

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 262

Panamá, 14 de marzo de 2016

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La forma forense Rodríguez, Vega & Barrios, en representación de **Karla Vianeth Lezcano Taylor**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución número 056 de 23 de enero de 2015, emitida por el **Administrador General de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, el acto confirmatorio y 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, 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.

En la Vista Fiscal 821 de 15 de septiembre de 2015, este Despacho indicó que la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nula, por ilegal, la Resolución número 056 de 23 de enero de 2015, emitida por el **Administrador General de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, mediante el cual se dejó sin efecto el nombramiento de **Karla Vianeth Lezcano Taylor** del cargo de Asistente Administrativo I que ocupaba en dicha entidad (Cfr. fs. 3 y 7 del expediente judicial).

Al momento de contestar la demanda, observamos que el argumento de la actora se centraba en el hecho que su destitución se había dado en

desconocimiento del fuero de maternidad, posición a la que nos opusimos, dado que tal ejercicio debió efectuarse a través de un amparo de garantías constitucionales, y no por la vía de la jurisdicción contencioso administrativa, conforme se ha ensayado en esta ocasión.

En aquella oportunidad, señalamos que la resolución en estudio fue expedida conforme a Derecho, puesto que está acreditado en autos que la destitución de la actora no fue por el hecho de encontrarse en estado de gravidez, sino por ser de libre nombramiento y remoción.

Al contestar la demanda, este Despacho consideró oportuno advertir que, conforme a las constancias procesales, entre éstas, los actos objeto de reparo, **Karla Vianeth Lezcano Taylor** fue nombrada en la entidad demandada como “personal transitorio”, puesto que ingresó originalmente a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, mediante el Resuelto de Personal número 014 de 7 de enero de 2010 como Asistente Administrativo I; no obstante, con posterioridad recibió un “nombramiento permanente” en el mismo cargo, a través del Resuelto de Personal número 214 de 17 de abril de 2012 (Cfr. fs. 282 y 296 del expediente administrativo).

Respecto a esta situación, ya indicamos en nuestra contestación, que era necesario aclarar que **la permanencia en el cargo no conlleva la estabilidad en el mismo, por lo que la accionante era considerada por la autoridad nominadora como una funcionaria de libre nombramiento y remoción**, razón por la cual esta última no estaba obligada a atribuirle la comisión de alguna falta disciplinaria ni agotar procedimiento interno alguno, que no fuera otro que notificarla de la resolución recurrida (principio de publicidad) y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa (principio de contradicción); posibilitándole con ello la impugnación del acto administrativo, a través del correspondiente recurso de reconsideración, tal como ocurrió en la vía

gubernativa; ya que el acto demandado se sustenta en la potestad discrecional que le asiste a dicha autoridad, que fue ejercida por el Administrador General con fundamento en el numeral 8 del artículo 96 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 que contiene la facultad de “...**nombrar, trasladar, ascender y remover a los empleados y funcionarios de la Autoridad...**” (Cfr. f. 7 del expediente judicial).

En cuanto a la diferencia que existe entre las expresiones “permanencia” y “estabilidad”, consideramos conveniente destacar que el Tribunal en Sentencia de 19 de noviembre de 2004, estableció una distinción, al manifestar lo siguiente:

“Debe aclararse el hecho de que la condición de permanencia en un cargo público no acarrea necesariamente su estabilidad, y ambas condiciones no pueden tratarse como sinónimos. Es decir, que un funcionario nombrado con carácter ‘permanente’ es susceptible de destitución en base al criterio discrecional de la entidad nominadora, en la mayoría de los casos y, en este sentido, dicha entidad no incurre en desviación de poder, tal como indica la parte actora.

Para obtener estabilidad en el cargo es necesario formar parte del Régimen de Carrera Administrativa, ya sea por concurso de méritos, ingreso automático (tal como ocurre en este caso) o cualquier otra forma de ingreso que establezca la Ley.” (La negrilla es de la Procuraduría)

En consecuencia, desde aquel momento estimamos que **el Administrador General de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia estaba plenamente facultado para desvincular a la recurrente del cargo que desempeñaba**; ya que sólo las leyes especiales o las que instituyen carreras en la función pública, como es el caso de la Ley de Carrera Administrativa, pueden otorgar a los funcionarios estatales condiciones de estabilidad en el cargo, por haber accedido al mismo en un sistema de méritos o selección, tal como lo ha señalado la Sala Tercera en reiterada jurisprudencia, situación en la que no se encontraba la accionante.

En un proceso similar al que nos ocupa, la Sala Tercera en Sentencia de 11 de junio de 2009 manifestó lo siguiente:

“... ”

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**. A continuación extractos de varias sentencias sobre la temática.

‘... conforme a la jurisprudencia constante en esta Sala, al estar ante la **facultad discrecional de nombramiento o provisión de un cargo oficial no amparado por una ley de carrera pública o especial que conceda entre otros derechos el de estabilidad, el criterio que rige es el de remoción también discrecional generalmente ejercida por la misma autoridad nominadora**. En este sentido, somos de la opinión que siendo un funcionario de libre nombramiento y remoción no le es aplicable el artículo 88 del Reglamento interno del respectivo Ministerio, toda vez que su aplicación está dirigida a aquellos que forman parte de la Carrera Administrativa’. (Sentencia de 18 de abril de 2006).

...

Por lo antes expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL**, el Decreto de Personal N° 57 de 27 de abril de 2006 ni su acto confirmatorio, y **NIEGA** las demás pretensiones.” (Lo resaltado es nuestro).

En cuanto al reclamo que hace la accionante en torno al pago de los salarios caídos, este Despacho le indicó que el mismo no resulta viable; ya que para que ese derecho pudiera ser reconocido a favor de **Karla Vianeth Lezcano Taylor**, 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...**” (La negrilla es nuestra).

Actividad probatoria.

Según se observa en el Auto de Prueba número 79 de 26 de febrero de 2016, la actora, **Karla Vianeth Lezcano Taylor**, aportó copia autenticada de los actos acusados de ilegales, mismos que fueron admitidos por cumplir con el requisito de autenticidad establecido en el artículo 833 del Código Judicial (Cfr. fojas 7 – 9 y 34 del expediente judicial).

En dicho Auto de Pruebas, también se acogieron como prueba dos (2) documentos; a saber, la Nota sin número de 11 de marzo de 2015, incluyendo su adjunto; y la Nota sin número de 7 de mayo de 2015, por razón que fueron aportadas al proceso en original; sin embargo, dejamos constancia que en el apartado de pruebas de la Vista de contestación de la demanda, esta Procuraduría **objetó** la admisión de tales documentos, **por ineficaces**, según lo establece el artículo 783 del Código Judicial; ya que **la desvinculación definitiva de Karla Vianeth Lezcano Taylor**, como lo dijimos anteriormente, **se produjo por ser ésta una funcionaria de libre nombramiento y remoción**, y no por el hecho de encontrarse en estado de gravidez (Cfr. **fojas 10 a 12 del expediente judicial**).

En adición, destacamos el hecho que **la Sala Tercera no admitió los documentos visibles a fojas 13, 14 y 15 del expediente judicial**, que consisten en **una copia simple del ultrasonido de obstetricia**, por tratarse de un documento privado, que **no cumple con los requisitos que para tal fin establece el Código Judicial**.

En este escenario, somos de la firme convicción que en el negocio jurídico bajo examen la recurrente no asumió en forma alguna **la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial que obliga a quien demanda 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...** Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, 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).

De la lectura del precedente judicial reproducido, se infiere la importancia que tiene que la accionante cumpla con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante el Tribunal, por lo que en ausencia de mayores elementos probatorios que fundamenten la misma, esta Procuraduría **reitera** su solicitud respetuosa a los Honorables Magistrados para que se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución número 056 de 23 de enero de 2015**, emitida por el Administrador General de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, ni su acto confirmatorio, y pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 310-15