

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 172

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 13 de febrero de 2019

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Alegato de Conclusión.

El Doctor Carlos Ayala Montero, actuando en nombre y representación de **Laura Herminia Hutchinson Marengo**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 30 de 31 de mayo de 2018, emitido por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Desarrollo Social**; su 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 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 alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo ya señalado en nuestro escrito de contestación de la demanda, en cuanto a la falta de asidero jurídico que se observa en la pretensión de la recurrente, **Laura Herminia Hutchinson Marengo**, al solicitar que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 30 de 31 de mayo de 2018, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Desarrollo Social y su acto confirmatorio, los que, en su opinión, son contrarios a Derecho.

El apoderado especial de **Laura Herminia Hutchinson Marengo** señaló en su escrito, que su representada gozaba de estabilidad, pues había laborado cuatro (4) años al servicio del Estado, por lo que, a su juicio, la autoridad nominadora no podía aplicar su discrecionalidad para desvincularla de la Administración Pública. Añade, que su poderdante no incurrió en faltas disciplinarias ni se instruyeron procesos disciplinarios en

su contra, lo que, según expresa, era necesario para poder destituir la del cargo, pues, la misma gozaba de estabilidad laboral (Cfr. fojas 4-7 del expediente judicial).

En esta oportunidad, este Despacho reitera el contenido de la Vista 1903 de 7 de diciembre de 2018, por medio de la cual contestamos la demandada en estudio, e insistimos que los argumentos expresados por la recurrente, carecen de asidero jurídico, pues de las constancias procesales, se observó, que **Laura Herminia Hutchinson Marengo** ingresó a la entidad a través de un contrato como personal transitorio a partir del 22 de septiembre de 2014, posteriormente nombrada como personal permanente en el cargo de Secretaria Ejecutiva III (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

Como se advirtió en nuestra Vista Fiscal, **Laura Herminia Hutchinson Marengo** no era una servidora pública de carrera, sino de libre nombramiento y remoción; ya que no estaba incorporada, mediante el sistema de méritos, a una Carrera Pública, ni había accedido al cargo del cual fue desvinculada mediante un concurso o sistema de méritos, por lo que **no gozaba de estabilidad en su puesto de trabajo**, criterio que, a nuestro juicio, se corroboró ante la **ausencia de pruebas que demuestren su incorporación a una Carrera Pública o su ingreso a la entidad demandada mediante un concurso o sistema de méritos**, razón por la cual el Órgano Ejecutivo concluyó que le resultaba aplicable lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, en concordancia con el artículo 794 del mismo texto legal.

Debido a la condición laboral que mantenía la recurrente, pudo arribarse a la conclusión que la desafectación de su nombramiento se dio en el marco de lo contemplado en el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, en el que se consagra la facultad del Presidente de la República para remover, en cualquier momento, a los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución Política o las leyes dispongan que no son de libre remoción (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

En igual sentido indicamos, que ante la falta de estabilidad de un funcionario público en el cargo que se le adscribe es aplicable el artículo 794 del Código Administrativo,

que consagra la facultad de resolución "ad-nutum" de la administración, es decir, la revocación del acto de nombramiento por la voluntad de la entidad, representada en este artículo por la autoridad nominadora, quedando a discreción del mismo la adopción de la medida, considerando su conveniencia y oportunidad.

De igual manera, esta Procuraduría consideró 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 esta 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.

Lo antes expuesto, permite concluir que para proceder con la remoción de la ex servidora público no era necesario invocar alguna causal específica ni agotar ningún procedimiento interno, que no fuera otro que notificarlo 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 la demandante deben ser desestimados por la Sala Tercera.

En este contexto, esta Procuraduría observó que la finalidad de la acción en estudio, es que se le pague a **Laura Herminia Hutchinson Marengo** los salarios dejados de percibir; sin embargo, esta solicitud no resulta posible, y ese Tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones que **el pago de los salarios caídos a favor de aquellos funcionarios que han sido reintegrados a sus cargos, sólo es viable jurídicamente cuando la propia ley lo disponga.**

Actividad Probatoria.

La Sala Tercera emitió el Auto de Pruebas 16 de 10 de enero de 2019, por medio del cual **admitió como pruebas presentadas por Hutchinson Marengo:** el Decreto de Personal 30 de 31 de mayo de 2018, así como la Resolución 325 de 25 de junio de 2018, ambas emitidas por el Ministerio de Desarrollo Social, que constituyen los actos acusados, así como otra serie de documentos que guardan relación con los hechos discutidos en el proceso (Cfr. foja 34 del expediente judicial).

De igual forma, se admitió la prueba de informe consistente en el requerimiento de la copia autenticada de la resolución de nombramiento permanente de la recurrente, el acta de toma de posesión y la copia autenticada del expediente administrativo; cabe acotar, que este último también fue requerido por parte de esta Procuraduría (Cfr. foja 35 del expediente judicial).

En lo que respecta a las pruebas admitidas a favor de **Laura Herminia Hutchinson Marengo**, este Despacho observa que las mismas **no logran** demostrar que el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Desarrollo Social, hubiesen infringido las normas que sustentan el proceso presentado por el apoderado especial de la accionante; por lo tanto, somos de la convicción que en el negocio jurídico bajo examen, la actividad probatoria de la misma no cumplió con **la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial, que obliga a quien acciona a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión**; deber al que se refirió la Sala Tercera en el 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...** 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...’ (el subrayado corresponde a la Sala).

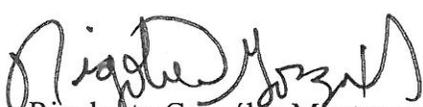
Al respecto del artículo transcrito, **es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

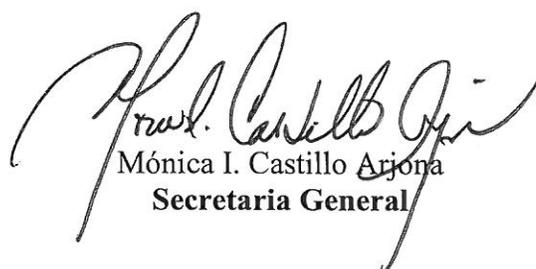
Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: ‘en las actuaciones administrativas se deben observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. 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)...” (La negrilla es nuestra).

En atención a las anteriores consideraciones, esta Procuraduría **reitera** a la Sala Tercera su solicitud respetuosa para que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL**, el Decreto de Personal 30 de 31 de mayo de 2018, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Desarrollo Social, por tanto, se desestimen las pretensiones de la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 1033-18