

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1831

Panamá, 23 de diciembre de 2021

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

El Licenciado **Alfredo Ernesto Rivera Guerra**, quien actúa en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto de Personal N° OIRH-026-2019 de 14 de agosto de 2019, emitido por la **Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información**, su acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Alegato de Conclusión.

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, con el propósito de presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso descrito en el margen superior, momento procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestra contestación de la demanda, **en cuanto a la carencia de sustento** que se advierte en la tesis planteada por el actor, **Alfredo Ernesto Rivera Guerra**, referente a lo actuado por la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, al emitir el Resuelto de Personal OIRH-026-2019 de 14 de agosto de 2019.

La acción propuesta por **Alfredo Ernesto Rivera Guerra**, quien actúa en su propio nombre y representación tiene como fundamento el hecho que, en su opinión, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, antes de dejar sin efecto su nombramiento debió instaurar un proceso disciplinario en su contra. Añade, que la institución no llevó a cabo la evaluación de los tres (3) meses de prueba, incumpliendo de esta manera, el procedimiento establecido en la Ley de Carrera Administrativa; no se le formularon cargos, ni se le permitió defenderse (Cfr. fojas 8 -10 del expediente judicial).

Agrega el demandante, que como quiera que estaba acreditada su condición de Delegado Electoral, previo a su remoción se debió solicitar autorización al Tribunal Electoral para proceder en

tal sentido; sin embargo, esto no ocurrió, por lo que estima que su desvinculación es ilegal (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

En esta ocasión, nos permitimos **reiterar el contenido de la Vista 969 de 5 de octubre de 2020**, por cuyo conducto contestamos la acción en examen, señalando que no le asiste la razón al demandante; ya que **debemos advertir** que según se desprende de la Resolución N°ANTAI-REC-015-2019, confirmatoria del Resuelto de Personal N°OIRH-026-2019 de 14 de agosto de 2019; y del Informe de Conducta suscrito por la Directora General de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, en el expediente de personal de **Alfredo Ernesto Rivera Guerra**, consta que se realizó la convocatoria pública número 111-18 de 8 de octubre de 2018, mediante la cual el accionante fue favorecido con la vacante de Abogado II y al cumplir con los requisitos establecidos, la entidad procedió a emitir el Resuelto de Personal N°OIRH-026-2019 de 3 de enero de 2019, por medio del cual se le nombró en el referido cargo (Cfr. fojas 23 y 42 del expediente judicial).

No obstante lo anterior, la institución demandada observó que la mencionada convocatoria tenía como fundamento la Ley 9 de 1994, que regula la Carrera Administrativa, y el artículo 25 de esa excerpta legal indica, cito: *“Que únicamente hasta el 29 de junio de 2018 se podrá nombrar personal en cargos definidos como de carrera administrativa sin utilizar el Procedimiento Ordinario de Ingreso. En virtud de ello, mediante Resolución No. 024 de 19 de junio de 2018, la Dirección General de Carrera Administrativa resolvió dictar los procedimientos técnicos para establecer el procedimiento ordinario de ingreso, mismo que incluyó el ‘Manual de Normas y Procedimientos Técnicos’...”* (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

En el mencionado informe de conducta, se dejó plasmado que la Dirección General de Carrera Administrativa, por medio de la Resolución 38 de 9 de julio de 2019, resolvió dejar sin efecto la Resolución No. 024 de 19 de junio de 2018, citada en el párrafo que antecede, ya que se consideró que el “Manual de Procedimientos para el Reclutamiento y Selección del Recurso Humano en el Sector Público Panameño”, es un reglamento técnico, que deber ser, como lo dispone el artículo 26 (numeral 4) de la Ley 9 de 1994, sometido a la Junta Técnica y Rectora de Carrera Administrativa, debido a que

ésta última le compete aprobar o rechazar los reglamentos técnicos presentados por aquella dirección (Cfr. fojas 23-24 del expediente judicial).

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta es que, la Dirección de Carrera Administrativa al determinar que el “Manual de Procedimientos para el Reclutamiento y Selección del Recurso Humano en el Sector Público Panameño”, “no era apto, idóneo o susceptible de ser utilizado para establecer los parámetros de reclutamiento y selección de funcionarios públicos, pues para la vigencia y aplicación legal del mismo se requería, como aspecto *sine qua non*, la aprobación de la Junta Técnica y Rectora...”, trajo como consecuencia que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, dispusiera que el concurso en el que participó **Alfredo Ernesto Rivera Guerra**, quedara sin efecto (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

En esa línea de pensamiento, **repetimos** que, lo anotado sirvió de base para que la entidad demandada emitiera el acto acusado de ilegal, pues **quedó acreditado que Rivera Guerra, no estaba amparado bajo la Ley de Carrera Administrativa o por ninguna otra que le permitiera gozar de estabilidad en el cargo que ejercía en la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, el cual era de libre nombramiento y remoción de allí, que se procediera con su desvinculación fundamentando dicha decisión en la potestad discrecional del regente de la institución** (Cfr. fojas 24, 26 y 43 del expediente judicial).

Tal medida tuvo sustento en el artículo 16 (numeral 11) de la Ley 33 de 2013, que establece:

“Artículo 16. El director general tendrá las siguientes funciones:

1...

11. Fijar los sueldos y demás emolumentos, así como seleccionar, nombrar, trasladar, conceder licencias con o sin sueldo, **destituir a los funcionarios** y aplicarles las sanciones disciplinarias que correspondan, de conformidad con la ley y los reglamentos adoptados por la Autoridad” (Lo destacado es nuestro).

Respecto a la **facultad discrecional de la autoridad nominadora**, la Sala Tercera en el Auto de 14 de noviembre de 2018, explicó lo que a continuación se transcribe:

“...

Esta Corporación de Justicia, considera que **no le asiste la razón al recurrente con respecto a sus alegaciones de ilegalidad del acto administrativo, pues el señor...ingresó al...sin concurso**

de méritos o carrera administrativa, por lo tanto, su posición es considerada de libre nombramiento y remoción; razón por la cual, en el caso bajo examen, la autoridad, ejerció la facultad conferida por la Ley y la Constitución y al no estar su estabilidad sujeta a la Ley de Carrera Administrativa, o de una ley especial en relación con funciones públicas, es potestad discrecional de la autoridad nominadora, el libre nombramiento y remoción de sus miembros...

Sobre el tema de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, esta Sala ha sido reiterativa en sus pronunciamientos al señalar que cuando estamos frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción, la autoridad nominadora no requiere fundamentar la destitución en una causa justificativa.

Se presume la legalidad del acto administrativo, en este caso el demandante debió comprobar que no se llevó a cabo el debido proceso o en su defecto que era funcionario de carrera...

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 9 de julio de 2008, resolvió lo siguiente:

‘...

Expuesto lo anterior, **compartimos el criterio de la Procuradora de la Administración, en el sentido de que es la parte actora quien debe probar la alegada ilegalidad de la resolución atacada, situación que no se verifica en el caso in examine. Al respecto el jurista colombiano Gustavo PENAGOS, señala que, ‘en las actuaciones administrativas se debe (sic) 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).

Por último, debemos recordar que en lo referente a los actos **expedidos por las autoridades administrativas, impera el principio de presunción de la legalidad de los actos administrativos, teniendo la obligación quien recurre a la jurisdicción contencioso administrativa de traer a este escenario los elementos de convicción sobre la ilegalidad del acto acusado, ya que el mismo se presume legal, situación que no ha sido cumplida por parte del actor en el caso en estudio.**

...’

En razón de lo antes expuesto, lo procedente, es declarar que no es ilegal el acto demandado, toda vez que, en este caso en particular, la carga de la prueba corresponde a la parte actora, que debe comprobar la ilegalidad del acto administrativo demandado y

en el expediente no se encuentra caudal probatorio que demuestre que dicha resolución es ilegal.” (La negrita es de este Despacho).

En este escenario, **vale la pena destacar que, para remover a Alfredo Ernesto Rivera Guerra, del cargo que ejercía en la autoridad demandada no era necesario recurrir a ningún procedimiento interno que no fuera otro que el de notificarle del resuelto de personal acusado de ilegal y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, permitiéndole, como en efecto se hizo, la presentación del respectivo medio de impugnación** (Cfr. fojas 13 y 14-21 del expediente judicial).

En otro orden de ideas, este Despacho observa que el Resuelto de Personal N°OIRH-026-2019 de 14 de agosto de 2019, objeto de controversia, tiene como fundamento de derecho, el artículo 794 del Código Administrativo y en este contexto, y ante la aplicación de la mencionada disposición que consagra la facultad de resolución "ad-nutum" de la Administración, se ha dejado sin efecto el acto de nombramiento por la voluntad de la entidad.

Con respecto a la interpretación y aplicación del contenido del artículo 794 del Código Administrativo, la Sala Tercera ha señalado lo siguiente en la Sentencia de 29 de diciembre de 2009; resolución que en lo pertinente indica:

“...ante la falta de estabilidad en el cargo, el funcionario queda sujeto a la remoción discrecional de la autoridad nominadora, tal y como lo prevé el artículo 794 del Código Administrativo, que consagra la facultad de resolución 'ad-nutum' de la Administración. También, que en ejercicio de esta facultad la autoridad nominadora puede declarar la insubsistencia del cargo de un funcionario sin tener que motivar el acto, sólo basta que considere su conveniencia y oportunidad -reestructuración, presupuesto, etc.” (La negrita es de este Despacho) (Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de 9 de agosto de 2006).

De la misma manera se pronunció el Tribunal en la Sentencia de 4 de octubre de 2018.

Veamos.

“ ...

Es de lugar indicar que, **no se observa en el expediente que el demandante, haya pasado por algún procedimiento de selección de personal por medio de concurso de méritos, para adquirir la posición que ocupaba..., razón por la cual, no había adquirido el derecho a la estabilidad en el cargo.**

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, con fundamento en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.

Por las razones expuestas, **tampoco se encuentran llamados a prosperar los cargos de violación 1 y 156 del Texto Único de la Ley 9 de 1994...**relativos a la aplicación de un procedimiento disciplinario y la nulidad que a consideración del recurrente debía decretarse, **toda vez que reiteramos, el acto ha sido dictado conforme a derecho debidamente motivado, con la intención clara de desvincularlo de la institución; y no le era obligatorio activar el procedimiento sancionador para ello, por lo que no se observa vicio alguno ni se cumplen con los presupuestos para anularlo.**

...
 En consecuencia, **la Sala Tercera...DECLARA QUE NO ES ILEGAL la Resolución Administrativa...**
 (Lo destacado es nuestro).

Lo explicado implica que, con fundamento a esa norma, la Administración puede ejercer la facultad de dejar sin efecto el acto de nombramiento basada en su potestad y discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad, tal como ocurrió en el caso que ocupa nuestra atención.

Por otra parte, **Alfredo Ernesto Rivera Guerra**, señala que por su condición de Delegado Electoral, para poder desvincularlo, la entidad demandada debió solicitar autorización al Tribunal Electoral para proceder en tal sentido; sin embargo, esto no ocurrió, por lo que estima que su desvinculación es ilegal.

En cuanto a lo expuesto en el párrafo que antecede, **vale la pena destacar** que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información tenía pleno conocimiento que **Alfredo Ernesto Rivera Guerra**, formó parte del Honorable Cuerpo de Delegados Electorales del Tribunal Electoral; no obstante, el fuero electoral al que se refiere el actor, mismo que reviste de protección a los mismos, se suspende después de la última proclamación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 270 (numeral 2) del Texto Único del Código Electoral, el que dice:

"Artículo 270. El fuero electoral tendrá vigencia:

1...

2. Para los delegados electorales: desde la apertura del proceso electoral respectivo hasta quince después de la ejecutoria de la última proclamación" (La negrita es nuestra).

En relación con lo anterior, **consideramos pertinente señalar** que tanto en la Resolución ANTAI-REC-015-2019 confirmatoria, así como en el Informe de conducta remitido por la regente de la autoridad demandada al Magistrado Ponente, se explicó lo siguiente: *"...En consecuencia, el Resuelto de Personal No. OIRH-026-2019 del 14 de agosto de 2019, mediante el cual deja sin efecto el nombramiento del señor ALFREDO ERNESTO RIVERA fue emitido después de los quince (15) días calendarios que señala el artículo 270 de la Ley 29 del 29 de mayo de 2017, a los efectos de la protección legal especial, por lo que, a nuestro juicio la destitución no viola el fuero electoral alegado por la parte recurrente"*, **motivo por el cual la institución decidió dejar sin efecto el nombramiento del recurrente, respetando para ello el debido proceso** (Cfr. fojas 26 y 43 del expediente judicial).

Finalmente, este Despacho debe señalar que dentro de las disposiciones que se dicen infringidas, **Alfredo Ernesto Rivera Guerra**, ha incluido los artículos 17, 32, 46 y 74 de la Constitución Política de la República, sin tomar en consideración que **la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo no es competente para conocer sobre infracciones de normas propias del ámbito constitucional**; ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 97 del Código Judicial, al Tribunal colegiado sólo le está atribuido el control de la legalidad de los actos administrativos, y conforme al numeral 1 del artículo 206 del Estatuto Fundamental y el artículo 86 del Código Judicial **es a la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, a quien le compete el control constitucional, motivo por el cual nos abstendremos de emitir criterio respecto de la supuesta violación de estas normas.**

Actividad Probatoria.

La Sala Tercera emitió el Auto de Pruebas No.258 de 10 de mayo de dos mil veintiuno (2021), por medio del cual **admitió** a favor del actor: los documentos visibles de fojas 13, 14 a 21, entre otros, así como el expediente administrativo de personal del recurrente, aducido por este Despacho (Cfr. foja 110 del expediente judicial).

El Tribunal, **no admitió** “la prueba de informe solicitada por la parte actora para la autoridad demandada, siendo redundante al pretender incorporar documentación relacionada a su ingreso en la entidad, propia del expediente administrativo; siendo que su copia autenticada ya consta como prueba admitida en el presente examen; por lo que tal gestión deviene en notoriamente dilatoria, y se rechaza según el artículo 783 del Código Judicial...” (Cfr. foja 111 del expediente judicial).

En este escenario debemos indicar que si bien el Tribunal Electoral le informó, por medio de la Nota N°769-SG-TE de 7 de diciembre de 2021 a la Sala Tercera que cito: “*ALFREDO ERNESTO RIVERA GUERRA...conserva la condición de Delegado Electoral desde el 19 de noviembre de 2016 a la fecha...*” y que: “*...a la fecha, la ANTAI no ha presentado al Tribunal Electoral solicitud de autorización para el despido de ALFREDO...*”, lo cierto es que en ese oficio, igualmente se informó lo que a continuación se señala:

“...
 Vale la pena indicar que, **en caso de destitución, el Código Electoral (art.272) le da al aforado un término de quince días hábiles siguientes a la comunicación de la medida adversa para presentar a su empleador la certificación u otro documento idóneo que acredite el fuero, y si el aforado no prueba su condición dentro de este término, pierde el fuero.**”
 (Lo destacado es nuestro) (Cfr. fojas 133-134 del expediente judicial).

De lo anterior se desprende con claridad que, repetimos, una vez **Alfredo Ernesto Rivera Guerra** fue desvinculado del cargo que ejercía en la entidad demandada, contaba con quince (15) días hábiles según lo dispone el artículo 272 del Código Electoral para presentar la certificación correspondiente o el documento idóneo que demostrara que, en efecto, tiene fuero electoral; sin embargo, esto no ocurrió pues, de acuerdo al informe de conducta suscrito por la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, el acto acusado de ilegal, fue “emitido después de los quince (15) días calendarios que señala el artículo 270 (numeral 2) de la Ley 29 del 29 de mayo de 2017, a los efectos de la protección legal especial, por lo que, a nuestro juicio la destitución no viola el fuero electoral alegado por la parte recurrente.”, norma que previamente ha sido citada (Cfr. antecedente remitido por la entidad demandada).

De todo lo explicado, damos cuenta que no hay nada que logre variar el contenido de la Vista 969 de 5 de octubre de 2020, por cuyo conducto contestamos la demanda que se analiza, por lo que, somos del criterio que la medida adoptada por la entidad demandada, correspondiente a dejar sin efecto el nombramiento de **Alfredo Ernesto Rivera Guerra**, fue apegada a derecho y conforme a la Ley.

En cuanto a las pruebas admitidas a favor del recurrente, esta Procuraduría observa que **no logran** demostrar que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, al emitir los actos acusados, hubiese infringido las normas que sustentan el proceso presentado por **Alfredo Ernesto Rivera Guerra**; por lo tanto, somos de la convicción que en el negocio jurídico bajo examen, la actividad probatoria del mismo no cumplió con **la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial, que obliga a quien acciona a confirmar los hechos que dan sustento a su pretensión**; deber al que se refirió la Sala Tercera en el Auto de diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021), señalando en torno al mismo lo siguiente:

“En este orden de ideas igualmente debemos, tener presente que a las partes les incumbe demostrar los hechos y al Juez dispensar el Derecho, o sea, el ‘onus probandi’ contemplado en nuestra legislación en el artículo 784 del Código Judicial, que a la letra dice:

...

De ahí que, la carga de la prueba, implica la obligación que tiene una parte de aportar los medios de convicción; además, ese es un deber de las partes y sus apoderados, pues cuando no aparece probado el hecho, ello no permite que el Juez pueda otorgar la pretensión de quien pide; y esto se resume en esa frase romana ‘onus probandi incumbit actori’; es decir, la carga de la prueba le incumbe al actor.

En efecto, este Principio obliga al actor probar lo que pide, pues a él le interesa que su pretensión sea concedida en los términos requeridos por éste dentro de la demanda, tal como lo establece el Código Judicial.”

La jurisprudencia transcrita viene a confirmar el deber que tiene toda persona que recurre a la Jurisdicción Contencioso Administrativa de probar lo que pide, ello a los efectos que se le pueda aplicar el principio de Tutela Judicial Efectiva, cosa que no ha ocurrido en este caso.

De la lectura de la citada resolución judicial se infiere la importancia que reviste para la decisión del proceso, el hecho que **el actor cumpla con la responsabilidad de acreditar su**

pretensión ante la Sala Tercera, de ahí que en ausencia de mayores elementos de prueba que fundamenten la demanda promovida por **Alfredo Ernesto Rivera Guerra**, este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Resuelto de Personal N°OIRH-026-2019 de 14 de agosto de 2019**, dictado por la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones del accionante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Maria Lilia Urriola de Ardiola
Secretaria General

Expediente 1007-19