

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 540

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 15 de octubre de 2012

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción**

El licenciado Alcides Peña, quien actúa en representación de **Martín Moreno Melgar**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el decreto ejecutivo de personal 37 de 31 de enero de 2012, emitido por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Economía y Finanzas**, 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial del actor manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las disposiciones que a continuación se enumeran:

A. Los siguientes artículos de la ley 42 de 27 de agosto de 1999:

a.1. El artículo 1, norma mediante la cual se declara de interés social el desarrollo integral de la población con discapacidad, en igualdad de condiciones de calidad de vida, oportunidades, derechos y deberes, que el resto de la sociedad (Cfr. foja 22 del expediente judicial);

a.2. El artículo 41, sobre el derecho de las personas con discapacidad a optar por un empleo productivo y remunerado, en igualdad de condiciones (Cfr. fojas 22-23 del expediente judicial);

a.3. El artículo 42, relativo al deber que tiene el Estado, a través de sus organismos pertinentes, en el sentido de facilitar los recursos técnicos, logísticos y de personal para la formación profesional y la inserción en el mercado laboral de las personas con discapacidad (Cfr. fojas 22-23 del expediente judicial); y

a.4. El artículo 43, el cual señala que el trabajador cuya discapacidad haya sido diagnosticada por autoridades competentes, tiene derecho a permanecer en su puesto de trabajo (Cfr. fojas 22-23 del expediente judicial).

B. Los siguientes artículos de la Constitución Política de la República:

b.1. El artículo 19, norma que dispone que no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas (Cfr. foja 24 del expediente judicial); y

b.2. El artículo 32, consagradorio del principio del debido proceso legal (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

C. Las normas que a continuación se detallan de la ley 38 de 31 de julio de 2000:

c.1. El artículo 170, disposición que expresa que el recurso de reconsideración, una vez propuesto en tiempo oportuno y por persona legitimada para ello, se concederá en efecto suspensivo, salvo que exista una norma especial que disponga que se conceda en un efecto distinto (Cfr. fojas 24-25 del expediente judicial);

c.2. El artículo 200 (numeral 4), según el cual se considerará agotada la vía gubernativa cuando, una vez haya sido interpuesto el recurso de reconsideración o el de apelación, según proceda, o ambos, éstos hayan sido resueltos (Cfr. fojas 24-25 del expediente judicial); y

c.3. El artículo 201 (numeral 43) que define el efecto suspensivo como aquél en que se conceden los recursos ordinarios de reconsideración y apelación, según el cual se interrumpirán los efectos y la ejecución de la resolución impugnada mientras se surte la reconsideración o la segunda instancia (Cfr. fojas 24-25 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, se desprende que el acto acusado es el decreto ejecutivo de personal 37 de 31 de enero de 2012, emitido

por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, a través del cual se destituyó a Martín Moreno Melgar del cargo de analista de sistemas y métodos informáticos I, que éste ocupaba en dicha entidad (Cfr. foja 43 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el acto administrativo el recurrente interpuso el correspondiente recurso de reconsideración, el cual fue decidido mediante la resolución 101 de 24 de abril de 2012, expedida por el ministro de Economía y Finanzas; quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 44-45 del expediente judicial).

Producto de lo anterior, el 13 de junio de 2012, Martín Moreno Melgar, actuando por medio de apoderado judicial, presentó ante ese Tribunal la demanda que dio origen al proceso que hoy nos ocupa (Cfr. fojas 1-42 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el apoderado judicial del actor manifiesta que el acto impugnado infringe lo dispuesto en los artículos 1, 41, 42 y 43 de la ley 42 de 27 de agosto de 1999, ya que, según su criterio, las personas con discapacidad tienen derecho a optar por un empleo productivo y remunerado en igualdad de condiciones; por lo que estima que todo acto de discriminación hacia las personas con discapacidad son vicios que conllevan su nulidad absoluta. Añade, además, que el acto administrativo demandado dejó en estado de indefensión no sólo a Martín Moreno Melgar, sino también a su hija Sara Michel Moreno Clarke, ésta última discapacitada (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Finalmente, señala que también se han infringido los artículos 170, 200 (numeral 4) y 201 (numeral 43) de la ley 38 de 31 de julio de 2000, ya que, en su opinión, para la fecha en que se realizó la suspensión o el cese de los pagos correspondientes a las quincenas del 14 y 28 de marzo de 2012 y del 13 y 27 de abril del mismo año, el decreto ejecutivo de personal 37 de 31 de enero de 2012,

bajo examen, no se encontraba en firme y debidamente ejecutoriado; razón por la que aduce que para la fecha en que se le suspendieron los pagos de sus emolumentos, aún no se había agotado la vía gubernativa (Cfr. fojas 24-26 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los argumentos expuestos por el recurrente en torno a la supuesta infracción de las normas relativas a la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, por las razones de hecho y de derecho que expresamos a continuación:

La desvinculación del demandante del cargo que ocupaba en el Ministerio de Economía y Finanzas no obedeció al hecho que éste padeciera una discapacidad, sino al ejercicio de la potestad discrecional de la autoridad nominadora, fundamentada en el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, dada su condición de servidor público de libre nombramiento y remoción, al no estar acreditado por la Dirección General de la Carrera Administrativa como miembro de dicha carrera pública, según se indica en los actos administrativos bajo examen (Cfr. fojas 43 a 45 y 121-122 del expediente judicial).

Lo anterior es así, puesto que el artículo 629 (numeral 18) del Código Administrativo confiere al Presidente de la República, la facultad para nombrar y remover a los servidores públicos que no gocen de estabilidad en sus respectivos puestos de trabajo y ésta era precisamente la condición laboral del accionante.

Esta norma ha sido objeto de copiosa jurisprudencia emanada de ese Tribunal y como ejemplo de la misma tenemos 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 N° 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.”

Frente a lo expuesto por el accionante, igualmente debemos indicar que la ley 42 de 27 de agosto de 1999, por medio de la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, reglamentada por el decreto ejecutivo 88 de 12 de noviembre de 2002, únicamente protege al trabajador o servidor público que sufra de alguna discapacidad, sin que esta protección pueda entenderse que va más allá de su persona, de ahí, que los cargos citados en relación con las disposiciones de la ley 42 de 1999 deben ser desestimados (Cfr. foja 122 del expediente judicial).

Por otra parte, resulta pertinente anotar que al invocar las disposiciones legales que considera infringidas con la emisión del acto administrativo impugnado, el apoderado judicial del demandante señala como tales los artículos 19 y 32 de la Constitución Política de la República, desconociendo que la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo no es competente para conocer la infracción de normas de esta jerarquía, ya que en virtud de lo dispuesto por el artículo 97 del Código Judicial, a ese Tribunal colegiado sólo le está atribuido el control de la legalidad de los actos administrativos y que conforme al numeral 1 del artículo 206 del Estatuto Fundamental y el artículo 86 del Código Judicial, es al Pleno de la Corte Suprema de Justicia a quien le compete el control constitucional, motivo por el cual a esta Procuraduría no le es posible emitir un criterio respecto de la supuesta violación de estas normas. Así lo señaló ese Tribunal al pronunciarse mediante fallo de 2 de noviembre de 2005, que en lo pertinente indica:

“... Por otro lado, encuentra la actora sustento jurídico a su pretensión en el artículo 72 de la Constitución Nacional, con la agravante de que esta norma, cuyo examen, valoración, e interpretación, le corresponde al Pleno de la Corte a través de otro tipo de acciones.

Dado lo anterior, es menester resaltar que no es dable recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de un proceso de plena jurisdicción a solicitar la restitución de derechos con fundamento en normas constitucionales.

En este sentido, esta Sala ha manifestado en reiteradas ocasiones que no es admisible invocar disposiciones constitucionales en una demanda contencioso-administrativa, y así lo expresó en fallo de 26 de febrero de 1992, que a continuación transcribimos:

*‘...asimismo, la parte demandante señala como violado un precepto constitucional, cuya determinación no compete a esta Sala. La guarda de la integridad de la Constitución es atribuida al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, por el numeral uno (1) del artículo 203 de la Constitución Nacional...’
(Registro Judicial, febrero de 1992, pág.56).*

...” (Lo subrayado es de este Despacho).

En relación a la supuesta transgresión de los artículos 170, 200 (numeral 4) y 201 (numeral 43) de la ley 38 de 31 de julio de 2000, este Despacho estima que el concepto de infracción de dichas disposiciones carece de sustento jurídico, puesto que no reposa en el expediente judicial constancia alguna que acredite que las prestaciones laborales invocadas por Martín Moreno Melgar dejaron de ser remuneradas por la entidad demandada; de ahí que somos del criterio que no es factible señalar que se han producido tales cargos de ilegalidad.

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** el decreto ejecutivo de personal 37 de 31 de enero de 2012, emitido por el Órgano Ejecutivo,

por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, pide se desestimen las pretensiones de la parte actora.

IV. Pruebas.

A. Se objeta la admisión de las pruebas visibles a fojas 50-52, 53-73, 75-80, 81-83, 85, 86-107 y 109 del expediente judicial, ya que las mismas 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 las pruebas de informe que aparecen identificadas con los numerales 20 y 21 del apartado de pruebas del escrito de la demanda, visible a foja 41 del expediente judicial, por las siguientes razones:

b.1. Porque estas pruebas debieron ser presentadas por el actor ante la entidad demandada, con anterioridad a la emisión del acto administrativo por medio del cual se le destituyó del cargo que ocupaba o antes del agotamiento de la vía gubernativa, de allí que son legalmente ineficaces, de conformidad con lo estipulado en el artículo 783 del Código Judicial;

b.2. Porque el actor no ha acreditado haber llevado a cabo las gestiones pertinentes para su obtención, tal como al efecto lo prevé 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 le son favorables.

C. Igualmente nos oponemos a la admisión de la prueba identificada con el número 25 en el apartado de pruebas del escrito de la demanda, visible a fojas 41-42 del expediente judicial, por considerarla ineficaz al tenor de lo señalado en el artículo 783 del Código Judicial, ya que como se ha explicado en la contestación del proceso bajo estudio, la ley 42 de 27 de agosto de 1999, por medio de la cual

se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, reglamentada por el decreto ejecutivo 88 de 12 de noviembre de 2002, únicamente protege al trabajador o servidor público que sufra de alguna discapacidad, sin que esta prerrogativa abarque a ningún familiar del funcionario.

D. 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 y que reposa en los archivos de la institución demandada.

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

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 361-12