

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 291

Panamá, 15 de marzo de 2017

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.**

**Alegato de conclusión.**

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.

**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 alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior.

De acuerdo con las constancias que reposan en autos, 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**, por medio de los cuales se deja sin efecto su nombramiento del cargo que ocupaba en dicha entidad como Abogado 1, posición 3658 (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el recurrente manifestó 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).

En aquella ocasión, mediante la Vista de Contestación 122 de 25 de enero de 2017, este Despacho advirtió que no le asiste la razón al demandante en virtud de varios presupuestos jurídicos que a continuación reiteramos.

Este Despacho considera necesario recurrir a quienes han realizado un examen minucioso y prolijo del alcance de la discrecionalidad administrativa, y en tal sentido, estimamos 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, reiteramos que como bien se ha expuesto, 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 insiste en 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 este 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 como Abogado 1 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.<sup>7</sup>

**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).

#### **Actividad probatoria**

En el Auto de Pruebas 81 de 22 de febrero de 2016, quedó acreditado que el demandante **se limitó a ratificarse de las pruebas documentales aportadas y aducidas en la demanda**, las que se refieren, entre otros, la copia autenticada del acto impugnado, a saber, la Resolución 246 de 21 de junio de 2016, emitida por la **Autoridad Nacional de Aduanas**, por medio de los cuales se deja sin efecto el nombramiento de **Guillermo David Torres Samudio**; la copia autenticada de la Resolución 285 de 4 de julio de 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de reconsideración, la copia autenticada del Acta de Toma de Posesión (Cfr. fojas 7-20 del expediente judicial).

La doctrina destaca aportes como los del jurista Eduardo Couture, quien en su obra señala que: *"La prueba es un medio de verificación de la proposiciones que los litigantes formulan en el juicio"* (COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3º

Edición. Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1997, pág. 2015); sin embargo, los documentos aportados por el actor y admitidos por el Tribunal, **contrarios a respaldar y corroborar los argumentos propuestos, sólo se limitan a cumplir con los requisitos para la admisión de la demanda bajo análisis.**

En lo que respecta a las pruebas admitidas, este Despacho observa que las mismas no logran desvirtuar el fundamento de Derecho que sustentó la destitución en estudio, lo que se traduce en **la nula o escasa efectividad de los medios probatorios ensayados por el demandante**; por consiguiente, somos de la firme convicción que en el negocio jurídico bajo examen, el recurrente no asumió la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial que obliga a quien demanda a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión, deber al que se refirió la Sala Tercera en el Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo, lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (el subrayado corresponde a la Sala)

Al respecto del artículo transcrito, es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: ‘en las actuaciones administrativas se deben observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *‘la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor’*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...” (La negrilla es nuestra).

De la lectura del precedente judicial reproducido, se infiere la importancia que tiene que el accionante cumpla con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante la Sala Tercera; ya que la actividad probatoria implica demostrar la verdad de un hecho; sin embargo, el demandante reiteramos sólo se ratificó de las pruebas aportadas y aducidas con la demanda, lo que evidencia la inexistencia de elementos probatorios; pues ninguno de los documentos aportados en la demanda por el recurrente, desmeritan las actuaciones administrativas vertidas por la autoridad demandada, ni aportan elementos de convicción que corroboren los argumentos esbozados por éste.

En virtud de lo antes expuesto, esta Procuraduría reitera su solicitud al Tribunal para que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución 246 de 21 de junio de 2016**, emitida por la Autoridad Nacional de Aduanas.

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

  
Rigoberto González Montenegro  
Procurador de la Administración

  
Mónica I. Castillo Arjona  
Secretaria General

Expediente 567-16