

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 560

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 29 de mayo de 2019

Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.

Concepto de la
Procuraduría
de la Administración.

El Doctor Carlos Ayala Montero, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 0719 de 14 de junio de 2016, emitida por el Ministerio de Salud, por medio de la cual se anula el Acta de Concurso celebrado de 25 al 28 de enero de 2016, para el cargo de jefatura superior para ejercer funciones de Jefa Regional de Enfermería de Panamá Oeste.

Señor 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 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, para intervenir en interés de la ley en el proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Acto acusado de ilegal.

El Doctor Carlos Ayala Montero, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 0719 de 14 de junio de 2016, cuyo texto es el siguiente:

**"REPÚBLICA DE PANAMÁ
MINISTERIO DE SALUD**

RESOLUCIÓN No. 0719 de 14 de Junio de 2016)

'Por la cual se resuelve el Recurso de Apelación presentada en su propio nombre y representación por SIXTA ALICIA RUIZ BARRIOS cedulada 8-226-214, contra el Acta de Reconsideración proferida por el Jurado Calificador dentro del dentro del (sic) concurso para Ejercer funciones de Enfermera Jefa Regional de la Región de Panamá Oeste, posición 11950, Etapa IX.'

...

Visto lo anterior, corresponde a esta instancia resolver la alzada, de acuerdo a lo siguiente:

En cuanto a los criterios o parámetros que se utilizaron para la ponderación de las ejecutorías de la apelante, tanto en el Acta de Concurso de 25 al 28 de enero, así como el Acta de Reconsideración, ambas proferidas por el Jurado Calificador dentro del Concurso de Jefatura Superior Para Ejercer Funciones Enfermera Jefa Regional de Panamá Oeste, posición 11950, Etapa IX, observamos que tal y como lo afirma la apelante en su petitum, Coincidimos con su posición en el hecho de que no se entregó el precitado borrador de hoja de trabajo del Jurado Calificador.

Al respecto esta Superioridad le solicitó a la Jefa de Enfermería Magíster Sonia Sánchez, mediante Nota No. 0966 de 31 de mayo de 2016, el borrador de la hoja de trabajo del Jurado Calificador, y a la fecha de ser resuelto este recurso no fue enviado, por tanto, no existe un documento idóneo con el cual se pueda confrontar y validar los parámetros utilizados o aplicados para signarle un valor determinado a la documentación que fue sometida al escrutinio técnico de ese cuerpo colegiado, situación ésta que nos ha imposibilitado para entrar a resolver apropiadamente el fondo del recurso instaurado ante el despacho superior.

Que esta superioridad una vez analizadas las constancias que preceden, en aras de mantener un equilibrio y equidad procesal y salvaguardando derechos que se puedan ver vulnerados y que claramente consagra y protege nuestro ordenamiento jurídico; podemos concluir que existen elementos que permiten variar la decisión adoptada por el Jurado Calificador, por lo tanto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Anular Acta de Concurso de fecha de inicio 25 de enero de 2016 al 28 de enero de 2016 la cual resuelve el Concurso al Cargo de Jefatura Superior Para Ejercer Funciones de Jefa Regional de Panamá Oeste, donde el Jurado Calificador recomienda se le adjudique el cargo concursado a la Magistra Clelia Mariscal M., quien obtuvo la puntuación de 514.49 puntos y Acta de Reconsideración fechada 19 de febrero de 2016, la cual resuelve el recurso de reconsideración presentado por la Licenciada Sixta Alicia Ruiz.

ARTÍCULO SEGUNDO: Procédase a declarar la Nueva Convocatoria para el concurso de conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 28 de 4 de agosto de 2004."

II. Normas que se aducen infringidas.

El recurrente manifiesta que la resolución demandada infringe las siguientes disposiciones

legales:

A. El artículo 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que señala los supuestos bajo los cuales las entidades públicas podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que reconozcan o declaren derechos a favor de terceros (Cfr. fojas 3 y 4 del expediente judicial);

B. El artículo 16 del Decreto de Gabinete 1 de 15 de enero de 1969, por el cual se crea el Ministerio de Salud, se determina su estructura y funciones y se establecen las normas de integración y coordinación de las instituciones del sector salud, el cual establece que el Ministro de Salud es el conductor de la política de la administración del Ministerio a través de la Dirección General de la cual dependen los servicios administrativos auxiliares y de apoyo a la acción técnica (Cfr. fojas 4-6 del expediente judicial); y

C. El artículo 52 del Decreto Ejecutivo 28 de 4 de agosto de 2004, que deroga el Decreto Ejecutivo 52 de 1998 y reglamenta los concursos para Jefaturas de Enfermeras y Enfermeros, que prestan servicios en las distintas dependencias de salud del Estado, el cual dispone que la autoridad nominadora de la institución que convocó al concurso será la autoridad que decida la segunda instancia, en el caso que se interponga el recurso de apelación, de conformidad con las disposiciones legales (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial).

III. Cuestión Previa.

Previo a emitir el criterio jurídico que le compete a esta agencia del Ministerio Público, consideramos importante advertir que si bien el ahora accionante, el **Doctor Carlos Ayala Montero**, fungió como apoderado judicial de una de las interesadas en el procedimiento ventilado en la vía gubernativa, lo cierto es que el prenombrado ha comparecido ante la vía jurisdiccional actuando en su propio nombre y representación, a fin de interponer la demanda contencioso administrativa de nulidad, motivo por el cual habiéndosele dado el curso de admisibilidad por parte de la Sala Tercera de la acción objeto de reparo, procederemos a emitir el concepto de ley que nos corresponde.

IV. Concepto de la Procuraduría.

Al analizar los argumentos del recurrente podemos observar que éste fundamenta su accionar básicamente en que el acta final del concurso de enfermería reviste el carácter de un acto administrativo que se encontraba debidamente ejecutoriado y en el que se reconocen derechos a

favor de terceros, por lo que para ordenar su revocatoria de oficio debía enmarcarse en las cuatro causales establecidas en el artículo 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, lo cual, a su juicio, no ocurrió en la situación bajo estudio (Cfr. fojas 3-7 del expediente judicial).

Una vez analizadas las piezas procesales que componen el expediente judicial, así como los argumentos que sustentan la posición del activador judicial, esta Procuraduría considera importante aclarar como primer punto, que el acta final del concurso de enfermería de 25 de enero a 28 de enero de 2016, a través de la cual se recomendó que se adjudicara a la Magíster Clelia Mariscal el cargo de Enfermera Jefa Regional de la Región de Panamá Oeste, no quedó en firme ni ejecutoriada propiamente como lo plantea el activador judicial, pues de acuerdo con las evidencias que reposan en autos, contra dicho pronunciamiento la Licenciada Sixta Alicia Ruíz Barrios, en su calidad de concursante interesada, presentó un recurso de reconsideración y, posteriormente, un recurso de apelación, siendo este último decidido por medio de la Resolución 0719 de 14 de junio de 2016, acto acusado de ilegal en la presente acción.

Sobre este punto, los artículos 48 y 51 del Decreto Ejecutivo 28 de 4 de agosto de 2004, que reglamenta los concursos para jefaturas de enfermeras y enfermeros, que prestan servicios en las distintas dependencias de salud del Estado, puntualizan lo siguiente:

“Artículo 48. El recurso de reconsideración, una vez interpuesto en tiempo oportuno y por persona legitimada para ello, se concederá en efecto suspensivo; por lo tanto, la autoridad nominadora no podrá adjudicar la posición concursada mientras no se resuelva el concurso.”

“Artículo 51. La autoridad de primera instancia será la competente para decidir si el recurso interpuesto es o no viable, para lo cual deberá determinar si el apelante o la apelante está legitimado para recurrir; si la resolución o acto impugnado es susceptible del recurso; y si éste fue interpuesto en término oportuno

Si el recurso es concedido, se concederá en el efecto suspensivo; y en caso contrario, deberá exponerse en la respectiva resolución la causa o causas por las que no se concede el recurso.”

Así las cosas, de los preceptos normativos reproducidos, queda claramente sentado que una vez interpuestos los recursos establecidos en la ley, los mismos surten un efecto suspensivo en cuanto a la ejecución del acto administrativo, de ahí que el mismo no haya estado en firme;

particularidad que es necesaria tomarla en cuenta pues el accionante alega la infracción del artículo 62 de la Ley 38 de 31 de 2000, cuyo contenido señala:

“**Artículo 62.** Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio **una resolución en firme** en la que reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:

...” (La negrita es nuestra).

Por lo anterior, este Despacho considera que no podemos encontrarnos ante una trasgresión del citado artículo normativo, pues para determinar que una resolución se encuentre en firme la misma debe ser definitiva; por ende, el recurrente debe agotar primero todos los recursos que le concede la vía gubernativa.

Ahora bien, según consta en autos, la decisión adoptada por el Ministro de Salud al emitir el acto administrativo demandado, por medio del cual resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Licenciada Sixta Ruiz, anuló el Acta de Concurso para la Jefatura Superior para ejercer funciones de Jefa Regional de Panamá Oeste y ordenó la apertura del concurso nuevamente, obedeció a la existencia de vicios que afectaban su validez, tal como lo explicaremos a continuación:

En efecto, según advierte este Despacho, mediante el Acta de Concurso de 25 de enero a 28 de enero de 2016, el Jurado Calificador designado por el Ministerio de Salud resolvió adjudicar el cargo de Enfermera Jefa Regional de la región de Panamá Oeste a la Magíster Clelia Mariscal M., en razón del puntaje obtenido por ésta (Cfr. foja 17 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, la Licenciada Sixta Ruíz Barrios presentó un recurso de reconsideración contra el Acta de Reconsideración de 19 de febrero de 2016, en la cual el Jurado Calificador asumió la revisión de los documentos aportados por la concursante a fin de proceder con la revisión de la experiencia profesional y realizar la corrección respectiva, trámite que una vez fue efectuado, dicho organismo decidió mantener la decisión previamente adoptada; situación que conllevó a que el 26 de febrero de 2016, la Magíster Sixta Ruíz presentara un recurso de apelación, medio de impugnación que fue desestimado por medio de la Resolución 1 de 7 de abril de 2016, proferida por el Jurado Calificador (Cfr. foja 17 del expediente judicial).

Sobre este punto, conviene precisar que contra esta última decisión la Licenciada Sixta Ruíz presentó un recurso de nulidad, que fue admitido por medio de la Resolución Ministerial 0475 de 18 de abril de 2016, de la cual se le corrió traslado al Doctor Carlos Ayala Montero, como apoderado judicial de la contraparte a fin que rindiera su contestación y a la Licenciada Clelia Mariscal para que interviniera como tercero incluyente dentro del recurso de apelación interpuesto; actuaciones que una vez fueron surtidas acarrearón a la emisión de la Resolución Ministerial 0534 de 29 de abril de 2016, por medio de la cual se dejó sin efecto la Resolución 1 de 7 de abril de 2016, y, en consecuencia, se ordenó al Jurado Calificador admitir el recurso de apelación y darle el trámite correspondiente (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

Por razón de los hechos descritos en el párrafo anterior, el Ministro de Salud, en calidad de segunda instancia, procedió a analizar los argumentos que fundamentaban el recurso de alzada sustentado por la Licenciada Sixta Ruíz, tal como lo faculta el artículo 52 del Decreto Ejecutivo 28 de 4 de agosto de 2004, advirtiendo así que, en efecto, dentro de la documentación adjunta al Acta de Concurso celebrado de 25 al 28 de enero de 2016, para el cargo de Enfermera Jefa Regional de Panamá Oeste, no constaba el borrador de la hoja de trabajo del Jurado Calificador, documento idóneo que permite validar y confrontar los parámetros utilizados por dicho cuerpo técnico para la calificación efectuada, el cual debe ser aportado junto con el Acta de Concurso, pues en el mismo se detallan las puntuaciones.

Al respecto, el artículo 43 del Decreto Ejecutivo 28 de 4 de agosto de 2004, que reglamenta los concursos para jefaturas de enfermeras y enfermeros, que prestan servicios en las distintas dependencias de salud del Estado, establece lo siguiente:

“Artículo 43. De cada concurso, se elaborará un acta que deberán firmar todos los miembros del jurado, cuyo original será remitido a la autoridad nominadora con copia al Comité Nacional de Enfermería y a la Asociación Nacional de Enfermeras de Panamá (ANEP), en la que constará:

1. Hora, lugar y fecha en que se realizó el concurso.
2. Nombre y cargo de los miembros del jurado.
3. Nombre y número de cédula de identidad personal de los concursantes.

4. Puntuación obtenida en cada uno de los aspectos evaluados y su calificación final.

5. Nombre y número de cédula de identidad personal de los concursantes descalificados y motivo de la descalificación.

6. Nombre y número de cédula de identidad personal del ganador o ganadora del concurso.

7. Incidencias y observaciones.

8. Nombre, firma, número de cédula de identidad personal y procedencia de cada uno de los jurados y juradas.”

Debido a tal circunstancia, que acarreó como consecuencia que la documentación rendida por el Jurado Calificador del concurso no estuviera conformada de la manera establecida en la citada disposición normativa, **la misma equivale a una pretermisión que vicia el procedimiento surtido dentro del concurso, pues no permite visualizar en debida forma el mecanismo y los elementos de ponderación aplicados y tomados en cuenta por dicho organismo para emitir su decisión**; situación que se enmarca en el numeral 4 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000, de acuerdo con el cual, los actos administrativos incurrir en vicios de nulidad absoluta cuando se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal.

En ese escenario, al no adjuntarse al Acta de Concurso el borrador de la hoja de trabajo del Jurado Calificador no se puede corroborar que la decisión adoptada por tal cuerpo técnico fuera el resultado de una ponderación justa, equitativa y legal tomando en cuenta los puntajes de los concursantes, de ahí que el Ministro de Salud emitió la Resolución 0719 de 14 de junio de 2016, acto acusado de ilegal, a través del cual anuló el Acta de Concurso de fecha de inicio 25 de enero a 28 de enero de 2016.

Por las circunstancias antes indicadas, este Despacho estima que al no haberse cumplido con los requisitos previstos en la ley respecto a la documentación que debe ser remitida junto con el Acta de Concurso por la Junta Calificadora de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 del Decreto Ejecutivo 28 de 4 de agosto de 2004, se configuró un vicio en el procedimiento surtido por la entidad

demandada dentro del concurso respectivo, constituyéndose una de las causales por las cuales los actos administrativos incurren en vicios de nulidad absoluta, según lo preceptuado en el artículo 52 de la Ley 38 de 2000; lo que instó a que la entidad demandada, a fin de preservar el principio de la legalidad, emitiera la resolución acusada, a través de la cual anuló el concurso en referencia y ordenó el inicio del procedimiento nuevamente.

A nivel doctrinal, debemos destacar que el autor Jaime Orlando Santofimio Gamboa se muestra partidario que las autoridades administrativas puedan revisar sus actuaciones ya sea de manera oficiosa o a través del ejercicio de los recursos en la vía gubernativa a fin de determinar las nulidades procesales. En este orden de ideas este autor señala que: “...*un primer camino de la administración frente al vicio procesal sería el de declarar la nulidad procesal que advierta.*” (SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Universidad Externado de Colombia. Páginas 241 y 242). (El resaltado es nuestro).

Por lo anterior, este Despacho considera que no le asiste la razón al accionante respecto a la infracción del artículo 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, relativo a las causales bajo las cuales las entidades pueden revocar o anular de oficio las resoluciones en firme, puesto que tal como lo explicamos en párrafos precedentes, el Acta de Concurso no se encontraba revestida de un carácter definitivo al haber sido impugnada a través de los recursos ordinarios interpuestos en la vía gubernativa, siendo precisamente el acto acusado de ilegal; es decir, la Resolución 0719 de 14 de junio de 2016, aquella a través de la cual la autoridad nominadora al resolver el recurso de apelación impetrado por una de las concursantes interesadas, advirtió el vicio procesal explicado en líneas anteriores que conllevó a que se anulara el Acta de concurso al que ya hemos aludido anteriormente.

De igual manera, tampoco compartimos el planteamiento del recurrente respecto a la falta de competencia del Ministro de Salud para anular el Acta de concurso en comento, puesto que tal como lo dispone el artículo 52 del Decreto Ejecutivo 28 de 4 de agosto de 2004, corresponde a la autoridad nominadora de la institución decidir la segunda instancia, en este caso, el recurso de

apelación interpuesto contra la decisión mantenida por parte de la Junta Calificadora del concurso; disposición que en su contenido señala lo siguiente:

“Artículo 52. La autoridad nominadora de la institución que convocó al concurso será la autoridad que decida la segunda instancia, en el caso que se interponga el recurso de apelación, de conformidad con las disposiciones legales.”

En virtud de los planteamientos expuestos, estimamos que no se ha incurrido en una infracción del artículo 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, del artículo 16 del Decreto de Gabinete 1 de 15 de enero de 1969, ni del artículo 52 del Decreto Ejecutivo 28 de 4 de agosto de 2004, razón por la que esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución 0719 de 14 de junio de 2016**, emitida por el Ministerio de Salud, por medio de la cual se anula el Acta de Concurso celebrado de 25 al 28 de enero de 2016, para el cargo de jefatura superior para ejercer funciones de Jefa Regional de Enfermería de Panamá Oeste.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaría General