

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 343

Panamá, 11 de julio de 2012

**Proceso Contencioso  
Administrativo  
de Nulidad.**

**Concepto de la  
Procuraduría de  
la Administración.**

**Se alega excepción de  
petición de modo indebido.**

El licenciado Carlos A. Villalaz B., actuando en representación de **Batilda Polo Marciaga**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el decreto ejecutivo 146 de 20 de junio de 2011, emitido por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Desarrollo Agropecuario**, la negativa tácita por silencio administrativo 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 3 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley en el proceso descrito en el margen superior.

**I. Disposiciones que se aducen infringidas.**

**A.** La actora aduce la infracción del artículo 794 del Código Administrativo, el cual establece que la determinación del período de duración de un empleado no coarta en nada la facultad del empleado que hizo el nombramiento para renovarlo, salvo expresa prohibición de la Constitución o de la ley (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

**B.** El actor también manifiesta la infracción de las siguientes disposiciones del texto único de 29 de agosto de 2008 que ordenó la ley 9 de 20 de junio de 1994:

**B.1.** El artículo 138, que según el recurrente fue modificado por la ley 59 de 2010, cuando en realidad fue reformado por el artículo 14 de la ley 43 de 30 de

julio de 2009, el cual contempla los derechos de los servidores públicos de Carrera Administrativa (Cfr. fojas 24-25 del expediente judicial); y

**B.2.** El numeral 17 del artículo 141, modificado por el artículo 15 de la ley 43 de 2009, norma que prohíbe a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo despedir a los servidores públicos que demuestren que se encuentran padeciendo de enfermedades terminales, que están en proceso de recuperación o tratamiento de éstas y que tienen discapacidad de cualquier índole (Cfr. foja 26 del expediente judicial).

**C.** Finalmente, el recurrente alega la infracción del artículo 118 del decreto ejecutivo 222 de 12 de septiembre de 1997, en virtud del cual los servidores públicos tendrán derecho a gozar de estabilidad laboral dentro de la Administración Pública y que sólo podrán ser destituidos por causa prevista en la ley, previo proceso administrativo disciplinario (Cfr. fojas 25-26 del expediente judicial).

## **II. Concepto de la Procuraduría de la Administración**

Este Despacho advierte que la acción contencioso administrativa de nulidad que nos ocupa, ha sido promovida por la parte actora con el objeto de obtener la declaratoria de nulidad, por ilegal, del decreto ejecutivo 146 de 20 de junio de 2011, por medio del cual el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, destituyó a Batilda Polo Marciaga del cargo de secretaria II, posición 09431, planilla 001, con un salario mensual de B/.1,220.00 (Cfr. foja 59 del expediente judicial).

Se observa igualmente, que la afectada se notificó de esta medida el 8 de julio de 2011 e interpuso en contra de la misma un recurso de reconsideración que fue decidido por el ministro de la referida entidad mediante resolución DAL-309-ADM-11 de 19 de septiembre de 2011, la cual dispuso mantener el acto impugnado, quedando agotada la vía gubernativa. Dicha resolución le fue

notificada a la actora el 23 de marzo de 2012 (Cfr. fojas 60-62 del expediente judicial).

Producto de lo anterior, el 15 de septiembre de 2011, Batilda Polo Marciaga, actuando por medio de apoderado judicial, presentó ante ese Tribunal la demanda que dio origen al presente proceso (Cfr. fojas 4-11 y 20-27 del expediente judicial).

Al sustentar el concepto de violación de las disposiciones que estima infringidas, el apoderado judicial de la recurrente señala, entre otras cosas, que al emitirse el acto administrativo acusado no se respetó la condición de servidora pública de Carrera Administrativa que ostentaba su representaba ni se le siguió un procedimiento administrativo disciplinario que acreditara alguna de las causales previstas en la ley para luego proceder a su destitución (Cfr. fojas 23-26 del expediente judicial).

Este Despacho disiente del planteamiento anterior, puesto que **al momento de ser destituida, la actora no se encontraba amparada por el régimen de Carrera Administrativa.**

Nuestro criterio haya sustento en las constancias que reposan en el expediente bajo análisis, las que permiten determinar que para el 20 de junio de 2011, fecha en la cual se emitió el decreto ejecutivo 146, por cuyo conducto se destituyó a Batilda Polo Marciaga del cargo que ocupaba en el Ministerio de Desarrollo Agropecuario, ésta se encontraba gozando del derecho de jubilación otorgado por la Caja de Seguro Social; por lo que, ante tal circunstancia, resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 43 de 2009, modificatorio del artículo 134 del texto único de la ley 9 de 1994, según el cual el servidor público de Carrera Administrativa que se acoja a su jubilación será desacreditado de dicho régimen; mandato que opera por ministerio de la ley, una vez se cumpla la

condición establecida en la norma, a saber, que el funcionario se haya jubilado o pensionado (Cfr. foja 73-74 del expediente judicial).

Producto de su desacreditación del régimen de Carrera de Administrativa, la hoy demandante pasó a ser una **funcionaria pública de libre nombramiento y remoción, sujeta a la potestad discrecional de la autoridad nominadora**, en este caso, el presidente de la República, con la participación del ministro del ramo, de ahí que su consecuente desvinculación de la función pública podía darse con fundamento en las facultades legales que éste mantiene como suprema autoridad administrativa, conforme lo dispone el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, que lo faculta para “remover los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución o las leyes dispongan que son de libre remoción”.

Lo antes indicado, demuestra que para proceder a la remoción de la accionante no era necesario invocar ninguna causal de naturaleza disciplinaria ni agotar ningún tipo de procedimiento interno que no fuera otro que notificarla de la resolución recurrida (principio de publicidad) y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa (principio de contradicción); posibilitándole con ello la impugnación del acto a través del correspondiente recurso de reconsideración, tal como ocurrió en la vía gubernativa; de allí que los cargos de infracción alegados en relación con los artículos 794 del Código Administrativo; 138 del texto único de la ley 9 de 1994, reformado por el artículo 14 de la ley 43 de 30 de julio de 2009; y 118 del decreto ejecutivo 222 de 12 de septiembre de 1997 deben ser desestimados por esa Sala.

En torno a la potestad discrecional de la autoridad nominadora para remover de su cargo a los servidores públicos que no estén protegidos por un régimen de estabilidad, ese Tribunal en sentencia de 25 de abril de 2003, expresó lo siguiente:

*“En primer término, es de advertir que la resolución administrativa que destituye del cargo a la*

*señora GIRAUD, y el acto confirmatorio de dicha decisión, han dejado claramente establecido que **la destitución no obedece a la comisión de falta disciplinaria alguna, sino a la potestad de la autoridad nominadora para remover al personal subalterno que no goce de estabilidad.***

*La Sala Tercera ha reconocido en numerosas oportunidades la potestad discrecional de la autoridad nominadora para 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.*** (Lo resaltado es de este Despacho).

Por otra parte, el apoderado judicial de la demandante invoca la infracción del numeral 17 del artículo 141 del texto único de la ley 9 de 1994, reformado por el artículo 15 de la ley 43 de 2009, sustentando dicho cargo de violación en el hecho que su representada fue destituida a pesar de haber presentado una certificación médica expedida por la Caja de Seguro Social que acredita su padecimiento de diabetes mellitus tipo 2, enfermedad por cual se encuentra bajo tratamiento (Cfr. foja 26 del expediente judicial).

Frente a lo expuesto por la parte actora, debemos indicar que **la supuesta condición de salud que padece la recurrente no se ha acreditado en debida forma**, como presupuesto necesario para acceder a la protección laboral que la ley 59 de 28 de diciembre de 2005 brinda a las servidores públicos aquejados por enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral; omisión que en todo caso resulta imputable a la actora, al no requerir a la institución el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 5 del citado cuerpo normativo, modificado por el artículo 11 de la ley 4 de 25 de febrero de 2010, cuyo texto es el siguiente:

**“Artículo 5.** *La certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral **será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin.***

***Mientras la comisión no expida la certificación de la que trata este artículo no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta Ley***". (Lo subrayado es de este Despacho).

Tal como se desprende de la norma transcrita, la protección laboral que brinda la ley se otorgará siempre que quien la solicite **haya sido evaluado por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin y haya obtenido una certificación que determine su condición de salud física y mental**; no obstante, en el caso bajo estudio no se alega ni mucho menos existe constancia que acredite que Batilda Polo Marciaga, **previo a la fecha en que se emitió el acto demandado**, haya presentado ante el Ministerio de Desarrollo Agropecuario una petición para que se integrara la comisión interdisciplinaria encargada de expedir la certificación a la que se refiere la norma transcrita.

Si bien es cierto que incorporada al proceso se observa una copia simple de la nota de fecha 14 de julio de 2011, firmada por los médicos Joaquín Villanueva, Rogelio Mckenzie y Ribana Molino, en la cual se expone que Batilda Polo Marciaga sigue control por diabetes mellitus tipo 2 y que padece de hiperlipidemias, no debe perderse de vista que se trata de un documento que de conformidad con lo establecido en el artículo 833 del Código Judicial carece de todo valor probatorio.

Además, aunque a manera de discusión se reputara como válido dicho documento, se advierte claramente que el mismo **fue confeccionado con posterioridad a la fecha en que se dictó y notificó a la recurrente el acto impugnado, e igualmente que en él ni siquiera aparece una constancia de haber sido recibido por la unidad de recursos humanos de la institución demandada**; por lo que esa nota malamente podría ser calificada como el medio idóneo para acreditar el estado de salud de Batilda Polo Marciaga en los términos

que para tales efectos prevé el citado artículo 5 de la ley 59 de 2005, modificado por el artículo 11 de la ley 4 de 2010.

En este contexto resulta oportuno citar un extracto de la sentencia de 9 de febrero de 2011, en la que ese Tribunal se pronunció con respecto a los efectos de la falta de cumplimiento de la exigencia contenida en la mencionada norma:

*“De igual forma, esta Sala ha de mencionar que no tiene sustento lo afirmado por el demandante en cuanto a la infracción alegada sobre el artículo 12, 4, de la Ley 59 de 2005, puesto que tal como lo establece el artículo 5 de la propia ley, que fuera modificado por la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, **la protección que brinda la ley a las personas que padecen de enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, se otorgará siempre y cuando sea expedida una certificación por una Comisión Interdisciplinaria nombrada para tal fin. Y que mientras esta comisión no expida tal certificación, no es obligación de la Institución pública reconocer la protección brindada por esta ley. Se advierte, que en este caso se este documento tal como se ha podido corroborar no ha sido aportado para tal finalidad y en virtud de ello, al no estar acreditado el padecimiento o discapacidad alegada por el demandante, la entidad demandada podía dejar sin efecto el nombramiento del señor SALDAÑA, siendo que éste es un funcionario de libre nombramiento y remoción, razón por la cual no prospera los cargos endilgados sobre los artículo 1 de la Ley 59 de 2005.**” (Lo resaltado es de este Despacho).*

En adición a todo lo antes expuesto, igualmente es relevante señalar que de acuerdo con el informe de conducta rendido por la institución demandada, la recurrente **no mantiene en su expediente de personal certificación médica alguna que acredite el presunto padecimiento de diabetes**, lo cual refleja el desconocimiento que sobre su caso tenía la entidad demandada para la fecha en que fue emitido y notificado el decreto de personal por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento.

En el marco de lo antes indicado, podemos concluir que, al no encontrarse debidamente acreditada la condición de salud que la hoy demandante manifiesta

padecer, bajo los términos prescritos por el artículo 5 de la ley 59 de 2005, modificado por el artículo 11 de la ley 4 de 2010, mal puede endilgarle a la Administración la infracción del numeral 17 del artículo 141 del texto único de la ley 9 de 1994, modificado por el artículo 15 de la ley 43 de 2009, razón por la que estimamos que este cargo debe ser desestimado por esa Sala.

En virtud de todo lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL el decreto ejecutivo 146 de 20 de junio de 2011, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, ni el acto confirmatorio, y pide se desestimen las demás pretensiones del actor.

#### **IV. Pruebas:**

**A.** Se objeta la admisión de los documentos visibles a fojas 13, 16-17 y 28-32 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.** Este Despacho también se opone a la admisión de la prueba de informe consistente en que se solicite al Complejo Hospitalario Metropolitano de la Caja de Seguro Social el historial clínico de Batilda Polo Marciaga, puesto que ésta no ha acreditado haber llevado a cabo las gestiones pertinentes para su obtención; lo que contradice lo dispuesto en el artículo 784 del mismo código de procedimiento, según el cual incumbe a las partes y no al Tribunal probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que les son favorables.

**C.** Se aduce como prueba de esta Procuraduría, el expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuya copia autenticada reposa en los archivos de la institución demandada.

**V. Derecho:** No se acepta el invocado por el demandante.

**Se alega excepción de petición de modo indebido.**

Esta Procuraduría estima oportuno destacar la improcedencia de darle curso a una demanda de nulidad que, además de la declaratoria de ilegalidad del acto, persigue el restablecimiento del supuesto derecho subjetivo lesionado, incidencia que deberá ser decidida en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 693 y 694 del Código Judicial.

Luego de examinar las piezas procesales que componen el expediente, este Despacho advierte que la parte actora no escogió la vía adecuada para formular sus pretensiones, pues, lo procedente era impugnar el acto a través de una **acción contencioso administrativa de plena jurisdicción** y no de nulidad, tal como fue expuesto en el auto de 12 de diciembre de 2011, por el cual no se admitió, en un principio, la presente demanda, resolución visible a fojas 33-36 del expediente judicial.

Lo anterior obedece al hecho que la recurrente pretende obtener, a través de una acción de nulidad, la declaratoria de ilegalidad del decreto ejecutivo 146 de 20 de junio de 2011, por el cual el Órgano Ejecutivo, actuando por conducto del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, destituyó a Batilda Polo Marciaga del cargo que ocupaba en la referida entidad ministerial, acto que **afecta únicamente los derechos subjetivos de la demandante**.

De igual forma, el apoderado judicial de la recurrente solicita en su libelo, de forma expresa, que su representada: ***“... sea restituida al cargo que ocupaba hasta el día de su destitución, con el respectivo pago de los salarios dejados de percibir hasta el momento de su restitución.”*** (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

Las circunstancias expuestas denotan que nos encontramos ante una demanda una demanda de plena jurisdicción que difiere de la de nulidad tanto en los requisitos exigidos para su admisión como en las consecuencias o efectos que

la misma produce. Así, a grandes rasgos, la acción de plena jurisdicción se interpone contra actos de carácter individual que afectan situaciones jurídicas particulares y concretas, como ocurre en el presente caso; mientras que la de nulidad se interpone contra actos cuyos efectos son generales, pues está destinada a preservar el ordenamiento jurídico positivo, de ahí que las decisiones del tribunal se encaminan a proteger el imperio de la legalidad.

Según el autor panameño Heriberto Araúz, la demanda de nulidad tiene como propósito: “...solicitar al ente competente, es decir, la SCA, **la anulación de un acto administrativo de carácter general, impersonal y que por lo general no afecta derechos personales o individuales. Por lo tanto, con esta demanda no se persigue o busca satisfacer un interés subjetivo o la reparación alguna de un derecho lesionado.** Con ella se busca que la SCA anule un acto administrativo, no porque afecte a alguien en particular sino porque viola el ordenamiento jurídico.” (ARAÚZ, Heriberto. Curso de Derecho Procesal Administrativo. La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá. Universal Books. Panamá. Pág. 125). (Lo resaltado es de este Despacho).

En atención a lo indicado, queda claro que la vía contencioso administrativa de nulidad utilizada por la actora no ha sido la adecuada. En un caso similar al que nos ocupa, esa Sala en auto de 27 de enero de 2012, señaló lo siguiente:

*“El Magistrado Sustanciador procede a examinar la demanda a fin de determinar si la misma cumple con todos los presupuestos procesales requeridos para que ser admitida; no obstante, se percate (sic) que adolece de los siguientes defectos.*

*El objeto de la demanda lo constituye la Resolución No.46,080-2011-J.D. de 4 de octubre de 2011, mediante la cual, la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, confirma en todas sus partes la Resolución No.2057 de 03 de febrero de 2011, mantenida por la Resolución No.9631 de 28 de abril de 2011, mediante la cual la Comisión de Prestaciones resolvió no acceder a la solicitud de Pensión por Riesgo de Invalidez formulada por el asegurado OCTAVIO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, con cédula de*

identidad personal No.8-205-1365 y seguro social No.218-0751, en vista que solo tiene aportadas en su cuenta individual 109 cuotas, y su última cuota fue reportada en febrero de 1988, por lo que no cumple con el requisito de la densidad establecida en el Artículo 159 Ordinal 2, literal c) de la Ley No.51 de 27 de diciembre de 2005.

En relación con lo anterior, es necesario recalcar que dentro de nuestro ordenamiento positivo **las demandas contencioso administrativas de plena jurisdicción y de nulidad tienen diferencias tanto en los requisitos exigidos para su presentación, como en las consecuencias o efectos que las mismas producen. La primera de ellas persigue, no sólo la declaratoria de nulidad del acto impugnado, sino el restablecimiento de los derechos subjetivos vulnerados, no importa si son de particulares o del Estado en su sentido más amplio; mientras que la demanda de nulidad tiene como objeto únicamente que la Sala Tercera declare la nulidad del acto acusado, sin que se pueda hacer ninguna declaración o reconocimiento de derechos que se consideren vulnerados por el acto.**

....

Se desprende con meridiana claridad, que **el recurrente equivocó la vía al interponer una demanda de nulidad, ya que lo procedente era promover una demanda de plena jurisdicción. De conformidad con el contenido del acto impugnado, éste afecta derechos subjetivos propios del señor OCTAVIO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, razón por la cual lo que cabía era una demanda de plena jurisdicción.**

**Las demandas de plena jurisdicción conocen de situaciones concretas en donde la persona afectada por el acto puede ejercer la acción. En esta oportunidad, el señor GONZÁLEZ SÁNCHEZ, es la persona que presuntamente ha sido alcanzada en sus derechos subjetivos por el acto administrativo impugnado.**

Habiéndose determinado que **el demandante ha confundido las acciones contenciosas de nulidad y plena jurisdicción, y que pretende hacer uso del recurso de nulidad, con miras a lograr el restablecimiento de un derecho subjetivo, propio de una demanda de plena jurisdicción, se procede a negarle su curso de conformidad con lo preceptuado en el artículo 50 de la Ley 135 de 1943.**

**En consecuencia, el Magistrado Sustanciador, actuando en representación de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo,**

***administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO ADMITE, la demanda contencioso administrativa de nulidad interpuesta por el licenciado Horacio Ramsey Morales.” (Lo resaltado es nuestro).***

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan admitir la excepción de petición de modo indebido, en la causa contenida en esta Vista.

**Del Señor Magistrado Presidente,**

Oscar Ceville  
**Procurador de la Administración**

Nelson Rojas Ávila  
**Secretario General**

Expediente 620-11