

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 076

**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 26 de febrero de 2014

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción**

El Licenciado Antonio Tejada Vandekerkhoff, en representación de **Alfredo Acuña Arosemena**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 407 de 18 de septiembre de 2009, emitido por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Educación**, sus actos confirmatorios y se hagan otras declaraciones.

**Contestación
de la demanda**

**Excepción por falta de agotamiento
de la vía gubernativa.**

**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 numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: No consta; por tanto, se niega.

Segundo: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Tercero: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No consta; por tanto, se niega.

Sexto: No es cierto; por tanto, se niega.

Séptimo: No es cierto como se expresa; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

A. El apoderado judicial del demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe los artículos 3 y 15 del Código Civil, que en su orden, establecen que las leyes no tendrán efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos; y que las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria (Cfr. fojas 17-18 del expediente judicial);

B. Los artículos 138, 154, 156, 158, 159 y 164 del Texto Único de 29 de agosto de 2008, mediante el cual se ordenó la Ley 9 de 20 de junio de 1994, los que, de manera respectiva, establecen los derechos que tienen los servidores públicos de Carrera Administrativa; que debe recurrirse a la destitución cuando se ha hecho uso progresivo de las sanciones establecidas en el régimen disciplinario o de los recursos de orientación y capacitación, según los casos; siempre que ocurran hechos que puedan producir la destitución directa del servidor público, se le formularán cargos por escrito; que el documento que señale o certifique la acción de destitución, debe incluir la causal de hecho y de Derecho por la cual se procedió a aplicar dicha medida y los recursos legales que le asisten al servidor público destituido; la nulidad de lo actuado como producto del incumplimiento del procedimiento de destitución; y que la Junta de Apelación y Conciliación cuenta con un periodo de hasta tres meses improrrogables para dictar su decisión en los casos sometidos a su solución (Cfr. fojas 18-21 del expediente judicial); y

C. El artículo 194 del Texto Único de 30 de abril de 2004, el cual ordena sistemáticamente la Ley 47 de 1946, Orgánica de Educación, norma que dispone que toda sanción dispuesta en contra de un miembro del personal docente o administrativo del Ministerio de Educación, será dictada por escrito en forma de resolución, y deberá expresar claramente los motivos de ella, los fundamentos legales y su carácter específico (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes y descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la entidad demandada.

De acuerdo con la información que consta en autos, el acto acusado en la presente causa lo constituye el Decreto de Personal 407 de 18 de septiembre de 2009, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Educación, mediante el cual se destituyó a Alfredo Acuña Arosemena del cargo de Abogado I que ocupaba en la citada entidad (Cfr. fojas 1-2 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el mencionado acto administrativo, el actor interpuso en forma extemporánea un recurso de apelación ante la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, el cual fue recibido por insistencia; sin embargo, el mismo no fue decidido en el término dispuesto por la ley (Cfr. fojas 6-9 del expediente judicial).

El 1 de febrero de 2010, Alfredo Acuña Arosemena, actuando por medio de apoderado judicial, presentó ante la Sala la demanda que dio origen al proceso que nos ocupa, en la que el actor solicita que se declare nulo, por ilegal, el decreto de personal acusado; que se ordene su reintegro al cargo que ejercía en el Ministerio de Educación; se proceda al pago de los salarios que haya dejado de percibir; y que se declare el silencio administrativo (Cfr. foja 15 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el recurrente argumenta que con la emisión del acto impugnado, la entidad demandada desconoció sus derechos adquiridos mediante la Ley 9 de 1994 y que, además, gozaba de estabilidad en el cargo que ejercía en el Ministerio de Educación. Indica, que la institución infringió, en su perjuicio, los principios de legalidad y de irrevocabilidad de los actos administrativos (Cfr. fojas 17-19 del expediente judicial).

Continúa expresando el abogado del actor, que a su mandante se le destituyó sin que la entidad ministerial aplicara el procedimiento contenido en el

régimen disciplinario; que el acto acusado no está sustentado en ninguna causal de hecho ni de Derecho; y que no le brindaron las garantías procesales para defenderse, por lo que, a su juicio, su desvinculación es ilegal (Cfr. fojas 19-20 del expediente judicial).

Esta Procuraduría se opone a los cargos de ilegalidad expuestos por Alfredo Acuña Arosemena en relación con las disposiciones legales que aduce han sido infringidas con la expedición del decreto de personal objeto de reparo, según pasamos a explicar de forma conjunta a continuación:

A manera de introducción de nuestra contestación de la demanda, este Despacho observa que si bien el recurrente aportó el original del certificado que lo acredita como servidor público de Carrera Administrativa, lo cierto es, que el mismo carece de validez, ya que por voluntad expresa del legislador puesta de manifiesto en el artículo 21 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009, se resolvió dejar sin efecto todos los actos de incorporación de funcionarios a dicho régimen que se hubiesen materializado bajo el amparo de la Ley 24 de 2 de julio de 2007, caso en el cual se encontraba comprendido el actor y que ha sido confirmado por la propia Directora General de Carrera Administrativa, quien a través de escrito de 11 de marzo de 2010, certifica que *“...Alfredo Acuña Arosemena no está acreditado como Servidor Público de Carrera Administrativa a la fecha...”* (Cfr. fojas 4 y 32 del expediente judicial).

En razón de la entrada vigencia de este instrumento legal, la Ley 43 de 2009, Acuña Arosemena quedó excluido del régimen de Carrera Administrativa y, en consecuencia, pasó a ser un funcionario de libre nombramiento y remoción, sujeto, en cuanto a su permanencia en el cargo, a la facultad discrecional de la autoridad nominadora, en este caso el Presidente de la República, con la participación del ministro del ramo, de ahí que su consecuente desvinculación de la función pública podía darse con sustento en las facultades legales que éste

mantiene como suprema autoridad administrativa, conforme lo dispone el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, que lo faculta para “remover los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción” (Cfr. fojas 40-41 del expediente judicial).

El ejercicio de la potestad que la citada norma otorga al Presidente de la República, con la participación del ministro del ramo, ha sido objeto de copiosa jurisprudencia del Tribunal. Ejemplo de la misma es la Sentencia de 29 de diciembre de 2009, en la cual la Sala se manifestó en los términos que a continuación se citan:

“Con relación al numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, relativos a las atribuciones del Presidente de la República, debe ser desestimada toda vez que las funciones que ejerce el Presidente de la República con el Ministro del Ramo, en este caso con el Ministro de Economía y Finanzas, se encuentra señalada en el numeral 6 del artículo 184 de la Constitución Política.

En ese sentido, el precitado artículo lo faculta para nombrar, con arreglo a lo dispuesto en el Título XI, a las personas que deban desempeñar cualesquiera cargos o empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otro funcionario o corporación, razón por la cual se constituyen en la autoridad nominadora a la que le compete no sólo su nombramiento, sino también su destitución, según lo que dispone el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo que dice:

‘Artículo 629: Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

...

18. Remover los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción.’

En atención a lo dispuesto en las citadas normas, el Presidente de la República con el Ministro de Economía y Finanzas tenían competencia plena para expedir el Decreto de Personal N° 44 de 21 de abril de 2008, por medio del cual se dispuso dejar sin efecto el nombramiento de la señora DENISE MARGARITA ESCUDERO DE VELARDE del cargo de Jefe de Departamento de Servicios Técnicos que ocupaba en dicho Ministerio.

Esta Superioridad ha sostenido en situaciones como las que nos ocupa, que todo servidor público que ingrese a las diversas dependencias del gobierno, sin concurso de méritos o carrera administrativa son de libre nombramiento y remoción; razón por la cual, en el caso bajo examen, el Señor Presidente de la República con el refrendo del señor Ministro de Economía y Finanzas ejerció la facultad conferida por la Constitución Política.

En ese sentido, como hemos señalado en líneas anteriores, la señora DENISE MARGARITA ESCUDERO DE VELARDE no gozaba de estabilidad en su cargo, ya que no logró demostrar en el expediente que haya ingresado a su cargo mediante un concurso de mérito que es lo que otorgaría estabilidad en su cargo por ser funcionario de carrera. De manera pues, que al haber sido nombrada libremente, y al no estar su estabilidad sujeta a una 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.

De allí entonces, que este Tribunal es del criterio que no se ha demostrado tampoco la violación de la norma invocada.”

Por otra parte, esta Procuraduría observa que producto de la condición laboral en la que se encontraba Alfredo Acuña Arosemena, no era necesario que la autoridad nominadora recurriera al uso de una causal de carácter disciplinario, ya que bastaba con notificarlo del decreto de personal acusado y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, por lo que los cargos formulados por el accionante en contra del acto administrativo demandado deben ser desestimados por la Sala.

En cuanto a la petición que hace el actor en el sentido de que se declare que en su caso operó el silencio administrativo positivo en la vía gubernativa, debido a que la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa no contestó en el término de tres meses el recurso de apelación que interpuso en contra del Decreto de Personal 407 de 18 de septiembre de 2009, conforme lo dispone el artículo 164 de la Ley 9 de 1994, consideramos necesario advertir que

dicha Junta en ningún momento iba a poder decidir el citado medio de impugnación, debido a que por medio del artículo 22 de la Ley 43 de 2009, se dejaron sin efecto los nombramientos de quienes integraban este organismo colegiado (Cfr. fojas 35-36 del expediente judicial).

En el marco de los hechos expuestos en los párrafos precedentes, este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** el Decreto de Personal 407 de 18 de septiembre de 2009, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Educación y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones del recurrente.

IV. Pruebas. Con el propósito que sea solicitado por el Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho. No se acepta el invocado por el accionante.

Excepción por falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Mediante la Vista número 814 de 30 de julio de 2010, esta Procuraduría promovió y sustentó un recurso de apelación en contra de la Providencia de 13 de mayo de 2010, por medio de la cual se admite la acción en estudio, ya que según lo expuesto en esa ocasión, no se había agotado la vía gubernativa, infringiendo de esta manera el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 25 de la Ley 33 de 1946 (Cfr. fojas 38, 42-45 del expediente judicial).

A través del Auto de 3 de diciembre de 2013, la Sala confirmó la providencia apelada y admitió la demanda bajo examen (Cfr. fojas 67-69 del expediente judicial).

En esta oportunidad, reiteramos el criterio contenido en la mencionada Vista, puesto que tal como explicamos en aquella ocasión, conforme se indica en el informe de conducta, no se observa que Alfredo Acuña Arosemena haya hecho uso del recurso de reconsideración ante la Ministra de Educación, según lo señala el artículo 166 de la Ley 38 de 2000, lo que permite establecer que no se ha agotado la vía gubernativa (Cfr. fojas 42-45 del expediente judicial).

En este sentido, es preciso expresar que el artículo 42 de la Ley 135 de 1943, el 200 de la Ley 38 de 2000, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en manifestar que para iniciar acciones ante la jurisdicción Contencioso Administrativa es un requisito fundamental que **el actor haya agotado la vía gubernativa de manera adecuada**, lo que debe entenderse como la utilización, en el término de ley, de los recursos que nuestra legislación le proporciona al particular con la finalidad de que la administración rectifique, modifique o aclare la decisión objetada.

En este contexto, resulta oportuno traer a colación lo expuesto por la autora panameña Maruja Galvis en torno a la necesidad de acreditar el agotamiento de la vía gubernativa. Veamos:

“e.2. Se debe agotar la vía gubernativa y de manera adecuada antes de recurrir a la Sala Tercera.

Es pertinente indicar que si la ley prevé los recursos que existen, estos mismos recursos son los que deben ser interpuestos por el recurrente debidamente, es decir, el recurso idóneo y dentro los términos que señala la ley.

Si estos recursos en la vía gubernativa son rechazados por la administración porque, por ejemplo, fueron presentados fuera del término legal, extemporáneamente, o no son sustentados y son declarados desiertos, cuando el recurrente interponga la demanda de plena jurisdicción, adjuntando copia de estos recursos, la Sala considerará que no se ha cumplido con el agotamiento satisfactoriamente, por cuanto este agotamiento no fue realizado de manera idónea o adecuada.

Igual sucede si éstos son rechazados de plano, no son sustentados y son declarados desiertos, la Sala Tercera considerará que no ha sido agotada la vía gubernativa de manera idónea.” (GALIVS, Maruja. Requisitos Formales de la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial. Universal Books. Panamá, 2008. Pág. 75-76). (Lo resaltado es nuestro).

Cuando se confronta lo que indica el texto citado con las piezas incorporadas al expediente judicial, se observa que el actor, Alfredo Acuña Arosemena, se notificó el 24 de septiembre de 2009 del Decreto de Personal 407 de 18 de septiembre de 2009, por medio del cual se le destituyó del cargo que ocupaba en el Ministerio de Educación, y el 5 de octubre de ese mismo año presentó un recurso de apelación ante la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, el cual fue recibido por insistencia, puesto que para esa fecha el mismo resultaba extemporáneo (Cfr. fojas 6-9, 11 y 41 del expediente judicial).

Esta circunstancia, lleva a este Despacho a concluir que el recurrente **no agotó de manera satisfactoria la vía gubernativa**, pues, si bien es cierto que interpuso un recurso de apelación en contra de la decisión impugnada, no lo es menos, que lo hizo fuera del término de cinco días que, para tales efectos, establece el artículo 168 de la Ley 38 de 2000.

Al decidir sobre una situación similar a la que ahora nos ocupa, la Sala en Auto de 20 de abril de 1999 se pronunció en los siguientes términos:

*“El resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera observan a foja 5 del expediente, la Resolución No. 16 de 15 de septiembre de 1998 mediante la cual la Dirección General de Catastro **rechazó por extemporáneo el Recurso de Reconsideración con Apelación en Subsidio** interpuesto contra la Resolución No AEC 111 de 17 de marzo de 1997, emitida por la Dirección General de Catastro...*

Tomando en cuenta el artículo 772 del Código Fiscal, que regula el procedimiento en la vía gubernativa de las resoluciones expedidas por la

*Dirección de Catastro Fiscal, la parte actora podía interponer el recurso de reconsideración con apelación en subsidio dentro de los diez días hábiles siguientes, o sea hasta el día 23 de junio de 1997, **pero presentó el recurso de reconsideración con apelación en subsidio el 20 de agosto de 1998, cuando ya había precluido en exceso el término legal establecido.***

*En efecto, como se ha podido colegir de las constancias procesales, **la parte interesada no hizo uso del derecho de interponer el recurso de reconsideración con apelación en subsidio en forma oportuna, por lo cual no se agotó de manera efectiva la vía gubernativa, que, como se señaló previamente, es requisito fundamental para que esta Sala pueda entrar a conocer de la demanda incoada, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 42 de la Ley 135 de 1943.***

La finalidad que persigue el agotamiento de la vía gubernativa, es darle a la Administración la oportunidad de corregir o enmendar sus propios errores. En otros términos, con el agotamiento de la vía gubernativa se busca que dentro de la propia Administración Pública se pueda revocar el acto administrativo que afecte al administrado o le cause perjuicios.

*Por las razones expuestas, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMAN la Resolución de 12 de enero de 1999, por medio de la cual, la Magistrada Sustanciadora, no admitió la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por el licenciado Samuel Ponce Fernández, en representación de INSUAPA, S. A., para que se declare nula por ilegal la Resolución No. ACE 111 de 17 de marzo de 1997, dictada por el Director General de Catastro del Ministerio de Hacienda y Tesoro, y para que se hagan otras declaraciones.*** (Lo resaltado es nuestro).

Aunado a lo anterior, no es posible dejar de advertir que conforme lo ordenó el artículo 22 (transitorio) de la Ley 43 de 2009, los nombramientos de quienes integraban ese organismo colegiado quedaron sin efecto a partir del 2 de julio de 2007 en virtud de los efectos retroactivos que el artículo 32 de dicha ley le imprimió a la misma, razón por la que la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa no podía decidir el recurso de alzada promovido por Acuña

Arosemena como tampoco era posible que la Junta pudiera certificar sobre la configuración del silencio administrativo alegado por el recurrente (Cfr. fojas 6-9 y 35-36 del expediente judicial).

Por lo antes expuesto, respetuosamente pedimos al Tribunal se sirva declarar PROBADA la excepción propuesta, en el sentido de que, en la acción bajo examen, se declare que Alfredo Acuña Arosemena no agotó adecuadamente la vía gubernativa.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 169-10