

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1523

Panamá, 01 de noviembre de 2021

Demanda Contencioso Administrativo
de Nulidad.

Alegato de Conclusión
(Concepto de la Procuraduría
de la Administración).

El Doctor **José Luis Romero González**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare la nulidad parcial, por ilegal, del **Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017**, emitido por el **Ministerio de Seguridad Pública**, por medio del cual se asciende al rango de Capitán de la Policía a **Porfirio Del Rosario**.

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 concepto de Ley dentro del alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración relacionado con el proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Cuestión Previa.

Conforme observa este Despacho, el 12 de agosto de 2020, el Doctor **José Luis Romero González**, quien actúa en su propio nombre y representación, presentó ante la Sala Tercera la demanda contencioso administrativa de nulidad que ocupa nuestra atención, con el propósito que se declare la nulidad parcial, por ilegal, del **Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017**, emitido por el **Ministerio de Seguridad Pública**, por medio del cual se asciende al rango de Capitán de la Policía a **Porfirio Del Rosario** (Cfr. foja 1-41 del expediente judicial).

En relación con lo anterior consideramos pertinente señalar que el **Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017**, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, realiza el ascenso de un número considerable de funcionarios de la Policía Nacional, en diferentes rangos.

A nuestro juicio, de la pretensión descrita en la demanda y reproducida en el párrafo previo, se colige que el actor tiene interés en que el beneficio otorgado a **Porfirio Del Rosario**, por

medio del acto objeto de controversia, sea declarado ilegal, en lo que respecta al prenombrado.

En este contexto debemos destacar, que el acto administrativo en estudio, prevé dos (2) situaciones a saber: el nombramiento por razón del ascenso al rango de **Capitán de la Policía Nacional a Porfirio Del Rosario**; y el ajuste salarial del mismo en una nueva posición.

En razón de lo antes expuesto y teniendo presente que si bien el **Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017**, es un acto condición; al reconocer derechos adquiridos, como el ajuste salarial a un número considerable de servidores públicos; éstos no fueron llamados al proceso para ejercer el contradictorio, pese a que este Despacho lo advirtió en la Vista número 1295 de 24 de noviembre de 2020, por cuyo conducto promovimos y sustentamos recurso de apelación en contra de la Providencia de siete (7) de septiembre de dos mil veinte (2020), mediante la cual se admitió la demanda contencioso administrativa de nulidad descrita en el margen superior.

1.1 En cuanto a la solicitud de nulidad del ascenso debemos indicar que, este **viene a constituir un acto condición** como bien es conocido en la doctrina y la jurisprudencia.

Este acto condición es aquel que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal o hacer regular el ejercicio de un poder legal.

En relación con lo anterior, consideramos pertinente señalar que el nuevo ascenso al rango de "Capitán" le otorga a **Porfirio Del Rosario**, un status legal que le permite ejercer una actividad que trasciende sobre la sociedad, pero además de ello se ha configurado acorde a las normas legales, por lo que, si el prenombrado, no reúne los requisitos establecidos para su promoción, se está violando el orden legal objetivo, y en tal circunstancia cualquier persona por medio de una demanda contenciosa de nulidad puede impugnar tal nombramiento.

En un caso similar al que se analiza, estimamos oportuno citar el Auto de 26 de abril de 2006, que señaló en cuanto a la materia del "acto condición" lo siguiente:

"El resto de los Magistrados integrantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en calidad de Tribunal de Segunda Instancia, conocen del recurso de apelación promovido contra el Auto de 13 de diciembre de 2005 por la firma Suárez, Castillero, Holmes & Richa, en representación de ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE LA UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PANAMÁ (A.P.U.T.), para que se declare nulo, por ilegal, el

acto administrativo mediante el cual se nombra al Ingeniero César Encalada como Director de Centro de Proyectos de la U.T.P.

El Magistrado Sustanciador no admitió la demanda por considerar que la demandante equivocó la vía al interponer demanda nulidad, pues en el presente caso se afectan derechos subjetivos propios de la actora, debiendo promover una acción de plena jurisdicción.

La recurrente manifiesta principalmente en su escrito de apelación de fojas 17 a 20, que la resolución apelada debe revocarse, pues el acto impugnado es un acto condición, el cual coloca a un individuo en una situación jurídica impersonal, situación ésta que ya existía con anterioridad y la cual no fue creada para ese sujeto en especial, pudiendo ser demandables a través de una acción popular, que puede ser utilizada por cualquier persona, debido que se trata de una situación jurídica general, que podría afectar el orden jurídico si dicho acto es contrario a la ley.

DECISIÓN DE LA SALA

Evacuados los trámites de la Ley, el resto de los Magistrados que integran la Sala proceden a resolver el recurso de apelación bajo examen, previa las siguientes consideraciones:

En efecto, se advierte que el acto administrativo mediante el cual se nombra al Ingeniero César Encalada como Director de Centro de Proyectos de la U.T.P, viene a ser un acto condición como bien es conocido en la doctrina y de igual forma acogido por nuestra jurisprudencia. Este acto condición es aquel que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal o hacer regular el ejercicio de un poder legal. Dicho cargo le otorga un status legal que le permite ejercer una actividad que repercute sobre la colectividad, pero además de ello se ha configurado con un supuesto ajuste a las normas legales, por lo que, si el funcionario nombrado no cumple ni reúne los requisitos establecidos para su designación, se está violando el orden legal objetivo, y en tal circunstancia cualquier persona por medio de una demanda contenciosa de nulidad puede impugnar tal nombramiento. Es oportuno señalar que la Sala Tercera ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre lo anteriormente anotado, tal y como se advierte en Resoluciones de 13 mayo de 1993 (Manuel Gilberto Vence contra el Decreto Ejecutivo emitido por conducto del Ministerio de Salud, mediante el cual se nombró a la señora Nubia De Castillo como Técnica Jefe en Radiología del Hospital Santo Tomás); Resolución de 19 de mayo de 1993 (José Osvaldo Gordón, para que se declare nula por ilegal, la Resolución N°101-30-15 de 15 de abril de 1993 emitida por el Consejo Municipal de Colón); Resolución de 15 de septiembre de 1994 (Teófanos López Resolución N° 58- C. T. de 30 de julio de 1991 expedida por el Consejo Técnico de Salud).

Por las razones expuestas, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCAN la Resolución de 13 de diciembre de 2005, dictada por el Magistrado Sustanciador y en consecuencia, ADMITEN la demanda contenciosa-administrativa de nulidad, promovida por la firma Suárez, Castellero, Holmes & Richa, en representación ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE LA UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PANAMÁ (A.P.U.T.)." (El destacado es nuestro y el subrayado es de la Sala Tercera).

1.2 Autoridad Competente.

La demanda en estudio, tiene como propósito determinar si el **Ministerio de Seguridad Pública**, al reconocer el ascenso al grado de Capitán en la Policía Nacional y ajuste de sueldo a **Porfirio Del Rosario**, lo hizo en cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que rigen la materia.

En razón de ello, procedemos, a precisar en primer lugar, que el acto que motiva la presentación de la acción de nulidad, consiste en el **Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017**, por medio del cual, el **Ministerio de Seguridad Pública**, resolvió, entre otras cosas, otorgar ascenso al grado de Capitán en la Policía Nacional y ajuste de sueldo a **Porfirio Del Rosario**

En este sentido, revelan las constancias contenidas en el expediente judicial y administrativo, que **Porfirio Del Rosario**, ingresó a la Policía Nacional el día 27 de febrero de 1989, en calidad de Agente, para después ir ascendiendo hasta alcanzar el rango de Capitán, el día 28 de abril de 2017 (Cfr. foja 41 del expediente judicial).

La acción de personal adoptada, que se acusa de ilegal, tuvo como fundamento legal, los artículos 77, 78, 79, 80 y 81 de la Ley No.18 de 3 de junio de 1997; y el artículo 274 del Decreto Ejecutivo No.172 de 29 de julio de 1999, disposiciones que en su orden se refieren, a los ascensos que se conferirán a los miembros de la Policía Nacional; que los miembros de la Policía Nacional tendrán derecho a ser ascendidos al cargo inmediatamente superior por disposición del Órgano Ejecutivo; que dichos ascensos se considerarán estímulos al mérito profesional, a la antigüedad y a la eficiencia en el servicio policial; que no podrán ser ascendidos los policías llamados a juicio en procesos penales, los detenidos, los suspendidos del cargo por orden de autoridad competente, los que no hayan prestado servicio en el cargo inmediatamente anterior y quienes padezcan trastornos psiquiátricos debidamente comprobados; que el Órgano Ejecutivo reglamentará el sistema de evaluación, así como su periodicidad, el valor de sus resultados y demás detalles necesarios, para que dicho sistema tenga efectos correctivos y de motivación; y, que se consideran incentivos económicos, entre otros, los ascensos y promociones según la ley y el reglamento.

Señalado lo anterior, este Despacho advierte, que el procedimiento para lograr el ascenso al grado de Capitán, del cual se hizo acreedor **Porfirio Del Rosario**, se encuentra comprendido, además de las normas citadas en el párrafo anterior, en las **condiciones preestablecidas en el artículo 90 de la Ley 18 de 3 de junio de 1997**, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 90. Los ascensos y cargos serán otorgados por el Presidente de la República, previa recomendación del Director General de la Policía Nacional y del Ministro de Gobierno y Justicia, de acuerdo con la hoja de vida del miembro de la Policía Nacional." (El subrayado es nuestro).

1.2.1 Ley Orgánica de la Policía Nacional.

Los artículos 4 y 60 de la Ley 18 de 3 de junio de 1997 Orgánica de la Policía Nacional, reconocen al Presidente de la República, como jefe máximo de esa institución, quien con la participación del Ministro de Seguridad Pública, ascenderá a los miembros de dicho estamento, con sujeción a las disposiciones que al efecto establezca la referida Ley. Estas normas son del tenor siguiente:

"Artículo 4. El Presidente de la República, jefe máximo de la Policía Nacional dispondrá de su uso conforme a la Constitución Política y las leyes, y ejercerá su autoridad mediante órdenes, instrucciones o reglamentos y resoluciones, dictados directamente por él. Para los propósitos del fiel cumplimiento de sus objetivos, la Policía Nacional queda adscrita al Ministerio de Gobierno y Justicia siendo su superior jerárquico Inmediato el respectivo ministro." (El subrayado es nuestro).

"Artículo 60. El presidente de la República, con la participación del Ministro de Gobierno y Justicia nombrará, cesará y ascenderá a los miembros de la Policía Nacional, con sujeción a las disposiciones que al efecto establezcan esta Ley y los reglamentos." (La subraya es de este Despacho).

Para lograr una mejor aproximación al tema objeto de este análisis, es importante traer a colación lo que señala el autor francés Gaston Jèze, en relación al recurso de nulidad y la persona que puede deducirlo. Veamos:

"III. El recurso de nulidad del Decreto de Remoción puede deducirlo, exclusivamente, el agente público personalmente afectado, cualquiera que sea. Hay aquí una diferencia con el recurso deducido contra una resolución que nombra o promueve. Se explica esta diferencia porque un nombramiento ilegal puede ser perjudicial a todos los que pertenece al servicio, suscitándoles un competidor o postergándoles en su ascenso. Pero una cesantía, una destitución, no lesiona directamente a los agentes pertenecientes al servicio, a quienes no afecta.

Es indudable que ellos tienen interés en que se observen los procedimientos prescritos para las cesantías, destituciones, etc., a fin de que no existan precedentes desfavorables. Según el Consejo de Estado, esta circunstancia legitima la intervención de las asociaciones profesionales de funcionarios pero no un recurso directo.

'Duguit desconoce esta jurisprudencia constante cuando afirma (Droit const., 2ª ed., III, p. 191): 'En los casos sometidos al Consejo de Estado es siempre el funcionario objeto de la resolución (se trata de suspensión, traslado o remoción) quien la impugna y a quien se admite a deducir el recurso. Pero no es el único que puede actuar. Debe reconocerse este derecho a toda persona que tenga interés especial, aunque sea simplemente moral, en la anulación del acto y, específicamente, a todos los funcionarios pertenecientes al mismo cuerpo que aquí no ha sido objeto de una resolución irregular, como así también a las asociaciones de funcionarios pertenecientes al servicio...

Ello concuerda perfectamente con la noción del recurso por exceso de poder, recurso contencioso objetivo fundado en la violación de la ley y concedido de manera muy amplia a todo interesado, hasta tanto dicho recurso se convierta en una verdadera acción popular.'

IV. Cuando el Consejo de Estado resuelve un recurso de nulidad, reconociendo la irregularidad de una resolución de desinvestidura definitiva (cesantía, destitución, licenciamiento, disolución, etc.), establece las consecuencias de tales irregularidades declarando nula la resolución y enviando al agente público ante el jefe de servicio para que éste, si hay lugar a ello, adopte las medidas necesarias para volver las cosas, lo que es lógica consecuencia de la nulidad decretada. Pero el Consejo de Estado no se atribuye facultad para ordenar, por sí mismo, las medidas administrativas necesarias a tal fin.

Restablecer las cosas en su estado anterior es una solución racional. Un agente público ha sido ilegalmente despojado de investidura, removido, destituido, colocado en situación de licenciamiento, etc. En lo posible, y siempre que sea posible, conviene que las cosas se restablezcan, para el funcionario, en la situación en que se hallarían de no haberse producido la destitución." (Cfr. JÈZE, Gaston, Principios Generales del Derecho Administrativo – Tomo II. Los Agentes Generales de la Administración, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, páginas 266 y 267). (El énfasis y subrayado es nuestro).

Tal como se advierte de lo manifestado por el autor, un nombramiento ilegal dentro de un acto condición, como el que nos ocupa, puede ser perjudicial para todos aquellos beneficiados por dicho acto, principalmente porque en esta causa el demandante advirtió la **falta de competencia** lo que constituye una nulidad absoluta. No obstante, como quiera en reiterados pronunciamientos la Sala

Tercera ha desestimado nuestra petición de llamar a todos los posibles afectados al proceso procedemos a emitir nuestro alegato en los siguientes términos.

II. Antecedentes.

En la Vista Fiscal 1024 de 03 de agosto de 2021, este Despacho manifestó que en el negocio jurídico bajo examen, la situación planteada por el accionante consistía en que se **declarara la nulidad parcial, por ilegal, del Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017**, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, a través del cual se **ascendió al rango de Capitán de la Policía Nacional a Porfirio Del Rosario**, mismo que citamos, para mejor referencia:

**"RESUELTO DE PERSONAL No. 116-1
(DE 28 DE ABRIL DE 2017)**

POR EL CUAL SE RECONOCEN VARIOS ASCENSOS Y AJUSTES DE SUELDOS POR ASCENSO EN LA POLICIA NACIONAL, MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA.

...

ARTÍCULO PRIMERO: SE RECONOCEN AJUSTES DE SUELDOS POR ASCENSOS A LOS SIGUIENTES SERVIDORES PÚBLICOS, ASÍ:

DAVID RIOS D.

CÉDULA NO.3-107-764 SEGURO SOCIAL NO.231-7449 SUB-COMISIONADO DE POLICÍA, CÓDIGO 8025030, PLANILLA NO.153, POSICIÓN NO.10235, SUELDO B/3,100.00, MÁS B/700.00 DE GASTOS DE REPRESENTACIÓN, MÁS B/508.00 DE SOBRESUELDO POR ANTIGÜEDAD, MÁS B/30.00 DE SOBRESUELDO POR TITULO UNIVERSITARIO A COMISIONADO DE POLICÍA, CÓDIGO 8025020, CON, CON SUELDO B/4,300.00, MÁS B/508.00 DE SOBRESUELDO POR ANTIGÜEDAD, MÁS B/30.00 DE SOBRESUELDO POR TITULO UNIVERSITARIO CON CARGO A LAS PARTIDAS: G.001820101.001.001, G.001820101.001.011, Y G.001820101.001.019.

GASTOS DE REPRESENTACIÓN POR B/750.00, CON CARGO A LA PARTIDA G.001820101.001.030.

...

PORFIRIO DEL ROSARIO

CÉDULA NO.8-265-531 SEGURO SOCIAL NO.65-2285 **TENIENTE**, CÓDIGO 8025060, PLANILLA NO.176, POSICIÓN NO.10993, SUELDO B/1,250.00, MÁS B/256.40 DE SOBRESUELDO POR ANTIGÜEDAD, A **CAPITÁN**, CÓDIGO 8025050, **CON**

SUELDO DE B/.1,710.00, MÁS B/.256.40 DE SOBRESUELDO POR ANTIGÜEDAD, CON CARGO A LAS PARTIDAS: G.001820101.001.001, Y G.001820101.001.011.

GASTOS DE REPRESENTACIÓN POR B/.350.00, CON CARGO A LA PARTIDA G.001820101.001.030.

PARAGRAFO:

...
Para los efectos fiscales este Resuelto entrará en Vigencia a partir del 2 de Mayo de 2017.

Los pagos adeudados de vigencias anteriores serán cancelados vía planilla adicional y en atención a la disponibilidad presupuestaria.

FUNDAMENTO LEGAL:

Ley 18 del 3 de junio de 1997, Artículos 77 al 81 y Decreto N°172 del 29 de julio de 1999, Artículo 274.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

DADO EN LA CIUDAD DE PANAMÁ, A LOS 28 DÍAS DEL MES DE ABRIL DE 2017

(FDO.) ALEXIS BETHANCOURT YAU
MINISTRO DE SEGURIDAD PÚBLICA" (Cfr. fojas 42, 44 y 51 del expediente judicial).

En este orden de ideas, también señalamos que el recurrente expresa que, **Porfirio Del Rosario**, no debió ser beneficiado con el reconocimiento del ascenso al grado de Capitán en la Policía Nacional y el consecuente ajuste de sueldo, toda vez que para el día 28 de abril de 2017, fecha en que se emite el **Resuelto de Personal No. 116-1**, objeto de reparo, éste no cumplía con los requisitos de antigüedad que se requieren para este cargo, ya que solo contaba con siete (7) años y cinco (5) meses en el rango de Oficial, y además sólo tenía dos (2) año y once (11) meses en la posición de Teniente, que es la inmediatamente anterior al rango de Capitán, en ese sentido, las disposiciones que rigen la materia señalan un mínimo de nueve (9) años que se establece para el nivel de Oficial, y cinco (5) años en el cargo de Teniente, para ser ascendido al grado de Capitán, y además alega que, dicho ascenso debió ser otorgado por el **Presidente de la República**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77, 78, 79 y 90 de la Ley 18 de 3 de junio de 1997; los artículos 395, 396, 397, 399, 402 y 409 del Decreto Ejecutivo 172

de 29 de julio de 1999; el Manual de Ascenso 2007 de la Policía Nacional (Cfr. fojas 15 a 28 del expediente judicial).

También indica, que el acto impugnado ha infringido de forma directa por omisión los artículos 34, 52 (numeral 2) y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, ya que a su parecer la actuación de la entidad demandada se traduce en abuso de autoridad y desviación de poder, por haber sido emitido solamente por el Ministro del ramo sin la participación del Presidente de la República, lo que ocasiona un vicio de nulidad absoluta; además señala que se ha querido revestir con razones legales, el ascenso otorgado a **Porfirio Del Rosario**, al grado de Capitán de la Policía Nacional a través del **Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017**, sin haber cumplido con los requisitos y procedimientos que al efecto establece la Ley que reorganiza la Policía Nacional y su reglamento, de ahí que considera que esta conducta resulta en detrimento de la institución y del resto de sus miembros (Cfr. fojas 28-39 del expediente judicial).

Así mismo, indicamos que, dado que las pruebas incorporadas al expediente en esa etapa inicial, entre éstas que se aducen en la demanda, entre éstos:

1. Copia autenticada de la hoja de vida laboral de **Porfirio Del Rosario** (Cfr. foja 41);
2. Copia autenticada del **Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017**, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se asciende al rango de **Capitán** de la Policía a **Porfirio Del Rosario** (Cfr. fojas 42-55)
3. Copia autenticada del Acta de **Toma Posesión** No. 44 de 23 de mayo de 2014 (Cfr. foja 56);
4. Copia autenticada del **Resuelto de Personal No. 131 de 27 de noviembre de 2009**, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se asciende al rango de **Subteniente** de la Policía a **Porfirio Del Rosario** (Cfr. fojas 57-59);
5. Copia autenticada del Acta de **Toma Posesión** No. 583 de 17 de diciembre de 2009 (Cfr. foja 60);

6. Copia autenticada de la Hoja de Vida, emitida por las Fuerzas de Defensa de la República de Panamá, por medio del cual **Porfirio Del Rosario**, tomo posesión el cargo con el rango de **Agente** el día **27 de febrero de 1989** (Cfr. foja 61); y,

7. Copia autenticada de la Orden del Día No. 136 de 18 de julio de 2007, emitida por el Ministerio de Gobierno y Justicia (Cfr. foja 62-72).

Por esa razón, se estimó que el concepto de la Procuraduría de la Administración debería quedar supeditado a lo que se estableciera en la etapa probatoria, tanto por el demandante, como por el Ministerio de Seguridad Pública y el tercero interesado, **Porfirio Del Rosario**.

III. Actividad Probatoria.

Al respecto, se observa que a través del Auto de Pruebas No.469 de uno (1) de octubre de dos mil veintiuno (2021), se **admitió** a favor del actor "**...la copia de todo el expediente administrativo que guarda relación con el presente caso (Art.833 del Código Judicial.**" (Cfr. foja 134 del expediente judicial).

La Sala Tercera, por medio del **Oficio 2418 de 12 de octubre de 2021**, le solicitó, al **Ministerio de Seguridad Pública**, la copia autenticada de todo el expediente administrativo que guarda relación con el **Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017** y con el señor **Porfirio Del Rosario** (Cfr. foja 136 del expediente judicial).

En este escenario, es importante destacar que, en lo que respecta a la información solicitada a la entidad demandada a la que nos hemos referido en el párrafo que precede, la misma fue remitida al Tribunal, a través de la **Nota No.53-ADM-01-2021 de 22 de octubre de 2021** (Cfr. foja 137 del expediente judicial).

Tal como advertimos, se observa que en el expediente administrativo que guarda relación con el negocio bajo estudio, no se han aportado nuevos elementos ni se ha producido una variación en las circunstancias y consideraciones que nos permitan establecer que el ascenso al rango de Capitán de la Policía Nacional de **Porfirio Del Rosario**, se realizó en debida forma, ya que no se aprecia que se diera fiel cumplimiento a los requisitos que exigen la Ley 18 de 1997; el Decreto Ejecutivo No.172 de 1999; y el Manual de Ascenso 2007 de la Policía Nacional, publicado en la

Orden General del Día número 136 de 18 de julio de 2007, de allí, que tal situación no ha cambiado nuestro criterio en el sentido que otorgar dicho reconocimiento el prenombrado cumpliera con todos los presupuestos que señalan las normas legales y reglamentarias antes mencionadas.

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Antes de analizar los cargos de ilegalidad formulados por el Doctor **José Luis Romero González** en su demanda, la normativa que regula la materia, y las pruebas incorporadas al expediente judicial, esta Procuraduría procede a emitir su concepto, advirtiendo que, tal como se indica en los párrafos anteriores, el acto administrativo mediante el cual se asciende a **Porfirio Del Rosario**, como Capitán de la Policía Nacional, es un acto que si bien reconoce derechos adquiridos como lo hemos señalado; bajo la concepción manifestada por el Tribunal, no fue necesario llamar al resto de los terceros interesados; por consiguiente, el análisis de este Despacho se circunscribe a la verificación de los requisitos cumplidos o no por aquél.

4.1 De la anulación de los actos administrativos.

Desde la óptica doctrinal el Acto Administrativo es el principal mecanismo jurídico por medio del cual la administración del Estado actúa.

En ese contexto, cobra relevancia advertir que la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, define el acto administrativo de la siguiente manera:

“Artículo 200. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

1. **Acto administrativo.** Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, **conforme a derecho**, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo. **Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia**, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; **finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico** y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; **procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión**; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite” (El resaltado es nuestro).

De la lectura anterior, se advierte que el acto administrativo, entre otras cosas, permite que conforme a derecho, una autoridad u organismo público en ejercicio de la función administrativa del Estado, configure una relación jurídica que queda regida por el Derecho Administrativo; no obstante, este acto requiere cumplir con una serie de elementos esenciales que constituyen su legalidad.

Ahora bien, esa relación jurídica puede ser extinguida como resultado de la vulneración de los presupuestos jurídicos necesarios para su validez; por consiguiente, la facultad de anular un acto administrativo es viable siempre que aquél se haya configurado en contravención de los presupuestos de legalidad o la transgresión a la norma jurídica, ello, de conformidad con el principio de estricta legalidad, consagrado en el artículo 36 de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, así:

"Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos."

De las normas citadas, queda claro que la emisión de un acto administrativo en contravención con las disposiciones legales, conlleva la invalidez de aquél; lo que en efecto, ocurrió con el Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se asciende al rango de Capitán de la Policía Nacional a Porfirio Del Rosario, por lo tanto se puede pedir la anulación, únicamente en lo referente a dicho ascenso, del mencionado acto administrativo, por inobservancias de las formalidades establecidas, en el procedimiento para ascender a los miembros de la Policía Nacional, situación que se analizará más adelante.

En el marco de lo expuesto, estimamos oportuno precisar los razonamientos del jurista Abilio Batista, en su obra 'La Revocación de los Actos Administrativos' quien señala lo siguiente:

"El fundamento de la revocación lo encontramos en que en un Estado de derecho, la administración debe **observar el cumplimiento de la ley** con el objeto de satisfacer el interés público, por lo que debe eliminar del mundo jurídico los actos que no reúnan las condiciones necesarias para su existencia que puedan lesionar los intereses generales.

La revocación se fundamenta en el principio de que la acción de la Administración Pública debe presentar siempre el máximo de coherencia con los intereses públicos y no sólo cuando el acto nace, sino a lo largo de toda su vida, siendo procedente cuando se demuestre que el acto ya dictado es inadecuado al fin para el cual fue dictado, sea porque fueron mal estimadas las circunstancias y las necesidades generales en el momento en el que fue dictado, sea porque al momento posterior tales circunstancias y necesidades sufrieron una modificación que hace que el acto resulte contrario a los interés públicos.

...
 Por su parte Roberto Dromi, distingue entre revocación por razones de oportunidad y revocación por razones de ilegitimidad, refiriéndose la primera aquellos casos en que un acto administrativo puede ser revocado para satisfacer exigencias de interés público, procediendo siempre de cualquier tipo de acto, reglado o discrecional; y la segunda a los casos en que el acto nace viciado o se torna luego viciado por cambios en el ordenamiento jurídico o la desaparición de un presupuesto de hecho que altera la relación entre las normas y el acto" (Batista, A. La Revocación de los Actos Administrativos'. Página 5).

4.2 Norma Reglamentaria.

En ese mismo orden de ideas, tenemos que el artículo 397 del Decreto Ejecutivo 172 de 29 de julio de 1999, señala que: *"El ascenso de Oficiales, Clases y Agentes, se concederá por disposición del señor Presidente de la República con la participación del señor Ministro de Gobierno y Justicia, basados en recomendaciones efectuadas por el Director General de la policía Nacional, una vez cumplidos los requisitos establecidos"*.

De lo antes expuesto, resulta claro que, el Ministro de Seguridad Pública no tiene la prerrogativa para ascender a los miembros de la Policía Nacional, sin la aprobación del Presidente de la República, tal como ocurrió con la emisión del Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017, objeto de reparo, puesto que como ya hemos advertido la actuación de esa autoridad superior, es obligatoria, por ser ésta una facultad que viene dada expresamente a través de la propia ley.

En relación con lo anterior, consideramos pertinente señalar que, el artículo 89 de la Ley No.18 de 1997, Orgánica de la Policía Nacional, establece los niveles y cargos en ese ente de seguridad pública, norma que citamos a continuación:

"Artículo 89. La Policía Nacional consta de los siguientes niveles y cargos:

1. Nivel básico: agente, cabo segundo, cabo primero, sargento segundo, y sargento primero.

2. Nivel de oficiales: subteniente, teniente, capitán y mayor.

3. Nivel superior: subcomisionado y comisionado.

4. Nivel directivo: director y subdirector general."(El destacado es de este Despacho).

4.3 Manual de Ascenso de 2007 de la Policía Nacional.

Dentro del contexto anteriormente expresado, observamos que, el Manual de Ascenso 2007 de la Policía Nacional, publicado en la Orden General del Día número 136 de 18 de julio de 2007, con fundamento en el Decreto Ejecutivo 172 de 1999, que desarrolla la Ley No.18 de 1997, que contiene la Ley Orgánica de la Policía Nacional, establece que para recibir los beneficios de ascensos al cargo inmediatamente superior al que tienen, se tomarán en cuenta una serie de elementos.

Concretamente, el mencionado Manual de Ascenso 2007, indica los requisitos generales para el ascenso de una unidad de policía, así como los requerimientos para optar por el rango de Capitán, los que detallamos a continuación:

"CAPITULO VII

REQUISITOS GENERALES PARA ASCENSO

Los Requisitos Generales de ascenso que se describen a continuación, estarán enmarcados dentro de las normas que establece el artículo 409 del Decreto Ejecutivo No.172 del 29 de julio de 1999 que a la letra dice:

'Anualmente el Director General dispondrá la cantidad de plazas vacantes para cada cargo, en atención al presupuesto de la institución y a las necesidades de la misma'

Son requisitos para ascensos:

- a. Acreditar la antigüedad en el Rango.
- b. Obtener la evaluación mínima de desempeño en su Rango (evaluación igual o superior a 71 puntos).
- c. Poseer conducta adecuada conforme con la moral social e institucional en el rango (evaluación igual o superior a 71 puntos).
- d. Poseer aptitudes físicas comprobadas, por servicio y edad (evaluación igual o superior a 71 puntos).
- e. Aprobar el examen de admisión en los Rangos establecidos en este Manual.
- f. Aprobar examen o Curso de ascenso." (El subrayado es de la Procuraduría).

"REQUISITOS POR RANGO:

...

Capitán

Para ascender a Capitán, el teniente deberá satisfacer los requisitos siguientes:

1. Acreditar un mínimo de nueve años de antigüedad en el servicio como oficial.
2. Acreditar un mínimo de cinco años de antigüedad en el grado (rango) inmediatamente anterior (teniente).
3. Acreditar un promedio de Evaluación Integral de Desempeño, Prueba de Evaluación Física y Conducta o mayor a 71%, comprendido en los cinco años anteriores.
4. Aprobar con puntaje igual o mayor a 71% el Examen de Admisión al curso de ascenso. (OBLIGATORIO).
5. Aprobar el Curso Promocional de Ascenso con 71% (OBLIGATORIO).

4.4 Conclusiones.

En este contexto debemos destacar, que el ascenso al grado de Capitán, otorgado a Porfirio Del Rosario, no cumplió con los requisitos específicos que se exigen para el nivel de Oficiales de ese rango, ya que éste únicamente contaba con siete (7) años y cinco (5) meses en el rango de Oficial, y además sólo tenía dos (2) año y once (11) meses en la posición de Teniente, que es la inmediatamente anterior al rango de Capitán; sin embargo, la norma señala que se deben acreditar un mínimo de nueve (9) años de antigüedad en el servicio como oficial, y cinco (5) años de antigüedad en el grado inmediatamente anterior; es decir, Teniente.

Por otro lado, al argumentar a favor de su pretensión, el recurrente aduce que al emitirse el acto acusado de ilegal, el Ministerio de Seguridad Pública desconoció los requisitos establecidos en la Ley No.18 de 1997, el Decreto Ejecutivo No.172 de 1999 y el Manual de Ascenso 2007 de la Policía Nacional, publicado en la Orden General del Día número 136 de 18 de julio de 2007, lo que constituye un acto de desviación de poder, puesto que, se debieron seguir los procedimientos y ofrecer condiciones de igualdad a los miembros de la Policía Nacional que tuvieran derecho a ser ascendidos al cargo inmediatamente superior, con la finalidad que se permitiera seleccionar objetivamente a las unidades de ese estamento de seguridad, fundamentado los mismos en razones que atiendan al mérito profesional, a la antigüedad y a la eficiencia en el

servicio policial, basándose para ello en los requisitos contenidos en las disposiciones jurídicas que rigen la materia (Cfr. fojas 28-39 del expediente judicial).

La situación jurídica planteada permite establecer que el Ministerio de Seguridad Pública al emitir la resolución que le otorga el ascenso al rango de Capitán de la Policía a Porfirio Del Rosario, incumplió lo dispuesto en la Ley y los reglamentos que rigen en esa materia, lo que denota una vulneración al principio de debido proceso y el principio de legalidad que deben imperar en todos los actos que expida la Administración Pública, de ahí que tal actuación se configura en un vicio que hace anulable el acto, por lo que el argumento que esgrime el actor en el sentido que, la entidad actuó con desviación de poder, encuentra asidero legal, ya que a juicio de esta Procuraduría, dicha conducta se aparta de los fines que señala el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la doctrina también destaca los planteamientos del jurista Olguín Juárez, de quien el Doctor Santofimio hace referencia en su obra y señala que: *“Los actos son válidos cuando han sido emitidos en conformidad a las normas jurídicas, cuando su estructura consta de todos los elementos que les son esenciales... es decir la validez supone en el acto la concurrencia de las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico.”* (OLGUIN JUÁREZ, Hugo A., Extinción de los actos administrativos; revocación, invalidación y decaimiento. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961, pág. 21).

En el marco de lo antes expuesto, podemos colegir con meridiana claridad que el acto acusado de ilegal fue emitido al margen del principio de debido proceso y del principio de legalidad, al reconocerle el grado de Capitán en la Policía Nacional y ajuste de sueldo a una persona que carecía de las condiciones y requisitos para ser ascendida a dicho rango, tal como lo establecen las normas que rigen la materia.

Nuestro concepto también encuentra sustento en el hecho que el mencionado Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017, debió ser emitido por el Presidente de la República, con la participación del Ministro de Seguridad Pública, con sujeción a las disposiciones que al efecto establezcan la Ley y los reglamentos, lo que viene a confirmar que

el procedimiento para ascender a **Porfirio Del Rosario**, vulneró los artículos 77, 78, 79 y 90 de la Ley 18 de 3 de junio de 1997; los artículos 395, 396, 397, 399, 402 y 409 del Decreto Ejecutivo 172 de 29 de julio de 1999; el Manual de Ascenso 2007 de la Policía Nacional; y, el artículo 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, puesto que el mismo se llevó a cabo sin atender las disposiciones legales sobre la materia.

Por otra parte, con relación al ajuste de sueldo que se le otorgó a **Porfirio Del Rosario**, después de haber sido ascendido al rango de Capitán de la Policía Nacional, es importante advertir, que este beneficio es el resultado de dicha promoción, por lo que en nuestra opinión, el mismo, así como el referido ascenso devienen en ilegales, pues si el grado que es la razón principal, no cumplió con las normas legales y reglamentarias, la consecuencia; es decir, el ajuste salarial, también sobreviene en ilegal.

Por todo lo expuesto, este Despacho es de la opinión que la infracción de las normas descritas en el párrafo precedente, así como las circunstancias de hecho y de Derecho a las que ya nos hemos referido, son suficientes para solicitar respetuosamente a los Magistrados que integran la Sala Tercera, que se sirvan declarar **PARCIALMENTE ILEGAL** el Resuelto de Personal No. 116-1 de 28 de abril de 2017, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, solo en lo que respecta al ascenso al rango de Capitán de la Policía Nacional de Porfirio Del Rosario

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General

Expediente 472282020