

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1683

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 30 de noviembre de 2021

Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.

Alegato de Conclusión
(Concepto de la Procuraduría
de la Administración).

El Doctor **José Luis Romero González**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare la nulidad, por ilegal, del Decreto de Personal No. 16 de 9 de febrero de 2017, modificado por el Decreto de Personal No. 623 de 13 de noviembre de 2017, ambos emitidos por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Seguridad Pública**, por medio del cual se retorna al servicio activo como Teniente en el Servicio Nacional Aeronaval a **Ricardo Garay**.

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, en tiempo oportuno, el concepto de Ley dentro del alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración relacionado con el proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Cuestión Previa.

Conforme observa este Despacho, el día 21 de enero de 2020, el Doctor **José Luis Romero**, actuando en su propio nombre y representación, interpuso una Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad en la que solicita que se declare que es ilegal, de manera parcial, el Decreto de Personal No. 16 de nueve (9) de febrero de dos mil diecisiete (2017), modificado por el Decreto de Personal No. 623 de trece (13) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), emitidos por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se nombró al señor **Ricardo**

Garay en el Servicio Nacional Aeronaval y que posteriormente se modificó, en el sentido del retorno al servicio activo de esa institución del Estado en el rango de Teniente (Cfr. fojas 1 a 28 del expediente judicial).

En relación con lo anterior consideramos pertinente señalar que el Decreto de Personal No. 16 de nueve (9) de febrero de dos mil diecisiete (2017), modificado por el Decreto de Personal No. 623 de trece (13) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), dictado por el Ministerio de Seguridad Pública, realiza el ascenso de un número considerable de funcionarios del Servicio Nacional Aeronaval, en diferentes rangos.

A nuestro juicio, de la pretensión descrita en la demanda y reproducida en el párrafo previo, se colige que **el actor tiene interés en que el beneficio otorgado a Ricardo Garay, por medio del acto objeto de controversia, sea declarado ilegal, en lo que respecta al prenombrado.**

En este contexto debemos destacar, que el acto administrativo en estudio, prevé dos (2) situaciones a saber: el retorno de **Ricardo Garay** al servicio activo en el rango de Teniente en el Servicio Nacional Aeronaval; así como el reconocimiento del tiempo que ha transcurrido desde la fecha de su desvinculación de la institución, para los efectos de la jubilación.

En cuanto a la solicitud de nulidad del ascenso debemos indicar que, este **viene a constituir un acto condición** como bien es conocido en la doctrina y la jurisprudencia. Este acto condición es aquel que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal o hacer regular el ejercicio de un poder legal.

En relación con lo anterior, consideramos pertinente señalar que el retorno al servicio activo le otorga a **Ricardo Garay** un status legal que le permite ejercer una actividad que trasciende sobre la sociedad, pero además de ello se ha configurado acorde a las normas legales, **por lo que, si el prenombrado, no reúne los requisitos establecidos para su retorno al servicio en la forma dada, se estaría violando el orden legal**

objetivo, y en tal circunstancia cualquier persona por medio de una demanda contenciosa de nulidad puede impugnar tal nombramiento.

Por otra parte, es importante traer a colación lo que señala el accionante con respecto a que, después que se retorna al servicio activo a **Ricardo Garay**, la entidad demandada emitió varias acciones de personal, tales como: a) el **Resuelto de Personal 116 de 27 de abril de 2017**, en el que se asciende al rango de Capitán, con veintiséis (26) días de haber tomado posesión del cargo; b) el **Resuelto 205 de 17 de agosto de 2017**, en el que fue ascendido al rango de Mayor, con tres (3) meses y veinte (20) días, de haber sido ascendido al rango de Teniente; c) el **Resuelto 286 de 27 de noviembre de 2017**, con el cual fue ascendido al rango de Subcomisionado, con tres (3) meses de haber sido ascendido a Mayor; y d) el **Resuelto 008 de 24 de enero de 2018**, a través del cual fue ascendido al rango de Comisionado de Policía del Servicio Nacional Aeronaval, con dos (2) meses de haber sido ascendido a Subcomisionado (Cfr. fojas 13-14 del expediente judicial).

Antes de analizar los cargos de ilegalidad formulados por el Doctor **José Luis Romero González** en su demanda, la normativa que regula la materia, y las pruebas incorporadas al expediente judicial, esta Procuraduría procede a emitir su concepto, advirtiendo que, tal como se indica en los párrafos anteriores, el acto administrativo mediante el cual se nombra a **Ricardo Garay**, como Teniente en el Servicio Nacional Aeronaval, es un acto que si bien reconoce derechos adquiridos como lo hemos señalado; **bajo la concepción de acto condición**; el análisis de este Despacho se circunscribe a la verificación de los requisitos cumplidos o no por aquél.

3.1. De la Nulidad Absoluta invocada por el activador judicial.

Debemos partir de lo dicho por el actor, cuando en su demanda, señala que el **Ministerio de Seguridad Pública**, en tan sólo once (11) meses, ascendió a **Ricardo Garay**, a los cargos de Capitán, Mayor, Subcomisionado y Comisionado por el Ministro de Seguridad, sin estar éste, legalmente facultado para realizar tales ascensos y sin aprobar

las evaluaciones correspondientes, evidenciando, a su juicio, una clara desviación de poder (Cfr. foja 14 del expediente judicial).

Así pues, debemos verificar si tal actuación configura un vicio de nulidad conforme al artículo 52 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 52: Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. **Si se dictan por autoridades incompetentes;**
3. Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;
4. Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;
5. Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado.” (Lo resaltado es nuestro).

En ese orden de ideas, debemos hacer referencia a que el procedimiento para lograr los ascensos a los **grados de Mayor, Subcomisionado y Comisionado**, otorgados a **Ricardo Garay**, están sujetos a las **condiciones preestablecidas en el artículo 49 de la Ley No.93 de 7 de noviembre de 2013**, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 49. Los ascensos a cada cargo serán otorgados por el Presidente de la República, previa recomendación del director general del Servicio Nacional Aeronaval al Ministro de Seguridad Pública, de conformidad con el reglamento de la presente Ley” (El subrayado es nuestro).

De la norma antes citada podemos concluir que los ascensos en los rangos **que obtuvo Ricardo Garay**, debieron ser otorgados por el Presidente de la República, con la participación del Ministro respectivo, de lo contrario los actos administrativos a través de los cuales se realizaron las designaciones en los grados de **Capitán, Mayor, Subcomisionado y Comisionado**, contienen un vicio de nulidad absoluta, por haber sido emitidos por una autoridad carente de competencia.

3.1.1. Ley que Organiza el Servicio Nacional Aeronaval de la República de Panamá.

Los artículos 1 y 29 de la Ley No.93 de 7 de noviembre de 2012 que reorganiza el Servicio Nacional Aeronaval, reconocen al Presidente de la República, como jefe

máximo de esa institución, quien con la participación del Ministro de Seguridad Pública, ascenderá a los miembros de dicho estamento, con sujeción a las disposiciones que al efecto establezca la referida excerpta legal. Estas normas son del tenor siguiente:

“Artículo 1. El Servicio Nacional Aeronaval es una institución de seguridad pública, con especialidad aeronaval, adscrita al Ministerio de Seguridad Pública, cuyo jefe máximo es el Presidente de la República, quien ejerce su autoridad directamente o por conducto del Ministerio de Seguridad.

Su organización y funcionamiento estarán regulados por esta Ley.” (El subrayado es nuestro).

“Artículo 29. El presidente de la República, con la participación del Ministro de Gobierno y Justicia nombrará, cesará y ascenderá a los miembros del Servicio Aeronaval, con sujeción a las disposiciones que al efecto establezcan esta Ley y sus reglamentos.” (La subraya es de este Despacho).

Tal y como podemos dar cuenta de las constancias que reposan en autos, el ascenso con el que fue beneficiado **Ricardo Garay**, de Teniente a Capitán; de Capitán a Mayor; de Mayor a Subcomisionado; y de Subcomisionado a Comisionado, fue suscrito por el entonces Ministro de Seguridad Pública y autorizado por la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas.

Lo anterior implica una desatención al artículo arriba transcrito, del cual se desprende con claridad, que los ascensos deben ser adoptados por el Presidente de la República, con la participación del Ministro Seguridad Pública; formalidad que no se cumplió en el caso que nos ocupa.

3.1.2 De la anulación de los actos administrativos.

Desde la óptica doctrinal el acto administrativo es el principal mecanismo jurídico por medio del cual la administración del Estado actúa.

En ese contexto, cobra relevancia advertir que la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, define el acto administrativo de la siguiente manera:

“Artículo 200. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

1. Acto administrativo. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u

organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo. Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite”.

De la lectura anterior, se advierte que el acto administrativo, entre otras cosas, permite que, conforme a derecho, una autoridad u organismo público en ejercicio de la función administrativa del Estado, configure una relación jurídica que queda regida por el Derecho Administrativo; no obstante, este acto requiere cumplir con una serie de elementos esenciales que constituyen su legalidad.

Ahora bien, esa relación jurídica puede ser extinguida como resultado de la vulneración de los presupuestos jurídicos necesarios para su validez; por consiguiente, **la facultad de anular un acto administrativo es viable siempre que aquél se haya configurado en contravención de los presupuestos de legalidad o la transgresión a la norma jurídica, ello, de conformidad con el principio de estricta legalidad, consagrado en el artículo 36 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, así:**

“Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos.”

3.1.3 Norma reglamentaria relativa a los niveles y cargos.

En ese mismo orden de ideas, consideramos pertinente señalar que, el artículo 188 del Decreto Ejecutivo No.219 de 13 de mayo de 2014, que desarrolla la Ley No.93 de 2013,

establece los niveles y cargos en ese ente de seguridad pública, norma que citamos a continuación:

“Artículo 188. El Servicio Nacional Aeronaval consta de los siguientes niveles y cargos:

1. El Nivel Básico, conformado por agente, cabo segundo, cabo primero.
2. El Nivel Suboficiales, conformado por sargento segundo, y sargento primero.
3. El Nivel de Oficiales, Subalternos, conformado por subteniente, teniente y capitán.
4. **El Nivel de Oficiales Superiores, conformado por mayor, subcomisionado y comisionado.**
5. El Nivel Directivo, conformado por el director general y subdirector general.” (El destacado es de este Despacho).

En relación con lo anterior, tenemos que **el artículo 189 del Decreto Ejecutivo No.219 de 13 de mayo de 2014**, que desarrolla la Ley No 93 de 2013, señala que, cito: *“Los cargos serán otorgados por el presidente de la República, previa lista remitida por el director general al ministro de Seguridad Pública, de acuerdo con la calificación de servicio para ascenso y la hoja de vida del miembro juramentado del Servicio Nacional Aeronaval”*.

3.1.4 Normas reglamentarias relativa a los nombramientos de ex miembros.

Dentro del contexto anteriormente expresado, advertimos que el Decreto Ejecutivo No.219 de 13 de mayo de 2014, que desarrolla la Ley No.93 de 7 de noviembre de 2013, que reorganiza el Servicio Nacional Aeronaval, establece en el artículo 90, que el nombramiento de ex miembros juramentados de esa entidad, solo será viable en los siguientes casos:

“Artículo 90. El nombramiento de ex miembros juramentados del Servicio Nacional Aeronaval, podrá decretarse, bajo las siguientes condiciones:

1. Por facultad del presidente de la República.
2. **Cuando exista renuncia y la misma se haya dado en los cargos de agente y subteniente con mas de dos años de servicio, o en los cargos de cabo, sargento, teniente y capitán.**
3. Que se haga **dentro del término de un año**, contado a partir de la echa de recibo de la renuncia.

4. Que el ex miembro haya mantenido una buena conducta durante el tiempo que laboró en la institución.

5. **El ex miembro deberá aprobar los exámenes correspondientes.**

6. Para todos los efectos de jubilación mas no para salarios dejados de percibir, ascensos, sobresueldo y otros emolumentos.”

De la disposición antes reproducida, se desprende que el regreso del personal juramentado del Servicio Nacional Aeronaval debe ocurrir **dentro del término de un (1) año; contado a partir de la fecha de la renuncia**, quien deberá, además, contar los exámenes correspondientes.

En ese sentido, de las constancias que reposan en autos, resalta el hecho que la desvinculación de **Ricardo Garay** de la entidad demandada se dio el 5 de enero de 1998, y su reingreso ocurrió el 9 de febrero de 2017, fecha en la cual tomó posesión del cargo de Teniente; de lo que se desprende una clara infracción de lo dispuesto en el artículo que antecede (Cfr. fojas 12 y 13-14 del expediente judicial).

3.1.5 Normas reglamentarias relativas a la evaluación.

Dentro del contexto anteriormente expresado, observamos que el **Decreto Ejecutivo No.219 de 13 de mayo de 2014**, que desarrolla la Ley No.93 de 7 de noviembre de 2013, que reorganiza el Servicio Nacional Aeronaval, establece en los artículos 176 y 178 el procedimiento de evaluación de mérito, el cual servirá de base para los sistemas de ascensos, y, además, señala los tipos de evaluaciones que serán aplicados. Estas normas son del tenor siguiente:

“**Artículo 176.** El sistema de evaluación de mérito servirá de base para los sistemas de retribución, incentivos, ascensos, capacitación y disciplinario”

“**Artículo 178.** Se aplicarán tres tipos de evaluaciones.

1. La evaluación de ingreso o del periodo de prueba.
2. La evaluación ordinaria o de desempeño.
3. La evaluación de calificación de servicio para ascenso.”

Dentro del contexto anteriormente expresado, observamos que la citada norma reglamentaria, en los artículos 180, 182 y 184 establecen los lineamientos que deberán ser considerados en la evaluación ordinaria o de desempeño para otorgar los ascensos, la cual se realizará cada seis (6) meses; que ésta se aplicará al personal juramentado del nivel, entre éstos, **el de Oficiales Superiores** y que además, el mencionado sistema establece un método de ascensos basados en datos objetivos, reales, oportunos, sistemáticos y confiables. Veamos.

“Artículo 180. La evaluación ordinaria o de desempeño, controla el rendimiento del personal, se aplicará cada seis meses bajo la responsabilidad del jefe inmediato que deberá reposar en el expediente del funcionario en la Dirección Nacional de Recursos Humanos. Esta evaluación del desempeño, evaluación de conducta y prueba física y deberá ser considerada en la evaluación para ascensos, según requisitos exigidos en este programa”.

“Artículo 182. La evaluación ordinaria o de desempeño se aplicará al personal juramentado de Niveles Básicos, Suboficiales, Oficiales Subalternos y Oficiales Superiores. Se exceptúa el Nivel Directivo”.

“Artículo 184. El sistema de evaluación promoverá los siguientes objetivos:

1. **Establecer un sistema de promociones, ascensos e incentivos basado en datos objetivos, reales, oportunos, sistemáticos y confiables, y no en el sentido común, estado de ánimo o circunstancia.**
2. **Retroalimentar a los miembros del Servicio Nacional Aeronaval acerca de su trabajo y capacidades psicofísicas.**
3. **Determinar la calidad del desempeño en el ejercicio de sus funciones y deberes, durante un periodo determinado.**
4. **Presentar resultados que sirvan de base para retroalimentar otros temas, como capacitación, donación y movilidad de personal.**
5. **Detectar limitaciones de recursos administrativos que afectan el desarrollo normal del trabajo”.**

De los artículos antes citados, se advierte que, para obtener el cargo de Mayor, Subcomisionado y Comisionado del Servicio Nacional Aeronaval era requisito obligatorio el cumplimiento de las evaluaciones ordinarias o de desempeño que comprende el conjunto de normas y procedimientos que se aplican para evaluar y calificar el rendimiento del personal juramentado en el nivel de oficiales superiores que está conformado por los cargos mencionados en las líneas previas.

4.4 Conclusiones.

En este contexto debemos destacar, que **Ricardo Garay**, se reincorporó al Servicio Nacional Aeronaval, en grado de Teniente, el día 9 de febrero de 2017, para después ir ascendiendo hasta alcanzar el rango de Comisionado, situación que se encuentra acreditada a través de los actos que detallamos y que se reposan dentro del expediente de personal, entre los cuales podemos mencionar:

1. Original de la Nota No. 032-19/SENAN/DG/DNRH, fechada 5 de septiembre de 2020.
2. Copia autenticada del Resuelto de Personal No.008 de 24 de enero de 2018.
3. Copia de autenticada del Resuelto de Personal No.286 de 27 de noviembre de 2017.
4. Copia autenticada del acta de Toma de Posesión fechada 17 de agosto de 2017.
5. Copia autenticada del Resuelto de Personal No.205 de 17 de noviembre de 2017.
6. Copia autenticada del acta de Toma de Posesión fechada 7 de abril de 2017.
7. Copia autenticada del acta de Toma de Posesión fechada 1 de abril de 2017.
8. Copia autenticada del Resuelto de Personal No.245 de 28 de febrero de 1998.

Lo expuesto hasta aquí, nos permite afirmar que, cuando **Ricardo Garay**, retornó al servicio activo con el grado de Teniente **a la entidad demandada**, lo hizo después de **diecinueve (19) años de haber renunciado a la institución**; sin embargo, la norma reglamentaria es clara al establecer, que solo se puede regresar al servicio activo, si la unidad, lo hace dentro del término de un (1) año, contado a partir de la fecha de la

renuncia, situación que va en detrimento de lo establecido en el artículo 90 del Decreto Ejecutivo No.219 de 13 de mayo de 2014, que reglamenta el Decreto Ley No.93 de 7 de noviembre de 2013, que crea el Servicio Nacional Aeronaval de la República de Panamá.

Sobre el particular, la doctrina también destaca los planteamientos de los tratadistas De Laubadère, Venezia y Gaudemet, cuando señalan que: *“La desviación de poder es un vicio de los actos administrativos que se genera, cuando la autoridad administrativa ejecuta o expide un acto de su competencia pero en desarrollo de una finalidad distinta de aquella por la cual el acto podía ser legalmente expedido.”* (André De Laubadère, Jean-Claude Venezia e Ives Gaudemet, Traité de Droit Administratif, Tomo I, Undécima Edición, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1990, pág. 444).

En este contexto, resulta importante destacar que mediante la **Sentencia de 17 de agosto de 1992** la Sala Tercera en una acción contenciosa administrativa de nulidad, al analizar los contratos No.87 (123) 157 de 27 de enero de 1988 y el No.88 (123) 100 de 30 de enero de 1988, celebrados entre la entidad estatal y dos (2) particulares, consideró que las autoridades administrativas actúan con una finalidad ilegítima y desviación de poder al expedir actos de su competencia, en concordancia con lo señalado por los autores arriba citados, al menos en los siguientes casos:

- “...
 1. Cuando el acto se expida obedeciendo a un móvil de tipo personal, como un interés privado o el espíritu de venganza.
 2. Cuando el acto se expide por un móvil político ilegítimo como cuando se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político y,
 3. Cuando el móvil del acto es el interés de un tercero, lo cual se produce cuando la decisión está dirigida a favorecer a un particular en detrimento de otro.”

En el marco de lo antes expuesto, podemos colegir con meridiana claridad que el acto acusado de ilegal fue emitido al margen del debido proceso y del principio de legalidad, al reconocerle a **Ricardo Garay** el grado de Teniente del Servicio Nacional

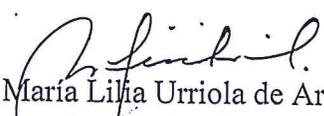
Aeronaval y el derecho a recibir el salario correspondiente a lo establecido en la escala salarial vigente, para el rango de Teniente, a una persona que carecía de las condiciones y requisitos para ser ascendido a esos rangos, tal como lo establecen las normas que rigen la materia.

Nuestro concepto también encuentra sustento en el hecho que el Decreto de Personal No. 16 de 9 de febrero de 2017, modificado por el Decreto de Personal No. 623 de 13 de noviembre de 2017, **debieron ser emitidos con sujeción a las disposiciones que al efecto establezcan la Ley y el reglamento**, lo que viene a confirmar que el procedimiento para ascender a **Ricardo Garay**, vulneró los artículos a los que previamente hemos hecho mención.

Por todo lo expuesto, este Despacho es de la opinión que la infracción de las normas descritas en el párrafo precedente, así como las circunstancias de hecho y de Derecho a las que ya nos hemos referido, son suficientes para solicitar respetuosamente a los Magistrados que integran la Sala Tercera, que se sirvan declarar la nulidad, por **ILEGAL**, del Decreto de Personal No. 16 de 9 de febrero de 2017, modificado por el Decreto de Personal No. 623 de 13 de noviembre de 2017, ambos emitidos por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Seguridad Pública**, por medio del cual se retorna al servicio activo como Teniente en el Servicio Nacional Aeronaval a **Ricardo Garay**.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General

Expediente 92-2020