

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 004

Panamá, 15 de enero de 2021

Proceso Contencioso
Administrativo
de Plena Jurisdicción.

Alegato de Conclusión.

La firma forense Cuevas Him & Asociados actuando en nombre y representación de **Elsa Castro Ariza**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 434 de 23 de julio de 2019, emitida por la **Subdirectora General de la Lotería Nacional de Beneficencia**, su acto confirmatorio 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 artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestro escrito de contestación de la demanda, al afirmar que no le asiste la razón a **Elsa Castro Ariza**, en lo que respecta a su pretensión dirigida fundamentalmente a lograr que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 434 de 23 de julio de 2019, emitida por la Subdirectora General de la Lotería Nacional de Beneficencia, con la que se dejó sin efecto su nombramiento, porque la misma ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción dentro de la institución (Cfr. foja 13 del expediente judicial).

Tal como lo indicamos en la **Vista 824 de 8 de septiembre de 2020**, las constancias procesales demuestran que la institución demandada al expedir la Resolución Administrativa 434 de 23 de julio de 2019, que dejó sin efecto el nombramiento de **Elsa**

Castro Ariza, del puesto de Oficinista de Recursos Humanos que ocupaba en esa entidad, no es ilegal, porque ese cargo era de libre nombramiento y remoción.

La referida medida tuvo sustento en el artículo vigésimo cuarto (numeral 4) del Decreto de Gabinete 224 de 16 de julio de 1969, que establece:

“Artículo Vigésimocuarto. El Director General tendrá las siguientes atribuciones:

1...

4. Nombrar, trasladar y destituir a los empleados de la Institución, determinar sus funciones, imponerles sanciones y concederles vacaciones y licencias.

...” (Lo destacado es nuestro).

Este Despacho, estima necesario señalar que de las constancias procesales contenidas en autos, no se aprecia que la demandante haya demostrado su incorporación a la Carrera Administrativa, ni que ostente alguna otra condición legal que le asegure estabilidad en el cargo.

Así las cosas, en la **Resolución 2019-72 de 14 de agosto de 2019**, confirmatoria del acto principal, se advierte que el nombramiento de la demandante estaba fundamentado en la confianza de sus superiores, por lo que la pérdida de ésta conllevaba su desvinculación, motivo por el cual se procedió en tal sentido. Veamos:

“...

Que la señora **ELSA CASTRO ARIZA**, es una servidora pública de libre nombramiento y remoción y su nombramiento está fundamentado en la confianza de sus superiores, por lo que la pérdida de ésta tendrá como consecuencia la remoción del puesto que ocupa, tal como lo estipula el artículo 2 de la Ley 9 de 20 de junio de 1994 ‘Por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa’:

‘Artículo 2. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos deben ser entendidos a la luz del siguiente glosario:

...

Servidores públicos de libre nombramiento y remoción. Aquellos que trabajan de 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 la 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 17 del expediente judicial).

En un caso similar al que se analiza, el Tribunal en la Sentencia de 26 de abril de 2016, se pronunció en los siguientes términos:

“...

Cabe agregar que, en este caso la Administración se encuentra representada por la Autoridad nominadora..., a quien el numeral... le faculta remover al personal bajo su inmediata dependencia; no requiriendo la realización de un procedimiento disciplinario para ello, reiteramos, cuando el funcionario no se encuentra bajo el amparo del derecho a la estabilidad.

Por las razones expuestas, no se encuentra probado el cargo de violación directa por omisión, alegado por la parte actora...de la Resolución N°097 de 22 de noviembre de 2010..., toda vez que no consta en el expediente que el señor..., haya adquirido dicho derecho a la estabilidad en el cargo, así como tampoco prospera el cargo de violación del artículo... del mismo cuerpo legal, por las causas señaladas.

De igual forma, no se encuentran llamados a prosperar los cargos de violación alegados por la parte actora de los artículos..., 99... de la Resolución N°097 de 22 de noviembre de 2010, relativos al procedimiento disciplinario, la aplicación de medidas disciplinarias y el campo de aplicación del Reglamento Interno de la entidad demandada; toda vez que, la destitución se fundamentó en la facultad discrecional de la Autoridad nominadora, tal como se observa en la motivación del acto impugnado, en estricto apego con la ley...

Toda vez que los cargos de violación alegados por la parte actora no acreditan la ilegalidad de la Resolución Administrativa No.380 de 10 de octubre de 2014, que se recurre, no es procedente declarar la nulidad del acto ni las consecuentes declaraciones solicitadas.

DECISIÓN DE LA SALA

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL** la Resolución Administrativa No.380 de 10 de octubre de

2014, emitida por..., así como tampoco lo es su acto confirmatorio y, por lo tanto, NO ACCEDE a las pretensiones del demandante” (Lo destacado es nuestro).

De igual forma, en cuanto a la potestad discrecional y los cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala Tercera en el Auto de 14 de noviembre de 2018, explicó lo que a continuación se transcribe:

“...

Esta Corporación de Justicia, considera que no le asiste la razón al recurrente con respecto a sus alegaciones de ilegalidad del acto administrativo, pues el señor...ingresó al...sin concurso de méritos o carrera administrativa, por lo tanto, su posición es considerada de libre nombramiento y remoción; razón por la cual, en el caso bajo examen, la autoridad, ejerció la facultad conferida por la Ley y la Constitución y al no estar su estabilidad sujeta a la 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...

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.

Se presume la legalidad del acto administrativo, en este caso el demandante debió comprobar que no se llevó a cabo el debido proceso o en su defecto que era funcionario de carrera...

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de 9 de julio de 2008, resolvió lo siguiente:

‘...

Expuesto lo anterior, compartimos el criterio de la Procuradora de la Administración, en el sentido de que es la parte actora quien debe probar la alegada ilegalidad de la resolución atacada, situación que no se verifica en el caso in examine. Al respecto el jurista colombiano Gustavo PENAGOS, señala que, ‘en las actuaciones administrativas se debe (sic) observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones

Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

Por último, debemos recordar que en lo referente a los **actos expedidos por las autoridades administrativas, impera el principio de presunción de la legalidad de los actos administrativos, teniendo la obligación quien recurre a la jurisdicción contencioso administrativa de traer a este escenario los elementos de convicción sobre la ilegalidad del acto acusado, ya que el mismo se presume legal, situación que no ha sido cumplida por parte del actor en el caso en estudio.**

...'

En razón de lo antes expuesto, lo procedente, es declarar que no es ilegal el acto demandado, toda vez que en este caso en particular, la carga de la prueba corresponde a la parte actora, que debe comprobar la ilegalidad del acto administrativo demandado y en el expediente no se encuentra caudal probatorio que demuestre que dicha resolución es ilegal." (La negrita es de este Despacho).

En atención a lo expuesto, se observa que, tanto en el acto acusado de ilegal, así como en el confirmatorio, se estableció que **Elsa Castro Ariza**, no estaba acreditada como funcionaria de Carrera Administrativa ni se encontraba amparada por alguna ley especial, de allí que no contaba con estabilidad en el puesto que ejercía en la Lotería Nacional de Beneficencia, por lo que era una servidora de libre nombramiento y remoción (Cfr. fojas 13 y 17-18 del expediente judicial).

En este escenario, **vale la pena destacar** que, para remover a **Elsa Castro Ariza** del cargo que ejercía en la entidad demandada no era necesario recurrir a ningún procedimiento interno que no fuera otro que el de notificarle de la resolución acusada de ilegal, y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, permitiéndole, como en efecto se hizo, la presentación del respectivo medio de impugnación (Cfr. fojas 15-16 del expediente judicial).

De igual manera, esta Procuraduría estima necesario señalar que en el caso en estudio **se cumplieron con los presupuestos de motivación consagrados en la ley;** puesto que en la resolución acusada, 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 remoción de la ahora demandante no fue producto de la imposición de una sanción, sino de la facultad discrecional que la ley le otorga.

La actora, en su libelo de demanda hace alusión a que, tiene como dependiente a una persona con discapacidad, que en el caso en particular es su pareja, el señor ELVIO BURGOS) a quien se le ha comprobado una enfermedad vascular cerebral hemorrágica (derrame cerebral) (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

En lo que respecta a esa tesis debemos resaltar, que la hoy demandante, al momento de presentar su recurso de reconsideración en la vía gubernativa en contra del acto objeto de reparo, no presentó documento alguno que acreditara el supuesto padecimiento de su pareja, ni tampoco la alegada discapacidad derivada de las enfermedades a las que hace referencia en este estadio procesal; **ni mucho menos aportó documentación relacionada a su condición de tutora de su esposo.**

Lo anterior se deja plasmado en el acto confirmatorio, el cual refiriéndose a ese punto, indicó lo siguiente:

“Que la señora **ELSA JUDITH CASTRO ARIZA**, a través de la Firma Forense Cuevas Him y Castro, hace referencia que su pareja sentimental de hace 20 años se encuentra con Discapacidad Motriz, producto de una enfermedad Vascular Cerebral Hemorrágica (derrame cerebral), sin embargo, la señora **ELSA CASTRO**, no ha aportado, ni acreditado documentación relacionada a la condición de tutora de su esposo...” (Cfr. fojas 29-30 del expediente judicial).

De lo arriba indicado, se desprende que la demandante en ningún momento puso en conocimiento de la **Lotería Nacional de Beneficencia** el supuesto padecimiento de su pareja; motivo por el cual, mal podría indicarse que la entidad demandada vulneró una norma protectora del trabajo, cuando la actora eligió mantener en reserva la supuesta enfermedad de su pareja.

Lo anterior es importante tenerlo presente; puesto que, el accionar de la entidad demandada se fundamentó en los elementos de convicción **que reposaban en el expediente de personal de la accionante.**

En ese sentido, al no haber en dichos registros, constancias de tratamiento médico, historial de citas de control, certificaciones médicas o cualquier otro elemento objetivo, evidentemente la **Lotería Nacional de Beneficencia no podía tener conocimiento de la existencia de enfermedad alguna.**

Esto es así, toda vez que, si bien la demandante ha presentado con el libelo de la demanda, la Certificación Medica #014-18 de 21 de febrero de 2018 y #058-19 de 13 de septiembre de 2019, no es menos cierto, que las mismas tengan sello de recibido de la entidad demanda, antes de la emisión del acto acusado de ilegal, ni el acto administrativo que resolvió el recurso de reconsideración presentado (Cfr. fojas 23-24 del expediente judicial).

En esa línea de pensamiento, **consideramos oportuno indicar** que el examen de legalidad que se está efectuando sobre el acto objeto de reparo, se debe realizar **tomando en consideración la realidad existente al momento en que el mismo fue emitido;** a saber, un escenario en donde el expediente de personal **no contenía referencia alguna de la existencia de una enfermedad crónica, degenerativa o involutiva.**

Pretender incorporar esos argumentos en esta jurisdicción, implicaría modificar el contexto bajo el cual la entidad demandada emitió el acto cuya legalidad se cuestiona.

En ese tenor, si bien es permitido la presentación de medios de convicción en la jurisdicción contencioso administrativa, éstos no pueden estar destinados a subsanar deficiencias probatorias **propias de la vía gubernativa;** ya que, como hemos indicado, el **accionar administrativo, en el caso que nos ocupa, se sustentó en elementos de hecho y de derecho, de los cuales no se desprendía la existencia de enfermedad crónica, degenerativa o involutiva alguna.**

Por otro lado, tal como se dijo en la Vista 824 de 8 de septiembre de 2020, en cuanto al reclamo que hace la recurrente en torno al pago de los salarios caídos, este Despacho reitera que el mismo no resulta viable; ya que para que ese derecho pudiera ser reconocido a favor de **Elsa Castro Ariza**, sería necesario que 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).

Actividad Probatoria.

La Sala Tercera emitió el Auto de Pruebas 287 de 13 de noviembre de 2020, por medio del cual **se admitieron una serie de pruebas aducidas** por la demandante; entre ellas, las que reposan de fojas 13-21 del expediente judicial; de las cuales esta Procuraduría debe indicar que, aun cuando no hay dudas de su autenticidad por tratarse de documentos públicos que cumplen con la formalidad del contenido del artículo 834 del Código Judicial, **los mismos no dan luces al Tribunal, que la autoridad acusada tenía algún conocimiento de la condición física y de salud del señor Evelio Burgos González esposo de la hoy demandante** al momento de emitir la Resolución 434 de 23 de julio de 2019, prueba de ello está en que en el acto confirmatorio, la autoridad acusada indicó que “... la señora **ELSA CASTRO**, no ha aportado, ni acreditado documentación relacionada a la condición de tutora de su esposo...” por lo que, tal como se indicó en la Vista 824 de 8 de septiembre de 2020, la hoy demandante en ningún momento puso en conocimiento de la **Lotería Nacional de Beneficencia** el supuesto padecimiento de su pareja; motivo por el cual, tal como se indicó en su momento, mal podría indicarse que la entidad demandada

vulneró una norma protectora del trabajo, cuando la actora eligió mantener en reserva la supuesta enfermedad de su pareja.

Con respecto a las pruebas documentales admitidas por el Auto de pruebas 287 de 13 de noviembre de 2020, y que reposan de foja 90-92, esta Procuraduría debe señalar que, aunque no hay dudas de su autenticidad de conformidad al contenido de los artículos 834; dichas pruebas **no dan luces al Tribunal que al momento de emitirse la Resolución 434 de 23 de julio de 2019, la autoridad acusada tuviese conocimiento de las condiciones del señor Evelio Burgos González**, ni mucho menos tenían conocimiento que la señora Elsa Castro Ariza era la tutora del mismo, tal como se deduce del acto confirmatorio, Resolución 2019-72 de 14 de agosto de 2019.

Con respecto a la Declaración Notariada del Señor Evelio Burgos admitida por la Sala Tercera, que reposa a foja 95 del expediente, aunque fue presentada ante notario, debemos recordar que el mismo **no cumplió con lo establecido en el artículo 923 del Código Judicial**, toda vez que, al ser recibida ante notario, el mismo debió ser ratificado en el proceso.

Por otro lado, aunque se admitió la prueba testimonial de la señora Elena Cedeño Montilla, la cual se practicó el día y hora señalada; es importante manifestar que con la misma, la parte demandante intentó probar hechos que deben constar en documentos emitidos por la autoridad de salud correspondiente que demuestren la condición física y de salud de Evelio Burgos, esposo de la actora, que debieron ser aportados en su momento por **Elsa Castro Ariza** como funcionaria de la entidad acusada; es decir, que debió presentarlos antes de la emisión del auto, objeto de controversia, no pretender que, con esa declaración, se pudiera acreditar que la Lotería Nacional de Beneficencia tenía conocimiento de los supuestos padecimientos de la pareja de la recurrente (Cfr. fojas 110-112 del expediente judicial).

Así mismo, se observa que el Magistrado Sustanciador no admitió algunas pruebas documentales, aducidas por la actora, por tratarse de copias simples y por no cumplir con lo

establecido en el artículo 833 del Código Judicial (Cfr. fojas 22, 23, 24, 25, 93 y 94 del expediente judicial).

Por otra parte, se admitió como prueba presentada por la Procuraduría de la Administración, la copia autenticada del expediente administrativo de la accionante, el cual ya reposa en los estrados del Tribunal.

En atención a lo expuesto, somos de la convicción que en la acción objeto de análisis, la actividad probatoria de la recurrente **no logró cumplir la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial, que obliga a quien demanda a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión;** deber al que se refirió la Sala Tercera en el **Auto de 30 de diciembre de 2011**, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos...** que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (el subrayado corresponde a la Sala).

Al respecto del artículo transcrito, **es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

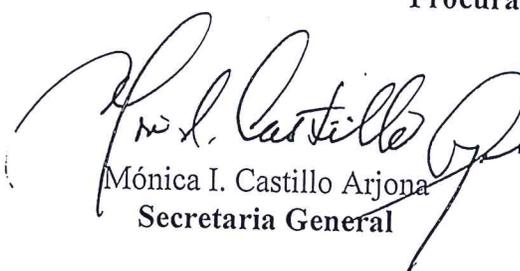
Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: ‘en las actuaciones administrativas se deben observar **los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores**’. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que **‘la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor**’. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...” (La negrilla es nuestra).

En atención a las anteriores consideraciones, esta Procuraduría reitera a la Sala Tercera su solicitud respetuosa para que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL** la **Resolución Administrativa 434 de 23 de julio de 2019**, emitida por la Subdirectora General de la Lotería Nacional de Beneficencia, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 894-19.