

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 848

Panamá, 07 de agosto de 2017.

Proceso Sumario de Indemnización.

El Licenciado Liborio García Correa, actuando en nombre y representación de las sociedades **Sofía Itzel García Correa**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 080-C/16 de 25 de octubre de 2016, emitido por el **Tesorero del Municipio de Panamá**, su acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

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 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 15 del expediente judicial).

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

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

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

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

Sexto: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

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

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

Décimo tercero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 20 a 22 del expediente judicial).

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

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

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la actora estima que el Decreto de Personal 080-C/16 de 25 de octubre de 2016, emitida por el Tesorero Municipal del Municipio de Panamá vulnera las siguientes normas:

A. El artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, la cual si bien fue derogada por la Ley 23 de 12 de mayo de 2017, estaba vigente a la fecha en que se dieron los hechos, la cual establecía que los servidores públicos nombrados en forma permanente o eventual, con dos (2) años de servicios continuos o más, sin que se encuentren acreditados en alguna carrera pública, gozarán de estabilidad laboral en el cargo y no podrán ser despedidos sin que medie alguna causa justificada prevista en la ley y según las formalidades de ésta (Cfr. foja 11 del expediente judicial);

B. El artículo 2 de la Ley 39 de 2013, modificado por el artículo 4 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, la cual si bien fue derogada por la Ley 23 de 12 de mayo de 2017, estaba vigente a la fecha en que se dieron los hechos, el cual establece que los servidores públicos al servicio del Estado, que sean destituidos de sus cargos sin que medie alguna causa justificada de despido prevista por la ley y según las formalidades de ésta, tendrán derecho a solicitar el reintegro a su cargo o, en su defecto, el pago de una indemnización (Cfr. foja 11 del expediente judicial); y

C. Los artículos 52 (numerales 4 y 5) y 170 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los cuales se refieren a los actos que incurren en vicio de nulidad cuando se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación al

debido proceso y cuando graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distinta de aquellos que fueron formulados al interesado y el efecto en el cual se debe conceder el recurso de reconsideración una vez interpuesto (Cfr. foja 11 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, el Tesorero del Municipio de Panamá en uso de sus facultades legales y administrativas, emitió el Decreto de Personal 080-C/16 de 25 de octubre de 2016, por medio del cual, entre otras cosas, resolvió dejar sin efecto el nombramiento de **Sofía Itzel García Correa** del cargo de Secretaria I, la cual ostentaba en esa entidad (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

Consta igualmente, que debido a su disconformidad con esta medida, la afectada presentó un recurso de reconsideración que fue decidido mediante la Resolución 147 de 12 de diciembre de 2016, la cual mantuvo en todas sus partes lo dispuesto en el acto principal, misma que le fue notificada a la recurrente el 11 de febrero de 2017, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 23 a 25 del expediente judicial).

Producto de la situación expuesta, **Sofía García Correa**, actuando por conducto del Licenciado Liborio García, 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 de Personal 080-C/16 de 25 de octubre de 2016, su acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones, entre éstas, que se le haga efectivo el pago de los salarios dejados de percibir y la prestación laboral de indemnización (Cfr. foja 5 el expediente judicial).

Vale la pena destacar que de conformidad a lo dispuesto por el Tribunal al resolver la apelación propuesta por esta Procuraduría, el mismo precisó que la pretensión de la recurrente es que se le pague una indemnización; de manera que es ésta última prestación la que se encuentra en discusión, veamos:

“Observa este Tribunal de apelación que la **presente demanda se presenta para que se reconozca el pago de indemnización**, ... con sustento en la ley 39 de 2013, modificada por la Ley 127 de 2013... “ (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 52 del expediente judicial).

Señalado lo anterior y atendiendo a lo descrito en los hechos de la demanda, tenemos que el abogado de la recurrente indica que su representada contaba con más de dos (2) años de servicio continuo en la institución demandada, por lo que, a su juicio, la autoridad nominadora no podía aplicar su discrecionalidad para desvincularla de la Administración Pública. Añade, que su poderdante no incurrió en faltas disciplinarias ni se instruyeron procesos disciplinarios en su contra, lo que, según expresa, era necesario para poder destituirla del cargo, pues, la misma era una funcionaria permanente por lo que ostentaba estabilidad laboral (Cfr. fojas 5-11 del expediente judicial).

Por otra parte, se advierte que al fundamentar tales pretensiones, el apoderado judicial de la accionante invoca el quebrantamiento del artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, el artículo 2 de la Ley 39 de 11 de junio de 2013; y los artículos 52 (numerales 4 y 5) y 170 de la Ley 38 de 31 de junio de 2000; **sin embargo, respecto a estos no sustenta el concepto de la violación; es decir, no explica de qué manera las actuaciones de la entidad demandada pudieran desencadenar en una violación de los citados preceptos legales** (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, y luego de haber realizado un análisis de las constancias que reposan en autos, esta Procuraduría considera que **no le asiste la razón a Sofía Itzel García**, en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada, referente a lo actuado por el Tesorero del Municipio de Panamá, al emitir el acto objeto de reparo, que en su opinión, es contrario a Derecho, por supuestamente haber violentado las normas antes mencionadas.

De lo anterior, tenemos que la Ley 39 de 11 de julio de 2013, modificada por la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, establecían de manera taxativa tres (3) prestaciones laborales a las que tenían derecho los servidores públicos, y uno de esos derechos es el

pago de una indemnización que se produce cuando el funcionario ha sido destituido injustificadamente.

Así las cosas, indicamos que el artículo 2 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, que reforma la Ley 39 de 2013, dispone expresamente una serie de servidores públicos a los cuales por razón de su cargo, no les es aplicable dicha disposición, veamos:

“Artículo 2: Esta ley no será aplicable a los servidores públicos ..., el personal de secretaría y de servicio inmediatamente adscritos a los servidores públicos, como ministros y viceministros de Estado, directores y subdirectores de entidades autónomas y semiautónomas ...”.

Vista la norma, podemos decir que a la demandante no le es aplicable la Ley 39 de 11 de julio de 2013, modificada por la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, puesto que el cargo que ejercía en la Tesorería del Municipio de Panamá era el de Secretaria I, tal como consta a fojas 14, 15, 17 y 18 del expediente judicial.

En ese contexto, tenemos que la recurrente estaba sujeta, en cuanto a su estabilidad en el cargo, a la **potestad discrecional de la autoridad nominadora**, en este caso, a la titular de la entidad, por lo que su desvinculación de la función pública podía darse con fundamento en las facultades legales que posee el titular de la misma para adoptar este tipo de decisiones, según lo dispone el artículo 57 de la Ley 106 de 1973, reformada por la Ley 52 de 1984 (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, y contrario a lo argumentado por la demandante, estimamos pertinente anotar que de acuerdo con lo que ha sido expresado en reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera, dicha potestad discrecional le permite al jefe máximo de la institución remover a aquellos servidores públicos que no se encuentren amparados por una ley especial o de carrera que les garantice una estabilidad en el cargo, **sin que para ello sea necesario la configuración de causas de naturaleza disciplinaria**. Éste fue el criterio sustentado por el referido Tribunal en la Sentencia de 19 de febrero de 2015; resolución que en lo pertinente indica:

“En cuanto a la infracción del artículo 25 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, consideramos que no se evidencia infracción alguna por parte del acto impugnado, toda vez que, la declaración de insubsistencia del cargo del demandante se da a raíz de que el mismo es un funcionario de libre nombramiento y remoción, tal como se señala en el acto impugnado, por tanto, ha sido criterio reiterado de esta Sala, que **todo funcionario que sea de libre nombramiento y remoción queda sujeto a la facultad discrecional de remoción del cargo de la autoridad nominadora, sin necesidad de que se le siga proceso disciplinario alguno...**” (Lo resaltado es de este Despacho).

Así mismo, debemos señalar que según la jurisprudencia emanada de la Sala Tercera, la destitución de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, sustentada en la potestad discrecional de la entidad nominadora, se entiende enmarcada en el debido proceso legal, siempre que la entidad cumpla con el **deber de notificar al afectado sobre la decisión emitida; indicándole, además, el o los recursos que proceden en contra de la misma y el término que tiene para interponerlos**; presupuestos que configuran el denominado **principio de publicidad de los actos administrativos** y que, fueron correctamente cumplidos por la entidad demandada al emitir el Decreto de Personal 080-C/16 de 25 de octubre de 2016, por medio de la cual se dejó sin efecto el nombramiento de **Sofía García Correa**, y la Resolución 147 de 12 de diciembre de 2016, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración presentado en contra de la primera; **actos administrativos que se encuentran debidamente motivados** (Cfr. fojas 19 y 23-25 del expediente judicial).

De acuerdo con dicha jurisprudencia, la Administración también debe cumplir con el principio de contradicción, como garantía del ejercicio del **derecho de defensa**, de tal suerte que se le permita a la afectada impugnar, a través de los recursos procedentes, las decisiones emitidas, lo que claramente puede observarse en el caso bajo examen, cuando la accionante interpuso el recurso de reconsideración.

En este orden de ideas, esta Procuraduría observa que otra de las finalidades de la acción en estudio, es que se le pague a **García Correa** los salarios dejados de percibir; sin embargo, esta solicitud no resulta posible, puesto que la Ley 127 de 2013; no contempla la

remuneración antes señalada; y ese Tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones que **el pago de los salarios caídos a favor de aquellos funcionarios que han sido reintegrados a sus cargos, sólo es viable jurídicamente cuando la propia ley lo disponga** (El Destacado es nuestro).

Por último, consideramos pertinente señalar que el apoderado judicial de la actora aduce que la misma gozaba de estabilidad por ser nombrada en su momento como una funcionaria permanente; sin embargo, vale aclarar que la condición de permanente que alega la accionante no es igual a la de estable, según lo indicó la Sala Tercera mediante Sentencia de 5 de febrero de 2014, en la que se pronunció en los siguientes términos respecto a una situación similar a la que se analiza:

“... ”

Dentro del contexto establecido en el apartado anterior, es importante aclarar que la Ley 1 de 2009 (instituye la carrera del Ministerio Público), define el concepto de estabilidad en su artículo 7, numeral 16, como la ‘condición que obtiene el servidor público mediante concurso de mérito sujeta a la competencia, lealtad, moralidad y cumplimiento de sus deberes.’

...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 adquiera 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.

C. Faltas del debido proceso. La parte alega que el debido proceso fue vulnerado, porque no se le siguió un proceso disciplinario a través del cual se le acreditara la comisión de alguna causal que tuviera como sanción última la destitución.

Luego de los análisis realizados sobre el estatus del funcionario público demandante y establecido el hecho de que no gozaba del derecho a la estabilidad en el cargo, **se debe reiterar que el proceso disciplinario que alega la parte fue omitido, en este caso, no era necesario seguirlo, toda vez que la destitución del cargo no se hace en virtud de alguna causa disciplinaria, sino en el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, por tanto, tal procedimiento no era requerido.**" (La subraya es de la Sala y la negrilla es nuestra).

En este orden de ideas, debemos precisar 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 se adquiere a través de 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 público queda bajo la potestad discrecional del titular de la entidad, el cual, en esa circunstancia, no está obligado a seguirle un procedimiento administrativo sancionador.

El sustento de lo anotado se encuentra en los artículos 300, 302 y 305 de la Constitución Política, en los cuales se dispone que el derecho a la estabilidad debe ser regulado mediante una Ley formal, que establezca una carrera pública o una situación especial de adquisición del derecho, y está condicionado a los méritos del servidor público, a la competencia, lealtad, moralidad y cumplimiento de deberes.

Ante estas circunstancias, la Administración puede ejercer la facultad de resolución "ad nutum", es decir, la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en su voluntad y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.

Dicho lo anterior, tenemos que al momento del retiro de la administración por dejar sin efecto nombramiento de **Sofía Itzel García**, esta ocupaba el cargo de Secretaria I en la Tesorería del Municipio de Panamá, de lo que se infiere que era un personal de secretaría del Despacho Superior, por lo que dicho cargo es de libre nombramiento y remoción, ya que era un personal de confianza y de colaboración con la autoridad máxima de esa entidad

reguladora, de manera que no le asiste derecho al formular la indemnización objeto de análisis.

En el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto en los párrafos precedentes, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirva declarar que **NO ES ILEGAL el Decreto de Personal 080-C/16 de 25 de octubre de 2016**, emitido por el Tesorero del Municipio de Panamá y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas: Se aduce como prueba documental de esta Procuraduría, la copia debidamente autenticada del expediente de personal de la accionante, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

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

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General