

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 184

Panamá, 19 de febrero de 2018

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Leonardo Pineda Palma, actuando en nombre y representación de **Silka Ileana Ortíz Hernández**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto 157 de 13 de marzo de 2017, emitido por **Ministerio de Comercio e Industrias**, su acto confirmatorio; y que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

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. 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 cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

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

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

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

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

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

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

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

Décimo Primero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 25 y 26 del expediente judicial).

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

Décimo Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 26 del expediente judicial).

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

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

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. El artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, el cual si bien fue derogado por la Ley 23 de 2017, estaba vigente al momento en que se dieron los hechos, establece que los servidores públicos nombrados en forma permanente o eventual, con dos (2) años de servicios continuos o más, sin que se encontraran acreditados en alguna carrera pública, gozaban de estabilidad laboral en el cargo y no podrían ser despedidos sin que mediara alguna causa justificada prevista en la ley y según las formalidades de ésta (Cfr. fojas 9 y 10 del expediente judicial);

B. Los artículos 627 y 629 (numeral 18) del Código Administrativo, los cuales señalan que los empleados políticos y administrativos, en asuntos de la administración de la Nación, dependen del Presidente; y le corresponde al Presidente de la República como autoridad suprema administrativa: remover los empleados a su elección, salvo cuando la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción (Cfr. fojas 10, 11, 14 y 15 del expediente judicial);

C. Los artículos 2, 126, 156 y 157 del Texto Único de 29 de agosto de 2008, que ordena sistemáticamente la Ley 9 de 20 de junio de 1994; tal como estaba vigente al momento en que se dieron los hechos, los que, en su orden, guardan relación con el concepto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción; los casos en los que los funcionarios quedarán retirados de la Administración Pública; la formulación de cargos

por escrito; y la decisión de la autoridad nominadora, luego de concluida una investigación disciplinaria (Cfr. fojas 11 a 15 del expediente judicial); y

D. Los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; normas que se refieren, respectivamente, a los principios que informan al procedimiento administrativo general; y a la motivación de los actos que afecten derechos subjetivos (Cfr. fojas 15 y 16 del expediente judicial).

III. 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 negocio jurídico en estudio, observamos que la pretensión de la demandante está dirigida a obtener la declaratoria de nulidad, del Resuelto 157 de 13 de marzo de 2017, emitido por el Ministerio de Comercio e Industrias, por medio del cual se dejó sin efecto el nombramiento de **Silka Ileana Ortíz Hernández** del cargo de Promotor de Comercio e Industrias que ocupaba en la institución (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el acto administrativo en referencia, **Ortíz Hernández** presentó un recurso de reconsideración, mismo que fue resuelto mediante la Resolución 83 de 17 de agosto de 2017, y notificada el 14 de septiembre de 2017, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 25 y 26 del expediente judicial).

Producto de la situación expuesta, la actora por medio de su apoderado judicial, el día 13 de noviembre de 2017, presentó ante la Sala Tercera la demanda que dio origen al proceso que ocupa nuestra atención, cuyo objetivo es que se le reintegre al cargo o posición que desempeñaba en la entidad, así como el pago de los salarios dejados de percibir de su destitución hasta su reintegro (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial).

Por otra parte, se advierte que al sustentar el concepto de la violación de las normas que aduce infringidas, el apoderado judicial de la accionante manifiesta que su representada gozaba de estabilidad, y que a pesar de ser un personal transitorio, no correspondía a la categoría de personal de libre nombramiento y remoción; por lo que no le

era aplicable la facultad discrecional de la autoridad nominadora; ya que era una servidora pública en funciones. Añade, que la contratación de su mandante no estaba sujeta al personal directamente adscrito a las funciones del superior jerárquico de la entidad nominadora y que la destitución se aplica únicamente por incurrir en causales que lo ameriten, o como consecuencia de la comisión de faltas administrativas (Cfr. fojas 9 a 17 del expediente judicial).

Frente a los argumentos expuestos por **Silka Ileana Ortíz Hernández**, este Despacho procederá a analizar de manera conjunta los cargos de infracción formulados en contra del Resuelto 157 de 13 de marzo de 2017, advirtiendo que al efectuar un juicio valorativo de las constancias visibles en autos, puede concluirse que el acto administrativo objeto del presente análisis se dictó conforme a Derecho, por lo que los argumentos ensayados por la accionante con la finalidad de demostrar su ilegalidad, carecen de sustento.

Según consta en autos, **Ortíz Hernández ingresó a la entidad en calidad de servidora pública de carácter “transitorio”** cuya duración conforme a la ley, no será mayor de doce (12) meses y expira con la vigencia fiscal, por lo tanto, no estaba o se encontraba amparada por ninguna carrera pública o fuero especial que limitara la discrecionalidad en su destitución. Como se advierte en el presente caso no existía normativa alguna, constitucional o legal que prohibiera la separación del cargo a la accionante, nombrada como personal transitorio mediante los Resueltos 213 de 26 de febrero de 2014; 007 de 2 enero de 2015; 443 de 1 de julio de 2015; 808 de 9 de octubre de 2015; 012 de 4 de enero de 2016; 477 de 21 de junio de 2016; y 1063 de 19 de diciembre de 2016, quedando a discreción de la entidad su separación del cargo (Cfr. fojas 29 a 35 del expediente administrativo).

En este marco de ideas, el artículo 263 de la Ley 63 de 2 de diciembre de 2016, que dicta el Presupuesto General del Estado para vigencia fiscal de 2017, define el concepto del personal transitorio y contingente esencialmente de la manera siguiente:

" **Artículo 263. Personal Transitorio y Contingente:**

Personal transitorio son los funcionarios que ocupan cargos en programas, actividades o proyectos, debidamente incluidos en la estructura de personal, cuyo periodo no será mayor de doce meses y expirará con la vigencia fiscal. Personal contingente son los funcionarios que ocupan cargos en programas o actividades con base en el detalle de la estructura de puestos, cuyo periodo no será mayor de seis meses y expirará con la vigencia fiscal.

En los casos de nombramiento de personal transitorio y contingente, se requerirá la acción de personal mediante resuelto interno, el cual será sometido a la fiscalización de la Contraloría General de la República..." (El resaltado es nuestro) (Cfr. página 103 de la Gaceta Oficial 28170-A de 2 de diciembre de 2016).

Descrito lo anterior, se colige que **Silka Ortíz Hernández**, era una funcionaria nombrada sucesivamente, por medio de Resueltos internos del Ministerio de Comercio e Industrias por un tiempo determinado. Sin embargo, señalamos que, no era necesario que se diera la culminación del contrato para el cual fue nombrada **Ortíz Hernández**, para que el Ministro de Comercio e Industrias, en uso de sus facultades legales, pudiese prescindir de las funciones que ejercía la accionante dentro de la entidad demandada (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

Por lo antes expuesto, podemos indicar que no es aplicable a la demanda en estudio el artículo 629 del Código Administrativo que trata sobre las facultades del Presidente de la República, que se estima violado, toda vez que, nos encontramos frente a la terminación laboral de **Silka Ortíz**; contratada desde el año 2014, en diferentes cargos mediante resuelto interno por la autoridad nominadora, que en este caso es el Ministro de Comercio e Industrias, único facultado para decidir sobre el nombramiento del personal transitorio y de contingencia y no el Presidente de la República.

En un caso similar, la Sala Tercera en fallo de 20 de diciembre de 2013, señaló lo siguiente:

“En los argumentos planteados se señala que no medió causa justa, debidamente comprobada para su destitución ni tampoco señaló los recursos que caben contra el mismo; no se cumplió con el principio de progresividad

de la sanción que contempla como última sanción la destitución; manifiesta que, debió aplicarse el procedimiento de destitución contenido en la ley 9 de 1994, toda vez que su aplicación no solamente abarca a los servidores públicos de carrera sino a los funcionarios en general. Una vez revisado el expediente de personal, observa la Sala que el señor ..., ingresó a la institución demandada como parte del personal contingente o eventual, nombrado con funciones de asistente administrativo I, con un sueldo mensual de B/1,000.00, por medio del Resuelto de Personal Contingente N° 17 de 5 de marzo de 2007, del 2 de abril de 2007 al 31 de diciembre de 2007, prorrogado por el Resuelto de Personal Contingente N° 5 de 2 de enero de 2008, del 2 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2008, y por el Resuelto de Personal Transitorio N° 177 de 27 de noviembre de 2008, del 2 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009.

En este marco de ideas, el artículo 202 de la ley 54 de 20 de diciembre de 2006, el artículo 212 de la ley 51 de 11 de diciembre de 2007, y el artículo 216 de la ley 69 de 4 de diciembre de 2008, que dictan el presupuesto general del Estado para la vigencia fiscal del año inmediatamente siguiente al de su promulgación, definen el concepto del Personal Transitorio y contingente esencialmente de la manera siguiente:

‘PERSONAL TRANSTORIO Y CONTINGENTE. Personal Transitorio son los funcionarios que ocupan cargos en programas o actividades, debidamente incluidos en la estructura de personal, cuyo periodo no será mayor de doce meses y expirará con la vigencia fiscal. Personal contingente son los funcionarios que ocupan cargos en programas o actividades con base en el detalle de la estructura de puestos, cuyo periodo no será mayor de seis meses y expirará con la vigencia fiscal.

En los casos de Personal Transitorio y contingente, se requerirá la acción de personal mediante resuelto interno, el cual será sometido a la fiscalización de la Contraloría General de la República...’ (El subrayado es de la Sala)

De las constancias procesales se colige que el señor ..., era un funcionario nombrado sucesivamente, por medio de Resueltos Internos del Ministro de Vivienda, por un tiempo determinado, ... Lo anterior implica que, una vez vencido el término fiscal para el cual fue nombrado el señor ..., **como parte del personal contingente de la institución, el Ministro de Vivienda, en uso de sus facultades legales, podía o no nombrarlo para el próximo periodo fiscal, por medio de un Resuelto**

Ministerial en el cual solo se requiera de su firma, como autoridad nominadora exclusiva.

...

Por lo antes expuesto, podemos concluir que no es aplicable al caso el artículo 629 del Código Administrativo que trata sobre las facultades del Presidente de la República, que se estima violado, toda vez, que por un lado, ... y por el otro, mediante resuelto interno la autoridad nominadora es el Ministro de Vivienda, único facultado para decidir sobre el nombramiento del Personal Transitorio y de contingencia y no el Presidente de la República.

...

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 DECLARAN QUE NO ES ILEGAL la ..., emitida por el Ministro de Vivienda y Ordenamiento Territorial, así como tampoco lo son sus actos confirmatorios y, por lo tanto, NO ACCEDEN a las pretensiones del recurrente.”

En este sentido reiteramos que, la recurrente estaba sujeta, en cuanto a su estabilidad en el cargo, a la **potestad discrecional de la autoridad nominadora**, en este caso, al titular de la entidad, por lo que su desvinculación de la función pública podía darse con fundamento en las facultades legales que ese servidor público posee para adoptar este tipo de decisiones.

Así las cosas, indicamos 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, que 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.

Ante estas circunstancias, la Administración puede ejercer la facultad de resolución "ad nutum", es decir, la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en su voluntad y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.

En abono a lo expuesto por este Despacho, cabe destacar también que la demandante no gozaba de la estabilidad laboral que alega le otorgaba la Ley 127 de 2013, a los servidores públicos, ya que la misma normativa en su artículo 2 **establece los funcionarios a los que no le será aplicable esta excerpta legal, dentro de los que se encuentran el personal de secretaría e inmediatamente adscritos a los servidores públicos, como ministros, viceministros de Estado, directores y subdirectores de las entidades autónomas**, gerentes y subgerentes de sociedades en las que el Estado tenga una participación mayoritaria; por lo que el puesto que ocupaba **Silka Ortíz Hernández**, se enmarcaba dentro de las eximentes a esa ley especial; por ende, entra dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción, razón por la que la entidad demandada, la desvinculó del puesto que ejercía en la institución (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

En cuanto al reclamo que hace la accionante en torno al pago de los salarios caídos, este Despacho estima que el mismo no resulta viable; ya que para que ese derecho pudiera ser reconocido a favor de **Ortíz Hernández**, sería necesario que el mismo estuviera instituido expresamente a través de una ley; lo que vendría a constituir un requisito indispensable para acceder a lo pedido, conforme lo ha señalado la Sala Tercera al dictar su Sentencia de 2 de febrero de 2009, que en su parte pertinente dice así:

“Con relación a los cargos de infracción a las demás disposiciones legales que se citan en el libelo de la demanda, cabe señalar que en efecto, el criterio sostenido por esta Superioridad respecto al pago de salarios caídos a favor de aquellos funcionarios que han sido reintegrados a sus cargos, deben ser viables jurídicamente, es decir que corresponde dicho pago en los casos que **la propia Ley dispone...**” (Lo resaltado es nuestro).

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, este Despacho solicita respetuosamente a ese Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL el Resuelto 157 de 13 de marzo de 2017**, emitido por el Ministerio de Comercio e Industrias ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, pide se desestimen las demás pretensiones de la accionante.

IV. Pruebas. 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 la recurrente.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 826-17