

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 673

Panamá, 14 de agosto de 2020.

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Contestación de la demanda.

El Licenciado Luigi Colucci, actuando en nombre y representación de **Ana Matilde De la Guardia**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 988 de 1 de noviembre de 2019, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del **Ministerio de Seguridad Pública** (Servicio Nacional de Migración), su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

Señor 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 el propósito 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.

Décimo Primero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 57-20 del expediente judicial).

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

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la actora refiere como normas vulneradas las siguientes:

A. **Los artículos 48, 52, 62 (modificado por la Ley 62 de 23 de octubre de 2009) y 170 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000**, los que en ese orden establecen que las entidades públicas no iniciarán ninguna actuación material que afecte derechos o intereses legítimos de los particulares, sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirve de fundamento jurídico; los casos en que se incurre en un vicio de nulidad absoluta; los supuestos en los cuales las entidades públicas podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en las que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros; y lo relativo al recurso de reconsideración (Cfr. fojas 7, 8, 10, 11 y 12 del expediente judicial).

B. **El artículo 45-A de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, adicionado por la Ley 15 de 31 de mayo de 2016**, que dispone que la persona con discapacidad, padres, madres, tutor o el representante legal de la persona con discapacidad no podrá ser despedido o destituido ni desmejorado en su posición o salario, salvo que el empleador o superior acredite con antelación una causal establecida en la ley que justifique la terminación de la relación laboral, agrega que los casos de servidores públicos no se admitirá como causal el libre nombramiento y remoción,

salvo que se trate de funcionarios nombrados en cargos de confianza, señala que los servidores públicos cargos que sean declarados insubsistentes será nombrados en otra posición dentro de la respectiva institución, y por ultimo establece que los trabajadores con discapacidad gozarán de estabilidad laboral, motivo por el cual sus empleadores deberán asegurar su inclusión en la planilla laboral permanente de la empresa o institución correspondiente, una vez hayan aprobado el periodo probatorio (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

C. **El artículo 140 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015**, que dispone las causas por las cuales se perderá la condición de servidor público de Carrera Migratoria (Cfr. foja 9 del expediente judicial);

D. **El artículo 2 (numeral 49) del Texto Único de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo 696 de 28 de diciembre de 2018**, que establece los términos utilizados en esa Ley, en especial “Servidores públicos de libre nombramiento y remoción”, son aquellos que trabajan como personal de secretaría, asesoría, asistencia o de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera y que, por la naturaleza de su función, están sujetos a que su nombramiento esté fundado en la confianza de sus superiores y a que la pérdida de dicha confianza, acarree la remoción del puesto que ocupan (Cfr. foja 13 del expediente judicial);

E. **El artículo 127 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, adoptado por el Decreto Ejecutivo 696 de 28 de diciembre de 2018**, por el cual establece los casos en los que el servidor público quedará retirado de la Administración Pública (Cfr. foja 15 del expediente judicial);

F. **La Resolución 038 de 9 de julio de 2019**, cuya parte resolutive señala dejar sin efecto la Resolución 24 de 19 de junio de 2019 y

la Resolución 31 de 29 de mayo de 2019, ambas expedidas por la Dirección General de Carrera Administrativa (Cfr. foja 13 del expediente judicial); y

G. Los artículos 120 y 154 (numeral 1) del Reglamento Interno del Servicio Nacional de Migración, adoptado por medio de la Resolución RI-001-2015 de 14 de diciembre de 2015, que en su orden indican respectivamente, la facultad para sancionar; y que los servidores públicos del Servicio Nacional de Migración tendrán derecho a gozar de estabilidad en el desempeño de su cargo, y sólo podrán ser removidos de acuerdo a los procedimientos descritos en el Reglamento (Cfr. fojas 14-16 del expediente judicial).

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

Según consta en autos, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nulo, por ilegal, el **Decreto de Personal 988 de 1 de noviembre de 2019**, dictado por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional de Migración), mediante el cual se dejó sin efecto el nombramiento de **Ana Matilde De la Guardia**, del cargo de Inspector de Migración II, que ocupaba en esa entidad (Cfr. foja 51 del expediente judicial).

Posteriormente, el citado acto administrativo fue impugnado a través del correspondiente recurso de reconsideración, el cual fue decidido mediante el **Resuelto 1365 de 13 de diciembre de 2019**, expedido por el Ministro de Seguridad Pública, que confirmó el acto administrativo anterior. Dicha resolución le fue notificada a la accionante el 13 de enero

de 2020, con lo que quedó agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 57- 62 del expediente judicial).

Como consecuencia de lo anterior, el 12 de marzo de 2020, **Ana Matilde de la Guardia**, a través de su apoderado judicial, acudió a la Sala Tercera para interponer la demanda que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo impugnado y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la institución que la reintegre a las funciones que realizaba antes de su destitución y se le reconozcan todas sus prestaciones laborales (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

A fin de sustentar su pretensión, el abogado de la actora indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

“El Decreto de Personal No.988 de 1 de noviembre de 2019, en su parte motiva, afirmó que la funcionaria Ana De la Guardia no estaba incorporada a régimen de carrera ni poseía condición legal que le asegurara estabilidad en el cargo, por lo cual la ubicó como servidora de libre nombramiento y remoción para proceder a dejar sin efecto su cargo en el Servicio Nacional de Migración. No obstante, **soslayó** tal acto que en ese momento, la funcionaria Ana De la Guardia **aún estaba incorporada en el régimen de carrera migratoria con una condición que le aseguraba estabilidad en el cargo**, pues el acto que le había supuestamente cancelado su reconocimiento como servidora pública incorporada al régimen de carrera migratoria, esto es, la Resolución No. 537 de 9 de octubre de 2019, para el momento en que se expide el Decreto de Personal No. 988 de 1 de noviembre de 2019, **se encontraba recurrida en reconsideración y no se había notificado aún medida alguna sobre la decisión de este recurso, por lo que, bajo esos términos, se encontraba con sus efectos jurídicos suspendidos...**” (Lo destacado es de la cita) (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Luego de un análisis de las constancias que reposan en autos, esta Procuraduría advierte **que no le asiste la razón a la demandante;**

en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada, referente a lo actuado por el Órgano Ejecutivo, por conducto del **Ministerio de Seguridad** al emitir el acto objeto de reparo, que en su opinión, es contrario a Derecho, por supuestamente haber vulnerado las normas arriba mencionadas.

Lo arriba indicado encuentra su sustento en que la desvinculación de la demandante se basó en la facultad discrecional que le está atribuida a la autoridad nominadora para nombrar y remover libremente a los funcionarios que carezcan de estabilidad en el cargo, por no haber ingresado al servicio público mediante un concurso de méritos o encontrarse bajo la protección de alguna ley especial; condición en la que se ubicaba la recurrente en el Ministerio de Seguridad (Cfr. fojas 51-52, 57-62 y 65-66 del expediente judicial).

Por otro lado, consideramos importante resaltar, en lo que respecta a la condición de integrante de la Carrera Migratoria, que el Ministerio de Seguridad Pública a través del Servicio Nacional de Migración dejó sin efecto el nombramiento de la actora, **decisión que para el momento de la desvinculación, se encontraba en firme y ejecutoriada**, veamos:

“En el caso de la señora **ANA MATILDE DE LA GUARDIA**, la misma fue acreditada como servidora pública, incorporada al Régimen Especial de Carrera Migratoria mediante Resolución No.238-A de 18 de abril de 2016, a través del Procedimiento Especial de Ingreso; sin embargo, mediante Resolución No.537 de 9 de octubre de 2019, es desacreditada del Régimen de Carrera Migratoria y se deja sin efectos las Resoluciones No.238-A de 18 de abril de 2016, por considerar que no se cumplió con las formalidades que establece la Ley. Al respecto de lo anterior, la servidora pública **ANA MATILDE DE LA GUARDIA**, al notificarse de la Resolución up (sic) supra, anuncia y presenta Recurso de Reconsideración, el cual resuelve

mediante la Resolución No. 707 de 7 de noviembre de 2019, MANTENIENDO en todas sus partes la Resolución Administrativa N° 537 de 09 octubre de 2019, por lo que queda en firme su desvinculación del Régimen Especial de Carrera Migratoria.” (El subrayado es nuestro) (Cfr. foja 58 del expediente judicial).

De lo anterior se desprende con claridad, que para el momento en que la actora es desvinculada del Servicio Nacional de Migración, lo cual se da mediante el **Decreto de Personal 988 de 1 de noviembre de 2019**, la misma no se encontraba incorporada al Régimen de Carrera Migratoria.

En ese orden de ideas, cobra relevancia el artículo 2 (numeral 49) del Texto Único de la Ley 9 de 1994, cuyo tenor es el siguiente:

“**Artículo 2:** Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos deben ser entendidos a la luz del presente glosario:

...
49. Servidores públicos de libre nombramiento y remoción. Aquellos que trabajan como personal de secretaría, asesoría, asistencia o de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera y que, por naturaleza de su función están sujetos a que su nombramiento esté fundado en la confianza de sus superiores y a que la pérdida de dicha confianza acarree la remoción del puesto que ocupan.

...”

De igual manera, es pertinente indicar, lo señalado por la institución demandada, a través del Resuelto 1365 de 13 de diciembre de 2019, en donde se indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

“... se ha establecido fehacientemente, dentro del caudal probatorio del expediente que nos ocupa, que la solicitante **ANA MATILDE DE LA GUARDIA**, al no pertenecer a ningún régimen especial dentro de la Administración Pública, queda su cargo sujeto a la discrecionalidad del señor Presidente de la República y de la autoridad nominadora de este Ministerio y a

la legítima aplicación del Artículo 629 del Código Administrativo, que dice:

‘Artículo 629. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

1...

...

3. Dirigir la acción administrativa nombrando y removiendo sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración.

...

18. Remover los empleados de su elección, salvo cuando la constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción.’

...” (Cfr. fojas 40 y 41 del expediente judicial).

Así las cosas, y al no estar amparada o formar parte de una carrera pública, **el cargo que ocupaba Ana Matilde De la Guardia, en el Ministerio de Seguridad Pública, era de libre nombramiento y remoción.**

En razón de lo anterior, para desvincular del cargo a la ex servidora pública tampoco **era necesario invocar causal disciplinaria alguna;** puesto que bastaba con notificarla de la resolución recurrida y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, por medio del correspondiente recurso de reconsideración, tal como sucedió durante el curso del procedimiento administrativo, con lo que se agotó la vía gubernativa.

Ahora bien, y en cuanto a la supuesta violación del principio de estricta legalidad; al del debido proceso, así como la supuesta omisión del

procedimiento correspondiente e irrespeto de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico, este Despacho es del criterio, que el **Decreto de Personal 988 de 1 de noviembre de 2019, no** ha desatendido la garantía de la motivación del acto administrado, previsto en el artículo 201 (numeral 1), de la Ley 38 de 31 de julio 2000; por lo tanto, **no se ha infringido así el debido proceso administrativo, contemplado en el numeral 31 de la citada disposición, ni ningún otro previsto en el artículo 34 de la mencionada Ley de Procedimiento Administrativo.**

Dentro del contexto anteriormente expresado, y para tener una mayor aproximación a lo expresado por este Despacho, estimamos pertinente señalar lo indicado por la Sala Tercera en la **Sentencia de 24 de julio de 2015**, que dispuso lo siguiente:

“Reasumido el recorrido procesal de la presente causa, revisando y analizando el caudal probatorio aportado por las partes, esta Sala considera que la Resolución OIRH-082-12 de 15 de noviembre de 2012, ha desatendido la garantía de la motivación del acto administrativo, infringiéndose así el debido proceso administrativo. Esto es así en virtud de que la actuación de la autoridad demandada carece de la debida explicación o razonamiento, pues:

1. Omite motivar por qué se le aplica una causa disciplinaria al señor Renzo Sánchez, estableciendo los motivos de hecho y derecho, que llevaron a la administración a tomar la decisión de destitución luego de comprobarse la falta en un procedimiento disciplinario, en el que se observan las garantías procesales que la amparan.

2. Omite hacer una **explicación jurídica acerca de la facultad que dispone la autoridad para ejercer la potestad discrecional en el caso de oportunidad y conveniencia** y;

3. Obvia señalar los motivos facticos (sic) jurídicos que apoya la decisión” (Lo resaltado es nuestro).

En adición a lo anterior, esta Procuraduría estima necesario reiterar que en el caso bajo análisis se cumplieron con los presupuestos de motivación consagrados en la Ley, puesto que en el considerando del acto acusado se establece de manera clara y precisa la justificación de la decisión adoptada por la institución; es decir, que la autoridad nominadora sustentó a través de elementos fácticos jurídicos que la desvinculación de la demandante fue producto de la facultad discrecional que la ley le otorga.

Consideramos, pues, que del contenido de las piezas procesales que reposan en autos, se aprecia que si bien **Ana Matilde De la Guardia**, estaba nombrada en el Servicio Nacional de Migración, **esta no tenía la condición de servidora pública de Carrera Migratoria al momento de su destitución**, por lo que no ostentaba derecho a la estabilidad en virtud de un régimen de carrera, por consiguiente, el cargo ocupado por la actora quedó a disposición de la autoridad nominadora.

Por otro lado, en cuanto al reclamo que hace la recurrente en torno al pago de los salarios caídos, este Despacho estima que el mismo no resulta viable; ya que para que ese derecho pudiera ser reconocido a favor de **Ana Matilde De la Guardia**, sería necesario que el mismo estuviera instituido expresamente a través de una ley; lo que vendría a constituir un requisito indispensable para acceder a lo pedido, conforme lo ha señalado la Sala Tercera al dictar su Sentencia de 2 de febrero de 2009, que en su parte pertinente dice así:

“Con relación a los cargos de infracción a las demás disposiciones legales que se citan en el libelo de la demanda, cabe señalar que en efecto, el criterio sostenido por esta Superioridad respecto al pago de salarios caídos a favor de aquellos funcionarios que han sido reintegrados a sus cargos, deben ser viables jurídicamente, es decir que corresponde dicho pago

en los casos que **la propia Ley dispone...**" (Lo resaltado es nuestro).

Por último, respecto al fuero laboral que alega el apoderado especial de la actora, que la amparaba en calidad de familiar de personas discapacitadas que dependen de ella, según lo consagrado en la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, consideramos pertinente señalar que los documentos presentados por la demandante, a través de los cuales busca comprobar la discapacidad de su hijo menor de edad, **no son los documentos idóneos que establece la ley para acreditar dicha condición en una persona**, pues los mismos **no constituyen la certificación que emite la Secretaría Nacional de Discapacidad detallando el tipo de discapacidad y demás parámetros exigidos**, tal como lo consagra el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 74 de 14 de abril de 2015, que modifica el reglamento del procedimiento de conformación y funcionamiento de las Juntas Evaluadoras de la Discapacidad, los baremos nacionales y el procedimiento para la evaluación, valoración y certificación de la discapacidad aprobado mediante el Decreto Ejecutivo 36 de 11 de abril de 2014, modificado por el Decreto Ejecutivo 74 de 14 de abril de 2015, norma que en su contenido dispone lo siguiente:

Artículo 2. El artículo 3 del Reglamento de las Juntas Evaluadoras de la Discapacidad queda así:

Artículo 3. La certificación de la discapacidad es el acto administrativo mediante el cual la SENADIS acredita que una persona tiene discapacidad, ya sea física, auditiva, visual, mental, intelectual o visceral; de conformidad con los parámetros y pautas establecidas en los baremos nacionales, los criterios y procedimientos legalmente establecidos." (La negrita es nuestra).

De igual manera, no podemos perder de vista lo dispuesto en el artículo 45-A de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, modificado por el artículo 54 de la Ley 15 de 31 de mayo de 2016, que puntualiza lo siguiente:

“Artículo 54. Se adiciona el artículo 45-A a la Ley 42 de 1999, así:

Artículo 45-A. La persona con discapacidad, **padre**, madre, tutor o el representante legal de la persona con discapacidad no podrá ser despedido o destituido ni desmejorado en su posición o salario, salvo que el empleador o superior acredite con antelación una causal establecida en la ley que justifique la terminación de la relación laboral.

En los casos de servidores públicos no se admitirá como causal el libre nombramiento y remoción, salvo que se trate de funcionarios nombrados en cargo de confianza.

...” (La negrita es nuestra) (Cfr. página 19 de la Gaceta Oficial 28046-B de 6 de junio de 2016).

De la disposición legal antes citada, esta Procuraduría advierte que la misma señala de manera expresa que se encuentran exceptuados de dicho fuero los *“funcionarios nombrados en cargos de confianza”*, tal como ocurrió en el caso que ocupa nuestra atención; ya que la ahora accionante, **Ana Matilde De la Guardia**, fue removido del cargo de Inspector de Migración II, mismo que **por la naturaleza de sus atribuciones y asignaciones, equivale a un puesto libre nombramiento y remoción**, enmarcándose a su vez dentro del personal definido en el artículo 4 (numeral 4) de la Ley 1 de 6 de enero de 2009, que indica que son servidores públicos excluidos de la Carrera del Ministerio Público, *“el personal de secretaría y de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no formen parte de la Carrera. Estos*

servidores públicos serán de libre nombramiento y remoción de la autoridad nominadora...”.

Por todos los anteriores señalamientos, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Decreto de Personal 988 de 1 de noviembre de 2019**, emitido por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Seguridad Pública (Servicio Nacional de Migración)**, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

IV. Pruebas.

4.1 Se **objetan** los medios probatorios que van de las fojas 22 a la 30, toda vez que, aun y cuando se encuentren autenticadas, las mismas no guardan relación con el proceso.

En ese sentido, y de conformidad a lo establecido en el artículo 783 del Código Judicial, las mismas resultan ineficaces.

4.2 Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente de personal que reposa en la entidad demandada.

V. Derecho. No se acepta el invocado por la accionante.

Del Señor Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro

Procurador de la Administración



Mónica I. Castillo Arjona

Secretaria General

Expediente 236502020