

Vista N° 442
Panamá, 19 de junio de 2006.

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

**Contestación de
la Demanda**

Interpuesto por la
licenciada Isaura Rosas
Pérez, en representación de
**JETZABE SANDOVAL DE
GUTIERREZ**, para que se
declare nulo, por ilegal,
el Resuelto 071 de 7 de
septiembre de 2004, emitido
por el Instituto Panameño
de Turismo.

**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 artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con
la finalidad de contestar la Demanda Contencioso
Administrativa de Plena Jurisdicción descrita en el margen
superior.

I. Contestación de los Hechos de la Demanda:

Primero: No es cierto; por tanto, se niega.

Segundo: No es cierto; por tanto, se niega.

Tercero: No es cierto como se expone; por tanto, se niega.

Cuarto: No es cierto como se expone; por tanto, se niega.

Quinto: No es cierto; por tanto, se niega.

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

Séptimo: No es cierto; por tanto, se niega.

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

Noveno: No es cierto; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas y conceptos de las supuestas violaciones:

a. La apoderada judicial de JETZABE SANDOVAL DE GUTIERREZ aduce que el **Resuelto 071 de 7 de septiembre de 2004** emitido por el Instituto Panameño de Turismo, infringe **el artículo 752 del Código Administrativo** que establece que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Panamá, sus vidas, honra y bienes, asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos, y administrar y fomentar los intereses públicos.

Al explicar el concepto de la infracción la parte actora señala que esta disposición ha sido violada, toda vez que al emitirse el acto impugnado no se le dieron a conocer a la servidora pública demandante las causales por las que se declaró insubsistente su nombramiento.

b. También se aduce violado de forma directa, por comisión, **el artículo 124 de la Ley 9 de 1994** que establece los casos en que el servidor público queda retirado de la administración pública. Según expresa la apoderada judicial de la demandante, el resuelto que le destituye no se fundamenta en ninguno de los casos mencionados en este artículo.

c. La representante judicial de la actora igualmente alega como infringido **el artículo 151 de la Ley 9 de 1994** referente a la aplicación progresiva de las sanciones establecidas en el Régimen disciplinario antes de recurrir a la destitución, toda vez que a su representada no se le aplicó previamente

ninguna sanción distinta a la destitución.

d. Alega la demandante que se ha infringido **el artículo 155 de la Ley 9 de 1994** que establece que el documento que señale la acción de destitución debe incluir la causal del hecho y de derecho por la cual se ha procedido a la destitución, así como los recursos legales que le asiste al servidor público destituido.

Sustenta en este sentido que el acto impugnado no señala las causales en virtud de las cuales se destituyó a Jetzabe Sandoval del cargo que ocupaba en la entidad demandada.

e. Además alega la demandante, que se ha violado el **artículo 126 de la Ley 135 de 1943**, sobre Desviación de Poder, toda vez que la resolución acusada sólo contenía la firma del subgerente de la institución, que no estaba ratificado por la Asamblea Nacional y tampoco era competente para emitir el acto.

f. Por otro lado indica la recurrente que ha sido violado el **artículo 44 de la Resolución 61 de 22 de mayo de 1996** referente al tiempo compensatorio, toda vez que la declaratoria de insubsistencia fue dictada cuando su representante se encontraba haciendo uso de tiempo compensatorio.

g. La parte actora alega la violación directa, por omisión, del **artículo 110 de la citada Resolución 61 de 1996**, referente a las causales de terminación de la relación de trabajo contenidas en el Reglamento Interno del Instituto Panameño de Turismo, sustenta que el referido artículo 110 no establece como causal de terminación, la declaratoria de

insubsistencia.

Finalmente, se aduce como violado el **artículo 60 del Código de Trabajo**, que prohíbe al empleador adoptar o comunicar sanciones o acciones al trabajador que se encuentre incapacitado o de vacaciones. Sustenta que la señora Sandoval se encontraba en descanso cuando se declaró la insubsistencia de su nombramiento.

III. Descargos de la Procuraduría de la administración, en representación de los intereses de la institución demandada.

La parte demandante ha pedido al Tribunal que declare nulo, por ilegal, el Resuelto 071 de 7 de septiembre de 2004 emitido por el Instituto Panameño de Turismo, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento de JETZABE SANDOVAL DE GUTIERREZ.

En cuanto al argumento sustentado por la demandante en el sentido que el acto impugnado fue una destitución y el mismo no se fundamentó en las causales establecidas ni en la Ley de Carrera Administrativa ni en los supuestos contemplados en el Reglamento Interno de la institución, este Despacho precisa señalar que el resuelto impugnado declaró la **insubsistencia del nombramiento** de la señora Jetzabé Sandoval y no su destitución.

En ese sentido, conviene expresar que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha establecido claramente la diferencia existente entre la figura de la destitución, como medida sancionatoria, y la declaratoria de insubsistencia del cargo, como facultad discrecional de la Administración.

Veamos:

"Cuando se trata de un empleado no amparado por fuero especial que otorga la carrera administrativa, el mismo puede ser removido de su cargo en virtud de una declaratoria de insubsistencia, que según palabras de YOUNES MORENO, "es el producto de la facultad discrecional de remover de la cual están investidas las autoridades nominadoras, para declarar sin efecto el nombramiento hecho a un funcionario público, con el propósito de hacer cesar su vinculación con el empleo para el cual fue designado". (YOUNES MORENO, Derecho Administrativo Laboral, 5ta, edición, Editorial Temis, S. A. Bogotá, Colombia, 1993).

Dicha declaratoria de insubsistencia puede ser declarada libremente, por la autoridad nominadora sin tener necesariamente que motivar la providencia siempre y cuando la autoridad nominadora se haya persuadido de su conveniencia y oportunidad.

La declaratoria de insubsistencia es una medida instituida en pro de la administración y como todos sus actos está amparada por la presunción de legalidad. ...

No sucede así cuando se trata de un funcionario de carrera. En estos casos la insubsistencia deja de ser una medida discrecional y su ejercicio está condicionado al acaecimiento de ciertas circunstancias, y con arreglo a ciertos procedimientos de formalidad, como serían el oír previamente el concepto de la comisión de personal, y la motivación del acto de despido. Para los empleados de carrera la insubsistencia debe fundamentarse en el cuestionamiento de su eficiencia, de su rendimiento, pero de ninguna manera de su ética o moralidad. La insubsistencia es en definitiva una medida que se ejerce sobre los funcionarios de libre nombramiento y remoción, como desarrollo de una atribución totalmente discrecional. ...

Una ley de carrera administrativa sería la ley básica, preferente, y especial en materia de estabilidad en la función pública. Tal como se deduce del artículo 300 de la Constitución el cual, como ya señalamos, instituye las carreras en los servicios conforme a los principios del sistema de méritos.

..." (Sentencia de 26 de agosto de 1996. Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción. Magistrado Ponente: Edgardo Molino Mola) (Lo resaltado es nuestro).

Como se puede observar, la declaratoria de insubsistencia no es una medida que se adopta a raíz de un proceso disciplinario seguido a un servidor público, más bien es una acción que toma la Administración en ejercicio de la facultad discrecional de separar definitivamente a sus servidores de libre remoción y nombramiento. Por ende, la misma no tiene que estar fundamentada en causales establecidas en la ley.

De las constancias que reposan en autos se puede advertir que la demandante no ha acreditado documentación o fundamento alguno que sustente que había accedido al cargo que ocupaba en el Instituto Panameño de Turismo mediante un concurso de méritos, por lo que, en tal virtud, la misma era una servidora de libre remoción y nombramiento, sujeta a la discrecionalidad de la autoridad nominadora en materia de remoción.

La apoderada judicial de la demandante alega que se violó el artículo 126 de la Ley 135 de 1943, sobre desviación de poder.

Advierte este Despacho, que no existe dentro de la Ley 135 de 1943 ningún artículo 126, no obstante, de la revisión de dicha norma frente a los argumentos presentados por la demandante se desprende que su planteamiento estaba dirigido al contenido del artículo 26 de la Ley 135, el cual versaba sobre la desviación del poder como motivo de ilegalidad de los actos administrativos. Sin embargo, impera señalar que el artículo 26 de la Ley de lo Contencioso Administrativo fue derogado por la Ley 38 de 2000, por ende solicitamos a esa Sala de Justicia desestime el argumento expuesto por la demandante, toda vez que el mismo no ha sido fundamentado en una norma legal vigente y su exposición es totalmente confusa.

En cuanto a la supuesta infracción del artículo 124 de la Ley 9 de 1994 que establece los casos en que el servidor público queda retirado de la Administración, este Despacho señala que dicha norma no es aplicable al caso bajo análisis, toda vez que no estamos frente a un caso de **retiro**, sino ante la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento que, como ha quedado dicho, es una facultad discrecional de la autoridad nominadora cuando se trata de servidores de libre remoción y nombramiento.

Con respecto al artículo 44 de la Resolución 61 de 1996 referente al tiempo compensatorio, no compartimos el cargo de ilegalidad invocado, toda vez que el referido artículo no entraña ninguna restricción para la Administración en cuanto a la notificación de medidas o acciones a un servidor público que se encuentre gozando de tiempo compensatorio, pues la

misma sólo se limita a establecer el concepto de la figura y las condiciones en que se puede aplicar.

Esta Procuraduría tampoco comparte el cargo de ilegalidad invocado en cuanto a la violación del artículo 110 de la mencionada Resolución 61 de 1996, pues el mismo se sustenta en que en la misma no se contempla dentro de las causales de terminación de la relación de trabajo, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento. Y como ya ha señalado la Corte Suprema de Justicia en el fallo supra citado, la declaratoria de insubsistencia es una medida instituida en pro de la administración y, como todos sus actos, está amparada por la presunción de legalidad. Además, este tipo de medida responde a una facultad discrecional de la autoridad nominadora.

Finalmente, advertimos que las normas del Código de Trabajo no son aplicables a los servidores públicos, tal como se desprende del artículo 2 de ese mismo cuerpo legal, por lo tanto, esta Procuraduría opina que no resulta admisible el cargo de ilegalidad formulado por la demandante en cuanto a la supuesta violación del artículo 60 de dicho Código.

Por todo lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL el Resuelto 071 de 7 de septiembre de 2004, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, Jetzabé Sandoval de Gutierrez, como funcionaria del Instituto Panameño de Turismo.

IV. Pruebas.

Se aceptan sólo los documentos originales y las copias documentales que hayan sido autenticadas.

Se aduce en calidad de prueba por parte de la Procuraduría de la Administración, el expediente administrativo que guarda relación con este caso y que reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho.

Se niega el invocado por el demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

OC/ec./iv.