

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1152

Panamá, 16 de octubre de 2017

Proceso Sumario de Indemnización.

El Licenciado Liborio García Correa, actuando en nombre y representación de **Sofía Itzel García Correa**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 080-C/16 de 25 de octubre de 2016, emitido por el **Tesorero del Municipio de Panamá**, su 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 el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso sumario de indemnización 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 la razón a **Sofía Itzel García Correa** en lo que respecta a su pretensión dirigida fundamentalmente a lograr que se declare nulo, por ilegal, el el Decreto de Personal 080-C/16 de 25 de octubre de 2016, emitido por el **Tesorero del Municipio de Panamá**, mediante la cual se resolvió dejar sin efecto el nombramiento de **Sofía Itzel García Correa** del cargo de Secretaria I, la cual ostentaba en esa entidad (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

En efecto, tal como lo indicamos en la Vista Fiscal 848 de 07 de agosto de 2017, no le asiste la razón a **Sofía Itzel García**, en cuanto a la carencia de sustento que se advirtió en la tesis planteada, referente a lo actuado por el Tesorero del Municipio de Panamá, al emitir el acto objeto de reparo, que en su opinión, fue contrario a Derecho, por supuestamente haber violentado las normas que adujo como infringida.

De lo anterior, manifestamos que la Ley 39 de 11 de julio de 2013, modificada por la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, (normativa vigente a la fecha de los hechos) establecía de manera taxativa tres (3) prestaciones laborales a las que tenían derecho los servidores públicos, y una de ellas era el pago de una indemnización que se produce cuando el funcionario ha sido destituido injustificadamente.

Así las cosas, indicamos que el artículo 2 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, que reformó la Ley 39 de 2013, dispuso expresamente una serie de servidores públicos a los cuales por razón de su cargo, no les era aplicable dicha disposición, veamos:

“Artículo 2: Esta ley no será aplicable a los servidores públicos ..., 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 ...”.

Vista la norma, nos permitimos reiterar que a la demandante no le era aplicable la Ley 39 de 11 de julio de 2013, modificada por la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, puesto que el cargo que ejercía en la Tesorería del Municipio de Panamá era el de Secretaria I, tal como consta a fojas 14, 15, 17 y 18 del expediente judicial.

En ese contexto, tenemos que la recurrente estaba sujeta, en cuanto a su estabilidad en el cargo, a la **potestad discrecional de la autoridad nominadora**, en este caso, a la titular de la entidad, por lo que su desvinculación de la función pública podía darse con fundamento en las facultades legales que posee el titular de la misma para adoptar este tipo de decisiones, según lo dispone el artículo 57 de la Ley 106 de 1973, reformada por la Ley 52 de 1984 (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

Ante estas circunstancias, la administración pudo ejercer la facultad de resolución "*ad nutum*", 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.

En ese orden de ideas, estimamos pertinente recalcar que de acuerdo con lo que ha sido expresado en reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera, dicha potestad discrecional le

permite al jefe máximo de la institución remover a aquellos servidores públicos que no se encuentren amparados por una ley especial o de carrera que les garantice una estabilidad en el cargo, **sin que para ello sea necesario la configuración de causas de naturaleza disciplinaria**. Éste fue el criterio sustentado por el referido Tribunal en la Sentencia de 19 de febrero de 2015; resolución que en lo pertinente indica:

“En cuanto a la infracción del artículo 25 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, consideramos que no se evidencia infracción alguna por parte del acto impugnado, toda vez que, la declaración de insubsistencia del cargo del demandante se da a raíz de que el mismo es un funcionario de libre nombramiento y remoción, tal como se señala en el acto impugnado, por tanto, ha sido criterio reiterado de esta Sala, que **todo funcionario que sea de libre nombramiento y remoción queda sujeto a la facultad discrecional de remoción del cargo de la autoridad nominadora, sin necesidad de que se le siga proceso disciplinario alguno...**” (Lo resaltado es de este Despacho).

Así mismo, señalamos que según la jurisprudencia emanada de la Sala Tercera, la destitución de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, sustentada en la potestad discrecional de la entidad nominadora, se entiende enmarcada en el debido proceso legal, siempre que la entidad cumpla con el **deber de notificar al afectado sobre la decisión emitida; indicándole, además, el o los recursos que proceden en contra de la misma y el término que tiene para interponerlos**; presupuestos que configuran el denominado **principio de publicidad de los actos administrativos** y que, fueron correctamente cumplidos por la entidad demandada al emitir el Decreto de Personal 080-C/16 de 25 de octubre de 2016, por medio de la cual se dejó sin efecto el nombramiento de **Sofía García Correa**, y la Resolución 147 de 12 de diciembre de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración presentado en contra de la primera; **actos administrativos que se encuentran debidamente motivados** (Cfr. fojas 19 y 23-25 del expediente judicial).

Igualmente, esta Procuraduría observó que otra de las finalidades de la acción en estudio, es que se le pague a **García Correa** los salarios dejados de percibir; sin embargo, esta solicitud no resulta posible, puesto que la Ley 127 de 2013; no contempla la

remuneración antes señalada; y ese Tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones 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** (El Destacado es nuestro).

Vale la pena destacar que de conformidad a lo dispuesto por el Tribunal al resolver la apelación propuesta por esta Procuraduría, el mismo precisó que la pretensión de la recurrente es que se le pague una indemnización; de manera que es ésta última prestación la que se encuentra en discusión, veamos:

“Observa este Tribunal de apelación que la **presente demanda se presenta para que se reconozca el pago de indemnización**, ... con sustento en la ley 39 de 2013, modificada por la Ley 127 de 2013... “ (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 52 del expediente judicial).

De lo anterior, se colige fácilmente que no le es aplicable la solicitud de pago de salarios caídos a la actora; ya que, para que estos se den **a favor de ésta, la misma debe haber sido reintegrada a su cargo y sólo es viable jurídicamente cuando la propia ley lo disponga. Sin embargo, la pretensión de este proceso sumario es una indemnización**, no así un reintegro.

Por último, consideramos pertinente señalar que el apoderado judicial de la recurrente aduce que la misma gozaba de estabilidad por ser nombrada en su momento como una funcionaria permanente; sin embargo, vale aclarar que la condición de permanente que alega la accionante no es igual a la de estable, según lo indicó la Sala Tercera mediante Sentencia de 5 de febrero de 2014, en la que se pronunció en los siguientes términos respecto a una situación similar a la que se analiza:

“...
Dentro del contexto establecido en el apartado anterior, es importante aclarar que la Ley 1 de 2009 (instituye la carrera del Ministerio Público), define el concepto de estabilidad en su artículo 7, numeral 16, como la ‘condición que obtiene el servidor público mediante concurso de mérito sujeta a la competencia, lealtad, moralidad y cumplimiento de sus deberes.’”

...Es importante esclarecer 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 de 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. 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 nutum", 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.

C. Faltas del debido proceso. La parte alega que el debido proceso fue vulnerado, porque no se le siguió un proceso disciplinario a través del cual se le acreditara la comisión de alguna causal que tuviera como sanción última la destitución.

Luego de los análisis realizados sobre el estatus del funcionario público demandante y establecido el hecho de que no gozaba del derecho a la estabilidad en el cargo, **se debe reiterar que el proceso disciplinario que alega la parte fue omitido, en este caso, no era necesario seguirlo, toda vez que la destitución del cargo no se hace en virtud de alguna causa disciplinaria, sino en el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, por tanto, tal procedimiento no era requerido.**" (La subraya es de la Sala y la negrilla es nuestra).

En este orden de ideas, debemos precisar que el derecho a la estabilidad del servidor público está comprendido como un principio básico inherente al funcionario investido por una carrera de la función pública, regulada por una Ley formal de carrera, o se adquiere a través de 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 público queda bajo la potestad discrecional del titular de la entidad, el cual, en esa circunstancia, no está obligado a seguirle un procedimiento administrativo sancionador.

El sustento de lo anotado se encuentra en los artículos 300, 302 y 305 de la Constitución Política, en los cuales se dispone que el derecho a la estabilidad debe ser

regulado mediante una Ley formal, que establezca una carrera pública o una situación especial de adquisición del derecho, y está condicionado a los méritos del servidor público, a la competencia, lealtad, moralidad y cumplimiento de deberes.

Actividad Probatoria.

En cuanto a la actividad probatoria del presente proceso, es necesario destacar **la nula o escasa efectividad de los medios ensayados por la demandante** para demostrar al Tribunal la existencia de las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho en que sustenta su acción de plena jurisdicción.

Sin embargo, el Tribunal admitió a favor de la accionante la copia autenticada del acto acusado; el recurso de reconsideración; el acta de toma de posesión entre otros documentos, por lo que este Despacho **insiste** en que las mismas no logran desvirtuar la legalidad del acto de destitución de **Sofía García Correa** (Cfr. fojas 14 a 23 del expediente judicial).

En este escenario, somos de la firme convicción que en el negocio jurídico bajo examen la recurrente no asumió 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...

‘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).

En atención a las anteriores consideraciones, esta Procuraduría **reitera** a la Sala Tercera su solicitud respetuosa para que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL el Decreto de Personal 080-C/16 de 25 de octubre de 2016**, emitido por el Tesorero del Municipio de Panamá, por lo tanto, 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