

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 316

Panamá, 22 de marzo de 2017

Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción.

El Licenciado Elquis Esaúl Jaén Muñoz, actuando en representación de **Eduardo Batista Montenegro**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 068 de 23 de noviembre de 2015, emitida por el **Ministerio de Economía y Finanzas**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de conclusión.

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 el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestro escrito de contestación de la demanda, al afirmar que no le asiste la razón al demandante **Eduardo Batista Montenegro**, en lo que respecta a su pretensión dirigida fundamentalmente a lograr que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo contenido en la Resolución Administrativa 068 de 23 de noviembre de 2015, emitida por el **Ministerio de Economía y Finanzas**, así como su acto confirmatorio, y se efectúen otras declaraciones.

Tal como lo indicamos en la Vista Fiscal 1425 de 23 de diciembre de 2016, el hoy demandante **Eduardo Batista Montenegro**, era funcionario del Ministerio de Economía y Finanzas al momento en que se produce su separación del cargo, la cual había sido dispuesta como medida cautelar por la Fiscalía Primera del Circuito de Herrera, Agencia de Instrucción del Ministerio Público, en razón de una investigación criminal seguida en su contra; la cual fue comunicada por dicha

agencia mediante el oficio 5481 de 12 de diciembre de 2007. En cumplimiento de la referida orden, el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Resuelto Administrativo 1207 de 10 de diciembre de 2007, dispuso acatar la misma, procediendo a separar del cargo al precitado ciudadano, en cumplimiento con lo señalado en el artículo 149 de la Ley 9 de 1994, el cual señala:

“Artículo 149. Los servidores públicos sometidos a investigación judicial o administrativa pueden ser objeto de separación de sus cargos, en virtud de mandamiento de autoridad judicial competente; o de la autoridad nominadora, en caso de procesos disciplinarios.” (Lo resaltado es nuestro)

En el caso que nos ocupa, el señor **Eduardo Batista Montenegro** fue objeto de una investigación por parte del Ministerio Público, y en consecuencia, el agente de instrucción ordenó como una medida cautelar, la suspensión del mismo del cargo público que ostentaba en el Ministerio de Economía y Finanzas, entidad que sólo materializó lo dispuesto por el Fiscal de la causa.

Este punto es fundamental, toda vez el artículo 149 de la Ley 9 de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa establece:

“Artículo 149. Los servidores públicos sometidos a investigación judicial o administrativa pueden ser objeto de separación de sus cargos, en virtud de mandamiento de autoridad judicial competente; o de la autoridad nominadora, en caso de procesos disciplinarios.”

Se puede concluir entonces, que la separación del cargo del señor **Eduardo Batista Montenegro**, es producto de una investigación judicial y no de un procedimiento de índole administrativo, por lo que no es aplicable el artículo 108 de la Resolución DS-AL-103 de 8 de noviembre de 2000, por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Ministerio de Economía y Finanzas, por no tratarse de una investigación disciplinaria. En efecto, la referida norma, citada como parte del fundamento jurídico a la demanda presentada, establece:

“Artículo 108. De la Separación Provisional y el Reintegro. Con el fin de asegurar la armonía y

seguridad del ambiente laboral, cuando sea necesario la Autoridad Nominadora podrá separar provisionalmente al servidor público durante el período de la investigación. Cuando la investigación realizada demuestre que no existen causales de destitución, el servidor público se reincorporará a su cargo y recibirá las remuneraciones dejadas de percibir durante la separación.”

Consideramos que no le asiste razón al demandante, toda vez que la norma antes trascrita, inmersa en el capítulo II (proceso disciplinario), del título VIII sobre Régimen Disciplinario de la Resolución DS-AL-103 de 8 de noviembre de 2000, por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Ministerio de Economía y Finanzas no es aplicable al procedimiento administrativo adelantado por dicha instancia y cuyo acto conclusivo se analiza en la presente demanda, toda vez que el presupuesto procesal regulado en la misma, se refiere a la separación provisional en razón de una investigación disciplinaria de índole administrativa, y no de la instrucción sumarial de carácter penal, la cual si bien es cierto, deviene al igual que la anterior del *ius puniendi* (Derecho Sancionador) que emana del Estado, sus finalidades son distintas.

Una vez concluida la instrucción sumarial, la fase intermedia o plenaria, el precitado Fiscal o el Juez de la causa, en caso de sobreseimiento o absolución del imputado, debía levantar todas las medidas cautelares, entre ellas la suspensión del cargo público que ostentaba **Eduardo Batista Montenegro**. De lo contrario, si la autoridad nominadora hubiese reintegrado al precitado ciudadano al cargo público, sin mediar constancia del levantamiento de la medida cautelar, habría violentado el principio constitucional de separación de poderes, al contravenir una orden jurisdiccional.

De acuerdo a lo alegado en el informe de conducta remitido por la autoridad demandada, el señor **Eduardo Batista Montenegro** había sido presuntamente absuelto por el Juez Liquidador de Causas de la Provincia de Herrera, según presunta Acta de Audiencia Preliminar fechada 3 de octubre de 2012, dentro del

sumario seguido al mismo por **Delitos contra la Administración Pública**, en su modalidad de **Concusión**, no obstante, el Ministerio de Economía y Finanzas jamás tuvo la certeza que el precitado juzgador haya levantado las medidas cautelares correspondientes, toda vez que de acuerdo a la ley, a este le corresponde adoptar tal decisión, como lo establece el artículo 2410 del Código Judicial:

“Artículo 2410. La sentencia tendrá una parte motiva y otra resolutive.

La parte motiva contendrá:

1. El nombre del tribunal, lugar y fecha;
2. La identificación del fiscal y de las otras partes;
3. Relación sucinta de los hechos que hubieren dado lugar a la formación del proceso, y
4. Mención del auto de enjuiciamiento y de la acusación formulada.

La parte resolutive contendrá, precedida de la frase: ‘administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley’:

1. La condena o absolución;
2. Las generales del imputado y demás circunstancias que lo identifiquen, y
3. Las disposiciones legales aplicadas.

La sentencia condenatoria contendrá la fijación de las penas y medidas de seguridad.

También podrá ordenar la indemnización de los daños material y moral causados a la víctima, a su familia o a un tercero, así como la restitución de la cosa obtenida por razón del delito o, en su defecto, el respectivo valor.

En la sentencia y en el sobreseimiento definitivo se ordenará el levantamiento de las medidas cautelares y de otra naturaleza decretadas contra el imputado, que no fueren inherentes a la pena.” (Lo resaltado es nuestro).

Ante el silencio por parte del juzgador de la causa penal, en cuanto la situación jurídica del señor **Eduardo Batista Montenegro**, el Ministro de Economía y Finanzas solicitó a la Procuraduría de la Administración, el criterio

sobre la petición de reintegro y pago de salarios caídos al señor **Eduardo Batista Montenegro**, cuya opinión, en la parte medular señaló lo siguiente:

“En virtud de todo lo expuesto, la opinión de esta Procuraduría es que **para que Eduardo Batista Montenegro pueda ser reintegrado al cargo que ocupaba antes de su separación es imprescindible la existencia de un mandato de autoridad competente que ordene el reintegro y el consecuente pago de los salarios caídos, siempre que, para esto último, exista una disposición legal que lo autorice, salvo que el mismo estuviera amparado por el régimen de Carrera Administrativa cuando fue separado del cargo.**” (Lo resaltado es nuestro).

En cuanto a las alegaciones de presunta violación a los artículos 34, 36, 52 y 53 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, consideramos que las mismas no se producen, toda vez que la acción del **Ministerio de Economía y Finanzas**, dentro del procedimiento establecido para la emisión del acto administrativo contentivo de la Resolución Administrativa 068 de 23 de noviembre de 2015, está apegado a la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. La autoridad nominadora en la presente encuesta procesal actuó en cumplimiento de una orden emanada de autoridad competente, en este caso, un Fiscal de Circuito, quien en ejercicio de las potestades que el Código Judicial le confirió, dentro de la instrucción sumarial correspondiente, adoptó una medida precautoria, la separación del cargo público que el señor **Eduardo Batista Montenegro** ostentaba, y ante el silencio de quien debía resolver la situación procesal del entonces sindicado, no hubo comunicación oficial alguna en tal sentido, por lo que mal puede haber violación al debido proceso, al principio de objetividad y estricta legalidad por parte del Ministro de Economía y Finanzas.

Consideramos que al momento en que el señor **Eduardo Batista Montenegro** hizo su petición de reintegro y pago de salarios caídos al **Ministerio de Economía y Finanzas** a fin de iniciar el procedimiento administrativo correspondiente, el mismo debió presentar la documentación completa a la misma, en razón de que a él le correspondía la carga de la prueba, de acuerdo a los efectos de satisfacer lo establecido en el artículo 150 de la Ley 38 de 2000, el cual señala:

“Artículo 150. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables.

No requieren prueba los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, respecto a los cuales la ley no exige prueba específica; los hechos notorios; los que estén amparados por una presunción de derecho, y el derecho escrito que rige en la Nación o en los municipios.

Se prohíbe a la Administración Pública solicitar o requerir del peticionario, documentos que reposen, por cualquier causa, en sus archivos, y que el interesado invoque como fundamento de su petición.” (Lo resaltado es nuestro).

La Procuraduría de la Administración debe insistir en el hecho que no existe evidencia cierta que acredite que el Tribunal que llevó la causa penal respectiva, haya levantado las medidas cautelares ordenadas contra **Eduardo Batista Montenegro** en dicho proceso, por lo que mal puede la autoridad nominadora, dictar una disposición distinta, sin mediar autorización de las autoridades competentes.

De igual forma, estimamos que dentro del procedimiento para la emisión del acto administrativo hoy demandado en sede jurisdiccional, tampoco se ha violentado de manera alguna el principio del debido proceso, piedra angular dentro del sistema jurídico universal. En todo caso, no basta que la parte demandante alegue la violación del mismo, sin explicar cómo ocurre la presunta violación y afectación provocada por el acto administrativo demandado a efectos que el

mismo incurra en vicio de nulidad absoluta. En tal sentido, la Procuraduría de la Administración estima que el activador no ha señalado cómo ocurre el vicio de nulidad absoluta, cuando así esté expresamente determinado por alguna norma legal, tampoco señala cual es la norma legal determinada que sanciona con nulidad absoluta el acto administrativo atacado, mucho menos indica cuáles fueron en su consideración, los trámites fundamentales que fueron prescindidos para dictar el acto administrativo atacado, y que implican una violación del debido proceso, el cual no sólo está salvaguardado en el artículo 32 de la Constitución Política vigente, sino también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), ratificada por la República de Panamá mediante la Ley 15 de 1977.

De acuerdo a la doctrina jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, el debido proceso implica una variedad de elementos. En la Sentencia de 4 de mayo de 2015 se determinó:

“En este punto también es de lugar hacer mención al procesalista JORGE FÁBREGA que destaca, en sus ‘Instituciones de Derecho Procesal Civil’ que la jurisprudencia ha llenado de contenido la garantía del debido proceso, integrado por los derechos que se indican a continuación:

1. Derecho a la jurisdicción, que consiste en el derecho a la tutela constitucional.
2. Derecho al Juez natural.
3. Derecho a ser oído.
4. Tribunal competente, predeterminado en la ley, independiente e imparcial.
5. Derecho a aportar pruebas lícitas, relacionadas con el objeto del proceso, y de contradecir las aportadas por la otra parte o por el juez.
6. Facultad de hacer uso de los medios de impugnación previstos en la ley contra resoluciones judiciales motivadas.
7. Respeto a la cosa juzgada.

Es así como el debido proceso está constituido por una serie de elementos dirigidos a asegurar la efectiva o adecuada defensa de las partes en el mismo. A estos elementos procesales se refiere el Doctor Arturo Hoyos en su obra sobre el debido proceso, al indicar que:

'si se viola alguno de dichos elementos de tal manera que se afecte la posibilidad de las personas de defender efectivamente sus derechos (ya sea por violación del derecho a ser oído; por falta de la debida notificación, ausencia de bilateralidad, o contradicción del derecho a aportar pruebas; de la posibilidad de hacer uso de medio de impugnación contra resoluciones judiciales; falta total de motivación de éstas; tramitación de procesos no regulados mediante ley; pretermisión de una instancia; seguirse un trámite distinto al previsto en la ley - proceso monitorio en vez de uno ordinario; ejecución de sentencia en vez de proceso ejecutivo; notificación por edicto cuando debe ser personal; sentencia arbitraria que, por ejemplo, desconoce la cosa juzgada material-) ante tribunal competente, la sanción correspondiente será la nulidad constitucional" (HOYOS, Arturo. El Debido Proceso. Editorial Temis, S. A., Santa Fé de Bogotá, 1995, págs. 89-90). (Lo resaltado es del Pleno)."

En cuanto al reclamo que efectúa la parte demandante, sobre el pago de los salarios dejados de percibir, y demás derechos adquiridos (sobresueldos, escalafones salariales, bonificaciones por antigüedad), reiteramos la doctrina sentada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas ocasiones, en el sentido que el peticionario, al no estar amparado por la Ley 9 de 1994, de Carrera Administrativa, y al no existir una ley formal que regule lo referente al pago de los salarios caídos, no es posible acceder a lo solicitado. En la Sentencia de 27 de abril de 2015 señaló al respecto:

"No obstante todo lo anterior, debemos negar la pretensión al pago de los salarios caídos, por cuanto que al no estar amparada la parte actora con la Ley 9 de 1994, de Carrera Administrativa, y que no, encontramos en la Ley 65 de 30 de octubre de 2009, que crea la Autoridad Nacional de Innovación Gubernamental norma alguna que contemple el pago de los salarios caídos a los funcionarios de esa institución.

Al respecto, la Sala Tercera ha mantenido el criterio que de no existir una ley formal que regule lo referente al pago de los salarios caídos, así queda establecido en la sentencia de 26 de septiembre de 2011, que cita lo siguiente:

‘Al respecto, la Sala señaló en el fallo de 8 de enero de 2007 lo siguiente:

Con respecto al tema de los salarios caídos que el recurrente solicita le sean pagados, la Sala considera oportuno hacer las siguientes observaciones:

El salario es definido por el Diccionario Manual Jurídico de José Alberto Garrone como "la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado" (Garrone, José Alberto. Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires, 1997, pág. 672).

‘Al respecto, resulta oportuno citar parte del fallo de 30 de junio de 1994 en el que la Sala Tercera señaló lo siguiente con respecto al concepto de salario:

Es de lugar reiterar que la concepción legislativa en esta materia está centrada en la definición de salario como remuneración obtenida a consecuencia de una contraprestación, y que, en principio, sólo podrán percibirlo aquellos que de manera efectiva hayan prestado un servicio al Estado, salvo situaciones de excepción, que siempre estarán contempladas en una norma legal que así lo autorice (Principio de Legalidad).

...
La Sala ha señalado en numerosa jurisprudencia que sin un fundamento legal que lo permita, no puede proceder a condenar a la Administración en concepto de salarios caídos. Al respecto, la Sala señaló en la resolución de 20 de julio de 2004 lo siguiente:

Atendiendo a lo expuesto, la Sala se ve precisada a reconocer los cargos de violación imputados al Resuelto No. 08-03 del 10 de febrero del 2003, presentados

en la demanda. Sin embargo, no puede acceder a todas las pretensiones del actor.

Esto es así, ya que esta Sala 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 el caso que nos ocupa, no se encuentra reconocido a través de ley que a estos servidores públicos se les otorgue las prerrogativas solicitadas (salarios caídos y reconocimiento de tiempo de destitución), por lo que la viabilidad de estas pretensiones que intentan hacerse efectivas contra el Estado no pueden prosperar."

En cuanto a la actividad probatoria desarrollada en el presente proceso, mediante Auto de Pruebas 74 de 18 de febrero de 2017, el Magistrado Sustanciador admitió solo como pruebas, las copias autenticadas del acto administrativo demandado y del acto confirmatorio. De igual forma, se admitió como prueba, la copia autenticada del respectivo expediente administrativo que reposa en el Ministerio de Economía y Finanzas, la cual había sido aducida tanto por la parte demandante y la Procuraduría de la Administración en su momento.

Se negó la admisión de la prueba de informe, aducida por la parte demandante, a efectos que la Contraloría General de la República remitiera el Historial de la posición 590 y planilla 229, ocupada por el señor **Eduardo Batista Montenegro**, misma que había sido objetada por inconducente por parte de esta Procuraduría de la Administración, tal como dispone el artículo 783 del Código Judicial, toda vez que no es tema del debate judicial si el precitado señor ejerció el cargo público respectivo, lo cual se desprende de las copias autenticadas del acto administrativo demandado y el acto confirmatorio.

Por las consideraciones que preceden, esta Procuraduría de la Administración reitera su solicitud respetuosa a los Honorables Magistrados de la Sala Tercera, para que se sirvieran declarar que **NO ES ILEGAL** la **Resolución Administrativa 068** de 23 de noviembre de 2015, emitida por el **Ministerio de Economía y Finanzas**, ni su acto reformativo y en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la parte demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 608-16