponerse una causal de hecho o situación fáctica que sustente la aplicación de dicha sanción disciplinaria y que le permitiera ser oída para garantizarle el debido proceso (Cfr. fojas 5 y 8 del expediente judicial).

También señala, que nunca incurrió en alguna conducta que violara los principios generales o particulares de aptitud instituidos en el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos ni mucho menos fue amonestada disciplinariamente por alguna causal. (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

Luego de examinar los anteriores argumentos, esta Procuraduría observa que las normas invocadas se encuentran estrechamente relacionadas entre sí, por lo que las analizaremos de manera conjunta, advirtiendo que, conforme se demostrará, **no le asiste la razón a Marlena Mabel Tristán de Arboleda**; criterio que basamos en lo que exponemos a continuación.

En este orden de ideas, indicamos que el derecho a la estabilidad del servidor público está comprendido como un principio básico inherente al funcionario investido por una carrera de la función pública, regulada por una Ley formal de carrera, o se adquiere a través de una Ley especial que consagre los requisitos de ingreso y ascenso dentro del sistema, basado en mérito y competencia del recurso humano. **Si no es así, la disposición del cargo público queda bajo la potestad discrecional del titular de la entidad**, quien no está obligado a seguirle un procedimiento administrativo sancionador.

El sustento de lo anotado se encuentra en los artículos 300, 302 y 305 de la Constitución Política, en los cuales se dispone que el derecho a la estabilidad debe ser regulado mediante una

Ley formal, que establezca una carrera pública o una situación especial de adquisición del derecho, y está condicionado a los méritos del servidor público, a la competencia, lealtad, moralidad y cumplimiento de deberes.

Ante estas circunstancias, la Administración puede ejercer la facultad de resolución "**ad nutum**", es decir, la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en su voluntad y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.

En este caso, tal cual y como se desprende de la Resolución TAT-OAL-007-2017 de 4 de octubre de 2017, se aprecia que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 157 de la Ley 8 de 15 de marzo de 2010, faculta al Tribunal Administrativo Tributario a realizar las acciones de personal pertinentes mediante acuerdos del Pleno de Magistrados.

De igual manera, el **artículo 133 del Reglamento Interno y de Administración de Recursos Humanos del Tribunal Administrativo Tributario**, establece que la destitución consiste en la desvinculación permanente del servidor público que aplica el Pleno de Magistrados, la cual podrá tener dos tipos de motivaciones: a) por la comisión de una de las causales establecidas en el régimen disciplinario o la reincidencia en faltas administrativas, es decir por causas disciplinarias; o b) por la pérdida de la confianza en el servidor público, en base a la facultad de resolución "**ad nutum**" (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

"ARTÍCULO 133: Las sanciones que se aplicarán por la comisión de una falta administrativa son las siguientes:

1...

4. Destitución: consiste en la desvinculación permanente del servidor público que aplica el Pleno del Tribunal Administrativo Tributario:

a) Por la comisión de una de las causales establecidas en el régimen disciplinario o por la reincidencia en faltas administrativas.

b) Por la pérdida de confianza en el servidor público.

..." (La negrita es nuestra).

Dicho lo anterior, tenemos que al momento del retiro de la administración por destitución de **Marlena Mabel Tristán de Arboleda** ocupaba el cargo de Abogado I, con funciones de Asistente de Secretaría General; es decir que dicho cargo era de libre nombramiento y remoción, ya que era un personal de confianza y de colaboración con una de las autoridades máximas de esa entidad.

Así las cosas, y en sustento de lo indicado en líneas anteriores, la Resolución TAT-OAL-007-2017 de 4 de octubre de 2017, en su "Considerando" manifiesta lo que a continuación se transcribe:

"Que la recurrente ingresó al Tribunal Administrativo Tributario por un nombramiento producto de la facultad discrecional de la autoridad nominadora (Pleno de Magistrados) y su ingreso al Tribunal no fue por la vía del concurso de mérito u oposición. En ese sentido, es oportuno destacar que la señora Tristán de Arboleda, tampoco estaba acreditada como servidora pública de carrera administrativa o por otra ley especial que le confiera estabilidad en el cargo. En consecuencia, la señora **Marlena Mabel Tristán de Arboleda**, si bien ocupaba un cargo permanente en el Tribunal, carecía de estabilidad laboral., por lo cual se encontraba bajo el régimen de libre nombramiento y remoción.

..." (Cfr. foja 13 del expediente judicial).

Por otra parte, en cuanto a lo señalado por la recurrente sobre la supuesta violación del debido proceso, al aplicarse la destitución, sin que previamente se le hubiese seguido un proceso disciplinario, **la entidad señaló y así también lo reiteró a través de la Nota TAT-MP-001-2018 de 3 de enero de 2018**, lo siguiente:

"Que dado que la desvinculación de la señora Tristán de Arboleda se fundamentó en el literal 'b' del artículo 133 del Reglamento Interno y de Administración de Recursos Humanos del Tribunal Administrativo Tributario, en virtud de la potestad discrecional de remoción de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, dicho acto administrativo no estaba sujeto a un proceso disciplinario, tal como si hubiese sido necesario en el evento de que se invocara como causal el literal 'a' del citado artículo que contempla la destitución por razones disciplinarias; o si la servidora pública Tristán de Arboleda se encontrase amparada por una carrera especial, lo cual no existía en el caso bajo examen.

....

Que la parte actora argumentó que durante sus seis (6) años de servicio en el Tribunal Administrativo Tributario no había sido objeto de sanción disciplinarias, sino que fue basada en el literal 'b' del artículo 133 del Reglamento Interno y de Administración de Recursos Humanos, el cual contempla la posibilidad de desvinculación por la facultad de la autoridad nominadora 'ad nutum', que contempla la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según su conveniencia y oportunidad.

..." (Cfr. foja 15 y 22-23 del expediente judicial).

Con respecto a lo anterior la Sala Tercera ha señalado lo siguiente en la Sentencia de 19 de septiembre de 2016:

"Ahora bien, es de lugar indicar que, **tampoco se observa en el expediente que la demandante, haya pasado por algún procedimiento de selección de personal por medio de concurso de méritos, para adquirir la posición que ocupaba como Abogada II.**

Ante el hecho de que la parte actora, al momento de emitirse el acto demandado no se encontraba gozando del derecho a la estabilidad alcanzado por medio de una ley formal de carrera o por una ley especial **la Administración puede ejercer la facultad de resolución 'ad nutum', es decir, de revocar el acto de nombramiento en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.**

Esto implica, que la autoridad al momento de ejercer su facultad discrecional, debe explicar sus razones de oportunidad y conveniencia, **como ocurre en el presente caso, en el que se pone de manifiesto en la parte motiva de la resolución que se demanda, las razones de conveniencia para adoptar la medida de destitución, al indicársele a la demandante que era una funcionaria de libre nombramiento y remoción.**

Cabe agregar que, en este caso la Administración se encuentra representada por la autoridad nominadora, que es el Director General de la Autoridad de Aeronáutica Civil, a quien el numeral 7 del artículo 3 de la ley 22 de 29 de enero de 2003, le faculta remover al personal bajo su inmediata dependencia; no requiriendo la realización de un procedimiento disciplinario para ello, reiteramos, cuando el funcionario no se encuentra bajo el amparo del derecho a la estabilidad'.

....

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 Administrativa OIRH N° 240 de 30 de junio de 2015, dictada por el Administrador General de la Autoridad Nacional de Administración de Tierras" (La negrita es nuestra).**

Por último cabe destacar que en cuanto a la solicitud realizada por la recurrente en su pretensión de reintegro o en su defecto la aplicación de la indemnización contemplada en el artículo 137-C de la ley 23 de 12 de mayo de 2017, la entidad señaló a través de su informe de conducta lo siguiente:

"Al respecto, debemos manifestarle, que concluimos que la pretensión de indemnización es improcedente en el presente caso, toda vez que dicha norma condiciona la indemnización a dos presupuestos básicos que son: la existencia de un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de la Función Pública, declarando injustificada la destitución y luego, que la institución que emitiera la destitución declarada ilegal, decida que en vez de reintegrar al servidor público optara por pagarle la indemnización.

En consecuencia, la alternativa de optar por una indemnización en vez de reintegrar al servidor público, es potestad de la institución y no del servidor público.

..." (Cfr. foja 24 y 25 del expediente judicial).

En relación con lo anterior debemos añadir que el Tribunal de la Función Pública todavía no ha sido conformado lo que descarta aún más el cargo de infracción formulado.

Dicho lo anterior, debemos reiterar que la demandante no gozaba de la estabilidad laboral que alegaba, ya que su cargo, según lo señalado por la entidad, entra dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción, razón por la que la entidad demandada, la desvinculó del puesto que ejercía en la institución, fundamentando tal decisión en el literal 'b' del artículo 133 del Reglamento Interno y de Administración de Recursos Humanos, el cual contempla la posibilidad de desvinculación por la facultad de la autoridad nominadora 'ad nutum'; es decir, la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según su conveniencia y oportunidad, de ahí que los cargos de infracción invocados carecen de sustento jurídico y deben ser desestimados por la Sala Tercera (Cfr. fojas 15 y 22-23 del expediente judicial).

También debemos añadir que la actora pudo acceder al control judicial, puesto que de las constancias procesales se desprende que **Marlena Mabel Tristán de Arboleda** fue notificada del acto acusado de ilegal, interpuso el recurso de reconsideración, correspondiente y no conforme con la decisión administrativa, pudo acudir a la Sala Tercera a presentar la demanda objeto de estudio; situación que no desvirtúa la legalidad de la decisión adoptada por la entidad, basada fundamentalmente en el hecho que la demandante fue destituida como consecuencia de la potestad discrecional de la autoridad nominadora, al estar ocupando al momento de ocurrir este evento una posición que, es de libre nombramiento y remoción, por lo que solicitamos que esta pretensión sea desestimada por la Sala Tercera (Cfr. fojas 20 a 24 del expediente judicial).

Por otra parte, en cuanto al reclamo que hace la recurrente 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 **Marlena Mabel Tristán de Arboleda** 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 2 de febrero de 2009, que en su parte pertinente dice así:

“Con relación a los cargos de infracción a las demás disposiciones legales que se citan en el libelo de la demanda, cabe señalar que en efecto, el criterio sostenido por esta Superioridad respecto al pago de salarios caídos a favor de aquellos funcionarios que han sido reintegrados a sus cargos, deben ser viables jurídicamente, es decir que corresponde dicho pago en los casos que **la propia Ley dispone...**” (Lo resaltado es nuestro).

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, este Despacho solicita respetuosamente a ese Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL el Resuelto de Personal 054-2017 de 21 de agosto de 2017**, emitido por el Tribunal Administrativo Tributario, su acto confirmatorio y en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la accionante.

IV. Pruebas:

1. Se objeta la prueba aducida como prueba de informe en el **numeral 4** a foja 9 del escrito de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 784 del Código Judicial, por ineficaz, pues como se ha indicado la destitución de la recurrente no obedece a causal disciplinaria, sino a la facultad “ad nutum” de la administración.
2. Se **aduce** como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso y que reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cecilia Elena López Cadogan
Secretaría General, Encargada