

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1253

Panamá, 8 de noviembre de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

**Contestación
de la demanda.**

La licenciada Graciela Mabel Martínez, en representación de **Eugenio de León González**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución administrativa 299 de 26 de noviembre de 2009, emitida por el director general de la **Lotería Nacional de Beneficencia**, 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 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 es cierto; por tanto, se niega.

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

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

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

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

II. Normas que se aducen infringidas por la parte demandante y los respectivos conceptos de infracción.

A. La apoderada judicial del actor aduce la infracción del ordinal 4 del artículo 24 del decreto de gabinete 224 de 16 de junio de 1969, por el cual se aprueba la ley orgánica de la Lotería Nacional de Beneficencia, que señala la atribución que tiene el director general de la Lotería Nacional de Beneficencia para nombrar, trasladar y destituir a los empleados de la institución, determinar sus funciones, imponerles sanciones y concederles vacaciones y licencias. (Cfr. fojas 5 y 6 del expediente judicial).

B. También aduce como infringidas las siguientes disposiciones del texto único de la ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa: el artículo 5 que establece que la Carrera Administrativa es obligatoria para todas las dependencias del Estado y para los municipios no subsidiados; el artículo 150 el cual señala que la destitución sólo puede ser aplicada por la respectiva autoridad nominadora; y el artículo 159 que establece que el incumplimiento del procedimiento de destitución originará la nulidad de todo lo actuado. (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

C. La representante judicial de la demandante señala que el acto demandado contraviene el artículo 4 de la ley 59 de 28 de diciembre de 2005, que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, que señala que los trabajadores afectados por las enfermedades descritas en la mencionada ley, sólo podrán ser destituidos de sus puestos de trabajo por

causa justificada y previa autorización judicial, ya que aduce sufrir de hipertensión arterial. (Cfr. fojas 6 a 11 del expediente judicial).

D. Por último, alega la infracción de las siguientes disposiciones de la ley 38 de 2000, que aprueba el Estatuto de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento administrativo general y dicta disposiciones especiales: el artículo 34 que establece que las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad; el artículo 35 que señala el orden jerárquico en que deberán ser aplicadas las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas; el artículo 36 que dispone que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente; el artículo 37 que indica que la ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal; el artículo 52 que señala los casos en que se incurre en el vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados; y el artículo 53 que dispone que fuera de los requisitos contenidos en el artículo anterior, será meramente anulable todo acto que incurra en infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder; el artículo 55 que establece que la nulidad será decretada para evitar indefensión, afectación de derechos de terceros o para establecer el curso normal del proceso; y el artículo 122 que indica que corresponde al superior jerárquico inmediato calificar y decidir la declaración de impedimento formulada y los incidentes de recusación presentados contra la autoridad que debe conocer y decidir un proceso. (Cfr. fojas 8 a 11 del expediente judicial).

Los respectivos conceptos de infracción pueden consultarse en las fojas 6 a

11 del expediente judicial.

III. Antecedentes

El acto demandado consiste en la resolución administrativa 299 de 26 de noviembre de 2009, por medio de la cual el director general de la Lotería Nacional de Beneficencia, destituyó a Eugenio De León González del cargo de almacenista I que éste ocupaba dentro de la mencionada entidad gubernamental. Este acto fue objeto de un recurso de reconsideración interpuesto por el afectado y decidido mediante la resolución 2010-09 de 21 de enero de 2010, a través de la cual la misma autoridad mantuvo en todas sus partes la decisión recurrida, agotando así la vía gubernativa. (Cfr. fojas 15, 16 y reverso del expediente judicial).

Según observa este Despacho, el actor solicita que se declaren nulas, por ilegales, las resoluciones antes descritas y, en consecuencia, se ordene a la Lotería Nacional de Beneficencia que lo reintegre a la posición que ocupaba como almacenista I. Producto de ello, el recurrente también demanda que se ordene el pago de los salarios dejados de percibir, desde la fecha de su destitución hasta que se haga efectivo su reintegro. (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

IV. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

Según se desprende de las piezas procesales, la remoción del cargo de que fuera objeto el accionante a través del acto administrativo demandado se dio en estricto apego a la Ley, ya que si bien es cierto el actor estaba amparado por la ley de Carrera Administrativa en razón de que la resolución 739 de 30 de julio de 2008, expedida por la Dirección General de Carrera Administrativa, lo acreditó como funcionario de carrera, no lo es menos que el artículo 21 de la ley 43 de 2009 dejó sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la Carrera Administrativa en todas las instituciones públicas, realizados a partir de la aplicación de la ley 24 de 2007. Cabe destacar que el

artículo 32 de la mencionada ley 43, señala que ese cuerpo normativo es de orden público y tiene efectos retroactivos hasta el 2 de julio de 2007. (Cfr. foja 44 del expediente judicial y la gaceta oficial 26,336 de 31 de julio de 2009).

Las normas antes citadas son del tenor siguiente:

“Artículo 21: (transitorio). En virtud de la entrada en vigencia de la presente Ley, se dejan sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la Carrera Administrativa realizados, a partir de la aplicación de la Ley 24 de 2007, en todas las instituciones públicas.”

“Artículo 32: La presente Ley es de orden público y tendrá efectos retroactivos hasta el 2 de julio de 2007.”

En razón de lo anterior, resulta claro que la exclusión del demandante del Régimen de Carrera Administrativa, luego de la anulación de ese estado, significa que el mismo dejó de gozar de los derechos propios consagrados en las regulaciones legales y reglamentarias a favor de funcionarios adscritos a dicha carrera, y que su remoción se llevó a efecto con fundamento en la facultad discrecional que posee la autoridad nominadora para nombrar y remover a los servidores públicos de esa entidad.

En ese contexto, debemos señalar que el acto administrativo demandado, mediante el cual se dio la remoción del recurrente, se ajustó a lo establecido en el numeral 4 del artículo vigésimo cuarto del decreto de gabinete 224 de 16 de julio de 1969, orgánico de la Lotería Nacional de Beneficencia, que prevé entre las funciones del director general de dicha institución la de nombrar, trasladar y destituir a los empleados de la misma, de lo que se desprende que la autoridad nominadora estaba plenamente facultada para ordenar la remoción del cargo del recurrente. (Cfr. fojas 13, 14 y reverso del expediente judicial).

Conforme advierte este Despacho, la apoderada judicial del actor aduce como infringidos los artículos 5, 154 y 159 del texto único de la ley 9 de 1994, ya

que, según el mismo, la destitución de la cual fue objeto desconoció el debido proceso. (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial).

En relación con lo anterior, esta Procuraduría observa que dichas normas no le son aplicables al actor, habida cuenta que era un funcionario de nombramiento y remoción discrecional de la autoridad nominadora, de tal suerte que, a juicio de este Despacho, los argumentos expuestos por la parte actora con el objeto de dar sustento a las alegadas infracciones legales, carecen de todo asidero jurídico.

En otro orden de ideas, la parte actora sostiene que el acto acusado de ilegal vulnera los artículos 34, 35, 36, 37, 52, 53, 55 y 122 de la ley 38 de 2000, que regula el procedimiento administrativo general; ya que según el demandante el acto administrativo demandado se emitió infringiendo procedimientos y normativas legales. (Cfr. foja 8 a 11 del expediente judicial).

Respecto a lo antes expuesto, este Despacho advierte que en la situación bajo estudio la autoridad nominadora se apegó a lo establecido en el numeral 4 del artículo vigésimo cuarto del decreto de gabinete 224 de 16 de julio de 1969, orgánico de la Lotería Nacional de Beneficencia, pues, tal como hemos indicado en líneas previas, ha sido el Órgano Legislativo al emitir la ley 43 de 2009, debidamente sancionada y promulgada por parte del Órgano Ejecutivo, quien ha dejado sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la Carrera Administrativa realizados a partir de la aplicación de la ley 24 de 2007, y, a su vez, derogó el artículo 67 de la ley 9 de 1994 que regulaba el procedimiento especial de ingreso al sistema de carrera administrativa sin necesidad de concurso de méritos, encontrándose el accionante en esta última situación, por lo cual, el cargo alegado carece de asidero jurídico y, en consecuencia, no está llamado a prosperar.

Por otra parte, esta Procuraduría desea aclarar que la remoción del

demandante no obedece a la comisión o imputación de falta disciplinaria alguna, sino al ejercicio de la potestad discrecional que posee la autoridad nominadora, para adoptar las acciones de personal que estime convenientes, cuando se trata de funcionarios de nombramiento y remoción discrecional, situación en la que se encontraba el actor.

Según alega la representante judicial del demandante, también se ha infringido el artículo 4 de la ley 59 de 28 de diciembre de 2005, que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involuntivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, ya que aduce sufrir de diabetes mellitus. Esta Procuraduría difiere de la afirmación hecha por el accionante debido a que dicha enfermedad no ha sido acreditada de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la norma antes mencionada, modificado por el artículo 11 de la ley 4 de 25 de febrero de 2010, puesto que ésta dispone que es necesaria una certificación que acredite el padecimiento de las mencionadas enfermedades, expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin, y además señala que mientras dicha comisión no expida la certificación no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta ley, por lo que dichos cargos de infracción carecen de asidero legal. (Cfr. fojas 7 y 8 del expediente judicial).

Ese Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto a los servidores públicos cuyo estatus es de nombramiento y remoción discrecional de la autoridad nominadora, y de esa copiosa jurisprudencia nos permitimos citar la sentencia de 11 de junio de 2009, que en su parte pertinente expresa lo siguiente:

“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. A continuación extractos de varias sentencias sobre la temática.

‘... conforme a la jurisprudencia constante en esta Sala, al estar ante la facultad discrecional de nombramiento o provisión de un cargo oficial no amparado por una ley de carrera pública o especial que conceda entre otros derechos el de estabilidad, el criterio que rige es el de remoción también discrecional generalmente ejercida por la misma autoridad nominadora. En este sentido, somos de la opinión que siendo un funcionario de libre nombramiento y remoción no le es aplicable el artículo 88 del Reglamento interno del respectivo Ministerio, toda vez que su aplicación está dirigida a aquellos que forman parte de la Carrera Administrativa.’ (Sentencia de 18 de abril de 2006)

‘... concluye esta Superioridad afirmando que ‘cuando un servidor del Estado no es regido por un sistema de carrera administrativa o Ley Especial que le conceda estabilidad, que consagre los requisitos de ingreso (generalmente por concurso) y ascenso dentro del sistema, basado en el mérito y competencia del recurso humano, la disposición de su cargo es de libre nombramiento y remoción, por lo que no está sujeto a un procedimiento administrativo sancionador que le prodigue todos los derechos y garantías propias del debido proceso’. (Resolución de 31 de julio de 2001). Teniendo así, la autoridad nominadora la facultad discrecional de remover de su cargo a los servidores públicos, indicando que ello es posible sin que medie ninguna causa disciplinaria, siempre que se trate de funcionarios no protegidos por un régimen de estabilidad, como sucede en el presente caso, razón por la cual no prosperan los restantes cargos de violación enunciados por el demandante’. (Sentencia de 18 de febrero de 2004). (El subrayado es de la Sala).

...

Las anteriores consideraciones abocan a Sala a desestimar los cargos de violación del artículo 36 de la Ley N° 38 de 2000 y del artículo 90 del Reglamento Interno del Ministerio de Economía y Finanzas.

Con relación a la alegada violación de los artículos 124, 135, numerales 11 y 21, y 142 de la Ley N° 9 de 1994, debemos dejar claro que la

autoridad nominadora únicamente estaba obligada a justificar la destitución de la señora Elia Batista Baruco si ésta hubiese gozado del beneficio de la estabilidad laboral otorgado por el régimen de carrera administrativa, y al no ser ello así, a la misma no le son aplicables las normas contenidas en la citada Ley.

...

En ocasión de que la parte actora no ha probado que se hayan producido las infracciones imputadas al acto demandado, corresponde a la Sala desestimar su ilegalidad.

Por lo antes expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL**, el Decreto de Personal N° 57 de 27 de abril de 2006 ni su acto confirmatorio, y **NIEGA** las demás pretensiones.

Por todo lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita a ese Tribunal se sirva declarar que NO ES ILEGAL la resolución administrativa 299 de 26 de noviembre de 2009, emitida por el director general de la Lotería Nacional de Beneficencia, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la parte actora.

V. Pruebas: Se aduce como prueba documental la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el caso que nos ocupa, el cual ya reposa en ese Tribunal.

VI. Derecho: No se acepta el invocado por el demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

Expediente 440-10