



Vista Número 1903

**MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 7 de diciembre de 2018

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Pena Jurisdicción.**

El Doctor Carlos Ayala Montero, actuando en nombre y representación de **Laura Herminia Hutchinson Marengo**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 30 de 31 de mayo de 2018, emitido por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Desarrollo Social**; su acto confirmatorio; y que se hagan otras declaraciones.

**Contestación  
de la demanda.**

**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 es un hecho; por tanto, se niega.

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

**Tercero:** No consta; por tanto, se niega.

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

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

**Sexto:** Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 1-8 del expediente judicial).

**Séptimo:** No es un hecho; por tanto, se niega

**II. Normas que se aducen infringidas.**

La demandante señala que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

**A.** Los artículos 154, 155 y 158 del Texto Único de 29 de agosto de 2008, que ordena sistemáticamente la Ley 9 de 20 de junio de 1994, los cuales señalan que debe recurrirse a la destitución cuando se ha hecho uso progresivo de las sanciones establecidas en el régimen

disciplinario; sobre las conductas que admiten destitución directa; y, los documentos que señalen o certifiquen la destitución, deberán incluir la causal de hecho y derecho por la cual se procedió a la destitución (Cfr. fojas 4 - 7 del expediente judicial);

**B.** El artículo 29 de la Ley 23 de 12 de mayo de 2017, que reforma el Texto Único de la Ley 9 de 1984, que establece y regula la Carrera Administrativa, y dicta otras disposiciones, el cual indica que esa Ley no será aplicable a los servidores públicos escogidos por elección popular, los nombrados por periodos fijos, el personal de secretaria o inmediatamente adscrito a los servidores públicos, el personal nombrado por consultoría y todos aquellos de libre nombramiento y remoción (Cfr. foja 7 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 las constancias procesales, el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Desarrollo Social, emitió el Decreto de Personal 30 de 31 de mayo de 2018, por medio de la cual, entre otras cosas, resolvió dejar sin efecto el nombramiento de **Laura Herminia Hutchinson Marengo** del cargo de Secretaria Ejecutiva III, el cual ostentaba en esa entidad (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

Consta igualmente, que debido a su disconformidad con esta medida, la accionante presentó un recurso de reconsideración que fue decidido mediante la Resolución 325 de 25 de junio de 2018, la cual mantuvo en todas sus partes lo dispuesto en el acto principal, notificada el 10 de julio de 2018, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 10 a 13 del expediente judicial).

Producto de la situación expuesta, **Hutchinson Marengo**, actuando por conducto del Doctor Carlos Ayala Montero, el 9 de agosto de 2018, presentó ante la Sala Tercera la demanda que dio origen al proceso que ocupa nuestra atención, cuyo objeto es que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 30 de 31 de mayo de 2018, su acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones, entre éstas, que se ordene al Ministerio de Desarrollo Social su reintegro; que se le haga efectivo el pago de los salarios dejados de percibir hasta la fecha de su reincorporación (Cfr. foja 2 del expediente judicial).

Por otra parte, se advierte que al sustentar el concepto de la violación de la norma que aduce infringida, el apoderado especial de la recurrente señala que su representada contaba con cuatro (4) años de servicio continuo en la institución pública demandada, por lo que, a su juicio, la autoridad nominadora no podía aplicar su discrecionalidad para desvincularla de la Administración Pública. Añade, que su poderdante no incurrió en faltas disciplinarias ni se instruyeron procesos disciplinarios en su contra, lo que, según expresa, era necesario para poder destituir la del cargo, pues, el misma gozaba de estabilidad laboral (Cfr. fojas 4-7 del expediente judicial).

Una vez examinados los cargos de ilegalidad en los que se basan la pretensiones demandadas, los cuales rebatiremos de manera conjunta, dada la estrecha relación que guardan entre sí, este Despacho considera que los mismos deben ser desestimados por el Tribunal, por las razones de hecho y de Derecho que exponemos a continuación.

Según consta en la Resolución 325 de 25 de junio de 2018, que resuelve el recurso de reconsideración presentado por la actora, **Laura Herminia Hutchinson Marengo** ingresó a la **entidad a través de un contrato como personal transitorio** a partir del 22 de septiembre de 2014, posteriormente nombrada como personal permanente en el cargo de Secretaria Ejecutiva III (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

Como se advierte en el presente caso, **Laura Herminia Hutchinson Marengo no era una servidora pública de carrera, sino de libre nombramiento y remoción**; ya que ésta no estaba incorporada, mediante el sistema de méritos, a una Carrera Pública, ni había accedido al cargo del cual fue desvinculada mediante un concurso o sistema de méritos, por lo que **no gozaba de estabilidad en su puesto de trabajo**, criterio que, a nuestro juicio, se corrobora ante la **ausencia de pruebas que demuestren su incorporación a una Carrera Pública o su ingreso a la entidad demandada mediante un concurso o sistema de méritos**, razón por la cual el Órgano Ejecutivo concluyó que le resultaba aplicable lo dispuesto en el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, en concordancia con el artículo 794 del mismo texto legal.

Debido a la condición laboral que mantenía la recurrente, puede arribarse a la conclusión que la desafectación de su nombramiento se dio en el marco de lo contemplado en el numeral 18 del

artículo 629 del Código Administrativo, en el que se consagra la facultad del Presidente de la República para remover, en cualquier momento, a los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución Política o las leyes dispongan que no son de libre remoción (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

El ejercicio de esta potestad discrecional que la ley le otorga al Presidente de la República, con la participación del ministro del ramo, ha sido objeto de numerosa jurisprudencia del Tribunal. Ejemplo de la misma es la Sentencia de 29 de diciembre de 2009, en la cual la Sala Tercera 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... 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... 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." (Lo destacado es nuestro).

En igual sentido podemos indicar, que ante la falta de estabilidad de un funcionario público en el cargo que se le adscribe es aplicable el artículo 794 del Código Administrativo, que consagra la facultad de resolución "ad-nutum" de la administración, es decir, la revocación del acto de nombramiento por la voluntad de la entidad, representada en este artículo por la autoridad nominadora, quedando a discreción del mismo la adopción de la medida, considerando su conveniencia y oportunidad.

Con respecto a la interpretación y aplicación del contenido del artículo 794 del Código Administrativo, la Sala Tercera ha señalado lo siguiente en la Sentencia de 29 de diciembre de 2009; resolución que en lo pertinente indica:

"...ante la falta de estabilidad en el cargo, el funcionario queda sujeto a la remoción discrecional de la autoridad nominadora, tal y como lo prevé el artículo 794 del Código Administrativo, que consagra la facultad de resolución 'ad-nutum' de la Administración. También, que en ejercicio de esta facultad la autoridad nominadora puede declarar la insubsistencia del cargo de un funcionario sin tener que motivar el acto, sólo basta que considere su conveniencia y oportunidad -reestructuración, presupuesto, etc. (Cfr. Sentencia de la Sala Tercera de 9 de Agosto de 2006)."

De igual manera, esta Procuraduría considera importante plasmar lo desarrollado por la Sala Tercera en la Sentencia de fecha 22 de junio de 2016, en cuanto a los conceptos de permanencia y estabilidad:

“Este Despacho es del criterio que en el presente proceso se ha venido gestando una confusión en cuanto a los conceptos de permanencia y de estabilidad. Es por ello que consideramos prudente revisar los criterios expuestos por la jurisprudencia de esta misma Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, la cual en su sentencia del 25 de abril de 2012, dispuso lo siguiente:

‘(...) Por consiguiente, la funcionaria demandante no gozaba del derecho a estabilidad en el cargo, lo que implicaba que su cargo quedaba a disposición de la autoridad nominadora en ejercicio de su facultad discrecional.

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 adquiriera 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.’

De la transcripción de la sentencia anteriormente mencionada se puede colegir que la condición de permanencia en un cargo público no quiere decir que el servidor público adquiere automáticamente la estabilidad para la posición que ocupa dentro de la Administración, sino que por el contrario el funcionario que ha sido nombrado con carácter permanente se encuentra ocupando una posición de la estructura institucional, sin que su nombramiento tenga fecha de finalización, hasta tanto adquiriera la condición de servidor de carrera, o sea desvinculado de la posición que ocupa.

Cuando un servidor público no se encuentra amparado bajo el régimen de estabilidad en el cargo, la administración puede ejercer la facultad de revocar el acto de nombramiento, justificado ello en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, de acuerdo a la oportunidad y conveniencia que tiene la Administración Pública.

En este orden de ideas, el Sr. ..., en su calidad de funcionario asistente del Fiscal General Electoral se le contrató con el grado de permanencia en una posición de la estructura institucional, por lo que no se le iban a estar prorrogando periódicamente los contratos temporales firmados con la entidad pública. Lo anterior no quiere decir que inmediatamente iba a adquirir la estabilidad dentro de dicha posición.

---

Han sido innumerables las sentencias dictaminadas por esta Máxima Corporación de Justicia, en las que ha indicado que la estabilidad se adquiere a través del sistema de méritos, oposiciones o concursos, a través de los cuales la Administración Pública se puede cerciorar que de todo el personal que intervino en la participación del concurso o de la selección laboral, se escogió al personal más competente para ocupar dicha posición dentro del engranaje gubernamental y como beneficio se le otorga la estabilidad a dicha persona por sus méritos, salvo que el mismo incurra en una causal de violación a las normas o disposiciones legales y reglamentarias.

Si ya se ha visto que el ..., **fue nombrado bajo el cargo de permanente, lo cual implicaba que no se le iba a estar renovando periódicamente su contrato de trabajo con el Estado, ello no quiere decir que el mismo gozaba de estabilidad, lo anterior nos obliga a plantear entonces la situación que el recurrente era un funcionario de libre nombramiento y remoción, por lo que la propia entidad nominadora podía recurrir a la destitución en el caso que así lo requería**, tal como se desprende del informe de conducta enviado por el Fiscal General Electoral (Cfr. f. 24 del expediente judicial), en donde se señalaba que el demandante se encontraba bajo el régimen de libre nombramiento y remoción, lo que habilitó a la entidad demandada a proceder con su destitución.

La acción de destitución que llevó a cabo la Fiscalía General Electoral, estaba perfectamente fundamentada en base al principio de legalidad sobre el artículo 125 del Texto Único de 4 de septiembre de 2007.

**En materia probatoria, no se observa tanto en el expediente principal, como tampoco dentro del expediente que contiene el historial o expediente administrativo del ..., documentación alguna que certifique o acredite que en efecto el hoy demandante pertenece al régimen de carrera administrativa, o que haya ingresado por la vía del concurso de méritos u oposiciones, para adquirir estabilidad dentro del cargo que ocupa.**

En este sentido, es importante recordarle a la parte actora del presente proceso, que es deber probar los hechos que se alegan dentro de la demanda. En otras palabras, quien alega debe probar que en efecto gozaba de estabilidad, y que la destitución se hizo de forma arbitraria, para que entonces pueda este Tribunal de lo Contencioso-Administrativo proceder a restituirle al servidor público su derecho vulnerado. Pero como en el presente proceso no se logra percibir que el Sr. ..., era un funcionario que obtuvo su cargo en virtud de méritos, capacidades, oposiciones y competencias, lo pertinente es arribar a la conclusión que su posición es de libre nombramiento y remoción, por lo que las actuaciones realizadas por la Fiscalía

General Electoral no devienen en ilegales, ni era necesario la instrucción de un proceso administrativo para proceder con su destitución o remoción. También observa éste Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, que la Fiscalía General Electoral cumplió con lo dispuesto por Ley, al permitirle al afectado interponer los respectivos recursos de impugnación en contra del acto administrativo demandado.

#### VI.- PARTE RESOLUTIVA:

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL la Resolución de Personal N°. 102 del 16 de Enero de 2015, dictada por la Fiscalía General Electoral, su acto confirmatorio, y en consecuencia procede a negar el resto de las peticiones solicitadas en la demanda." (La negrita es nuestra).

Lo anterior implica que, con fundamento a esta norma, la administración puede ejercer la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en su voluntad y discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad, cuando el funcionario que ocupaba el cargo no se encuentra bajo el amparo del derecho a la estabilidad. En estos casos no se requiere la realización de un proceso disciplinario, máxime cuando la destitución no obedece a una causa disciplinaria.

Lo antes expuesto, permite concluir que para proceder con la remoción del ex servidor público no era necesario invocar alguna causal específica ni agotar ningún procedimiento interno, que no fuera otro que notificarlo de la resolución recurrida y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, posibilitándole con ello la impugnación del acto a través del correspondiente recurso de reconsideración, tal como ocurrió en la vía gubernativa, de allí que los cargos de infracción alegados por el demandante deben ser desestimados por la Sala Tercera.

En este contexto, esta Procuraduría observa que la finalidad de la acción en estudio, es que se le pague a **Laura Herminia Hutchinson Marengo** los salarios dejados de percibir; sin embargo, esta solicitud no resulta posible, 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).

En un caso similar al que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera en el 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 el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto en los párrafos precedentes, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirva declarar que **NO ES ILEGAL el Decreto de Personal 30 de 31 de mayo de 2018**, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Desarrollo Social, y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la demandante.

**IV. Pruebas.** Se **aduce** como prueba documental de este Despacho, la copia autenticada del expediente de personal de la recurrente, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

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

**Del Honorable Magistrado Presidente,**



Rigoberto González Montenegro  
**Procurador de la Administración**



Mónica I. Castillo Arjona  
**Secretaria General**

Expediente 1033-18