

REPUBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Alegato de Conclusión.

Vista Número 843

Panamá, 11 de septiembre de 2020

El Magíster **Luis A. Banqué M.**, quien actúa en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto de Personal 010 de 2 de agosto de 2019, emitido por la **Zona Libre de Colón**, su acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

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 artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, con el propósito de presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso descrito en el margen superior, momento procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestra contestación de la demanda, **en cuanto a la carencia de sustento** que se advierte en la tesis planteada por el actor, **Luis A. Banqué M.**, referente a lo actuado por la Zona Libre de Colón, al emitir el Resuelto de Personal 010 de 2 de agosto de 2019, que en su opinión es contrario a Derecho.

La acción propuesta por **Luis A. Banqué M.**, quien actúa en su propio nombre y representación, tiene como fundamento el hecho que, a su juicio, el Gerente General de la Zona Libre de Colón, para dejar sin efecto su nombramiento debió utilizar el Reglamento Interno de la entidad, ya que él ejercía un cargo permanente. Además, explica que laboró de manera continua en la institución demandada por más de cuatro (4) años, por lo que considera que su desvinculación no es legal (Cfr. fojas 12-13 del expediente judicial).

Continúa expresando el accionante que para adoptar la medida que hoy recurre, el regente de la Zona Libre de Colón debió instaurar, en primera instancia, un proceso

disciplinario, que le permitiera defenderse. Añade, que el Gerente General de la entidad infringió el debido proceso en detrimento de su persona pues, no le acogió el recurso de apelación promovido en contra del Resuelto de Personal 010 de 2 de agosto de 2019, objeto de controversia (Cfr. fojas 13-14 del expediente judicial).

En esta ocasión, nos permitimos **reiterar el contenido de la Vista 170 de 4 de febrero de 2020**, por cuyo conducto contestamos la acción en examen, señalando que no le asiste la razón al demandante; ya que **debemos advertir que según se desprende del Resuelto de Personal 010 de 2 de agosto de 2019, objeto de reparo, el Gerente General de la Zona Libre de Colón señaló que se dejó sin efecto el nombramiento de Luis A. Banqué M., porque el mismo ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción dentro de la institución** (Cfr. fojas 16-17 del expediente judicial).

Tal medida tuvo sustento en el artículo 11 de la Ley 8 de 4 de abril de 2016, orgánica de la Zona Libre de Colón, que establece:

“**Artículo 11.** La Zona Libre de Colón tendrá el número de empleados que sean necesarios para su buena marcha y para el despacho de todos los asuntos y negocios.

Corresponde al Comité Ejecutivo crear los cargos y asignarles sueldos, pero **los empleados serán de libre nombramiento y remoción del gerente general...**”
(Lo destacado es nuestro).

En atención a lo anotado, **vale la pena destacar** que la norma transcrita faculta al regente de la entidad demandada para remover a los funcionarios de la Zona Libre de Colón, por lo que, se procedió a dejar sin efecto el nombramiento del ex servidor público, máxime que el cargo que ejercía, de acuerdo con el Informe de Conducta, estaba sujeto a la discrecionalidad y potestad del Gerente General pues, **Luis A. Banqué M., no estaba amparado por la Carrera Administrativa ni por un régimen especial** (Cfr. foja 37 del expediente judicial).

En un caso similar al que se analiza, el Tribunal en la Sentencia de 26 de abril de 2016, se pronunció en los siguientes términos:

“ ...

Cabe agregar que, en este caso la Administración se encuentra representada por la Autoridad nominadora..., a quien el numeral... le faculta remover al personal bajo su inmediata dependencia; no requiriendo la realización de un procedimiento disciplinario para ello, reiteramos, cuando el funcionario no se encuentra bajo el amparo del derecho a la estabilidad.

Por las razones expuestas, no se encuentra probado el cargo de violación directa por omisión, alegado por la parte actora...de la Resolución N°097 de 22 de noviembre de 2010..., toda vez que no consta en el expediente que el señor..., haya adquirido dicho derecho a la estabilidad en el cargo, así como tampoco prospera el cargo de violación del artículo... del mismo cuerpo legal, por las causas señaladas.

De igual forma, no se encuentran llamados a prosperar los cargos de violación alegados por la parte actora de los artículos..., 99... de la Resolución N°097 de 22 de noviembre de 2010, relativos al procedimiento disciplinario, la aplicación de medidas disciplinarias y el campo de aplicación del Reglamento Interno de la entidad demandada; toda vez que, la destitución se fundamentó en la facultad discrecional de la Autoridad nominadora, tal como se observa en la motivación del acto impugnado, en estricto apego con la ley...

Toda vez que los cargos de violación alegados por la parte actora no acreditan la ilegalidad de la Resolución Administrativa No.380 de 10 de octubre de 2014, que se recurre, no es procedente declarar la nulidad del acto ni las consecuentes declaraciones solicitadas.

DECISIÓN DE LA SALA

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL la Resolución Administrativa No.380 de 10 de octubre de 2014, emitida por..., así como tampoco lo es su acto confirmatorio y, por lo tanto, NO ACCEDE a las pretensiones del demandante**” (Lo destacado es nuestro).

De igual forma, en cuanto a la **potestad discrecional y los cargos de libre nombramiento y remoción**, la Sala Tercera en el Auto de 14 de noviembre de 2018, explicó lo que a continuación se transcribe:

“...

Esta Corporación de Justicia, considera que **no le asiste la razón al recurrente con respecto a su alegaciones de ilegalidad del acto administrativo, pues el señor...ingresó al...sin concurso de méritos o carrera administrativa, por lo tanto, su posición es considerada de libre nombramiento y remoción; razón por la cual, en el caso bajo examen, la autoridad, ejerció la facultad conferida por la Ley y la Constitución y al no estar su estabilidad sujeta a la Ley de Carrera Administrativa, o de una ley especial en relación con funciones públicas, es potestad discrecional de la autoridad nominadora, el libre nombramiento y remoción de sus miembros...**

Sobre el tema de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, esta Sala ha sido reiterativa en sus pronunciamientos al señalar que cuando estamos frente a un funcionario de libre nombramiento y remoción, la autoridad nominadora no requiere fundamentar la destitución en una causa justificativa.

Se presume la legalidad del acto administrativo, en este caso el demandante debió comprobar que no se llevó a cabo el debido proceso o en su defecto que era funcionario de carrera...

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 9 de julio de 2008, resolvió lo siguiente:

‘...

Expuesto lo anterior, **compartimos el criterio de la Procuradora de la Administración, en el sentido de que es la parte actora quien debe probar la alegada ilegalidad de la resolución atacada, situación que no se verifica en el caso in examine. Al respecto el jurista colombiano Gustavo PENAGOS, señala que, ‘en las actuaciones administrativas se debe (sic) 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).

Por último, debemos recordar que en lo referente a los actos **expedidos por las autoridades administrativas, impera el principio de presunción de la legalidad de los actos administrativos, teniendo la obligación quien recurre a la jurisdicción contencioso administrativa de traer a este escenario los elementos de convicción sobre la ilegalidad del acto acusado, ya que el mismo se presume legal, situación que no ha sido cumplida por parte del actor en el caso en estudio.**

...
En razón de lo antes expuesto, lo procedente, es declarar que no es ilegal el acto demandado, toda vez que en este caso en particular, la carga de la prueba corresponde a la parte actora, que debe comprobar la ilegalidad del acto administrativo demandado y en el expediente no se encuentra caudal probatorio que demuestre que dicha resolución es ilegal.” (Lo destacado es nuestro).

En este escenario, se observa que, tanto en el acto acusado de ilegal, como en su confirmatorio, y en el Informe de Conducta suscrito por el Gerente General de la entidad demandada, se estableció que **Luis A. Banqué M., no estaba acreditado como funcionario de Carrera Administrativa ni por alguna ley especial, de allí que no contaba con estabilidad en el puesto que ejercía en la Zona Libre de Colón, por lo que era un servidor de libre nombramiento y remoción** (Cfr. fojas 16-17, 18-19 y 36-38 del expediente judicial).

De lo anterior se desprende y así quedó consignado en la Resolución 453-19 de 26 de agosto de 2019, que decidió el recurso de reconsideración promovido por el accionante, mediante la cual se mantuvo en todas sus partes el acto original, que para remover a **Luis A. Banqué M.**, de su cargo no era necesario recurrir a ningún procedimiento interno que no fuera otro que el de notificarle de la resolución acusada de ilegal, y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, permitiéndole, como en efecto se hizo, la presentación del respectivo medio de impugnación (Cfr. fojas 18-19 y 20-28 del expediente judicial).

En este contexto, esta Procuraduría estima necesario señalar que en el caso sub júdice **se cumplieron con los presupuestos de motivación consagrados en la ley; puesto que en la resolución acusada, se establece de manera clara y precisa la justificación de la decisión adoptada por la institución; es decir, que la autoridad nominadora sustentó a través de elementos fácticos jurídicos que la remoción del ahora demandante no fue producto de la imposición de una sanción, sino de la facultad discrecional que la ley le otorga; por lo que mal puede alegar que el acto administrativo objeto de reparo, no está debidamente motivado.**

De la misma manera, **no podemos perder de vista que**, tal como consta en autos, específicamente en el Informe de Conducta suscrito por el Gerente General de la Zona Libre de Colón, **Luis A. Banqué M.**, **tenía un nombramiento hasta el 31 de diciembre de 2019, lo que revela que no gozaba de estabilidad** y, en consecuencia, la entidad demandada podía emitir el acto acusado de ilegal (Cfr. fojas 15-16 y 37 del expediente judicial).

Respecto a lo explicado en el párrafo que antecede, debemos traer a colación que cuando un **funcionario es cesado de su cargo cuando de por medio existe un contrato**, la Sala Tercera, en su Resolución de 15 de noviembre de 2018, se ha pronunciado como a seguidas se copia:

“Una vez revisado el expediente de personal, observa la Sala que la señora ... **fue nombrada de forma sucesiva** en la Junta Comunal de Veracruz, tal como se desprende de los talonarios de pagos por servicios profesionales o especiales hasta el año 2017; y **de los contratos suscritos en concepto de servicios especiales hasta la suscripción del Contrato... vigente del 1 de marzo al 31 de diciembre de 2017**, ejerciendo el cargo de Administradora, hasta el momento en que se rescindió del referido contrato el día 19 de septiembre 2017.

De las constancias procesales se colige que **la señora..., fue contratada para prestar servicios profesionales de acuerdo a las necesidades de la autoridad nominadora por un tiempo determinado en el contrato, cuyo último nombramiento expiró el 31 de diciembre de 2017.**

Este es un suceso que el Tribunal debe considerar en el presente proceso, de conformidad a lo dispuesto en los artículo 201 en su numeral 2 y el artículo 992 del Código Judicial, que son del tenor siguiente:

‘**Artículo 201.** Cualquiera que sea la naturaleza del proceso, los magistrados y jueces tendrán las siguientes facultades ordenatorias o instructorias:

2. Tener en cuenta, en la sentencia, de oficio o a petición de parte, cualquier hecho constitutivo, modificativo o extintivo del derecho sustancial que en el proceso se discute y que hubiere ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente y que el interesado lo haya alegado antes de la sentencia si la ley no permite considerarlo de oficio;

...

‘**Artículo 991.** La sentencia deberá estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda o con posterioridad en los casos expresamente contemplados y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último. Si se hubieren formulado diversas peticiones se hará la correspondiente declaración respecto a cada una de ellas.’

Conforme a lo anterior, se hace constar que el acto demandado perdió su eficacia jurídica previo a la presentación de la demanda el día 29 de enero de 2018, **ya que el término por el cual fue nombrada la señora... expiró el 31 de diciembre de 2017, razón por la cual, no es posible pronunciarse sobre la ilegalidad de su remoción del cargo,** con la rescisión del contrato especial surgido con la Junta Comunal de Veracruz contenida en la resolución impugnada, toda vez que deriva sin efecto, **produciéndose el fenómeno conocido como sustracción de materia,** dicho estudio de ilegalidad.

La doctrina ha definido la sustracción de materia como un medio anormal de extinción del proceso, constituido por circunstancias en que la materia justiciable sujeta a decisión deja de existir, por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el Tribunal emitir un pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) sobre la pretensión, no habiendo vencedor ni vencido.

...

En tales circunstancias, y de acuerdo a la doctrina sistemáticamente reconocida por esta Corporación Judicial sobre las causas que producen el fenómeno de la sustracción de materia, esta Sala está imposibilitada de pronunciarse sobre un asunto que en la actualidad, carece de materia justiciable.

...

En atención a las consideraciones expuestas, lo procedente es declarar **que se ha producido el fenómeno jurídico de la sustracción de materia en el presente caso, en cuanto al acto impugnado y la pretensión del reintegro de la señora... y negar la pretensión de los salarios dejados de percibir de la demandante, toda vez que la misma no resulta procedente.**

...

En consecuencia, **LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE SE HA PRODUCIDO EL FENÓMENO JURÍDICO DE LA SUSTRACCIÓN DE MATERIA** en la demanda contencioso

administrativa de plena jurisdicción interpuesta por el Licenciado Augusto Alfredo Berrocal Berrocal, actuando en nombre y representación de ... (La negrita nuestra).

Con relación al reclamo que hace el accionante 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 **Luis A. Banqué M.**, 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 24 de julio de 2015, que en su parte pertinente dice así:

“...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...” (Lo resaltado es nuestro).

Así mismo, se pronunció el Tribunal en la Sentencia de 3 de julio de 2017. Veamos.

“Por último, en cuanto al reclamo que hace la parte actora en torno al pago de los salarios caídos, estima que el mismo **no resulta viable; ya que para que este derecho pudiera ser reconocido a favor de...**, sería necesario que el mismo estuviera instituido expresamente a través de una ley; lo que vendría a constituir un requisito indispensable para acceder a la pedido, criterio que ha reiterado la Corte Suprema de Justicia por medio de la vía jurisprudencial.

...

En consecuencia, el pago de los 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 que exista una norma con rango de ley formal aplicable de manera directa al caso**, que lo haya dispuesto de manera expresa.” (La negrita es de este Despacho).

Actividad Probatoria.

La Sala Tercera emitió el Auto de Prueba 157 de 30 de julio de 2020, por medio del cual **admitió** a favor del actor: los documentos visibles de fojas 13-31 (Cfr. foja 61 del expediente judicial).

Por medio del Oficio 1427 de 10 de agosto de 2020, la Sala Tercera, le solicitó a la Zona Libre de Colón le remitiera la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con la causa que se analiza; petición que fue contestada a través de la Nota O.A.L. 740-2020 de 1 de septiembre del año que decurre.

En tal sentido, la entidad demandada envió las copias autenticadas de una serie de documentos que en nada logran variar nuestra posición vertida en la Vista 170 de 4 de febrero de 2020.

En cuanto a las pruebas admitidas a favor del recurrente, esta Procuraduría observa que **no logran** demostrar que el Gerente General de la Zona Libre de Colón, al emitir los actos acusados, hubiese infringido las normas que sustentan el proceso presentado por **Luis A. Banqué M.**, 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 confirmar 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...’
(Lo subrayado corresponde a la Sala Tercera).

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 debe 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)...”

De la lectura de la citada resolución judicial se infiere la importancia que reviste para la decisión del proceso, el hecho que **el actor cumpla con la responsabilidad de acreditar su pretensión ante la Sala Tercera**, de ahí que en ausencia de mayores elementos de prueba que fundamenten la demanda promovida por **Luis A. Banqué M.**, este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Resuelto de Personal 010 de 2 de agosto de 2019**, dictado por la Zona Libre de Colón y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones del accionante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 1016-19