

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

Contestación de la demanda.

Vista Número 120

Panamá, 25 de enero de 2017

El Licenciado Leonardo Pineda Palma, actuando en representación de **Yorleny Evelia Herrera Victoria**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto 103 de 15 de julio de 2016, emitido por la **Defensoría del Pueblo**, 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 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: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 37 del expediente judicial).

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

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

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 20 y 21 del expediente judicial).

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

Décimo Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 22-25 y 26-29 del expediente judicial).

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.

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la actora estima que el acto acusado de ilegal vulnera las siguientes normas:

A. El artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, que modifica la Ley 39 de 11 de junio de 2013, el cual declara que los servidores públicos al servicio del Estado, nombrados en forma permanente o eventual; ya sea transitorio, contingente o por servicios especiales, sin que se encuentren acreditados en alguna de las carreras, gozarán de estabilidad laboral en el cargo; por ende, no les será aplicable la discrecionalidad de libre nombramiento y remoción (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial);

B. Los artículos 2 y 44 de la Ley 7 de 5 de febrero de 1997, modificada por la Ley 41 de 1 de diciembre de 2005, por la cual se crea la Defensoría del Pueblo, los que, en su orden, indican que dicha institución velará por la protección de los derechos establecidos en el Título III y demás derechos consagrados en la Constitución Política de Panamá, así como los derechos previstos en los convenios internacionales de derechos humanos y la ley; y el Defensor o Defensora del Pueblo es la autoridad nominadora de la Institución y realizará los nombramientos y destituciones de acuerdo con lo que establezca el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la entidad (Cfr. fojas 9-13 del expediente judicial);

C. Los artículos 2, 126, 156 y 157 del Texto Único de 29 de agosto de 2008, que ordena sistemáticamente la Ley 9 de 20 de junio de 1994; el cual fue modificado por la Ley 43 de 30 de julio de 2009, los que, de manera respectiva, guardan relación con la condición de libre nombramiento y remoción de los servidores públicos; las causas que dan lugar a que el servidor público sea objeto

de retiro de la Administración Pública; la formulación de cargos por escrito a aquellos servidores públicos que deban ser destituidos directamente; y a la presentación de un informe, una vez concluida la investigación disciplinaria (Cfr. fojas 13-16 del expediente judicial);

D. Los artículos 34 y 155 (numeral 1) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; normas que indican, respectivamente, los principios que informan al procedimiento administrativo general; y a la motivación de los actos que afecten derechos subjetivos (Cfr. fojas 16 y 17 del expediente judicial); y

E. El artículo 11 (los acápites a. y c. del ordinal 1) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, aprobado mediante la Ley 4 de 22 de mayo de 1981, los que, en su orden, señalan que los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; y el derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y demás condiciones de servicio (Cfr. fojas 17 y 18 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.

De acuerdo con las constancias procesales, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nulo, por ilegal, el Decreto 103 de 15 de julio de 2016, dictado por la Defensoría del Pueblo, mediante el cual se dejó sin efecto el nombramiento de **Yorleni Evelia Herrera Victoria** del cargo de Analista de Quejas, posición 53, con funciones de Cotizador de precios, que desempeñaba en esa entidad (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el acto administrativo en referencia, la interesada interpuso un recurso de reconsideración, que fue decidido mediante la Resolución 46 de 24 de agosto de 2016, la cual confirmó en todas sus partes lo dispuesto en el acto principal. Dicha decisión le fue notificada a la ahora demandante el 22 de septiembre de 2016, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 22-25, y 26-29 del expediente judicial).

Producto de la situación expuesta, el 22 de noviembre de 2016, **Yorleny Herrera Victoria**, actuando por conducto de su apoderado judicial, presentó ante la Sala Tercera la demanda que dio

origen al proceso que ocupa nuestra atención, cuyo objeto es que se declare nulo, por ilegal, el Decreto 103 de 15 de julio de 2016; su acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones, entre éstas, que se ordene su reintegro y que se le paguen los salarios dejados de percibir, desde su remoción definitiva del cargo, hasta la fecha que se haga efectiva su restitución (Cfr. fojas 3 y 4 del expediente judicial).

Al sustentar el concepto de la violación de las disposiciones que aduce infringidas, el abogado de la recurrente señala que su mandante gozaba de estabilidad, pues tenía más de dos (2) años continuos e ininterrumpidos al servicio del Estado; por lo que no le era aplicable la facultad discrecional de la autoridad nominadora. Añade, que existió un quebrantamiento a las formalidades legales, debido a que el acto acusado de ilegal no fue motivado y la destitución se aplica únicamente como medida disciplinaria y con carácter sancionador previo a un procedimiento administrativo en el que se respeten las garantías procesales y se comprueben las faltas para la aplicación de dicha medida, presupuesto que no se dio en el caso de su mandante (Cfr. fojas 8-17 del expediente judicial).

De igual manera, afirma que la actuación de dicha entidad transgrede un derecho inalienable como lo es el derecho al empleo, que tienen todas las mujeres a fin de asegurar, condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el cual está consagrado en los diversos convenios internacionales ratificados por la República de Panamá, lo que, a su juicio, conlleva a una evidente contravención a los principios del debido proceso y estricta legalidad (Cfr. fojas 17 y 18 del expediente judicial).

Una vez examinados los cargos de ilegalidad en los que se sustenta la pretensión demandada, los cuales rebatiremos de manera conjunta, dada la estrecha relación que guardan entre sí, esta Procuraduría considera que los mismos deben ser desestimados por el Tribunal, por las razones de hecho y de Derecho que exponemos a continuación.

Este Despacho se opone a los planteamientos expuestos por la accionante al señalar que el Decreto 103 de 15 de julio de 2016, y su acto confirmatorio, vulneran lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 127 de 2013; los artículos 2 y 44 de la Ley 7 de 5 de febrero de 1997, modificada por la Ley

41 de 1 de diciembre de 2005; los artículos 2, 126, 156 y 157 del Texto Único de 29 de agosto de 2008; los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; y el artículo 11 (los acápites a. y c. del ordinal 1) de la Convención sobre la eliminación de todas la formas de discriminación contra la Mujer, dado que **su remoción 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 la Defensoría del Pueblo (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

En ese contexto, es pertinente indicar que de la lectura de las constancias procesales, se infiere que a lo largo del procedimiento administrativo previo, **Yorleny Herrera Victoria, no acreditó que estuviera amparada en el sistema de Carrera Administrativa o algún régimen laboral especial o fuero que le garantizaran la estabilidad laboral**, de ahí que se haya dejado sin efecto su nombramiento en el cargo que ocupaba con sustento en **el artículo 44 de la Ley 7 de 5 de febrero de 1997**, modificada por la Ley 41 de 1 de diciembre de 2005, por la cual se crea la Defensoría del Pueblo, disposición que señala que: ***“el Defensor o Defensora del Pueblo es la autoridad nominadora de la Institución y realizará los nombramientos y destituciones de acuerdo con lo que establezca el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. Dicho Reglamento desarrollará lo dispuesto en la Constitución Política de la República y utilizará, como derecho supletorio, las normas contenidas en las leyes de carreras públicas y su aplicación no menoscabará la autonomía funcional de la Defensoría del Pueblo”***; en concordancia con lo establecido en el artículo 794 del Código Administrativo, que señala de manera expresa que ***“la determinación del período de duración de un empleado no coarta en nada la facultad del empleador que hizo el nombramiento para removerlo, salvo expresa prohibición de la Constitución o de la Ley.”*** (Lo resaltado es nuestro) (Cfr. foja 20 del expediente judicial y página 14 de la Gaceta Oficial 23,221 de 6 de febrero de 1997).

Por tal motivo, para desvincular del cargo a la ex servidora pública **no era necesario invocar causal alguna ni que concurran determinados hechos o el agotamiento de ningún**

trámite, como erróneamente afirma la demandante; ya 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.

En este orden de ideas, **también es preciso aclarar que mal puede argumentar la recurrente que gozaba de estabilidad laboral por su condición de mujer,** pues la finalidad de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, es **garantizarle a esta última el respeto y el goce** de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos en igualdad de los derechos del hombre, esto es, sin discriminación alguna; sin embargo, **ello no es sinónimo de inamovilidad en el cargo que ocupaba en la entidad demandada,** puesto que reiteramos, la remoción de la ex servidora **no fue producto de algún acto de discriminación laboral en el que se evidencie una manifestación clara de transgresión de los derechos fundamentales de la mujer como lo son el derecho a la igualdad, al trabajo o empleo,** sino que **obedeció a la facultad discrecional de la autoridad nominadora.**

Dentro del contexto anteriormente expresado, estimamos pertinente señalar lo indicado por la Sala Tercera en la Sentencia de 24 de julio de 2015, que dispone lo siguiente:

“Resumido el recorrido procesal de la presente causa, revisado y analizado 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 de derecho, que llevaron a la Administración a tomar la decisión de destituirlo, luego de comprobarse la falta en un procedimiento disciplinario, en el que se observaran las garantías procesales que le amparan.
2. Omite hacer una **explicación jurídica acerca de la facultad que dispone la autoridad para ejercer la potestad discrecional en caso de oportunidad y conveniencia y;**

3. Obvia señalar los **motivos fácticos-jurídicos que apoyan la decisión.**" (Lo resaltado es nuestro).

En abono a lo anterior, esta Procuraduría estima necesario señalar 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 ahora demandante **no fue producto de la imposición de una sanción, sino de la facultad discrecional que la ley le otorga**; precisamente por ello **la actora no fue destituida sino que se dejó sin efecto su nombramiento**; por lo que mal puede alegar que el decreto acusado de ilegal no está debidamente motivado.

Al pronunciarse en una situación similar a la que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera en su Sentencia de 15 de octubre de 2015, señaló lo siguiente:

"...

Como queda visto, en cuanto al tema de la estabilidad, la jurisprudencia reiterada de la Sala, expone que **el derecho a la estabilidad del servidor público está comprendido como un principio básico inherente al funcionario investido por una carrera de la función pública**, regulada por una ley formal de carrera o por una ley especial que consagre los requisitos de ingreso y ascenso dentro del sistema, basado en mérito y competencia del recurso humano. **Si no es así, la disposición del cargo queda bajo la potestad discrecional de la Administración, y no está sujeto a un procedimiento administrativo sancionador.**

Así las cosas, **el cargo público quedaba a disposición de la autoridad nominadora**, por lo que **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**. En este caso, la Administración se encuentra representada por la autoridad nominadora, quién por conducto del entonces Ministro de Obras Públicas, removió al funcionario, fundamentándose en la facultad discrecional que le atribuye la Ley; **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." (La negrita es nuestra).

Por otra parte, este Despacho considera necesario indicar que, contrario a lo erróneamente afirmado por la actora, **Yorleny Herrera Victoria**, la misma no gozaba del régimen de estabilidad laboral que otorga la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, puesto que tal como se desprende de las constancias procesales, la misma **no contaba con dos (2) o más años de servicios continuos**; ya que la recurrente fue nombrada en la Defensoría del Pueblo mediante el Decreto 87 de 18 de julio de 2014, **el cual comenzó a regir a partir del 1 de agosto de 2014, y posteriormente fue removida del cargo que ocupaba en dicha entidad el 15 de julio de 2016**, periodo que nos permite afirmar, que en efecto, **no tenía dos (2) años de servicios continuos e ininterrumpidos para poder encontrarse amparada bajo lo consagrado en la excerpta legal ya citada** (Cfr. fojas 20, 36 y 37 del expediente judicial).

Nuestro argumento encuentra sustento en lo señalado por la entidad demandada en el Informe de Conducta remitido al Magistrado Sustanciador, que en lo pertinente, señala lo siguiente:

“... ”

En ningún momento la señora HERRERA VICTORIA, argumentó ni acreditó que desde el 19 de marzo de 2014 había sido trasladada de la Autoridad Marítima de Panamá a la Defensoría del Pueblo, en calidad de préstamo institucional hasta el treinta y uno (31) de julio de 2014.

En el evento que se haya dado el supuesto traslado, el mismo debió cumplir con el procedimiento establecido en el artículo 299 de la Ley 75 de 21 de octubre de 2013. Que dicta el presupuesto del Estado para la vigencia fiscal de 2014, que dispone:

“... ”

Dentro del expediente que lleva la Oficina Institucional de Recursos Humanos de la Institución, no consta que se haya dado cumplimiento a la disposición arriba transcrita.

Considerando lo anterior, para la Defensoría la señora HERREA VICTORIA, inició su relación laboral con la Institución a partir del 1 de agosto de 2014, por tanto, al momento de expedirse al acto administrativo impugnado **no contaba con dos (2) años y tres (3) meses de servicios continuos e ininterrumpidos** como se aduce en el escrito de demanda.” (Lo resaltado es de la entidad y la subraya es nuestra) (Cfr. fojas 33 y 34 del expediente judicial).

Por último, en cuanto al reclamo que hace la accionante 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 **Yorleny Herrera Victoria**, 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 24 de julio de 2015, que en su parte pertinente dice así:

“...En consecuencia, **el pago de salarios caídos para que pueda hacerse valer, debe ser reconocido a través de leyes con carácter general o específico, que otorguen al servidor público tal prerrogativa**, por lo que la viabilidad de toda pretensión que en relación a este punto intente hacerse efectiva contra el Estado, **sólo prosperará en el caso de que exista una norma con rango de ley formal aplicable de manera directa al caso**, que lo haya dispuesto de manera expresa...” (Lo resaltado es nuestro).


Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, podemos concluir que la actuación de la entidad demandada no contraviene las disposiciones que se aducen infringidas; razón por la cual esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Decreto 103 de 15 de julio de 2016**, emitido por la Defensoría del Pueblo, ni su acto confirmatorio, y pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

IV. Pruebas.

Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por la recurrente.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaría General