



**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Contestación de la demanda.

El Licenciado **Guillermo David Torres Samudio**, actuando en su propio nombre, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 246 de 21 de junio de 2016, emitida por la **Autoridad Nacional de Aduanas**, su acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

Señor 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 el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Cuestión Previa

Antes de emitir las consideraciones de esta Procuraduría, debemos advertir que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 43 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 28 de la Ley 33 de 1946, cualquier **demanda contencioso administrativa debe contener la designación de las partes y de sus representantes, lo que significa que se debe identificar de manera expresa:**

a) el demandante y su apoderado judicial, con expresión de las generales de cada uno; b) la autoridad que emitió el acto administrativo acusado, con la descripción de sus generales, en caso de conocerlas; y c) **la intervención y carácter con que actúa el Procurador de la Administración.**

No obstante lo anotado, al revisar la acción en estudio, se advierte que

Guillermo David Torres Samudio ha omitido incluir en el apartado relativo a

la expresión de las partes que intervienen en el proceso al Procurador de la Administración; no obstante como quiera que no existe otro incumplimiento, este Despacho procederá a emitir la contestación de la demandada bajo análisis, haciendo la advertencia de esta inobservancia (Cfr. foja 1 del expediente judicial).

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

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

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

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

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

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

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

Séptimo: Es cierto, por tanto, se acepta (Cfr. foja 9-10 del expediente judicial)

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

III. Disposiciones que se aducen infringidas.

El demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal vulnera el artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, que indica que los servidores públicos al servicio del Estado nombrados en forma permanente o eventual, ya sea transitorio, contingente o por servicios especiales, con dos (2) años de servicios continuos o más, sin que se encuentren acreditados en alguna de las carreras que establece el artículo 305 de la Constitución Política de la República, gozarán de estabilidad laboral en su cargo y no podrán ser despedidos sin que medie alguna causa justificada prevista por la ley; y señala cuáles son los servidores públicos a los que no se les aplica esa ley (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial);

IV. Breves antecedentes del caso y descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la entidad demandada.

De la lectura del expediente objeto de análisis, observamos que el acto acusado lo constituye la Resolución 246 de 21 de junio de 2016, emitida por la Autoridad Nacional de Aduanas, por medio de la cual se deja sin efecto el nombramiento de **Guillermo David Torres Samudio**, del cargo que ocupaba en dicha entidad como Abogado 1, posición 3658 (Cfr. fojas 7-8 del expediente judicial).

Debido a su desconformidad con los actos administrativos en referencia, el interesado presentó ante la autoridad demandada el correspondiente recurso de reconsideración, el cual fue decidido mediante la Resolución 258 de 4 de julio de 2016, que confirmó el acto impugnado y quedó agotada la vía gubernativa. Este último acto administrativo fue notificado al demandante el 12 de julio de 2016 (Cfr. fojas 9-10 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior **Torres Samudio** acudió a la Sala Tercera, el 2 de septiembre de 2016, para interponer la acción que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare nula, por ilegal, la resolución administrativa a través de la cual se le dejó sin efecto su nombramiento; y, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la institución que lo reintegre a sus labores con el correspondiente pago de los beneficios que ha dejado de percibir (Cfr. foja 1-6 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el recurrente manifiesta en la parte medular de su demanda, que el Director General de Aduanas no podía ejercer la discrecionalidad en cuando a su destitución, ya que tal como afirma, tenía más de cuatro (4) años de laborar en dicha entidad; así, indica que el dejar sin efecto su nombramiento viola la Ley 127 de 31 de julio de 2013, que establece el régimen

de estabilidad laboral para los servidores públicos en virtud del tiempo que tenía de laborar en la Autoridad Nacional de Aduanas (Cfr. fojas 3-4 del expediente judicial).

Luego de analizar los argumentos expuestos por el actor con el objeto de sustentar el cargo de ilegalidad formulado en contra del acto acusado, este Despacho advierte que no le asiste la razón, como a continuación se expone.

Para iniciar 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 en el numeral 15 del artículo 31 de la Ley 1 de 13 de febrero de 2008, que establece la autoridad que detenta el Director General de la Autoridad Nacional de Migración para nombrar y destituir a los funcionarios subalternos y cito:

“**Artículo 31:** Funciones del Director General. Son funciones del Director General las siguientes:

...
15. Nombrar, ascender, trasladar y destituir a los funcionarios subalternos, concederles licencias e imponerles sanciones, de conformidad con las normas que regulan la materia.”

Al respecto, esta Procuraduría es del criterio que no le asiste razón al demandante, puesto que de la lectura de la disposición legal citada claramente se desprende la potestad que detenta el Director General, como máxima autoridad de Aduanas, para destituir a su personal, por lo que le asiste el derecho a decidir en el marco de la discrecionalidad la destitución **David Torres Samudio**.

En abono a lo señalado en los párrafos que anteceden, se tiene que, al momento del retiro de la administración, **Torres Samudio** ocupaba el cargo de Abogado I, por lo que se encontraba adscrito directamente al Despacho Superior, es decir, que dicho cargo era de libre nombramiento y remoción, ya que era un personal de confianza y de colaboración con la autoridad máxima de esa entidad reguladora.

Con respecto a la interpretación y aplicación del contenido de la Ley 127 de 2013, la Sala Tercera ha señalado lo siguiente en la Sentencia de 19 de septiembre de 2016, resolución que en lo pertinente indica:

“En este punto es necesario acotar que, la demandante de igual forma, alega que, no es una servidora pública de libre nombramiento y remoción, sino una servidora pública que ocupaba el cargo de Abogada II, con más de dos (2) años de servicios continuos en la entidad demandada, razón por la cual, de conformidad con la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, gozaba del derecho a la estabilidad.

Bajo este contexto, es necesario señalar que las funciones que realiza un abogado en una institución pública, es la de dar una asesoría legal idónea, con el objetivo de que las actuaciones y funcionamiento de la entidad a la que sirven, se enmarquen dentro de la Constitución, la ley y los reglamentos que la regulan.

En base a éste criterio, esta Sala estima que el cargo de abogado por motivo de sus funciones, se encuentra adscrito al superior jerárquico, tal como se desprende del organigrama de la entidad.

...

Lo antes expuesto, permite concluir que la señora ..., al ocupar un cargo cuya función es la de brindar asesoría a la Autoridad de Aeronáutica Civil, y se enmarca dentro de los servidores públicos a los cuales no le es aplicable el derecho a la estabilidad consagrada en la Ley 127 de 2013. Razón por la cual no están llamados a prosperar los cargos de violación 1 y 4 del mismo cuerpo legal, alegado por la parte actora.

...

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 SON ILEGALES ...** (El resaltado es nuestro).

De lo anterior, se desprende con claridad que el demandante no gozaba de la estabilidad laboral que alega le otorga la Ley 127 de 2013, ya que su cargo se enmarcaba dentro de las eximentes establecidas en esa ley especial; por ende, entra dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción, razón por la que la entidad demandada lo desvinculó del puesto que ejercía en la institución, fundamentando tal decisión en el ya reiterado numeral 15 del artículo 31 del Decreto Ley 1 de 13 de febrero de 2008, de ahí que los cargos de infracción invocados carecen de sustento jurídico y deben ser desestimados por la Sala Tercera.

Por otro lado y explicado lo anterior, esta Procuraduría observa que la finalidad de la acción en estudio, es que se le pague a **Torres Samudio** 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).

En virtud de lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita al Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL, la Resolución 246 de 21 de junio de 2016**, emitida por la Autoridad Nacional de Aduanas ni su acto confirmatorio y en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones del demandante.

V. Pruebas. Se aduce como prueba de esta Procuraduría, la copia del expediente de personal que guarda relación con este caso, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

VI. Derecho. No se acepta el invocado por el actor.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaría General

Expediente 567-16