REPÚBLICA DE PANAMÁ

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Vista Número 226

Panamá, 4 de mayo 2012

Proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción

Contestación de la demanda

El licenciado Carlos Ayala Montero, quien actúa en representación de **Eduardo Chen,** solicita que se declare nulo, por ilegal, el decreto de personal 223 de 7 de julio de 2009, emitido por el **Órgano Ejecutivo,** por conducto del antiguo **Ministerio de Gobierno y Justicia,** el acto confirmatorio y 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 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: Es cierto que el demandante agotó la vía gubernativa; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 14-15 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial del demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. El numeral 1 del artículo 104 del decreto ley 3 de 22 de febrero de 2008, el cual indica que los funcionarios del Servicio Nacional de Migración tienen derecho a gozar de estabilidad en el desempeño del cargo (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

B. Las siguientes normas del decreto ejecutivo 40 de 16 de marzo de 2009, que reglamenta el título X del decreto ley 3 de 2008, particularmente en lo que se refiere a la estabilidad laboral y el profesionalismo de los funcionarios del Servicio Nacional de Migración:

b.1. El numeral 11 del artículo 3, en el cual se define el término destitución (Cfr. fojas 9-9a del expediente judicial); y

b.2. El artículo 99, que se refiere al procedimiento especial de ingreso a la Carrera Migratoria (Cfr. foja 9a del expediente judicial).

C. Las siguientes disposiciones de la ley 9 de 1994:

c.1. El numeral 1 del artículo 138, mismo que coincide en número y contenido con el artículo que aparece en el texto único de 29 de agosto de 2008 y que señala los derechos que tienen los servidores públicos de Carrera Administrativa, concretamente al de la estabilidad (Cfr. fojas 9a-10 del expediente judicial); y

c.2. El artículo 158, el cual concuerda en número y contenido con el que se observa en el referido texto único, el cual indica que el documento que señale o certifique la acción de destitución, debe incluir la causal de hecho y de derecho por la cual se procedió a aplicar la medida y los recursos legales que le asisten al servidor público destituido (Cfr. foja 10 del expediente judicial).

D. El numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, el cual establece que corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa,

la atribución de remover a los empleados de su elección (Cfr. foja 10 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso y descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

De la lectura del expediente que nos ocupa, tenemos que el acto acusado lo constituye el decreto de personal 223 de 7 de julio de 2009, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del antiguo Ministerio de Gobierno y Justicia, a través del cual se destituyó a Eduardo Chen del cargo de inspector de migración I que éste ocupaba en el Servicio Nacional de Migración (Cfr. fojas 16 a 21 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el acto administrativo en referencia, el recurrente interpuso el correspondiente recurso de reconsideración, el cual fue decidido mediante el resuelto 2008-R-656 de 30 de noviembre de 2009, expedido por el entonces ministro de Gobierno y Justicia, encargado; quedando así agotada la vía gubernativa. Dicha resolución confirmó en todas sus partes la decisión anterior (Cfr. fojas 14 y 15 del expediente judicial).

Posteriormente, el apoderado judicial del accionante interpuso la demanda contencioso administrativa bajo estudio, en la que solicita que se declare nulo, por ilegal, el contenido del decreto de personal 223 de 7 de julio de 2009; que su representado sea reintegrado al cargo que ocupaba en el Servicio Nacional de Migración y, por ende, se ordene el pago de los salarios dejados de percibir (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

En sustento de su pretensión, el abogado del demandante manifiesta que al destituir a su representado el Órgano Ejecutivo desconoció la estabilidad a la que tenía derecho y, con ello, la prerrogativa de no ser destituido sin que se alegara una causa justa prevista en la ley y mediante un proceso previo de investigación

imparcial, puesto que estaba amparado en la certificación que aquél tenía como servidor público de Carrera Migratoria. También señala que al emitirse el decreto de personal 223 de 7 de julio de 2009, no se invocó ninguna causal de destitución sustentada en el decreto ley 3 de 2008 o en el reglamento contenido en el decreto ejecutivo 40 de 2009, como tampoco se tomaron en cuenta las causales a las que se refiere el artículo 155 del texto único de la ley 9 de 1994, que, según indica, resultan aplicables de manera supletoria. Finalmente, indica que las normas invocadas por su mandante no fueron aplicadas por la entidad demandada y, en su lugar, se recurrió a la potestad que le asiste a la autoridad nominadora, a la que alude el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo (Cfr. fojas 9 y 10 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los cargos de ilegalidad expuestos por el demandante con relación al artículo 104 (numeral 1) del decreto ley 3 de 2008 “Que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones”, y los artículos 3 (numeral 11) y 99 del decreto ejecutivo 40 de 2009 “Que reglamenta el Título X del Decreto Ley 3 de 22 de febrero de 2008, que crea el Servicio Nacional de Migración y la Carrera Migratoria”, los que por estar relacionados entre sí, se analizarán en conjunto.

De acuerdo con lo que consta en autos, el demandante aportó copia simple del certificado que acredita que aprobó el curso básico para inspectores de Migración (fs. 3) y que tomó el curso básico de custodio (fs.5); sin embargo, tales documentos carecen de valor procesal y probatorio, además que no acreditan a Eduardo Chen como servidor público de Carrera Migratoria, como alega su apoderado judicial, puesto que, según puede observarse en el resuelto 2008-R-656 de 30 de noviembre de 2009, a través del cual se decidió el recurso de reconsideración presentado por el actor en la vía gubernativa, los trámites para su ingreso a dicha carrera pública de acuerdo con el procedimiento automático previsto por el artículo 99 del decreto

ejecutivo 40 de 16 de marzo de 2009, no se realizó conforme a lo establecido en el decreto ley 3 de 2008 (Cfr. fojas 14-15 del expediente judicial).

Así lo expresa el informe de conducta suscrito por el entonces ministro del antiguo Ministerio de Gobierno y Justicia, al señalar que: *"…de acuerdo a certificación expedida por la Jefa de Recursos Humanos del Servicio Nacional de Migración, identificada con la nota 1249-URH-2009 de 17 de noviembre de 2009, en el expediente administrativo de Eduardo Chen, no consta que el mismo se hallaba acreditado en la carrera migratoria, habida cuenta que los trámites no fueron concretados de acuerdo a lo establecido por el Decreto Ley 3 de 2008 y su reglamento."* (Cfr. fojas 14 y 26-27 del expediente judicial).

En relación con los artículos 138 (numeral 1) y 158 del texto único de la ley 9 de 1994, invocados como infringidos por el demandante, no puede perderse de vista que éstos se refieren al procedimiento especial de destitución establecido de manera exclusiva para los funcionarios de Carrera Administrativa, régimen al cual no pertenecía Eduardo Chen; de manera que para constituir derecho aplicable en el caso del actor, éste debía tener la calidad de miembro de la Carrera Migratoria, condición que, como ya se ha dicho anteriormente, no logró alcanzar el recurrente, motivo por el cual no puede pretender ampararse bajo el sistema legal que invoca.

En otro orden de ideas, debe tenerse en cuenta que la destitución de Eduardo Chen era potestad discrecional de la autoridad nominadora, puesto que el cargo que ocupaba dentro de la institución era de libre nombramiento y remoción, en virtud de que el mismo no gozaba de estabilidad laboral, debido a que, conforme se ha señalado en párrafos precedentes, su ingreso a la Carrera Migratoria, no se realizó según lo previsto por la ley orgánica de la entidad; condición ésta que no varió durante el tiempo que duró su relación laboral con el antiguo Ministerio de Gobierno y Justicia, tal como se indica en el informe de conducta (Cfr. fojas 26 y 27 del expediente judicial).

Finalmente, queremos destacar que los argumentos expuestos por el recurrente al referirse al numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo no son válidos, puesto que, como ya se ha dicho, Eduardo Chen no formaba parte de ninguna carrera pública y, por ende, su permanencia en el cargo estaba sujeta a la facultad discrecional que esta norma confiere al Presidente de la República, para nombrar y remover a esos servidores públicos.

El numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo ha sido objeto de copiosa jurisprudencia emanada de ese Tribunal. Ejemplo de la misma es el fallo de 29 de diciembre de 2009, en el cual la Sala se manifestó en los términos que a continuación se citan:

> "Con relación al numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, relativos a las atribuciones del Presidente de la República, debe ser desestimada toda vez que las funciones que ejerce el Presidente de la República con el Ministro del Ramo, en este caso con el Ministro de Economía y Finanzas, se encuentra señalada en el numeral 6 del artículo 184 de la Constitución Política.
>
> En ese sentido, el precitado artículo lo faculta para nombrar, con arreglo a lo dispuesto en el Título XI, a las personas que deban desempeñar cualesquiera cargos o empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otro funcionario o corporación, razón por la cual se constituyen en la autoridad nominadora a la que le compete no sólo su nombramiento, sino también su destitución, según lo que dispone el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo que dice:
>
> 'Artículo 629: Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:
> 1…
> 18 Remover los empleados de su lección, salvo cuando la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción.'
>
> En atención a lo dispuesto en las citadas normas, el Presidente de la República con el Ministro de Economía y Finanzas tenían competencia plena para expedir el Decreto de Personal Nº 44 de 21 de abril de 2008, por medio del cual se dispuso dejar sin efecto el

> nombramiento de la señora DENISE MARGARITA ESCUDERO DE VELARDE del cargo de Jefe de Departamento de Servicios Técnicos que ocupaba en dicho Ministerio.
>
> Esta Superioridad ha sostenido en situaciones como las que nos ocupa, que todo servidor público que ingrese a las diversas dependencias del gobierno, sin concurso de méritos o carrera administrativa son de libre nombramiento y remoción; razón por la cual, en el caso bajo examen, el Señor Presidente de la República con el refrendo del señor Ministro de Economía y Finanzas ejerció la facultad conferida por la Constitución Política.
>
> En ese sentido, como hemos señalado en líneas anteriores, la señora DENISE MARGARITA ESCUDERO DE VELARDE no gozaba de estabilidad en su cargo, ya que no logró demostrar en el expediente que haya ingresado a su cargo mediante un concurso de mérito que es lo que otorgaría estabilidad en su cargo por ser funcionario de carrera. De manera pues, que al haber sido nombrada libremente, y al no estar su estabilidad sujeta a una 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.
>
> De allí entonces, que este Tribunal es del criterio que no se ha demostrado tampoco la violación de la norma invocada."

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL el decreto de personal 223 de 7 de julio de 2009, emitido por el antiguo Ministerio de Gobierno y Justicia, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la parte actora.

IV. Pruebas.

A. Se objeta la admisión de los documentos incorporados a fojas 3-5 del expediente judicial, ya que los mismos constituyen copias simples de documentos que no han sido autenticados por la autoridad encargada de la custodia de su original, lo que resulta contrario al texto del artículo 833 del Código Judicial.

B. Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

V. 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 836-09