

Entrada N° 1103-2019

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA ABOGADOS, RIVERA, RIVERA & ASOCIADOS, ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE LA SEÑORA **MINELA ITZEL HERNÁNDEZ CANDANEDO**, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL DECRETO DE PERSONAL NO. 350 DE 2 DE AGOSTO DE 2019, EMITIDO POR EL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA, SU ACTO CONFIRMATORIO, Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES.

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES.



**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, siete (07) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS:

La Firma Forense Abogados, Rivera, Rivera & Asociados, actuando en nombre y representación de la señora **MINELA ITZEL HERNÁNDEZ CANDANEDO**, ha interpuesto Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, con el objeto de que se declare nulo, por ilegal, el Acto administrativo contenido en el Decreto de Personal No. 350 de 2 de agosto de 2019, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Seguridad Pública, al igual que su Acto confirmatorio la Resolución N°1006 de 9 de octubre de 2019; y, en consecuencia de lo anterior, se ordene su restitución al cargo y el pago de los salarios dejados de percibir, así como otros derechos que le correspondan.

I. ANTECEDENTES

En cuanto a los hechos plasmados en el libelo de la Demanda, la representación judicial de la parte actora, manifiesta que la señora **MINELA ITZEL HERNÁNDEZ CANDANEDO**, ha ocupado el cargo de Inspector de Migración III (Supervisor), Administrador II y el cargo de Supervisor de Migración V, en el Servicio Nacional de Migración, dependencia del Ministerio de Seguridad Pública,

por diez (10) años consecutivos a partir del día quince (15) de julio de dos mil nueve (2009), hasta ser destituida, desempeñando sus funciones con honestidad, lealtad y competencia.

Sustenta en lo medular que, posterior a la notificación del Acto Administrativo impugnado, en tiempo oportuno, presentó Recurso de Reconsideración, en relación al cual la Entidad nominadora resolvió confirmar en todas sus partes el Decreto de Personal N° 350 de 2 de agosto de 2019, por el que se deja sin efecto el nombramiento de la señora **MINELA ITZEL HERNÁNDEZ CANDANEDO**, portadora de la cédula de identidad personal N° 4-734-462, de la posición que ocupaba como Supervisor de Migración V.

Entre los argumentos, indica que la accionante estaba amparada por el Régimen de la Carrera Migratoria; sin embargo, la Institución confirmó el Acto de destitución, sin tomar en cuenta el fuero de Protección a la Estabilidad Laboral que le fue conferido mediante la Resolución No. 390 de 19 de octubre de 2015, vigente al momento en que se diera la toma de posesión del cargo de Supervisor de Migración V, y que posteriormente fuera modificada por la Resolución No. 421-A de 18 de abril de 2016.

Seguidamente, expone la demandante que, el Decreto de Personal N° 350 de 2 de agosto de 2019, objeto de impugnación, no establece la debida justificación que sustente de manera expresa la causal o Proceso Disciplinario por el cual haya sido sancionada y, que pudieran dar lugar a la remoción del puesto. Señala, que la señora **HERNÁNDEZ CANDANEDO**, intentó que la Administración comprendiera la situación jurídica a través de todos los medios, mas no fue posible lograr el reintegro, por lo que ha recurrido a esta vía jurisdiccional.

II. NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN.

La Firma Forense Abogados Rivera, Rivera & Asociados apoderada legal de la accionante, estima que el Acto Administrativo acusado de ilegal infringe el artículo 99 del Decreto Ley N° 3 de 22 de febrero de 2008, por el cual se crea el

Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones, los artículos 127 y 140 del Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015, que reglamenta el título X del Decreto Ley N° 3 de 22 de febrero de 2008, que crea el Servicio Nacional de Migración y la Carrera Migratoria, y los artículos 114 y 121 (numeral 4), de la Resolución N° RI-001-2015 de 14 de diciembre de 2015, por la cual se adopta el Reglamento Interno del Servicio Nacional de Migración.

En efecto, la parte actora estima infringido el artículo 99 del Decreto Ley N° 3 de 22 de febrero de 2008, por el cual se crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones, en concepto de violación directa, por omisión.

Igualmente, consideró como infringido en concepto de violación directa, por omisión el artículo 127 del Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015, que reglamenta el título X del Decreto Ley N° 3 de 22 de febrero de 2008, antes mencionado, ya que, según su apreciación la Entidad acusada no tomó en consideración que su representada cumplió con todos los requisitos exigidos para el ingreso especial.

Según la parte demandante, el artículo 140 del Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015, que reglamenta el título X del Decreto Ley N° 3 de 22 de febrero de 2008, que crea el Servicio Nacional de Migración y la Carrera Migratoria, fue vulnerado de forma directa, por omisión, habida cuenta que el Acto acusado omitió hacer referencia a los numerales que contienen los criterios en que el servidor público de Carrera Migratoria perderá tal condición.

De igual forma, advirtió la infracción del artículo 114 de la Resolución N° RI-001-2015 de 14 de diciembre de 2015, por la cual se adopta el Reglamento Interno del Servicio Nacional de Migración, en concepto de violación directa, por comisión, ya que la Entidad nominadora aplicó la citada norma, cuyo contenido no es atinente a los funcionarios amparados por la Carrera Migratoria.

Seguidamente, estima la demandante, que ha sido vulnerado el artículo 121 (numeral 4), de la Resolución N° RI-001-2015 de 14 de diciembre de 2015,

por la cual se adopta el Reglamento Interno del Servicio Nacional de Migración, en concepto de violación directa, por comisión, puesto que dicha disposición plantea la imposición progresiva de sanciones por faltas, antes de llegar a la destitución, por lo que el Acto acusado carece de esas características previas que debieron preexistir ante la desvinculación del cargo.

III. INFORME DE CONDUCTA DEL FUNCIONARIO DEMANDADO.

A fojas 25 a 27 del Expediente Judicial, consta el Informe Explicativo de Conducta rendido por el entonces Ministro de Seguridad, donde indica que se dejó sin efecto el nombramiento de la Licenciada **MINELA ITZEL HERNÁNDEZ CANDANEDO**, ex funcionaria pública del Servicio Nacional de Migración, con cédula de identidad personal No. N° 4-734-462, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 629 (numerales 3 y 18) del Código Administrativo, que confiere al Presidente de la República la facultad de nombrar y remover a los servidores públicos de su elección, cuya designación no corresponde a otra Autoridad.

A su vez, señala que la misma preservó la condición de servidor público de libre nombramiento y remoción, puesto que si bien en su momento fue incorporada al Régimen Especial de Carrera Migratoria, mediante Resolución N° 421-A de 18 de abril de 2016, a través del Procedimiento Especial de Ingreso; con posterioridad, la misma fue desacreditada de dicho Régimen, mediante la Resolución N° 325 de 22 de junio de 2019, decisión que fue confirmada por la Resolución N° 361 de 1 de agosto de 2019, manteniéndose en todas sus partes, toda vez, que el puesto de Jefa de Asesoría Legal, que ocupaba en dicho momento, por su naturaleza atiende a un cargo de libre nombramiento y remoción, por lo que su destitución esta basada en el ejercicio de la facultad discrecional.

IV. OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Mediante Vista No. 273 de 20 de febrero de 2020, el Procurador de la Administración, solicita a la Sala se sirva declarar que no es ilegal el Decreto de Personal N° 350 de 2 de agosto de 2019, emitido por el Servicio Nacional de Migración del Ministerio de Seguridad Pública, ni su Acto confirmatorio; es decir,

la Resolución N° 1006 de 9 de octubre de 2019, y a su vez, se desestimen las pretensiones de la parte actora, por razón que para poder acceder a la protección laboral que se brinda a los servidores públicos del Servicio Nacional de Migración incluidos en esta categoría, es necesario que quien solicite cumpla con los requerimientos estipulados en la Ley, los cuales no han sido acreditados por la accionante.

Por otro lado, sostiene que, el Decreto de Personal atacado de ilegal, fue emitido con base a la facultad discrecional que le asiste a la Autoridad nominadora para remover del cargo a los funcionarios bajo su inmediata dependencia, toda vez que se trata de una servidora de libre nombramiento y remoción de acuerdo a las funciones que desempeñaba, la cual no se encontraba amparada por la Ley de Carrera Migratoria, circunstancia que le permite a la Administración revocar el Acto de nombramiento no requiriendo un Procedimiento Administrativo Sancionador.

En ese sentido, advierte la Procuraduría que la Autoridad nominadora cumplió con los presupuestos de motivación consagrados en la Ley, puesto que en el Acto acusado se establece de manera clara y precisa la justificación de la decisión adoptada por la Institución, y que ello obedece a la facultad discrecional que la Ley le otorga a la Autoridad nominadora prevista en los artículos 629, numeral 18 y 794 del Código Administrativo, en armonía con los artículos 300, 302 y 305 de la Constitución Política, para remover a los servidores públicos que carezcan de estabilidad en el cargo, sin que ello, de ninguna manera, constituya una violación a las Garantías Judiciales, al no estar la ex servidora amparada bajo el sistema de Carrera Administrativa, así como a algún Régimen Laboral Especial o fuero que le garantizara la estabilidad laboral.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA.

Una vez cumplidos los trámites previstos para estos Procesos, a la Sala Tercera pasar a dirimir el fondo del presente litigio.

COMPETENCIA

Esta Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la Acción Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción promovida por la señora **MINELA ITZEL HERNÁNDEZ CANDANEDO**, en calidad de ex servidora pública del Ministerio de Seguridad Pública, a través de apoderado judicial, con fundamento en lo que dispone el artículo 206, numeral 2, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 97, numeral 1, del Código Judicial y el artículo 42b de la Ley N° 135 de 1943, conforme fue reformado por la Ley N° 33 de 1946.

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

En el caso que nos ocupa, la demandante es una persona natural que comparece en defensa de un interés particular en contra del Decreto de Personal No. 350 de 2 de agosto de 2019, emitido por el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Seguridad Pública, así como su acto confirmatorio, razón por la cual se encuentra legitimada para promover la Acción que ocupa nuestra atención.

Por otro lado, el Órgano Ejecutivo, expidió el Acto Administrativo demandado por conducto del Ministerio de Seguridad Pública, Entidad del Estado, en ejercicio de sus atribuciones, razón por la cual se encuentra legitimada como sujeto pasivo en el Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción bajo estudio.

En el negocio jurídico en referencia, el Procurador de la Administración actúa en defensa de los intereses de la Entidad demandada.

ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO Y DECISIÓN DE LA SALA

Una vez examinado detenidamente el contenido de las normas y argumentos en que se apoya la parte demandante, la Sala los analizara, de la manera siguiente.

En el Proceso bajo examen, el punto medular se centra en que la destitución de la señora **MINELA ITZEL HERNÁNDEZ CANDANEDO**, es ilegal y ésta sustenta su Demanda señalando en que fue removida sin que se le formularan

cargos por alguna falta administrativa, pues no consta en el Acto demandado la causal de hecho y de derecho en que se basó la desvinculación del puesto; no se le siguió un Proceso Disciplinario en cumplimiento del trámite legal establecido y se le impuso la medida de sanción de la remoción, sin atender la progresividad de las sanciones conforme lo dispone la Ley.

Adentrándonos al examen de legalidad del Acto impugnado, se desprende que la señora **HERNÁNDEZ CANDANEDO**, ingresó en el Servicio Nacional de Migración, dependencia del Ministerio de Seguridad Pública, a partir del día quince (15) de julio de dos mil nueve (2009), y fue acreditada como servidora pública incorporada al Régimen Especial de Carrera Migratoria mediante la Resolución N° 421-A de 18 de abril de 2016, a través del Procedimiento Especial de Ingreso; no obstante, fue desacreditada de dicho Régimen por medio de la Resolución N° 325 de 22 de julio de 2019, con fundamento en que el puesto que ocupaba al momento de ser acreditada correspondía a un puesto de libre nombramiento y remoción.

Es de lugar manifestar que, no se observa en el Expediente Administrativo documentación alguna que acredite que dicha servidora pública al momento de emitirse el Acto de desvinculación se encontrase incorporada a la Carrera Migratoria a través del Régimen Especial de Ingreso, o se haya sometido a un Procedimiento de selección de personal por medio de concurso de méritos, en la posición que ocupaba, razón por la cual, no había adquirido el Derecho a la estabilidad en el cargo.

En este contexto, debemos destacar que, al darse la desvinculación del cargo, la ex servidora pública, no se encontraba gozando del Derecho a la estabilidad alcanzado por medio de una Ley formal de Carrera o por una Ley Especial, razón por la que la Administración puede ejercer la facultad de resolución "ad nutum"; es decir, de revocar el Acto de nombramiento, con fundamento en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.

De igual forma, se observa en la parte motiva del Decreto de Personal No. 350 de 2 de agosto de 2019, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, las razones de hecho y de derecho que llevaron a la Entidad a tomar la decisión impugnada, al indicarse que la decisión se basa en la potestad que el artículo 629, numeral 18, del Código Administrativo, le atribuye al Presidente de la República, para remover a los empleados de su selección, salvo que la Constitución o sus leyes dispongan que no son de libre nombramiento y remoción y que, al no formar parte de ninguna carrera pública, corresponde a la Autoridad nominadora, su nombramiento y remoción.

De este modo, también se expuso en el Acto demandado, respecto a la medida de destitución adoptada, que de acuerdo al Expediente de personal de la señora **MILENA ITZEL HERNÁNDEZ CANDANEDO**, no consta que, la ex funcionaria haya sido incorporada a la Carrera Administrativa, ni posee estabilidad en el cargo, además, se indica que su ingreso a dicha Institución, se produjo en virtud de la confianza que la Autoridad nominadora depositó en ella para el ejercicio de las funciones inherentes a su cargo, la cual dejó de existir.

En ese orden de ideas, consideramos pertinente señalar que el artículo 2 de la Ley N° 9 de 20 de junio de 1994, que regula la Carrera Administrativa, y la Ley N° 43 de 2009, que la modifica y adiciona, define claramente a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, como aquellos que trabajan como personal de secretaría, asesoría, asistencia o de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no son parte de ninguna Carrera y que su nombramiento está sujeto a la confianza de sus superiores y la pérdida de ésta acarrea la remoción del puesto.

En referencia, citamos un extracto de la Sentencia de uno (1) de agosto de dos mil diecisiete (2017), en la cual la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en relación a un negocio jurídico similar al que ocupa nuestra atención, dispuso lo siguiente:

“(...)

Por lo tanto, no se cumplió con lo establecido por la norma, ya que no existe en el expediente, ninguna certificación expedida por este organismo que acredite al señor Manuel Ábrego, como servidor público de carrera migratoria. A razón de lo anterior, no puede asignársele al Señor Ábrego la condición de servidor público de carrera, por lo cual no goza del derecho a la estabilidad consignado en el artículo 104 del Decreto Ley 3 de 2008, ni de los beneficios otorgados para los servidores públicos de carrera administrativa, en los artículos 138 y 158 de la Ley 9 de junio de 1994.

Asimismo, 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 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 queda bajo la potestad discrecional de la Administración, y no está sujeto a un procedimiento administrativo sancionador.

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

Por consiguiente, al no poseer el señor Manuel Ábrego, el derecho a la estabilidad consagrado en la normativa correspondiente, queda a disposición de la autoridad nominadora en ejercicio de su facultad discrecional y 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 cuanto al artículo 629 del Código Administrativo igualmente, no se encuentra probado el cargo de violación por indebida aplicación del citado artículo, ya que el funcionario es de libre nombramiento y remoción, del Ministerio de Gobierno y Justicia, en su facultad discrecional, como lo hemos indicado con anterioridad.

(...)” (Lo resaltado es nuestro)

De lo antes expuesto, resulta claro que, al no poseer la **MINELA ITZEL HERNÁNDEZ CANDANEDO**, el derecho a la estabilidad consagrado en la normativa correspondiente, queda a disposición de la Autoridad nominadora en ejercicio de su facultad discrecional y puede ejercer la facultad de revocar el Acto de nombramiento fundamentada en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.

Por las consideraciones expuestas, no están llamados a prosperar los cargos de violación alegados por la parte actora, en relación al artículo 99 del Decreto Ley N° 3 de 22 de febrero de 2008, por el cual se crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones, los artículos 127 y

140 del Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015, que reglamenta el título X del Decreto Ley N° 3 de 22 de febrero de 2008, que crea el Servicio Nacional de Migración y la Carrera Migratoria, y los artículos 114 y 121 (numeral 4), de la Resolución N° RI-001-2015 de 14 de diciembre de 2015, por la cual se adopta el Reglamento Interno del Servicio Nacional de Migración.

Lo antes expuesto, nos permite afirmar que en atención al estatus de servidor público demandante, se le permitió a la señora **MINELA I. HERNÁNDEZ CANDANEDO**, ejercer su Derecho a la defensa, al notificarse del Acto de remoción y presentar el Recurso de Reconsideración en la vía gubernativa, para que la Administración pudiera revisar su actuación y permitir el acceso posterior a esta vía jurisdiccional, con la presentación de la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción que nos ocupa. Por lo que, estimamos que el Acto administrativo se ciñe a Derecho.

Luego de analizado todo el Procedimiento Administrativo efectuado por la Entidad nominadora, podemos sostener que la Sala considera que la parte actora no ha logrado desvirtuar la legalidad de la actuación de la Administración, razón por la que lo procedente es no acceder a las pretensiones.

En consecuencia, la Sala Tercera Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL** el Decreto de Personal No. 350 de 2 de agosto de 2019, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública y su acto confirmatorio. Se **NIEGAN** el resto de las pretensiones de la Demanda.

NOTIFÍQUESE,

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO

CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

EFRÉN C. TELLO C.
MAGISTRADO

KATIA ROSAS
SECRETARIA