

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 862

Panamá, 10 de agosto de 2017.

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado **Carlos R. González**, actuando en su propio nombre, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 27 de 24 de enero de 2017, emitida por la **Procuraduría General de la Nación**, 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, para presentar en tiempo oportuno el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior.

De acuerdo con las constancias que reposan en autos, el Licenciado **Carlos R. González**, actuando en su propio nombre, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 27 de 24 de enero de 2017, mediante la cual la **Procuraduría General de la Nación**, dejó sin efecto su nombramiento del cargo de Fiscal Delegado Regional de Drogas, de Chiriquí y Bocas del Toro (Cfr. fojas 19-20 del expediente judicial).

Mediante la Vista de contestación 489 de 5 de mayo de 2017, este Despacho manifestó que no le asiste razón a **Carlos R. González**, en cuanto a su pretensión para que se declare nula, por ilegal, la Resolución 27 de 24 de enero de 2017, tal como señalamos a continuación.

Sobre el particular, la entidad nominadora explica en su informe de conducta, lo que nos permitimos transcribir para una mejor aproximación de nuestro criterio:

“... El Licenciado CARLOS RAMIRO GONZÁLEZ, **no realizó ningún examen o concurso de mérito por medio del cual se le designara y fuera posesionado del cargo** de Fiscal Delegado Regional de la Fiscalía Especializadas en Delitos relacionados con Drogas.

Ley No. 1 de 6 de enero de 2009, artículo 4, numeral 4, artículos 5 y 6 que instituye la carrera del Ministerio Público, establece que no forman parte de ella: 'el personal de secretaría y de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no formen parte de la Carrera. Estos servidores públicos serán de libre nombramiento y remoción de la autoridad nominadora, pero tendrán derecho a que se tome en cuenta el tiempo de servicio si desearan aspirara a cargos por concurso.

...
El Código Civil, prevé que ante la incompatibilidad de disposiciones de idéntica jerarquía normativa, como son la Ley No. 127 de 31 de diciembre de 2013 y la No. 1 de enero de 2019, (sic), regula especialmente el principio constitucional de la carrera en la función pública para 'todos los servidores del Ministerio Público', por lo que tiene preferencia en su aplicación, y por ende, fue este último el fundamento utilizado al momento de emitir la decisión que se demanda." (Cfr. fojas 39-41 y 42-44 del expediente judicial).

Para reiterar nuestros planteamientos, ciertamente es necesario recurrir a quienes han realizado un examen minucioso y prolijo del alcance de la discrecionalidad administrativa, y en tal sentido, consideramos oportuno hacer referencia a los juristas Jorge Luis Borges y Grethel Arias Gayoso, quienes en su obra *Discrecionalidad y Legalidad*, señalan que: "*la potestad discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley de tal suerte que no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente en virtud de la Ley*" (Borges Frías, Jorge Luis y Arias Gayoso, Grethel. Discrecionalidad y legalidad. Córdoba, AR: El Cid Editor apuntes, 2009. Enero 2017).

Del análisis de la doctrina anterior, cabe señalar como bien se ha expuesto, que la discrecionalidad no constituye una facultad extralegal, sino más bien el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico; así, la facultad discrecional, en este caso de la entidad nominadora, se consagra vigente el artículo 6 de la Ley 1 de 6 de enero de 2009, que establece lo siguiente:

"Artículo 6: Servidores en funciones. Son servidores en funciones quienes, al entrar en vigencia la presente Ley, ocupaban un cargo definido como permanente, hasta que adquieran mediante los procedimientos establecidos la condición de servidores públicos de Carrera del Ministerio Público o se les separe de la función pública."

Al respecto, esta Procuraduría reitera el criterio que no le asiste razón al demandante, puesto que de la lectura de la disposición legal citada claramente se desprende la potestad de la **Procuraduría General de la Nación**, para remover a su personal, en este caso el Licenciado **Carlos Ramiro González**, en el marco de la discrecionalidad, ello es así; puesto que no consta en el expediente administrativo, el cual inicia con la toma de posesión al cargo de Fiscal Delegado Regional de Drogas, de Chiriquí y Bocas del Toro, el 12 de septiembre de 2009, documentación alguna que acredite que el accionante ingresara al cargo que ocupaba por vía del concurso de mérito u oposición, lo que lo ubica en la condición de funcionario de libre nombramiento y remoción.

En concordancia con lo anterior, debemos señalar que el demandante se enmarca dentro de los servidores públicos en funciones, lo que implica que es parte de la estructura institucional de forma permanente; sin embargo, **dicha condición de permanencia en un cargo público no debe entenderse como la adquisición del derecho a la estabilidad; ya que, tal como lo ha dicho el Tribunal aquellas no son análogas**; por consiguiente la Administración puede ejercer la facultad de resolución 'ad natum', 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.

Dicho lo anterior, es oportuno aclarar que la derogada Ley 127 de 2013, sólo era aplicable en la medida que no exista una normativa específica que regulara la carrera en la función pública para todos los servidores del Ministerio Público. Por consiguiente, podría decirse que dicha normativa era una disposición de carácter general, lo que obliga entonces a remitirnos a lo dispuesto en el artículo 14 del Código Civil el cual, entre otros aspectos, **manifiesta que una ley especial prevalece sobre una ley de carácter general, situación ésta que nos permite aplicar la Ley 1 de 6 de enero de 2009, que contempla de forma específica o especial la normativa relacionada con la carrera en la función pública para todos los funcionarios del Ministerio Público.**

Con respecto a la interpretación y aplicación del contenido de la derogada Ley 127 de 2013, la Sala Tercera ha señalado lo siguiente en la Sentencia de 24 de agosto de 2016, resolución que en lo pertinente indica:

“ ...

Debemos esclarecer la norma aplicable al caso, frente al derecho de estabilidad invocado por la parte actora, toda vez que la misma alega que ostenta este fuero especial por disposición de **la ley 127 de 2013, que establece un régimen de estabilidad laboral para los servidores públicos, que cuenten con más de dos (2) años de servicio como parte de la entidad demandada, no obstante, los funcionarios que pertenecen al Ministerio Público; ley especial que dispone la forma en que sus servidores adquieren el derecho a la estabilidad. Razón por la que no es aplicable la ley 127 de 2013 al caso y por ende tampoco prosperan los cargos de violación endilgados contra los artículo 1 y 2 de dicha normativa.**

...

Una vez determinado lo anterior, se observa que el señor ... **ingresó al Ministerio Público desde el 3 de julio de 1995, ocupando varios cargos y desempeñándose en distintas funciones dentro de dicha entidad, hasta ocupar el cargo de Fiscal de Circuito del cual fue destituido mediante la Resolución 957 de 2 de junio de 2015, emitida por la Procuraduría General de la Nación.**

...

La ley 1 de 2009 que instituye la carrera del Ministerio Público, en su artículo 6 define el concepto del servidor público en funciones, de la forma siguiente:

‘Artículo 6. Servidores en funciones. Son servidores en funciones quienes, al entrar en vigencia la presente Ley, ocupaban un cargo definido como permanente, hasta que adquieran mediante los procedimientos establecidos la condición de servidores públicos de Carrera del Ministerio Público o se les separe de la función pública.’

De lo antes expuesto, coincidimos con lo esbozado por la autoridad nominadora, en cuanto a que el señor ... se enmarca dentro de los servidores públicos en funciones, ya que no ha acreditado haber ingresado a la carrera del Ministerio Público, por ninguna de las formas de ingreso que la ley establece. Por lo tanto podemos concluir que el funcionario que se encuentra bajo esta categoría de servidor de carrera o de libre nombramiento y remoción, y que se encuentra ocupando un cargo que forma parte de la estructura institucional de forma permanente, manteniendo el status hasta que adquiera la condición de carrera o se le separe de la función pública.

Es importante establecer 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 en 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.

Bajo este contexto, 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 natum’,** 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.

Es importante señalar que la Resolución 957 de 2 de junio de 2015, se encuentra debidamente motivada, estableciendo las causas de conveniencia y oportunidad en la que se fundamenta la acción de personal impugnada, al señalar que la destitución del señor ... se basa en la facultad discrecional que tiene la Procuraduría General de la Nación, para 'nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia, de acuerdo con la Ley', ya que el mismo, no se encontraba amparado por la carrera del Ministerio Público sino que era un servidor público en funciones, razón por la cual no se requería la realización de un procedimiento disciplinario para desvincularlo de la Administración.

En consecuencia, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **DECLARA QUE NO ES ILEGAL**, la Resolución 957 de 2 de junio de 2015, emitida por la Procuraduría General de la Nación." (El resaltado es nuestro).

De lo anterior, se desprende con claridad que en el proceso bajo examen no es procedente aplicar la derogada Ley 127 de 2013; ya que al actor le corresponde la aplicación de las disposiciones de la Ley especial que rige la Carrera del Ministerio Público; por ende, no se puede encontrar amparado por la estabilidad a la que se refiere la disposición jurídica citada por él en su demanda.

En adición, esta Procuraduría observa que la finalidad de la acción en estudio, es el pago al Licenciado **Carlos R. González C.**, de los salarios dejados de percibir; sin embargo, esta solicitud no resulta posible, puesto 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.**

En un caso similar al que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera en Auto de 16 de diciembre de 2004, señaló lo siguiente:

"...en vista de que **en la Resolución 35495-04-JD de 3 de enero de 2003, la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social no se pronunció en torno a la solicitud de los salarios dejados de percibir por el señor...**, desde la fecha de destitución hasta la fecha efectiva de su reintegro, **es preciso que la Sala resuelva lo atinente a la viabilidad de esta petición.**

En diversas ocasiones la Sala Tercera ha sostenido que de no existir una ley especial que regule lo referente al pago de los salarios caídos, no será posible reclamar los mismos, así quedó establecido en la sentencia de 30 de junio de 1994, que citamos a continuación para mayor ilustración:

'La Sala Tercera de la Corte ha reiterado en diversas ocasiones que en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 297 de la Constitución Nacional, los derechos de los servidores públicos para que puedan ser reconocidos, deben ser contemplados en una Ley Formal, que los fije, determine y regule.

En consecuencia, **el pago de salarios caídos para que pueda hacerse valer, debe ser reconocido a través de Leyes con carácter general o específico, que otorguen al servidor público tal prerrogativa, por lo que la viabilidad de toda pretensión que en relación a este punto intente hacerse efectiva contra el Estado, sólo prosperará en el caso de que exista una norma con rango de ley formal aplicable de manera directa al caso, que lo haya dispuesto de manera expresa.**

Del examen íntegro de todas las circunstancias y elementos que rodean el negocio, **la Sala Tercera debe señalar**, en ejercicio de sus facultades legales, que en este caso en particular se circunscribe a determinar el alcance correcto de un acto de la administración con el fin prioritario de proteger de manera preventiva el principio de legalidad en los actos administrativos, **que al no existir norma legal alguna que permita el pago de salarios caídos a funcionarios municipales destituidos y luego reintegrados a sus cargos**, la Alcaldía de Panamá (ente que solicitó el pronunciamiento) **no está obligada al pago de salarios caídos** en esas circunstancias y en particular en el caso del acto administrativo cuyo sentido y alcance ha solicitado.'

Como hemos podido observar en el presente caso no se cuenta con una ley que autorice este tipo de situaciones, razón por la cual este Tribunal Colegiado no puede acceder al pago de los salarios caídos que solicita el actor..." (Lo destacado es nuestro).

Actividad probatoria

En el Auto de Pruebas 213 de 28 de junio de 2017, quedó acreditado que el demandante **se limitó a ratificarse de las pruebas documentales aportadas y aducidas en la demanda**, las que se refieren, entre otras, a la copia autenticada del acto impugnado, a saber, la Resolución 27 de 24 de enero de 2017 y la Resolución 01 de 2 de febrero de 2017, a través de la que se mantuvo en todas sus partes la resolución acusada y con ésta se agotó la vía gubernativa; así como las pruebas de informes dirigidas a la Dirección de Recursos Humanos y al Concejo Disciplinario del Ministerio Público (Cfr. fojas 18-33 del expediente judicial).

En este punto cabe señalar, que la doctrina destaca aportes como los del jurista Eduardo Couture, quien en su obra señala que: **“La prueba es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”** (COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3° Edición. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1997, pág. 2015); sin embargo, los documentos aportados por el actor y admitidos por el Tribunal, contrarios a respaldar y corroborar los argumentos propuestos, sólo se limitan a cumplir con los requisitos para la admisión de la demanda bajo análisis; al igual que las pruebas de oficio, sólo confirman el hecho que **Carlos González**, no realizó ningún concurso de mérito para obtener el cargo de Fiscal Delegado Regional de Drogas, de Chiriquí y Bocas del Toro, que ocupaba al momento de su desvinculación, en la posición 1368 y código de cargo 801403; distinto al nombramiento emitido a favor del mismo, mediante el Decreto 14 de 13 de diciembre de 2001, como Oficial Mayor II, en la posición 1024, con código de cargo 8013062.

En ese orden de ideas, somos de la firme convicción que en el negocio jurídico bajo examen el recurrente no asumió de manera adecuada **la carga procesal, tal como 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 Tercera).

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)...” (Lo resaltado es nuestro).

De la lectura del precedente judicial reproducido, se infiere la importancia que tiene que el accionante cumpla con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante la Sala Tercera; ya que la actividad probatoria implica demostrar la verdad de un hecho; sin embargo, el demandante reiteramos sólo se ratificó de las pruebas aportadas y aducidas con la demanda, lo que evidencia la inexistencia de elementos probatorios; pues ninguno de los documentos aportados en la demanda por el recurrente, desmeritan las actuaciones administrativas vertidas por la autoridad demandada, ni aportan elementos de convicción que corroboren los argumentos esbozados por **Carlos González**.

En virtud de lo antes expuesto, esta Procuraduría reitera su solicitud al Tribunal para que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución 27 de 24 de enero de 2017**, emitida por la Procuraduría General de la Nación.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 133-17