

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1053

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 6 de septiembre de 2018

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

La Licenciada Kelsy Camargo Ibarra, actuando en representación de **Guadalupe Estela Martínez Lezcano**, solicita se declare nula, por ilegal, la Resolución de Personal 200 de 21 de octubre de 2016, proferida por la **Fiscalía General Electoral**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de conclusión.

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 descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste razón a la recurrente en cuanto a su pretensión que se declare nula, por ilegal, la Resolución de Personal 200 de 21 de octubre de 2016, dictada por la Fiscalía General Electoral.

I. Contestación de la demanda.

Tal y como indicamos en nuestra Vista de Contestación 1292 de 13 de noviembre de 2017, de la lectura de las constancias que reposan en autos, mediante la Resolución 200 de 21 de octubre de 2016, el **Fiscal General Electoral** declaró

insubsistente y dejó sin efecto el nombramiento de **Guadalupe Martínez**, quien ocupaba el cargo de Asistente Administrativo II, posición 2369, con un salario mensual de mil balboas (B/.1,000.00), en razón que la misma era de libre nombramiento y remoción.

En ese sentido, la demandante estimó que el acto administrativo había violado el artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, el cual señalaba:

“Artículo 1. Los servidores públicos al servicio del Estado nombrados en forma permanente o eventual, ya sea transitorio, contingente o por servicios especiales, con dos años de servicios continuos o más, sin que se encuentren acreditados en alguna de las carreras que establece el artículo 305 de la Constitución Política de la República, gozarán de estabilidad laboral en su cargo y no podrán ser despedidos sin que medie alguna causa justificada prevista por la ley y según las formalidades de esta. A los servidores públicos amparados por este artículo, no les será aplicable la discrecionalidad de libre nombramiento y remoción.”

En razón de lo anterior, la letrada indicó que la norma transcrita había sido violada por omisión, bajo la premisa que la **Fiscalía General Electoral**, al omitirla, violó el alcance o sentido de su letra, manifestando que aquel servidor que tenga más de dos años de servicios continuos, aunque no se encuentre en ninguna de las Carreras establecidas en el artículo 305 de la Constitución Nacional, gozará de estabilidad laboral, por tanto, no puede ser despedido sin que medie alguna causa justificada y según las formalidades, por lo que no le es aplicable la discrecionalidad del libre nombramiento y remoción.

En este orden de ideas, es necesario reiterar que **Guadalupe Estela Martínez Lezcano no se encontraba amparada bajo el régimen de estabilidad en el cargo**, motivo por el cual, el **Fiscal General Electoral** podía ejercer válidamente la facultad de revocar el acto de nombramiento, justificado ello en la voluntad de la Administración Pública y su discrecionalidad, de acuerdo a la oportunidad y conveniencia que tiene la Administración Pública. En tal sentido, a la precitada servidora se le nombró el 8 de septiembre de 2010, en el cargo de Notificador I, siendo posteriormente reclasificada en el cargo de Asistente Administrativa, devengando un salario de mil balboas (B/.1,000.00) mensuales.

Lo anterior significa que a **Guadalupe Estela Martínez Lezcano** se le nombró en su momento con grado de permanencia en una posición de la estructura institucional, **no obstante esto no implicaba que de manera inmediata iba a adquirir la estabilidad dentro de dicha posición.**

La Sala Tercera, en reciente Sentencia de 22 de junio de 2016, externó criterio sobre este tema. Señaló nuestra más alta corporación de justicia:

"3.- Este Despacho es del criterio que en el presente proceso se ha venido gestando una confusión en cuanto a los conceptos de permanencia y de estabilidad. Es por ello que consideramos prudente revisar los criterios expuestos por la jurisprudencia de esta misma Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, la cual en su sentencia del 25 de abril de 2012, dispuso lo siguiente:

'(...) Por consiguiente, la funcionaria demandante no gozaba del derecho a estabilidad en el cargo, lo que implicaba que su cargo quedaba

a disposición de la autoridad nominadora en ejercicio de su facultad discrecional.

Es importante esclarecer que la condición de permanencia en un cargo público no acarrea necesariamente la adquisición del derecho a la estabilidad, ya que ambas condiciones no pueden tratarse como sinónimos. El funcionario nombrado con carácter 'permanente', implica que se encuentra ocupando una posición de la estructura institucional, sin que su nombramiento tenga fecha de finalización, hasta tanto adquiriera la condición de servidor de carrera, o sea desvinculado de la posición. Si el servidor público no se encuentra amparado por el derecho a la estabilidad en el cargo, la Administración puede ejercer la facultad de resolución 'ad nutum', es decir, la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.

De la transcripción de la sentencia anteriormente mencionada se puede colegir que la condición de permanencia en un cargo público no quiere decir que el servidor público adquiere automáticamente la estabilidad para la posición que ocupa dentro de la Administración, sino que por el contrario el funcionario que ha sido nombrado con carácter permanente se encuentra ocupando una posición de la estructura institucional, sin que su nombramiento tenga fecha de finalización, hasta tanto adquiriera la condición de servidor de carrera, o sea desvinculado de la posición que ocupa.

Cuando un servidor público no se encuentra amparado bajo el régimen de estabilidad en el cargo, la administración puede ejercer la facultad de revocar el acto de nombramiento, justificado ello en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, de acuerdo a la oportunidad y conveniencia que tiene la Administración Pública.

En este orden de ideas, el Sr. FÉLIX SOLÍS C., en su calidad de funcionario asistente del Fiscal General Electoral se

le contrató con el grado de permanencia en una posición de la estructura institucional, por lo que no se le iban a estar prorrogando periódicamente los contratos temporales firmados con la entidad pública. Lo anterior no quiere decir que inmediatamente iba a adquirir la estabilidad dentro de dicha posición.

Han sido innumerables las sentencias dictaminadas por esta Máxima Corporación de Justicia, en las que ha indicado que la estabilidad se adquiere a través del sistema de méritos, oposiciones o concursos, a través de los cuales la Administración Pública se puede cerciorar que de todo el personal que intervino en la participación del concurso o de la selección laboral, se escogió al personal más competente para ocupar dicha posición dentro del engranaje gubernamental y como beneficio se le otorga la estabilidad a dicha persona por sus méritos, salvo que el mismo incurra en una causal de violación a las normas o disposiciones legales y reglamentarias.

3.- Si ya se ha visto que el Sr. FÉLIX SOLÍS C., fue nombrado bajo el cargo de permanente, lo cual implicaba que no se le iba a estar renovando periódicamente su contrato de trabajo con el Estado, ello no quiere decir que el mismo gozaba de estabilidad, lo anterior nos obliga a plantear entonces la situación que el recurrente era un funcionario de libre nombramiento y remoción, por lo que la propia entidad nominadora podía recurrir a la destitución en el caso que así lo requería, tal como se desprende del informe de conducta enviado por el Fiscal General Electoral (Cfr. f. 24 del expediente judicial), en donde se señalaba que el demandante se encontraba bajo el régimen de libre nombramiento y remoción, lo que habilitó a la entidad demandada a proceder con su destitución.

La acción de destitución que llevó a cabo la Fiscalía General Electoral, estaba perfectamente fundamentada en base al principio de legalidad sobre el artículo 125 del Texto Único de 4 de septiembre de 2007.

4.- En materia probatoria, no se observa tanto en el expediente principal, como tampoco dentro del expediente que contiene el historial o expediente administrativo del Sr. FÉLIX A. SOLÍS C., documentación alguna que certifique o acredite que en efecto el hoy demandante pertenece al régimen de carrera administrativa, o que haya ingresado por la vía del concurso de méritos u oposiciones, para adquirir estabilidad dentro del cargo que ocupa.

En este sentido, es importante recordarle a la parte actora del presente proceso, que es deber probar los hechos que se alegan dentro de la demanda. En otras palabras, quien alega debe probar que en efecto gozaba de estabilidad, y que la destitución se hizo de forma arbitraria, para que entonces pueda este Tribunal de lo Contencioso-Administrativo proceder a restituirle al servidor público su derecho vulnerado. Pero como en el presente proceso no se logra percibir que el Sr. FÉLIX A. SOLÍS C., era un funcionario que obtuvo su cargo en virtud de méritos, capacidades, oposiciones y competencias, lo pertinente es arribar a la conclusión que su posición es de libre nombramiento y remoción, por lo que las actuaciones realizadas por la Fiscalía General Electoral no devienen en ilegales, ni era necesario la instrucción de un proceso administrativo para proceder con su destitución o remoción. También observa éste Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, que la Fiscalía General Electoral cumplió con lo dispuesto por Ley, al permitirle al afectado interponer los respectivos recursos de impugnación en contra del acto administrativo demandado.

..."

Como quiera que la señora **Guadalupe Estela Martínez Lezcano**, a pesar de haber sido nombrada con carácter permanente se encontraba ocupando una posición de la estructura institucional, sin que su nombramiento tuviera fecha de finalización, la estabilidad alegada, únicamente la

podía proteger desde el momento que la misma adquiriera la condición de servidor de carrera, situación que no ocurre dentro del presente proceso.

En lo que respecta a la supuesta violación del numeral 15 del artículo 138-A del Texto Único de la Ley 9 de 1994, introducido por la Ley 24 de 2007, resaltamos que en razón del ajuste efectuado por la promulgación del Texto Único de la Ley 9 de 1994, el mismo corresponde al artículo 141 del referido texto jurídico, el cual señala:

"Artículo 141. Queda prohibido a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo:

...
15. Despedir sin causa justificada servidores públicos en funciones a los que les falten dos años para jubilarse, que laboren en instituciones del Estado que pertenezcan o no a la Carrera Administrativa.

..."

En cuanto a la supuesta desatención a la norma arriba transcrita, cobra relevancia lo indicado por la entidad demandada en su informe de conducta, en el sentido siguiente:

"7. La señora Guadalupe Martínez no se encuentra dentro de los parámetros de protección de la ley 9 de 1994 modificada y adicionada por la ley 24 de 2 de julio de 2007, considerando que la misma ya había superado los dos años previos a la edad de jubilación cuando de acuerdo con la certificación de nacimiento por ella aportada el día 31 de julio de 2016, alcanzó la edad de jubilación para el sexo femenino, o sea los 57 años de edad." (Cfr. foja 21 - 22 del expediente judicial).

Es importante tener claro, que el ingreso de una persona al derecho a la jubilación, es un acto sometido a la voluntad del trabajador que reúna los requisitos para que se le

reconozca tal beneficio, y no opera *ipso iure* (de pleno derecho).

Lo que la Ley garantiza es la estabilidad de la persona a la que le falten dos años para llegar a la edad de jubilación, pues de lo contrario, se crearía una protección de término indefinido, pues es el propio trabajador el que decide el momento oportuno para iniciar los trámites de jubilación correspondiente en la Caja de Seguro Social, entidad que por mandato de la legislación, le corresponde administrar los fondos correspondientes al programa de invalidez, vejez y muerte en la República de Panamá. Es de libre potestad del trabajador señalar el momento en que desea acogerse al régimen de jubilación, siempre y cuando haya cumplido la edad correspondiente y cuente con las cuotas señaladas en la Ley.

La Ley no tiene la finalidad otorgar estabilidad en el cargo a aquella persona que se decide acogerse a la jubilación, más allá de haber cumplido con la edad requerida para tener derecho a la misma, sino hasta dos años antes de cumplir con la edad necesaria desde la cual pueda someterse a la respectiva pensión de vejez. De lo contrario, cualquier persona pasada dicha edad, si desea jubilarse a los setenta años, pudiera reclamar el beneficio de lo dispuesto en la norma antes citada.

II. Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, la recurrente adujo durante

la etapa correspondiente, entre otras pruebas, la copia autenticada del acto acusado de ilegal, y su confirmatorio.

El Auto de Pruebas número 85 de 20 de febrero de 2018, fue motivo de impugnación; recurso que fue decidido mediante la Resolución de fecha 14 de agosto de 2018, que confirmó la anterior.

Producto de lo antes indicado, y en consecuencia del escaso material probatorio aportado, este Despacho estima que en el presente proceso la accionante **no cumplió con su obligación de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas en que sustenta su pretensión, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial**; deber al que se refirió la Sala Tercera en su 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... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, 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...'
(La negrita corresponde a la Sala Tercera).

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 debe 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)..."

III. Solicitud.

En razón de ello, reiteramos respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución de Personal 200 de 21 de octubre de 2016**, proferida por el **Fiscal General Electoral**, así como el respectivo acto confirmatorio, y en consecuencia, se denieguen todas las pretensiones de las empresas demandantes.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General