

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 484

MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 13 de mayo de 2019

**Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.**

**Alegato de Conclusión.**

El Licenciado Luis Raúl Quintero Pérez, actuando en nombre y representación de **Jorge Alberto Torres Saavedra**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa OIRH-002-2018 de 13 de marzo de 2018, emitida por el Administrador General de la **Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental**, el acto confirmatorio y 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 de plena jurisdicción descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo ya señalado en nuestro escrito de contestación de la demanda, en cuanto a la falta de asidero jurídico que se observa en la pretensión del recurrente, **Jorge Alberto Torres Saavedra**, al solicitar que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa OIRH-002-2018 de 13 de marzo de 2018, emitida por la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental y su acto confirmatorio, los que, en su opinión, son contrarios a Derecho.

El apoderado especial de **Torres Saavedra** señaló en su escrito, que el Administrador General dictó el acto administrativo violentando el debido proceso, que su representado nunca cometió falta alguna, por lo que no fue sancionado ni sometido a ningún proceso disciplinario, razón por la que considera que la resolución impugnada no

contiene ninguna causal de hecho ni derecho que apoye la decisión de destituirlo, de manera que su desvinculación es ilegal (Cfr. fojas 7-26 del expediente judicial).

En esta oportunidad, este Despacho **reitera el contenido de la Vista 1212 de 28 de septiembre de 2018**, por medio de la cual contestamos la demandada en estudio, e **insistimos** que los argumentos expresados por el recurrente, carecen de asidero jurídico, pues quedó establecido en autos que el mismo no pertenecía a ninguna carrera pública, por lo que no se encontraba amparado por un régimen de estabilidad, de allí que para proceder a su desvinculación de la Administración Pública la autoridad nominadora no estaba obligada a iniciar una investigación en su contra, que diera lugar a una formulación de cargos dentro de un procedimiento disciplinario fundamentado en una causal; situación que quedó expresa en la Resolución RA-004-OIRH de 18 de abril de 2018, por medio de la cual se decidió el recurso de reconsideración presentado por **Torres Saavedra**, en la que se explicó que la destitución del hoy ex servidor público se fundamentó en la facultad discrecional que tiene el administrador general de la Autoridad para tomar este tipo de medida, prevista en el artículo 7 (numeral 15) de la Ley 65 de 30 de octubre de 2009, orgánica de la entidad, la cual es jerárquicamente superior a cualquier disposición que consagre el reglamento interno de la entidad, de allí que la desvinculación del accionante estuvo apegada a la ley (Cfr. foja 41 del expediente judicial).

Como se advirtió en nuestra Vista Fiscal, 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, el cual, en esa circunstancia, 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", regulada en el artículo 794 del Código Administrativo es decir, la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en su voluntad y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.

Dicho lo anterior, obtuvimos que al momento del retiro de la administración por remoción o desvinculación **Jorge Alberto Torres Saavedra** ocupaba el cargo de Jefe de Seguridad en la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, de lo que se infiere que era un personal de confianza y de colaboración con la autoridad máxima de esa entidad reguladora, por lo que dicho cargo es de libre nombramiento y remoción.

Esa Alta Corporación de Justicia también se ha referido al carácter de este tipo de cargos en sentencia de 21 de mayo de 2017, señalando al respecto lo siguiente:

" Dentro del presente proceso, es importante aclararle a la demandante que a la misma no se le está desvinculando o removiendo de la administración pública como consecuencia de la comisión de una falta administrativa que diera cabida a su correspondiente destitución. Por el contrario, a la Sra. ... se le dejó sin efecto su correspondiente nombramiento como consecuencia de una facultad discrecional con la que cuenta el Director General de la Autoridad Nacional de Aduanas, en base al numeral 15, del artículo 31 del Decreto Ley 1/2008.

5.- Tal como se ha venido enunciando con anterioridad en lo atinente a la valoración de las pruebas aportadas por la parte actora dentro del presente proceso, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia considera que le asiste la razón a la Procuraduría de la Administración, en el sentido que la Sra. ... no aportó documentación que le permitiera acreditar ante este Despacho que la misma mantenía la condición de servidora pública de carrera administrativa o aduanera, a fin de garantizarle su correspondiente permanencia y estabilidad dentro del cargo que desempeñaba como inspectora dentro de la Autoridad Nacional de Aduanas.

En otras palabras, el demandante no cumplió con lo establecido en el artículo 784 del Código Judicial que obliga a quien alega un hecho que lo pruebe; y en el caso particular bajo análisis, la Sra. ... no pudo demostrar que la misma era funcionaria de carrera administrativa amparada bajo las leyes de carrera administrativa lo que le hubiera permitido garantizar su estabilidad y permanencia en el cargo. Tampoco se pudo corroborar que la misma estaba protegida por las normas de la Carrera Aduanera, o que contara con los correspondientes certificados que la acreditaran o incorporaran a dicho régimen laboral especial.

7.- Por las razones previamente motivadas dentro de la presente decisión, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia arriba a la consideración que es ajustada a derecho la desvinculación o destitución del cargo que ocupaba la Sra. ... como Inspectora I, dentro de la Autoridad Nacional de Aduanas; por encontrarse amparado el acto administrativo en base a una potestad del Director General de la Autoridad Nacional de Aduanas (numeral 15 del artículo 31 del Decreto Ley 1/2008); y en consecuencia no se accede ni a la solicitud de reintegro petitionada, ni al pago de los salarios solicitados en el libelo de demanda desde el momento en que se produjo la correspondiente destitución (vacaciones vencidas y proporcionales, décimo tercer mes vencido y proporcional, gratificaciones, incentivos o bonificaciones), por considerar legal la desvinculación de la ex-servidora pública a la Administración Pública.

#### 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 Administrativa No. 248 del 21 de junio de 2016, ni su acto confirmatorio emitido por el Director General de la Autoridad Nacional de Aduanas; y se niegan el resto de las demás pretensiones solicitadas por la parte actora dentro del presente proceso.

Este Despacho, mantiene su oposición en lo referente a los argumentos expresados por el actor, pues se infiere de la resolución acusada que la desvinculación de **Jorge Torres Saavedra fue discrecional**. Además en el Informe Explicativo de Conducta se manifestó lo siguiente:

*“Que la decisión de dejar sin efecto el nombramiento del señor **JORGE ALBERTO**, se sustenta en la facultad estatuida en la Ley 65 de 30 de octubre de 2009, ‘por la cual*

*se crea la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental*, que le confiere al Administrador General, la facultad de **dirigir y administrar la entidad**, siendo una de sus facultades la de decidir dejar sin efecto un (1) nombramiento dentro de la estructura organizacional de la entidad, como ha ocurrido en este caso.

...

Que por igual, la actuación administrativa demandada se sustenta en el **artículo 794 del Código Administrativo de la República de Panamá**, el cual establece que la determinación del periodo de duración de un empleado no coarta en nada la facultad del **empleado (sic) que hizo el nombramiento para removerlo, salvo expresa prohibición de la Constitución o la Ley.**” (Cfr. foja 46 del expediente judicial) (La negrita y subraya es de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental).

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

**Por consiguiente, 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 la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental 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 Administrador General con fundamento en la Ley 65 de 30 de octubre de 2009, que contiene la facultad que le fue delegada, lo que le permite nombrar, destituir, sancionar, trasladar, entre otras por lo que a raíz de dichas atribuciones se aplicó el artículo 7 de la referida ley, para dar por finalizada la relación laboral con el ex servidor (Cfr. fojas 29 y 46-48 del expediente judicial).

En esa misma línea de pensamiento reiteramos, que el Administrador General de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental 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 indiciar 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 adquiera 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 insistimos 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.

En este orden de ideas, dejamos plasmado que en el expediente en estudio no se aportó prueba alguna así como tampoco se manifestó en el escrito de demanda, que el actor sufre de algún padecimiento crónico o degenerativo, que le imposibilitaba ejercer sus funciones con normalidad.

En cuanto al reclamo que hace el recurrente en torno al pago de los salarios caídos, este Despacho señaló que el mismo no resulta viable; ya que para que ese derecho pudiera ser reconocido a favor de **Torres Saavedra**, sería necesario que el mismo estuviera instituido expresamente a través de una ley.

Para último, no se puede pasar por alto que a pesar de haberse dado por finalizada la relación laboral con **Jorge Alberto Torres Saavedra**, quien ocupó el cargo de Jefe de Seguridad en la institución demandada; el apoderado judicial del accionante realizó una solicitud a foja 4 de su escrito, para que la Sala Tercera declare a la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, como responsable de los posibles daños y perjuicios que el actor pudo incurrir a causa de su desvinculación, este Despacho estimó que tal petición resulta a todas luces improcedente, puesto que **la determinación de posibles daños, es un elemento característico de los procesos contencioso administrativos de indemnización y no de los de plena jurisdicción**; ya que, conforme se desprende de lo establecido en el artículo 42B de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 27 de la Ley 33 de 1946, estos últimos, por su naturaleza, sólo están encaminados a la declaratoria de nulidad de un acto administrativo y la consecuente reparación de los derechos subjetivos que se estiman lesionados.

#### **Actividad Probatoria.**

La Sala Tercera emitió el Auto de Pruebas 339 de 29 de octubre de 2019, por medio del cual **admitió como pruebas presentadas por Jorge Alberto Torres Saavedra**: la Resolución OIRH-002-2018 de 13 de marzo de 2018, así como la Resolución RA-004-OIRH de 18 de abril de 2018, ambas emitidas por la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, que constituyen los actos acusados, así como otra serie de documentos que guardan relación con los hechos discutidos en el proceso (Cfr. foja 73 del expediente judicial).

De igual forma, se admitió la prueba de informe consistente en oficiar a la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental y a la Dirección General de Carrera Administrativa para ambas remitieran o certificaran la documentación e información que les fue solicitada (Cfr. fojas 73 y 74 del expediente judicial).

Al respecto, las entidades antes mencionadas dieron respuesta a lo peticionado por ese Tribunal mediante la Nota AIG-AG-N-IAH-693-2019 de 2 de mayo de 2019 y

Nota DIGECA 101-01-1154-2019 de 30 de abril de 2019 (Cfr, fojas 107-112 del expediente judicial).

Mediante dicha resolución **no se admitieron las pruebas testimoniales y la declaración de parte requerida por la parte actora**, por inconducente e ineficaz, de acuerdo a lo establecido en los artículos 783 y 844 del Código Judicial, toda vez que no se puede comprobar a través de un testimonio lo que consta por escrito (Cfr. fojas 74 a 76 del expediente judicial).

Vale acotar, que el apoderado judicial del demandante apeló el Auto de Pruebas, en lo que corresponde a las pruebas testimoniales y declaración de parte; sin embargo, el resto de los Magistrados confirmaron el Auto de Prueba 339 de 29 de octubre de 2018, por medio de la Resolución de 4 de abril de 2019 (Cfr. fojas 100-104 del expediente judicial).

En lo que respecta a las pruebas admitidas a favor de **Torres Saavedra**, este Despacho observa que las mismas **no logran** demostrar que la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, hubiesen infringido las normas que sustentan el proceso presentado por el apoderado especial del recurrente; por lo tanto, somos de la convicción que en el negocio jurídico bajo examen, la actividad probatoria del mismo no cumplió con **la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial, que obliga a quien acciona 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...** 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).

En atención a las anteriores consideraciones, esta Procuraduría reitera a la Sala Tercera su solicitud respetuosa para que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL**, la Resolución OIRH-002-2018 de 13 de marzo de 2018, emitida por la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, por tanto, se desestimen las pretensiones del demandante.

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

  
Rigoberto González Montenegro  
**Procurador de la Administración**

  
Mónica I. Castillo Arjona  
**Secretaria General**

Expediente 893-18