

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 323

Panamá, 21 de marzo de 2018

**Proceso Contencioso
Administrativo de Plena
Jurisdicción.**

La firma forense Zapata, Hijos & Asociados Abogados Consultores & Masc, actuando en nombre y representación de **Estefanía del Carmen Fernández**, solicita se declare nula, por ilegal, la **Resolución Administrativa 068/2016 de 23 de agosto de 2017**, emitida por la Directora General de la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia**, sus actos confirmatorios 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 el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración, quien representa los intereses de la Administración Pública, dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestro escrito de contestación de la demanda, al afirmar que no le asiste razón la demandante **Estefanía del Carmen Fernández**, en lo que respecta a su pretensión dirigida fundamentalmente a lograr que la Sala Tercera declare que es nula, por ilegal, la **Resolución Administrativa 068/2016 de 23 de agosto de 2017**, emitida por la Directora General de la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

I. Antecedentes.

De acuerdo a las constancias procesales que obran en autos, se desprende de la lectura del Informe de Conducta que la Directora General de la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia**, remitiera a la Sala Tercera mediante la Nota 421-17/DG/SENNIAF de 2 de octubre de 2017, que **Estefanía del Carmen Fernández** ostentaba el cargo de Secretaria General de esa entidad, para la cual fue nombrada mediante Resuelto 050/2016 de 29 de enero de 2016 (Cfr. foja 50 del expediente judicial).

Igualmente explica la Directora General de la entidad demandada, que la precitada ciudadana había sido nombrada inicialmente mediante Resuelto 186/2014 de 15 de septiembre de 2014, en el cargo de Jefe de Planificación y Administración. Posteriormente, fue designada como Directora de Asistencia Técnica, mediante Resuelto 218/2015 de 10 de noviembre de 2015 (Cfr. foja 50 del expediente judicial).

Mediante la Resolución Administrativa 068/2016 de 23 de agosto de 2016, la Directora General de la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia**, dispuso dejar sin efecto el nombramiento de **Estefanía del Carmen Fernández** del cargo de Secretaría General de esa entidad, con fundamento en que la misma es servidora pública de libre nombramiento y remoción (Cfr. foja 35 del expediente judicial).

En ejercicio de su derecho, la prenombrada presentó recurso de reconsideración ante la Directora General de la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia**, y de apelación ante la Junta Directiva de dicha entidad pública, las cuales confirmaron el acto administrativo originario (Cfr. fojas 36 a 41 del expediente judicial).

II. Reiteración de descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de la entidad demandada.

En esta oportunidad procesal **debemos reiterar los conceptos emitidos en su momento, a través de la Vista 1435 de 6 de diciembre de 2017**, por la cual esta Procuraduría de la Administración, en ejercicio de su función de representar los intereses de la Administración Pública nacional, presentó contestación a la demanda *sub-iudice* (bajo examen).

Es necesario destacar que el artículo 9 de la Ley 14 de 23 de enero de 2009, que crea la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia**, la concibe como una entidad pública descentralizada y especializada del Estado, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria, financiera, técnica y de gestión, en los siguientes términos:

“Artículo 9. Creación. Se crea la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, en adelante la Secretaría, como una entidad pública descentralizada y especializada del Estado, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria, financiera, técnica y de gestión, responsable de coordinar, articular, ejecutar y dar seguimiento al cumplimiento de las políticas de protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia.”

En desarrollo de la norma transcrita, el Presidente de la República promulgó el Decreto Ejecutivo 1 de 28 de enero de 2014, mediante el cual se reglamenta la Ley 14 de 23 de enero de 2009, en cuyo artículo 6 establece la estructura administrativa de la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia**, colocando a la Secretaría General en el **nivel coordinador**, debajo del nivel político y directivo, conformado por la Junta Directiva de la institución, el Director y el Subdirector General de la misma.

De acuerdo al Manual de Organización del Sector Público de la República de Panamá, en su XIII edición, se concibe el nivel coordinador, como aquel

integrado por las unidades administrativas que tienen como funciones principales, propiciar y lograr la interrelación de las labores y actividades que ejecuta la institución en la búsqueda y logro de un objetivo común, procurando que en el desarrollo de esas actividades el mismo se cumpla en forma armoniosa, ordenada y racional.

De igual forma, el artículo 2 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, define el concepto de nivel jerárquico y funcional en los siguientes términos:

“ ...

Nivel jerárquico. Grado de autoridad con el que se delimita la responsabilidad de cada servidor público ante el superior inmediato y su autoridad, en relación con los subalternos.

Los niveles jerárquicos de la Administración Pública son:

1. Nivel político y directivo general.
2. Jefaturas de direcciones nacionales.
3. Jefaturas de direcciones regionales.
4. Jefaturas de departamento.
5. Jefaturas de sección o supervisión.
6. Nivel de ejecución.

Nivel funcional. Cada una de las etapas de un proceso productivo o administrativo diferenciadas por el contenido de las funciones especializadas que le son propias:

Los niveles funcionales de la Administración Pública son:

1. Nivel político y directivo general.
2. Nivel coordinador.
3. Nivel asesor.
4. Nivel fiscalizador.
5. Nivel auxiliar de apoyo.
6. Nivel técnico.
7. Nivel operativo.
8. Nivel ejecutor.

...”

Teniendo lo anterior presente, observamos que en el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 1 de 2014, se definen las funciones de la Secretaría General de la

Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, en los siguientes términos:

“Artículo 18. La Secretaría General, tendrá las siguientes funciones:

1. Mantener el flujo de información, notas y respuestas a consultas que han sido sometidas a la consideración de la unidad, entre la Dirección General y las demás instancias administrativas y de coordinación regional.
2. Coordinar y apoyar a las diferentes instancias competentes de la unidad en la tramitación de los asuntos administrativos que se requiere para la eficiencia y eficacia operacional.
3. Apoyar a la Dirección General en la implementación de programas y proyectos de mejoramiento de la estructura organizativa, del personal de la entidad, de la dinámica administrativa y otros que requiera ser adecuados o mejorados, para el conocimiento y decisión del Director o Directora de la entidad.
4. Coordinar según solicitud de la Dirección General, las reuniones de trabajo que participen con entidades públicas, empresas y organismos privados.
5. Certificar los documentos emitidos por la SENNIAF, a solicitud formal de parte interesada.
6. Emitir los documentos y circulares necesarios, para el adecuado funcionamiento administrativo de la institución, según instrucciones de la Dirección y/o Subdirección General.
7. Representar al Director o Directora General y/o Subdirector o Subdirectora General en los actos oficiales, reuniones, comisiones o actividades que para tal fin le designen.
8. Cumplir con las demás funciones inherentes al cargo y que sean asignadas por la Dirección General.”

Como se puede observar, de acuerdo a la legislación vigente en la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia**, se desprende que la Secretaría General de la misma, depende directa y jerárquicamente de la Dirección General. Este hecho es fundamental a efectos de determinar la naturaleza del cargo de Secretaria General de dicha entidad.

Al examinar la normativa jurídica de la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia**, se observa que al depender jerárquicamente de la Dirección General, **la posición de Secretario General es considerada un cargo de confianza, por lo que es de libre nombramiento y remoción.**

El artículo 2 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, define el concepto en los siguientes términos:

“...
Servidores públicos de libre nombramiento y remoción. Aquellos que trabajan como personal de secretaría, asesoría, asistencia o de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera y que, por la naturaleza de su función, están sujetos a que su nombramiento esté fundado en la confianza de sus superiores y a que la pérdida de dicha confianza acarree la remoción del puesto que ocupan.
...”

En primer término, la definición que se observa sobre “*servidores públicos de libre nombramiento y remoción*”, incluye al personal de secretaría, asesoría y asistencia inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera (en este caso, a la Directora General de **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia**), los cuales, por la naturaleza de sus funciones dependen de la confianza de los mismos, tal como lo hemos anotado al analizar las funciones inherentes al cargo de Secretaria General, la cual dependía jerárquicamente de la Directora General de la entidad.

La demandante alega la violación directa por omisión del numeral 16 del artículo 141 de la Ley 24 de 2 de julio de 2007, la cual aparentemente está mal

citada por la misma, toda vez que el mismo corresponde al numeral 16 del artículo 141 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, la cual establece y regula la Carrera Administrativa, que ciertamente incluye las reformas introducidas por la Ley 24 de 2017. El texto señala:

“Artículo 141. Queda prohibido a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo:

...
 15. Despedir sin causa justificada servidores públicos en funciones a los que les falten dos años para jubilarse, que laboren en instituciones del Estado que pertenezcan o no a la Carrera Administrativa.
 ...”

De acuerdo a lo señalado por la demandante, la norma es violada por la autoridad nominadora en razón que su nombramiento fue dejado sin efecto al faltarle dos (2) años para jubilarse.

Consideramos que no le asiste razón alguna a la demandante, toda vez que **el cargo de Secretaria General de una entidad, es considerado como un cargo de confianza, por tanto, de libre nombramiento y remoción**, y es potestad discrecional de la entidad demandada el libre nombramiento y remoción de sus miembros, independientemente si la persona se encuentre dentro del período de dos años para acogerse a la jubilación.

El artículo 29 de la Ley 23 de 12 de mayo de 2017, que reforma la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, y dicta otras disposiciones, cuya entrada en vigencia se produce al día siguiente de su promulgación en la Gaceta Oficial 28277-B del 12 de mayo de 2017, es decir, antes que la autoridad demandada profiriera el acto administrativo objeto de impugnación, señala a propósito de lo anterior:

“Artículo 29. Esta Ley no será aplicable a los servidores públicos escogidos por elección popular, los ministros y viceministros de Estado, los directores y subdirectores de entidades autónomas y semiautónomas, los gerentes y subgerentes de

sociedades en que el Estado tenga participación mayoritaria en el capital accionario, los administradores y subadministradores de entidades del Estado, los nombrados por períodos fijos establecidos por la Constitución Política o la Ley, los **secretarios generales** o ejecutivos, el personal de secretaría y de servicio inmediatamente adscritos a los servidores públicos, como ministros y viceministros de Estado, directores y subdirectores de entidades autónomas y semiautónomas, gerentes y subgerentes de sociedades en las que el Estado tenga una participación mayoritaria del capital accionario, el personal nombrado por consultoría bajo el amparo de la Ley de contrataciones públicas y de Presupuesto General del Estado y, en general, a todos aquellos funcionarios que son de libre nombramiento y remoción, conforme el artículo 307 de la Constitución”. (Lo resaltado es nuestro).

De igual forma, la Sala Tercera se ha pronunciado sobre funcionarios de confianza, que constituyen la categoría de libre nombramiento y remoción, cuando en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, externó el siguiente criterio:

“... ”

Al hacer una prolija revisión de la génesis de la presente acción contenciosa administrativa, podemos observar que la señora Gloriela Esther Pinto de Solís, era una funcionaria de confianza del Procurador de la Administración, pues formaba parte del personal de secretaría inmediatamente adscrito al Dr. Oscar Ceville. Y es en ese mismo sentido, que la decisión de dejar sin efecto el nombramiento de la señora de Solís, se sustentó en el artículo 307 (numerales 3 y 4) de la Constitución Política que establece que: *‘No forman parte de las carreras públicas, el personal de secretaría y de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera’*.

Correcta interpretación hace el representante del Ministerio Público, cuando sostiene que la exclusión a la que se refiere el Estatuto Fundamental, también está contenido en el numeral 4 del artículo 4 de la Ley 1 de 2009, que establece: *‘Artículo 4. Servidores Públicos excluidos de la Carrera del Ministerio Público: ‘El personal de secretaría y de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no formen parte de la Carrera’ y, entre ellos está el Procurador General de la Nación y el Procurador de la Administración.*

En ese sentido se advierte pues, que la demandante Gloriela Esther Pinto de Solís, no formaba

parte del Régimen de Carrera del Ministerio Público; por consiguiente, carecía de estabilidad en el cargo que ocupaba como Secretaria del Procurador, por lo que estaba sujeta, en cuanto a su remoción, a la potestad de la autoridad nominadora a la que se refiere el numeral 1 del artículo 17 de la Ley 38 de 2000, norma que establece la facultad discrecional del Procurador de la Administración para nombrar y remover a los funcionarios de esa institución.

Para finalizar, esta Magistratura prohíja el criterio sostenido por la Procuraduría al señalar, que la recurrente no puede ampararse en la protección que brinda el numeral 15, del artículo 141 del Texto Único de la Ley de Carrera Administrativa, cuando dispone que: 'Queda prohibido a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo: ... despedir sin causa justificada a servidores públicos en funciones a los que le falten dos años para jubilarse que laboren en instituciones del Estado que pertenezcan o no a la Carrera Administrativa', puesto que ella no ostentaba la categoría de servidora pública en funciones, sino servidora pública de libre nombramiento y remoción.

Por las anteriores consideraciones, 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, el Decreto 002-14 de 8 de enero de 2014, emitido por el Procurador de la Administración, y desestima las pretensiones de la actora.

..." (Lo subrayado es de la Sala).

En tal sentido, el acto administrativo demandado se encuentra debidamente sustentado en el numeral 9 del artículo 20 de la Ley 14 de 23 de enero de 2009, que crea la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 20. Funciones del Director o Directora General. El Director o la Directora General de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, tendrá las siguientes funciones:

...

9. Nombrar, promover, sancionar y destituir al recurso humano de la institución, de acuerdo con la legislación y el reglamento vigente.

...”

Se ha alegado la presunta infracción de los artículos 34 y el numeral 1 del artículo 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que a la letra señalan:

“Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada.”

“Artículo 155. Serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho, los siguientes actos:

1. Los que afecten derechos subjetivos;
2. Los que resuelvan recursos;
3. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes de idéntica naturaleza o del dictamen de organismos consultivos; y
4. Cuando así se disponga expresamente por la ley.”

En cuanto a la presunta infracción de las normas antes transcritas que alega la actora, consideramos que las mismas no se ajustan a la realidad procesal, toda vez que el acto administrativo emitido por la entidad pública demandada, se ajustó al principio de legalidad y al de debido proceso, toda vez que el mismo fue notificado en debida forma a **Estefanía del Carmen Fernández**, la cual tuvo la oportunidad procesal de recurrir a través de recurso de reconsideración ante la autoridad nominadora, y de apelación ante la Junta Directiva de la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia** (Cfr. fojas

36 a 41 del expediente judicial), y de ejercer todas las acciones que consideró necesarias para la defensa de sus intereses.

La Sala Tercera analizó el principio del debido proceso. En la Sentencia de 3 de julio de 2017, esa instancia señaló al respecto:

"En este punto, resulta ilustrativo citar al jurista colombiano Libardo Orlando Riascos Gómez, cuando se refiere al debido proceso administrativo, a saber:

"En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

....

Los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones por los medios de impugnación previstos en el ordenamiento jurídico vigente y que hayan sido proferidas por las autoridades estatales, y las personas particulares con funciones administrativas, como colofón de un procedimiento administrativo o actuación o trámite administrativo correspondiente". (Libardo Orlando Riascos Gómez. EL ACTO ADMINISTRATIVO. Grupo Editorial Ibañez, Segunda Edición. 2013. Pág. 496.

De igual forma, es importante hacer mención al jurista panameño Doctor Jorge Fábrega, que en su obra *"Instituciones de Derecho Procesal Civil"* manifiesta que la jurisprudencia ha llenado de contenido la garantía del debido proceso, integrado por los derechos que se indican a continuación:

1. *Derecho a la jurisdicción, que consiste en el derecho a la tutela constitucional;*
2. *Derecho al Juez natural;*
3. *Derecho a ser oído;*
4. *Tribunal competente, predeterminado en la ley, independiente e imparcial;*
5. *Derecho a aportar pruebas lícitas, relacionadas con el objeto del proceso, y de contradecir las aportadas por la otra parte o por el juez.*

6. *Facultad de hacer uso de los medios de impugnación previstos en la ley contra resoluciones judiciales motivadas; y*

7. *Respeto a la cosa juzgada.*

Cabe destacar que, el autor y ex Magistrado de la República de Panamá Arturo Hoyos, atinadamente señala en su obra 'El Debido Proceso', que el debido proceso busca asegurar a las partes '...la oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.'

En cuanto a la falta de motivación del acto administrativo demandado, alegada por la demandante, consideramos que la misma no se ajusta a la realidad, toda vez que el acto administrativo originario, claramente da cuenta que **la desvinculación de Estefanía del Carmen Fernández, se produce en razón de la potestad que tiene la Directora General de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia e Panamá para desvincular de la posición al personal subalterno en los cargos de libre nombramiento y remoción de esa entidad.**

Debemos hacer notar que **Estefanía del Carmen Fernández** no ha comprobado a la fecha, que se encuentra protegida por Ley Especial o de Carrera Administrativa que le garantice la estabilidad en el cargo; en consecuencia, está sometido al libre nombramiento y remoción de la autoridad nominadora, con fundamento en el artículo 794 del Código Administrativo, el cual señala:

"Artículo 794. Renovación del período de un empleado. La determinación del período de duración de un empleado no coarta en nada la facultad del empleado que hizo el nombramiento para renovarlo, salvo expresa prohibición de la Constitución o de la ley."

Sobre esto, la Sala Tercera se ha pronunciado en diversas oportunidades. En la sentencia de 27 de agosto de 2012, citando un precedente de 29 de diciembre de 2009, señaló lo siguiente:

“...
En cuanto al tema del derecho a la estabilidad de los servidores públicos, la jurisprudencia reiterada de la Sala, expone que este derecho está comprendido como un principio básico inherente a un funcionario investido por una carrera de la función pública, regulada por una ley formal de carrera o por 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 es de libre nombramiento y remoción y no está sujeto a un procedimiento administrativo sancionador.

...
También se ha explicado, 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 Administración, representada en este artículo por la autoridad nominadora, quedando a discreción del mismo la adopción de la medida, considerando su conveniencia y oportunidad. Esto se puede apreciar en la siguiente jurisprudencia:

‘En adición a lo expuesto, debemos señalar que 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. (Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de 9 de Agosto de 2006).’

"Al efecto, de acuerdo a los documentos que constan en autos, la demandante ingresó al cargo de Presidente de la Junta de Conciliación N°

13 en el Ministerio de Trabajo, por la libre designación o nombramiento de la autoridad nominadora, y no a través de un proceso de selección o concurso de méritos. Esto trae como consecuencia, tal como lo ha reiterado la Sala en numerosas ocasiones, que el funcionario quede sujeto a la remoción discrecional de la autoridad nominadora, según lo previsto en el artículo 794 del Código Administrativo, que consagra la facultad de resolución ad-nutum de la administración, excepto que el servidor público se encuentre amparado por una Ley Especial o Régimen de Carrera Administrativa'. (Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de 17 de febrero de 2006).

Aplicando lo expuesto al caso que nos ocupa, no se acreditó que la señora DENISE MARGARITA ESCUDERO DE VELARDE fuera ser una funcionaria de carrera administrativa ni que estaba amparada por alguna ley que le confiriera el derecho a la estabilidad en el cargo, lo que lleva a que su condición de funcionaria pública sea de libre nombramiento y remoción, por lo que su remoción queda a discreción de la autoridad nominadora, como lo hemos explicado en lo que antecede, sin la necesidad de que el mismo este sujeto a un procedimiento de investigación, ni motivado en algunas de las causales de remoción previamente establecidas.

...". (Lo subrayado es de la Sala).

Igualmente, en la Sentencia de 21 de marzo de 2011, señaló a propósito de

lo anterior:

“Que conforme a lo antes expuesto, le era aplicable el artículo 794 del Código Administrativo, el cual marca una clara distinción entre los empleados públicos cuyas remociones son permitidas libremente y aquellos que no pueden ser libremente removidos.

En otras palabras, la norma consagra la facultad de resolución unilateral de la Administración, es decir, la revocación del acto de nombramiento por la voluntad de la Administración, representada en este artículo por la autoridad nominadora, quedando a discreción del

mismo la adopción de la medida, considerando su conveniencia y oportunidad.

De acuerdo a la doctrina de Derecho Administrativo, los empleados o funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción, son aquellos que realiza la autoridad nominadora mediante nombramiento o designación ordinaria, según su leal saber y entender, las necesidades del servicio y la idoneidad de las personas, siempre que reúnan las exigencias generales y las calidades especiales para el ejercicio de los cargos.

De acuerdo al jurista José María Obando Garrido, en su obra Tratado de Derecho Administrativo Laboral, al referirse a la provisión discrecional del empleo, expresa:

“La función discrecional permite la libertad de escoger a la persona para el desempeño de la posición, en aras del buen servicio administrativo que requiere empleados de confianza o de asesoría, etc., valorados por el funcionario empleador.

...
“La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, obedece a la necesidad del buen servicio y al criterio del nominador para tomar tal determinación, en la medida de la legalidad, exenta del abuso o desviación de poder y de falsa motivación, que conduzcan a la nulidad del acto administrativo que la produzca. La insubsistencia se basa en la facultad discrecional de desvincular al empleado del ejercicio del cargo, y de hacer cesar las funciones y los efectos que ocasiona. Esta facultad la otorga la ley a las autoridades nominadoras de los empleos no regulados por la carrera administrativa.

Para la eficacia de la declaratoria de insubsistencia, se necesita comprender:

A. El principio de legalidad

La insubsistencia debe ser autorizada por una disposición jurídica expresa e inequívoca, adecuada a los objetivos y finalidades de la norma que la ordena y proporcionada a los hechos que la ocasionan.

B. La libertad del nominador

El nominador deberá apreciar la necesidad de la insubsistencia, en el sentido de que no sólo la ley lo permita, sino que pueda entender la urgencia de prescindir del empleado, con criterio prudencial y objetivo, exento de arbitrariedad e interés subjetivo.

C. La conveniencia del acto de insubsistencia

La declaratoria de insubsistencia se entiende dictada para el buen servicio administrativo, que se comprende como el interés de mejorar la actividad pública para procura del bien común.

D. La competencia del funcionario para declarar la insubsistencia

El funcionario que dicta la insubsistencia debe ser competente, autorizado por la ley, de acuerdo con las funciones y el orden jerárquico establecido, ya que no todo funcionario goza de esta facultad.” (Obando Garrido, José María, Tratado de Derecho Administrativo Laboral, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 3ra. ed., 2010, Bogotá, p. 295 et seq.).

En razón de lo señalado en la doctrina, se observa que se respetó el principio de legalidad, toda vez que el 794 del Código Administrativo, permitía a la Directora General de la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia** efectuar la correspondiente acción de personal plasmada en el acto administrativo demandado en sede jurisdiccional; por lo que en su calidad de autoridad nominadora, la Ley le permitía la facultad realizarlo, al no estar la accionante adscrita al régimen de Carrera Administrativa.

III. Etapa probatoria.

Durante a etapa probatoria dentro del presente proceso se circunscribió a las recepciones de pruebas documentales aducidas tanto por la demandante, así como por la Procuraduría de la Administración, las cuales fueron resueltas mediante Auto de Prueba 69 de 1 de febrero de 2018, emitido por el Magistrado Sustanciador.

La Procuraduría de la Administración adujo como prueba, copia autenticada del expediente administrativo de **Estefanía del Carmen Fernández**, que reposa en la entidad pública demandada.

Observamos que la actora no realizó mayor esfuerzo en demostrar fácticamente, a través de los diversos medios de prueba que la ley le concede, los presupuestos que sustentan las pretensiones contenidas en el libelo de la demanda correspondiente.

En tal sentido, es necesario destacar que la **demandante no ha logrado acreditar en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción *sub iudice* (bajo estudio) la presunta ilegalidad del acto administrativo objeto de la presente censura.**

Así pues, de las constancias procesales, se desprende que **las pruebas admitidas y aportadas al expediente, no logran acreditar de manera adecuada ni científica lo señalado por Estefanía del Carmen Fernández, en sustento de sus pretensiones**, de ahí que esta Procuraduría estima que la actora no asumió en forma adecuada la carga procesal a la que se refiere 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 esa alta Corporación de Justicia en su Sentencia 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 esta 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 debe 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 Fé, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...” (Lo resaltado es nuestro).

IV. **Solicitud de la Procuraduría de la Administración.**

En razón de los elementos probatorios incorporados en el presente expediente judicial, consideramos que no le asiste razón alguna a la demandante **Estefanía del Carmen Fernández**, en cuanto a las pretensiones solicitadas en el libelo de la presente demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, toda vez que la actuación de la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia** a través del Acto Administrativo contenido en la Resolución Administrativa 068/2016 de 23 de agosto de 2017, está plenamente justificada, razonada y sustentada.

En razón de las consideraciones expuestas, de acuerdo a las constancias procesales acreditadas en autos, reiteramos la petición formulada en la Vista 1435 de 6 de diciembre de 2017, en donde solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL Resolución**

Administrativa 068/2016 de 23 de agosto de 2017 emitida por la Directora General de la **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia**, así como el respectivo acto confirmatorio, y en consecuencia, se denieguen todas las pretensiones de la demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 461-17