

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 312

Panamá, 19 de marzo de 2018

Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción

El Licenciado Augusto Alfredo Berrocal Berrocal, actuando en nombre y representación de **Azael Enrique Barsallo Vásquez**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa número 248-17 de 29 de agosto de 2017, emitida por el Gerente General del **Banco de Desarrollo Agropecuario**, el 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 consta; 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: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; 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. foja 30 del expediente judicial).

Décimo Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. reverso de foja 30 del expediente judicial).

Décimo Tercero: No es cierto; por tanto, se niega.

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Normas que se aducen infringidas.

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

A. Los artículos 15 (numeral 8) y 66 de la Ley 17 de 21 de abril de 2015, que Reorganiza el Banco de Desarrollo Agropecuario, los cuales se refieren a las atribuciones del Gerente General, entre ellas, la de nombrar, destituir, trasladar, así como emitir las demás acciones de personal y la finalización extraordinaria de la relación laboral; la cual puede darse aun cuando no exista causa justificada. En esos casos, se pagará una indemnización a razón de una semana de sueldo por cada año trabajado, hasta un máximo de cuarenta (40) semanas (Cfr. fojas 8, 9 y 10 del expediente judicial);

B. El artículo 126 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, el cual señala los casos en los que los funcionarios quedarán retirados de la Administración Pública (Cfr. foja 10 del expediente judicial);

C. Los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; los cuales se refieren a los principios que informan al procedimiento administrativo general y a la motivación del acto administrativo (Cfr. fojas 10 y 11 del expediente judicial);

D. El artículo 54 de la Ley 135 de 30 de abril de 1943, reformada por la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946, que indica que ningún acto administrativo revocado por el Tribunal, podrá ser reproducido por la corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones revocadas (Cfr. foja 12 del expediente judicial); y

E. Los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, modificada por la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, que guardan relación con el derecho a la estabilidad laboral que tienen los trabajadores a quienes se les detecte enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral; la prohibición de invocar como causal de despido tales padecimientos; y que los trabajadores afectados solo podrán ser despedidos o destituidos de sus puestos de trabajo por causa justificada y previa autorización (Cfr. fojas 12 a 14 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso y descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

De acuerdo con lo que consta en autos, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 248-17 de 29 de agosto de 2017, emitida por el Gerente General del Banco de Desarrollo Agropecuario, mediante el cual se dio por finalizada la relación laboral con **Azael Enrique Barsallo Vásquez** del cargo de planificador, que ocupaba en dicha entidad (Cfr. foja 29 del expediente judicial).

El citado acto administrativo fue impugnado a través del correspondiente recurso de reconsideración y confirmado mediante la Resolución Administrativa 252-17 de 11 de septiembre de 2017, expedida por el Gerente General del Banco de Desarrollo Agropecuario. Dicha resolución le fue notificada al actor el 19 de septiembre de 2017, con lo que quedó agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 30 y reverso del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, el demandante ha acudido a la Sala Tercera para interponer la acción que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare que el acto impugnado es nulo, por ilegal; y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la institución que se le restituya a sus labores, con el correspondiente pago de los salarios que haya dejado de percibir desde el momento de su destitución hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el apoderado judicial del recurrente señala que el Gerente General del Banco de Desarrollo Agropecuario dictó el acto administrativo desconociendo que su poderdante padece de hipertensión arterial y que tenía derecho a mantenerse en el cargo, de ahí que la única forma que podía ser destituido era incurrir en una conducta que diera lugar a la remoción. Igualmente, señala que la Administración conocía que su mandante es un enfermo crónico, lo que impedía poner fin a la relación jurídica. Agrega, que su cargo no era de aquellos considerados de libre nombramiento y remoción, por lo que era imposible aplicar la discrecionalidad y que en el caso bajo examen no se le formuló cargo alguno ni se concretó investigación pertinente para destituirlo, lo que indica una violación a los principios del debido proceso y legalidad (Cfr. fojas 8 a 14 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los argumentos expresados por el actor, por razón que la resolución acusada establece que el ingreso de **Azael Enrique Barsallo Vásquez** a la institución **fue discrecional**. Además en el Informe Explicativo de Conducta se manifestó lo siguiente:

“Que la Ley 17 de 21 de abril de 2015, que reorganiza el Banco de Desarrollo Agropecuario...es una legislación especial, en ella se ve inmerso los temas que regula la (sic) gestiones administrativas del personal dentro de la entidad bancaria del estado (sic), siendo así, una normativa especial, la que mantiene en su articulado la potestad legal y discrecional del Gerente General de finalizar la relación laboral de forma extraordinaria, tal como se lo permite el artículo 66, que dicta así:

*‘Artículo 66. Finalización extraordinaria de la relación laboral: Excepcionalmente, el **gerente general podrá dar por finalizada la relación laboral de un servidor público permanente del Banco, aun cuando no exista causa justificada**, en cuyo caso se le pagará una indemnización a razón de una semana de sueldo por cada año de trabajo hasta por un máximo de cuarenta semanas.’ (el resaltado es de la institución)*

Puesto así, se inicia con la premisa que la normativa utilizada para poner fin a la relación laboral entre un funcionario y el banco, es una ley vigente y legalmente constituida... faculta al Gerente General a remover al personal bajo su dependencia, y no requiere para ello de la apertura de un proceso disciplinario, por lo que el presente acto se encuentra revestido de legalidad.

Consideramos importante señalar que el Banco de Desarrollo Agropecuario, no se encuentra incorporado al régimen de carrera administrativa y es la Ley 17 de 21 de abril de 2015, que reorganiza el Banco de Desarrollo Agropecuario... y dentro de ella no regula la adquisición de la estabilidad laboral de forma especial." (Cfr. foja 48 del expediente judicial).

De lo anterior, se desprende fácilmente que **Barsallo Vásquez** era un funcionario público en funciones, a quien se podía desvincular discrecionalmente de la Institución.

Al no formar parte de una carrera pública que, a su vez, le garantizara estabilidad laboral, es fácil inferir que el cargo que el demandante ocupaba en el Banco de Desarrollo Agropecuario era de libre nombramiento y remoción; por lo que, en este caso, la autoridad nominadora no estaba obligada a demostrar la existencia de una causal de carácter disciplinario para destituirlo ya que el acto administrativo demandado se sustenta en la potestad discrecional que le asiste a dicha autoridad, que fue ejercida por el Gerente General con fundamento en el artículo 15 (numeral 8) de Ley 17 de 21 de abril de 2015, que contiene la facultad que le fue delegada, lo que le permite nombrar, destituir, sancionar, trasladar y entre otras **emitir las demás acciones de personal**, por lo que a raíz de dichas atribuciones se aplicó el artículo 66 de la referida ley, para dar por finalizada la relación laboral con el ex servidor (Cfr. fojas 29 y 47 del expediente judicial).

También es oportuno aclarar, que el Gerente del Banco de Desarrollo Agropecuario estaba plenamente facultado para desvincular al actor del cargo que desempeñaba; ya que solo las leyes especiales o las que instituyen carreras en la función pública, como es el caso de la Ley de Carrera Administrativa, pueden otorgar a los funcionarios estatales condiciones de estabilidad en el cargo, por haber accedido al mismo en un sistema de méritos o selección, tal como lo ha señalado la Sala Tercera en reiterada jurisprudencia, situación en la que no se encontraba el accionante.

En un proceso similar al que nos ocupa, la Sala Tercera en Sentencia de 25 de mayo de 2017 manifestó lo siguiente:

“ ...

Ahora bien, ante el hecho de que la parte actora, al momento de emitirse el acto demandado no se encontraba gozando del derecho a la estabilidad alcanzado por medio de una ley formal de carrera o por una ley especial la Administración puede ejercer la facultad de resolución "ad nutum", es decir, de revocar el acto de nombramiento, con fundamento en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.

En este mismo contexto, esta Sala ha expuesto que el derecho a la estabilidad del servidor público es inherente al funcionario investido por una carrera de la función pública, regulada por una ley formal de carrera, o es concedido por una ley especial que consagre los requisitos para la obtención del beneficio, generalmente basado en un sistema de mérito y competencia del recurso humano. Si no es así, la disposición del cargo queda bajo la potestad discrecional de la Administración.

Debemos indicar que, en el presente caso, la autoridad nominadora se encuentra debidamente representada por la Directora General, quien en base al artículo 22, ordinal 11 de la ley 8 de 29 de marzo de 2000, modificada por la Ley 72 de 9 de noviembre de 2009, remueve al funcionario demandante del cargo que ocupaba dentro de la institución..., ya que la Administración se encuentra debidamente representada para la emisión del acto impugnado, toda vez que el ex-funcionario carecía de estabilidad en el cargo.

En base a las constancias procesales, podemos concluir que el funcionario demandante ostentaba el estatus de servidor público en funciones, mismo que no ocupa la categoría de servidor de carrera y que se encontraba ocupando un cargo que forma parte de la estructura institucional de forma permanente, manteniendo el status hasta que adquiriera la condición de carrera o se le separe de la función pública.

Cabe acotar que, si bien el funcionario ocupaba un cargo de carácter permanente, dicha condición 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.

En este aspecto, debemos advertir que no es aplicable al caso el artículo 2 de la ley 9 de 1994, toda vez que en el acto de destitución no se utiliza la figura de libre nombramiento y

remoción para removerlo de la institución, no obstante, el cargo del funcionario estaba a disposición de la autoridad nominadora por ser un servidor público en funciones.

Lo anterior implica que, el proceso disciplinario que alega la parte fue omitido, en este caso, no era necesario, toda vez que la destitución del cargo no se hace en virtud de alguna causa disciplinaria, sino en el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, por tanto, tal procedimiento no era requerido.

Con respecto a la supuesta vulneración del derecho a la defensa del accionante, se observa en el expediente que el mismo tuvo acceso al acto impugnado, el cual recurrió por medio del recurso de reconsideración ante la Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (AMPYME), que aunque no fue resuelto dentro del término que establece la ley, ya que transcurrieron en exceso los dos (2) meses a que hace alusión el numeral 1 del artículo 200 de la ley 38 de 2000, que establece el agotamiento de la vía gubernativa y que garantiza de esta forma la tutela judicial efectiva, no obstante, ésta situación le permitió al señor ... acudir a la vía jurisdiccional. Por lo que estima esta Sala que, se le permitió a la parte actora ejercer su defensa y el derecho al contradictorio.

Por último, en atención a la figura utilizada para remover de la administración pública al señor Olmedo Anderson Lee, la cual fue la de dejar sin efecto su nombramiento, observa esta Sala que a simple vista la actuación de la Administración no es más que la de removerlo del cargo y que, este hecho por sí solo no acarrea la ilegalidad del acto, ya que su finalidad es clara y entendida en este contexto tanto por la parte actora como por la entidad demandada, de conformidad con sus actuaciones dentro del proceso.

En razón de lo antes expuesto, no proceden los cargos de violación de los artículos 126, 156 y 157 del Texto Único de la ley 9 de 1994 ni de los artículos 34 y 155 de la ley 38 de 2000, relativos al retiro de la Administración Pública, el procedimiento disciplinario, las garantías procesales que lo revisten y los principios rectores del derecho administrativo, toda vez que, que el señor ... no era un funcionario amparado por el derecho a la estabilidad, ni la destitución obedeció a razones disciplinarias.

Toda vez que los cargos de violación alegados por la parte actora no acreditan la ilegalidad del Decreto de Personal No. ..., emitida por la Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (AMPYME), que se recurre, no es procedente declarar la nulidad del acto ni las consecuentes declaraciones solicitadas.

VI. DECISIÓN DE LA SALA. 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 ES ILEGAL el Decreto de Personal

No. ..., emitida por la Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (AMPYME) y, por lo tanto, NO ACCEDE a las pretensiones del demandante." (Lo resaltado es nuestro).

En este sentido reiteramos que, el recurrente estaba sujeto, 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 lo que respecta a los cargos relacionados con el padecimiento de enfermedades terminales, crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, este Despacho debe advertir que de las pruebas presentadas en el expediente, como es el caso de la Sentencia de fecha 22 de junio de 2016, si bien se menciona que el señor **Azael Barsallo** fue diagnosticado en un momento con hipertensión arterial, no podemos pasar por alto que la finalización de la relación laboral, no es producto de la existencia de las enfermedades que padece

el demandante, sino de la facultad excepcional que le concede el artículo 66 de la Ley 17 de 21 de abril de 2015, al Gerente General del Banco de Desarrollo Agropecuario para poner fin al estatus laboral aún cuando no existiera causa justificada (Cfr. fojas 26 y 42 del expediente judicial).

En este contexto, esta Procuraduría observa que producto de la condición laboral en la que se encontraba el accionante, no era necesario que la autoridad nominadora recurriera a una causal de carácter disciplinario; ya que bastaba con notificarla de la resolución acusada y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, por medio del correspondiente recurso de reconsideración, tal como ocurrió en la vía gubernativa. Por lo tanto, no se han infringido los principios que informan al procedimiento administrativo en general, no se ha suscitado ningún tipo de vicio de nulidad absoluta, ni se ha incurrido en una falta de motivación del acto administrativo; razón por la cual los cargos formulados carecen de sustento jurídico y, por ende, deben ser desestimados por el Tribunal.

Para finalizar, no se puede pasar por alto que a pesar de haberse dado por finalizada la relación laboral con **Azael Barsallo**, quien ocupó el cargo de Planificador en el Banco de Desarrollo Agropecuario; al hoy accionante se le reconoció una indemnización tal como se indicó en la Resolución Administrativa 248-17 de 29 de agosto de 2014, por lo que somos del criterio, que si ya le fue reconocido esta prestación al actor, así como las demás que por ley tiene derecho, no consideramos viable la solicitud de un reintegro, pues se estaría violentando la normativa en cuanto a la percepción de un emolumento que no le correspondería de accederse lo peticionado en su escrito de demanda (Cfr. foja 29 del expediente judicial).

En cuanto al reclamo que hace el recurrente 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 **Azael Barsallo Vásquez**, 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).

En virtud de lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita a ese Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución Administrativa 248-17 de 29 de agosto de 2017**, emitida por el Gerente General del Banco de Desarrollo Agropecuario, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones del recurrente.

IV. Pruebas. Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal, se **aduce** como prueba documental de esta Procuraduría, la copia autenticada del expediente de personal de **Azael Enrique Barsallo Vásquez**, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

V. Derecho. No se acepta el invocado por el demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cecilia Elena López Cadogan
Secretaria General, Encargada

Expediente 839-17