

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1221

Panamá, 11 de noviembre de 2016

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Leonardo Pineda Palma, quien actúa en representación de **María Rubiela Ortiz Torres**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 032-AG-OIRH-2015 de 13 de marzo de 2015, emitida por el **Administrador General de la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario**, el acto confirmatorio que resolvió el recurso de reconsideración; la negativa tácita, por silencio administrativo, en que ha incurrido al no contestar el recurso de apelación presentado contra la Resolución 032-AG-OIRH-2015, 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, en tiempo oportuno, el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior.

De acuerdo con las constancias procesales, el Administrador General de la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario dictó la Resolución 032-AG-OIRH-2015 de 13 de marzo de 2015, a través de la cual se destituyó a **María Ortiz Torres** del cargo de Jefe de Información y Relaciones Públicas, que desempeñaba en la institución. Dicha resolución administrativa le fue notificada a la ex funcionaria el mismo 13 de marzo de 2015 (Cfr. f. 51 del expediente judicial).

El acto antes descrito fue objeto de un recurso de reconsideración con apelación en subsidio interpuesto por la afectada; impugnación que fue decidida por el Administrador General de la entidad, a través de la Resolución 49-AG-OIRH-2015 de 26 de marzo de 2015, mediante la cual se negó el precitado recurso y se mantuvo en todas sus partes la Resolución 032-AG-OIRH-2015 de 13 de marzo de 2015 (Cfr. f. 58 del expediente judicial).

Posteriormente, la ex funcionaria presentó un escrito por medio del cual sustentó el recurso de apelación que previamente había anunciado junto a su recurso de reconsideración; sin embargo, no existe constancia de la fecha de presentación de dicha apelación (Cfr. fs. 59-65 del expediente judicial).

El 18 de junio de 2015, el Administrador General de la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario emitió la Resolución 90-AG-2015, por medio de la cual negó el recurso de apelación interpuesto por **María Ortiz Torres** y mantuvo en todas sus partes lo decidido en la Resolución 032-AG-OIRH-2015 de 13 de marzo de 2015; sin embargo, el 1 de julio de ese mismo año, dicho funcionario dictó la Resolución AG-98-2015, por medio de la cual dejó sin efecto la citada Resolución 90-AG-2015, sin entrar a resolver la alzada, lo que produjo el agotamiento de la vía gubernativa, por silencio administrativo. Se observa que la afectada quedó notificada de esta última decisión a través del Edicto 20-SG-OIRH-2015, que se desfijó el 3 de julio de 2015 (Cfr. fs. 66-69 del expediente judicial).

Como consecuencia de lo anterior, el 6 de agosto de 2015, la actora concurre ante la Sala Tercera a fin de demandar que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo por cuyo conducto se le destituyó del cargo que ocupaba en la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario, así como el acto confirmatorio que resolvió el recurso de reconsideración; la negativa tácita, por silencio administrativo, en que ha incurrido al no contestar el recurso de apelación presentado contra la Resolución 032-AG-OIRH-2015; y en consecuencia, se

decrete el pago de los salarios que dejó de percibir desde la fecha de su remoción, hasta que se haga efectivo su reintegro (Cfr. fs. 6 y 7 del expediente judicial).

Al sustentar el concepto de la violación de las disposiciones que aduce infringidas, el apoderado judicial de la recurrente señala que su mandante gozaba de estabilidad, pues era una servidora pública en funciones y tenía más de dos (2) años 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 la destitución se aplica únicamente como medida disciplinaria y con carácter sancionador previo a un procedimiento administrativo en el que se comprueben las faltas para la aplicación de dicha medida (Cfr. fs. 11-19 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.

En la Vista número 726 de 8 de julio de 2016, por medio de la cual contestamos la demanda, este Despacho se opuso a los planteamientos expuestos por la accionante al señalar que la Resolución 032-AG-OIRH-2015 de 13 de marzo de 2015, vulnera lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 127 de 2013; el artículo 629 (numeral 18) del Código Administrativo; los artículos 2, 126, 156 y 157 del Texto Único de 29 de agosto de 2008 de la Ley 9 de 1994; los artículos 34 y 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; y los artículos 90 y 101 del Reglamento Interno de la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario, dado que su remoción se basó en la facultad discrecional que le está atribuida al Administrador General de la Autoridad 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; condición en la que se ubicaba la recurrente en la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario (Cfr. f. 51 del expediente judicial).

En nuestra contestación de la demanda también indicamos que, según consta en la Resolución 032-AG-OIRH-2015 de 13 de marzo de 2015, **María Ortiz Torres no era una servidora pública de carrera, sino de libre nombramiento y remoción**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Texto Único de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, según el cual los 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”*, vigente a la fecha en que se produjo la destitución, el cual fue declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, mediante la Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015, por lo que la actora no estaba incorporada mediante el sistema de méritos, a una Carrera Pública, ni había accedido al cargo del cual fue destituida mediante un concurso, por lo que **no gozaba de estabilidad en su puesto de trabajo**; criterio que, a nuestro juicio, se corrobora ante la **ausencia de pruebas que demuestren su ingreso a la entidad demandada mediante el procedimiento previamente mencionado**.

Visto lo anterior, en aquella oportunidad señalamos que la ex servidora estaba sujeta, en cuanto a su estabilidad en el cargo, a la **potestad discrecional de la autoridad nominadora**, en este caso, el titular de la entidad, por lo que su desvinculación de la función pública podía darse con fundamento en las facultades legales que el mismo posee para adoptar este tipo de decisiones, según lo

dispone el **artículo 16 (numeral 2) de la Ley 51 de 29 de septiembre de 2010**, “*Que crea la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario y adopta disposiciones para la eficacia de su gestión*”, el cual lo autoriza para “*nombrar, trasladar, ascender, suspender, separar y remover al personal subalterno de la institución.*” (Lo destacado es nuestro) (Cfr. página 6 de la Gaceta Oficial número 26,631-A de 29 de septiembre de 2010).

En nuestra mencionada contestación, también precisamos que, contrario a lo argumentado por el apoderado judicial de la demandante, estimamos pertinente anotar que de acuerdo con lo que ha sido expresado en reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera, esta potestad discrecional de la autoridad nominadora le permite remover a los servidores públicos que no se encuentren amparados por una ley especial o de carrera que les garantice estabilidad en el cargo, sin que para ello sea necesario la exposición de elementos probatorios que fundamenten la desvinculación, como erróneamente argumenta la parte actora. Éste fue el criterio sustentado por la Sala Tercera en la Sentencia de 12 de octubre de 2015, que en lo pertinente indica:

“...
Respecto a estatus de estabilidad, la jurisprudencia de la Sala, ha expuesto que el derecho a la estabilidad del servidor público está comprendido como un principio básico inherente a un 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 es de libre nombramiento y remoción y no está sujeto a un procedimiento administrativo sancionador.”

Siendo así, concluimos que la señora.... era efectivamente, al momento de su destitución, una funcionaria de libre nombramiento y remoción, y que en este sentido, estos funcionarios, no están amparados por el fuero de estabilidad y pueden ser destituidos por el funcionario nominador con base en aquella potestad discrecional...

Así entonces, al desestimar los cargos de violación legal formulados en la demanda, y toda vez que el acto administrativo impugnado no vulnera el ordenamiento legal, la Sala ha de desestimar la pretensión del recurrente y así procederá.” (La subraya es de la Sala y la negrilla es nuestra).

Los argumentos previamente expuestos, nos permitieron afirmar que la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario, al momento de emitir la Resolución 032-AG-OIRH-2015 de 13 de marzo de 2015, por medio de la cual se materializó la desvinculación definitiva de **María Ortiz Torres**, cumplió con la motivación y el razonamiento que debe caracterizar toda actuación administrativa, específicamente en la conformación del acto administrativo, lo que se traduce en poner en conocimiento de la interesada la medida tomada; obsérvese que se dio una explicación jurídica acerca de la facultad que tiene la entidad para ejercer la potestad discrecional que le otorga la ley; y se delimitaron los hechos fácticos-jurídicos que apoyan la decisión adoptada por la Autoridad (Cfr. Sentencias de 11 de junio de 2015, de 24 de julio de 2015 y de 24 de septiembre de 2015, de la Sala Tercera).

En nuestra contestación de la demanda, también nos referimos al reclamo que hace la accionante en torno al pago de los salarios caídos. En ese sentido, este Despacho estima que el mismo no resulta viable; ya que para que ese derecho pudiera ser reconocido a favor de **María Ortiz Torres**, 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).

En otro orden de ideas, advertimos en aquella oportunidad que la ex servidora también pretende que la Sala Tercera declare que en su caso ha operado el fenómeno jurídico de la negativa tácita, por silencio administrativo, en el que alega incurrió la institución al no contestarle en tiempo oportuno el recurso de apelación que promovió en contra de la **Resolución 032-AG-OIRH-2015 de 13 de marzo de 2015**, acusada de ilegal, razón por la que procedió a presentar ante el Tribunal la demanda contencioso administrativa bajo estudio.

Según consta en el expediente judicial, el apoderado judicial de **María Ortiz Torres** pudo acceder al control jurisdiccional de la Sala Tercera, de conformidad con lo establecido en el artículo 42b de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 27 de la Ley 33 de 1946, en concordancia con el numeral 2 del artículo 200 de la Ley 38 de 2000, según el cual se considera agotada la vía gubernativa cuando interpuesto el recurso promovido en la primera instancia, se entiende negado, por haber transcurrido un plazo de dos (2) meses sin que recaiga decisión sobre él, lo que más allá de permitirle la oportunidad de acudir al Tribunal, **no desvirtúa la legalidad de la decisión adoptada por la entidad, basada fundamentalmente en el hecho que la demandante fue destituida como consecuencia de la potestad discrecional de la autoridad nominadora, al estar ocupando al momento de ocurrir este evento una posición que, es de libre nombramiento y remoción**, por lo que solicitamos que esta pretensión sea desestimada por la Sala Tercera.

Actividad probatoria.

A través del Auto número 320 de 19 de septiembre de 2016, la Sala Tercera admitió una serie de documentos aducidos por la actora, entre éstos, el

poder especial para ser representada en este proceso; las copias autenticadas de los actos acusados; las copias con los recibidos de los recursos gubernativos; y la copia autenticada de la queja que se tramitó en esta institución (Cfr. fojas 95 y 96 del expediente judicial).

En dicho auto, **no se admitieron los documentos aducidos por la recurrente visibles a fojas 22, 23, 24, 27, 93 y 94, por tratarse de copias simples que no cumplen con el requisito de autenticidad al que se refiere el artículo 833 del Código Judicial. Tampoco se admitió la prueba de informe dirigida a la entidad demandada**, puesto que la documentación que por esa vía se pretendía incorporar al proceso ya reposa en el expediente administrativo que fue admitido; por consiguiente, **esa prueba fue rechazada por dilatoria** (Cfr. foja 96 del expediente judicial).

Se **admitió** como prueba documental de esta Procuraduría en beneficio de la entidad demandada, la copia autenticada del expediente de personal que corresponde a este proceso, que reposa en los archivos de la institución.

Las evidencias documentales allegadas al proceso muestran que la accionante no ha aportado pruebas tendientes a modificar lo señalado en el acto que se acusa de ilegal, por lo que resulta evidente que **la actora no ha logrado desvirtuar el fundamento de Derecho que sustentó la decisión en estudio, lo que se traduce en la nula o escasa efectividad de los medios probatorios ensayados por ella.**

Por consiguiente, somos de la firme convicción que en el negocio jurídico bajo examen, **la accionante no asumió en forma alguna 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 adelantarse 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...' (El subrayado 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 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).

De la lectura del precedente judicial reproducido, se infiere la importancia que tiene que la actora cumpla con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante el Tribunal, por lo que, **en ausencia de mayores elementos probatorios que fundamenten la misma**, esta Procuraduría reitera a la Sala Tercera su solicitud respetuosa para que se sirva declarar que **NO ES ILEGAL** la Resolución

032-AG-OIRH-2015 de 13 de marzo de 2015, emitida por el **Administrador General de la Autoridad de Aseo Urbano y Domiciliario**; y por tanto, se desestimen las demás pretensiones de la recurrente.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Giovanni E. Ruíz Obaldía

Procurador de la Administración, Encargado


Indira Triana de Muñoz
Secretaria General, Encargada

Expediente 548-15