

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1254

Panamá, 8 de noviembre de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El licenciado José Luis Rubino Bethancourt, en representación de **Noriela A. Gordón**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución administrativa 265 de 24 de marzo de 2010, emitida por el director general de la **Lotería Nacional de Beneficencia**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

**Contestación
de la demanda.**

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 un hecho; 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.

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

A. El representante judicial de la demandante 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 establece la atribución del 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 8 y 9 del expediente judicial).

B. También aduce como infringidas las siguientes disposiciones del texto único de la ley 9 de 1994, publicado en la gaceta oficial 26,134 de 26 de septiembre de 2008, que establece y regula la Carrera Administrativa: 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. fojas 9, 10 y 11 del expediente judicial).

C. Señala dicho representante judicial que el acto demandado contraviene el artículo 3 del Código Civil, que establece que las leyes no tendrán efectos retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos. (Cfr. foja 10 del expediente judicial).

D. Por último, alega la infracción del 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 11 y 12 del expediente

judicial).

Los respectivos conceptos de infracción pueden consultarse en las fojas 8 a 12 del expediente judicial.

III. Antecedentes

El acto demandado consiste en la resolución administrativa 265 de 24 de marzo de 2010, por medio de la cual el director general de la Lotería Nacional de Beneficencia, destituyó a Noriela A. Gordón del cargo de oficinista de planilla que ésta ocupaba dentro de la mencionada entidad gubernamental. Este acto fue objeto de un recurso de reconsideración interpuesto por la afectada y decidido mediante la resolución 2010-98 de 9 de abril de 2010, a través de la cual la misma autoridad mantuvo en todas sus partes la decisión recurrida, agotándose así la vía gubernativa. (Cfr. fojas 15, 16 y reverso del expediente judicial).

Según observa este Despacho, la demandante solicita a ese Tribunal que se declaren nulas, por ilegales, las resoluciones antes descritas y, en consecuencia, se ordene a la Lotería Nacional de Beneficencia que la reintegre a la posición que ocupaba como oficinista de planilla. Producto de ello, la 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 5 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 la accionante a través del acto administrativo demandado se dio en estricto apego a la Ley, ya que a través de la Caja de Seguro Social la demandante está recibiendo el pago de su jubilación desde el 8 de julio de 2008, por lo que le es aplicable el artículo 13 de la ley 43 de 2009, que modifica el artículo 134 del texto único de la ley 9 de 1994, el cual establece que el servidor público de Carrera Administrativa que se acoja a jubilación o pensión,

será desacreditado de la Carrera Administrativa, por lo que se entiende que pasa a ser un servidor público de libre nombramiento y remoción. 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. fojas 88, 89 del expediente administrativo, foja 15, 30 y reverso del expediente judicial y la gaceta oficial 26,336 de 31 de julio de 2009).

En razón de lo anterior, resulta claro que la exclusión de la demandante del Régimen de Carrera Administrativa, significa que la misma dejó de gozar de los derechos propios consagrados en las regulaciones legales y reglamentarias a favor de los 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.

Visto lo anterior, debemos señalar que el acto administrativo demandado, mediante el cual se dio la remoción de la 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 de la recurrente. (Cfr. fojas 11 y 23 del expediente judicial).

En relación con la supuesta infracción de los artículos 150 y 159 del texto único de la ley 9 de 1994, esta Procuraduría observa que dichas normas no le son aplicables a la demandante, habida cuenta que era una funcionaria 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. (Cfr. fojas 9, 10 y 11 del expediente judicial).

Respecto a lo antes expuesto, este Despacho advierte, como se ha

expresado en líneas anteriores, que en la situación bajo estudio la autoridad nominadora actuó con fundamento 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.

En este sentido, la remoción de la 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 la actora.

En otro orden de ideas, el apoderado judicial de la actora sostiene que el acto acusado de ilegal vulnera el artículo 3 del Código Civil, ya que, en su opinión, la Lotería Nacional de Beneficencia emitió el acto acusado de ilegal apoyándose en una norma posterior como lo es la ley 43 de 2009, aplicándola de manera retroactiva y desconociendo su condición de servidora pública de carrera administrativa. (Cfr. foja 10 y 11 del expediente judicial).

Esta Procuraduría considera pertinente señalar que, el artículo 46 de la Constitución Política prevé que "las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto las de orden público o de interés social cuando en ellas así se exprese", y en el presente caso la ley 43 de 2009 por disposición expresa de su artículo 32, es aplicable a hechos y situaciones que ocurrieron con anterioridad a su entrada en vigencia, por lo que el cargo de infracción debe desestimarse.

Para mayor ilustración reproducimos el texto de la norma antes citada, que a la letra dice:

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

Según alega la parte actora, 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 hipertensión arterial y diabetes mellitus. Esta Procuraduría difiere de la afirmación hecha por la accionante debido a que dichas enfermedades no han sido acreditadas, ya que la misma no cumplió 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, disposición conforme a la cual, es necesario que la certificación que acredite el padecimiento de las mencionadas enfermedades haya sido expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin, y además señala que mientras dicha comisión no expida tal 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. foja 17 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 265 de 24 de marzo de 2010, 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 la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

Expediente 648-10