

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1292

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 15 de diciembre de 2015

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Virgilio Vásquez Pinto, quien actúa en nombre y representación de **Gladys Rafaela Ábrego Vernaza**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 385 de 17 de junio de 2015, emitida por la **Lotería Nacional de Beneficencia**, 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 la finalidad 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 9 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 un hecho; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

A. El artículo 134 del Texto Único de 29 de agosto de 2008, que ordenó la Ley 9 de 20 de junio de 1994, señala que los servidores públicos de Carrera Administrativa se regirán por las regulaciones que para los efectos de jubilación e invalidez estén estipulados

en la Ley de la Caja de Seguro Social o en leyes especiales (Cfr. fojas 5-6 del expediente judicial);

B. El artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, que establece 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 6 del expediente judicial);

C. El artículo 170 de la Ley 38 de 2000, según el cual el recurso de reconsideración, una vez interpuesto o propuesto en tiempo oportuno, se concederá en efecto suspensivo, salvo que exista una norma especial que disponga que se conceda en un efecto distinto (Cfr. foja 6 del expediente judicial);

D. El artículo 141 (numeral 17) de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, adicionado por la Ley 43 de 30 de julio de 2009, señala que queda prohibido a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo, despedir a los servidores públicos, que al momento de la aplicación de la presente Ley, demuestren que se encuentran padeciendo enfermedades terminales, y que tienen discapacidad de cualquier índole (Cfr. fojas 6 y 7 del expediente judicial);

E. El artículo 5 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, modificada por el artículo 11 de la Ley 4 de 2010, relativos a la expedición de la certificación por parte de una comisión interdisciplinaria que haga constar la condición física o mental de quienes la padezcan (Cfr. foja 7 del expediente judicial); y

F. El artículo 5 del Código Civil, señala que los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor, salvo que se disponga otra cosa o designe expresamente otro efecto que el de nulidad (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso y descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

La acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a obtener la declaratoria de nulidad, por ilegal, la Resolución Administrativa 385 de 17 de junio de 2015, emitida por la Lotería Nacional de Beneficencia, mediante el cual se destituyó a **Gladys Abrego** del cargo de Jefa de Archivo I, con funciones de Jefe de Sección de Servicios Administrativos (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con lo anterior, la recurrente interpuso el correspondiente recurso de reconsideración, mismo que fue decidido a través de la Resolución 2015-115 de 13 de julio de 2015, que mantuvo en todas sus partes el acto original, agotándose la vía gubernativa. Esta resolución le fue notificada al accionante el 10 de agosto del año que decurre (Cfr. fojas 19 a 20 y su reverso del expediente judicial).

El 8 de octubre de 2015, **Gladys Rafaela Ábrego Vernaza**, actuando por medio de su apoderado judicial, presentó ante la Sala Tercera la demanda que dio origen al proceso en estudio, en la que solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución objeto de reparo, así como su acto confirmatorio; que su representada sea reintegrada al cargo que ocupaba en la Lotería Nacional de Beneficencia y, por ende, se ordene el pago de los salarios que haya dejado de percibir desde su destitución hasta que se haga efectivo el reintegro (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el abogado de la recurrente indica que el despido se ejecutó sin previo levantamiento de una investigación disciplinaria, que la entidad no tuvo en cuenta que su mandante padece de diabetes mellitus tipo 2, hipertensión arterial y dislipidemia, enfermedades terminales que no le impiden trabajar pero requieren mucho cuidado y no podía ser removida del puesto que ocupaba en la Lotería Nacional de Beneficencia (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial).

Debido a la íntima relación que se observa entre los cargos de infracción formulados en contra del acto objeto de reparo, esta Procuraduría se permite dar contestación a los mismos de manera conjunta.

Este Despacho se opone a los argumentos expuestos por la recurrente, debido a que según las constancias en Autos la demandante se había acogido a una pensión de vejez normal, **por lo que a la entidad le correspondía aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley 43 de 2009, que modificó el artículo 134 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, la cual tiene efectos retroactivos y que establece: “...el servidor público de Carrera Administrativa que se acoja a su jubilación o pensión será desacreditado de dicho Régimen...”** (Cfr. fojas 9, 19 - 20 del expediente judicial).

En ese sentido, no hay que perder de vista que si bien **Gladys Rafaela Ábrego Vernaza** se encontraba adscrita bajo el amparo de una normativa especial; no puede olvidarse que esta posee una fuente supletoria en el Texto Único de la Ley 9 de 1994, de ahí que resultara viable la adopción de la medida descrita en el párrafo precedente.

Lo anterior, permite establecer que la recurrente quedó desacreditada de pleno derecho del régimen especial al cual pertenecía, perdiendo así el estatus de estabilidad que había adquirido como funcionaria en la entidad demandada, ubicándola a partir de ese momento en una servidora pública de libre nombramiento y remoción.

Como quiera que bajo tales circunstancias la recurrente se encontraba sujeta, en cuanto a su nombramiento y remoción, a la potestad discrecional de la autoridad nominadora, en este caso la Lotería Nacional de Beneficencia, representada por su Director General, queda claro que su destitución se encuentra debidamente sustentada en la atribución que la ley pone en manos de este servidor público para adoptar este tipo de decisiones, **según lo dispone el ordinal 4 del artículo vigésimo cuarto del Decreto de Gabinete 224 de 16 de julio de 1969, para, cito: “Nombrar, trasladar y destituir a los empleados de la Institución...”**

Al pronunciarse sobre una situación similar a la que nos ocupa, la Sala Tercera en su Sentencia de 31 de enero de 2014 señaló lo siguiente:

“ ...

Por otro lado, respecto a la violación del artículo 2 de la Ley 18 de 2008, considera la Sala que tampoco se encuentra infracción alguna, ya que en ningún momento la autoridad demandada ha exigido a la demandante que renuncie al cargo que ocupaba por motivo de su jubilación, sino que **se sustenta en la facultad nominadora que posee la demandada de remover al personal de acuerdo a las disposiciones legales pertinentes, que en el caso en estudio fue el artículo 134 del texto único de la ley 9 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 43 de 30 2009 (sic), que como señalamos anteriormente, es fuente supletoria de las normas aplicables a los funcionarios de la Contraloría General.**

De igual manera, debemos señalar que el acto impugnado no ha infringido el artículo 79 en su numerales c y h del Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, **ya que como hemos señalado la demandante al acogerse a la jubilación quedaba sujeta a la aplicación de la norma contenida en el texto único de la Ley 9 de 1994, y por tanto estaba sujeta a la potestad discrecional de remoción conferida a la Contralora General.**

Por otra parte, consideramos que no se ha infringido el contenido del artículo 48 de la Ley 38 de 2000, toda vez que **en el caso en estudio la desacreditación de la demandante del régimen especial al cual pertenecía originó la pérdida de la estabilidad que tenía en la entidad demandada y pasó a ser una funcionaria de libre nombramiento y remoción, lo que permitió a la autoridad demandada emitir el acto impugnado tomando en cuenta dicha condición.**

Finalmente debemos expresar que, no se observa violación a los artículos 134 y 141 numeral 15 de la Ley 9 de 1994, toda vez que, como hemos manifestado en párrafos anteriores, en virtud del contenido del artículo 5 del texto único de **la referida normativa legal, la misma se aplicará de manera supletoria a las instituciones públicas que se rijan por leyes especiales, y por tanto era aplicable lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 43 de 2009, que modificó el artículo 134 del texto único de la ley 9 de 1994 por el cual se dejó sin efecto el nombramiento de la señora ..., en la Contraloría General de la República.**

Aunado a lo antes expuesto, consideramos que es importante resaltar que **ante la ausencia del derecho a la estabilidad que amparase a la demandante, el funcionario nominador no estaba obligado a iniciar un**

procedimiento administrativo para demostrar que ésta había incurrido en una causal de destitución, bastando en todo caso adoptar esa decisión en virtud de la facultad de libre nombramiento y remoción que le confiere el artículo 55 de la Ley 32 de 1984.

En consecuencia, la Sala conceptúa que no se han producido las infracciones de los preceptos que se citaron como violados, razón por la cual procede negar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo 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 Número 538-DDRH de 25 de agosto de 2011, dictado por la Contraloría General de la República, así como niega las demás pretensiones.” (El resaltado es de la Procuraduría de la Administración).

Todo lo anteriormente expuesto, permite establecer que para proceder con la remoción de **Gladys Rafaela Ábrego Vernaza** del cargo que ocupaba en la Lotería Nacional de Beneficencia, no era necesario que la administración invocara alguna causal específica ni agotara ningún procedimiento interno, que no fuera otro que notificarla de la resolución recurrida y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, posibilitándole con ello la impugnación del acto objeto de reparo, a través del correspondiente recurso de reconsideración, tal como ocurrió en la vía gubernativa; ya que la misma había sido desacreditada del régimen especial por haberse acogido al derecho de jubilación, de allí que los cargos de infracción alegados deben ser desestimados por el Tribunal.

En otro orden de ideas y frente a lo anotado por **Gladys Rafaela Ábrego Vernaza** en sustento de su pretensión, esta Procuraduría debe advertir que el fuero laboral al que se refiere la accionante, es aquel que ampara al servidor público por razón del padecimiento de una enfermedad crónica y/o degenerativa que le produzca discapacidad laboral, tal como lo dispone el artículo 1 de la Ley 59 de 2005, el cual expresa lo siguiente:

“Artículo 1. Todo trabajador, nacional o extranjero, a quien se le detecten enfermedades crónicas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, tiene derecho a mantener su puesto de trabajo en igualdad

de condiciones a las que tenía antes del diagnóstico médico”
(Lo destacado es nuestro).

A juicio de este Despacho, cuando se dejó sin efecto el nombramiento de **Ábrego Vernaza** como funcionario de la Lotería Nacional de Beneficencia, **no reunía las condiciones para ser considerada como una persona con discapacidad**, tal como lo describe la norma antes citada; ya que, a pesar que afirma que padece *hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo 2 y dislipidemia*, **estos padecimientos no se encontraban acreditados al momento de su separación y que tales enfermedades la hayan colocado en una condición que limitara su capacidad para realizar alguna actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal en el ser humano.**

Por otra parte, este Despacho considera oportuno aclarar que en el Informe de Conducta suscrito por el Director General de la institución demandada, se señaló lo que a continuación se transcribe:

*“Además, de conformidad con la reforma al Artículo 5 de la ley precitada realizada mediante Ley 4 de 25 de febrero de 2010, la señora **Gladys Rafaela Ábrego Vernaza** no ha presentado la certificación de su condición física expedida por la comisión interdisciplinaria para estos fines y por tanto no es obligación de nuestra institución reconocer la protección que brinda esta ley.*

‘Artículo 11. El Artículo 5 de la Ley 59 de 2005 queda así:

‘Artículo 5: la certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, **será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin.**

Mientras la comisión no expida la certificación de la que trata este artículo **no es obligación de la Institución Pública reconocer la protección que brinda esta Ley**’ (Lo destacado es de la entidad).

Cabe señalar en primera instancia que esta modificación no ha sido derogada por parte de la Asamblea Nacional ni declarada inconstitucional por parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por lo que se mantiene vigente a la fecha.

...

La norma es clara y establece que se tiene que entregar una certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral.

Esta administración, a sabiendas de que el Estado no ha nombrado dicha comisión, les ha permitido a todos los funcionarios que se encuentran padeciendo de enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, que puedan aportar la certificación de una comisión interdisciplinaria de la Caja de Seguro Social o cualquier otro centro médico idóneo, de manera supletoria a la certificación solicitada en la Ley 59 de 2010 y así reconocer el derecho que brinda la ley” (El resaltado es nuestro) (Cfr. fojas 28 y 29 del expediente judicial).

De lo anterior se infiere que la accionante no acreditó con copia autenticada ante la Lotería Nacional de Beneficencia, antes que se dejara sin efecto su nombramiento y en los términos que contempla la Ley 59 de 2005, modificada por la Ley 4 de 2010, alguna prueba idónea que permita demostrar que las enfermedades crónicas que dice padecer le cause discapacidad laboral.

Además, no existe constancia alguna que la actora haya dado cumplimiento al requisito establecido en el artículo 5 de la Ley 59 de 2005, modificado por el artículo 11 de la Ley 4 de 2010; puesto que el documento que se aduce haber aportado a la entidad demandada junto no constituye una certificación expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para acreditar que el recurrente sufre de alguna de las enfermedades a las que se refiere la citada ley (Cfr. foja 22 del expediente judicial)

Para una mejor comprensión de lo indicado, resulta pertinente transcribir el texto del artículo 5 de la Ley 59 de 2005, conforme quedó modificado por el artículo 11 de la Ley 4 de 25 de febrero de 2010:

“Artículo 5. La certificación de condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, **será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin.**

Mientras la comisión no expida la certificación de la que trata este artículo no es obligación de la institución

pública reconocer la protección que brinda esta Ley.” (Lo resaltado es nuestro).

En razón de la situación anotada, **Gladys Ábrego Vernaza** no puede pedir al Tribunal el reconocimiento de la protección que brinda la Ley 59 de 2005 ni demandar la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual se dispuso su remoción del cargo, sobre todo, cuando conforme lo ha reconocido la Sala Tercera al pronunciarse en Sentencia de 9 de febrero de 2011, la protección laboral que brinda la ley sólo se otorgará de mediar la presentación de una certificación que, para tales efectos, deberá ser expedida por la comisión interdisciplinaria a la que se refiere dicho cuerpo normativo. El pronunciamiento de la Sala es del siguiente tenor:

“De igual forma, esta Sala ha de mencionar que no tiene sustento lo afirmado por el demandante en cuanto a la infracción alegada sobre los artículos 1, 2, 4, de la ley 59 de 2005, puesto que tal como lo establece el artículo 5 de la propia ley, que fuera modificado por la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, la protección que brinda la ley a las personas que padecen de enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, *se otorgará siempre y cuando sea expedida una certificación por una Comisión Interdisciplinaria nombrada para tal fin.* Y que mientras esta comisión no expida tal certificación, no es obligación de la institución pública reconocer la protección brindada por esta ley. Se advierte, que en este caso este documento tal como se ha podido corroborar no ha sido aportado para tal finalidad y en virtud de ello, al no estar acreditado el padecimiento o discapacidad alegada por el demandante, la entidad demandada podía dejar sin efecto el nombramiento del señor..., siendo que éste es un funcionario de libre nombramiento y remoción, razón por la cual no prosperan los cargos endilgados sobre los artículos 1, 2, y 4 de la ley 59 de 2005.

...
En consecuencia, la Sala Tercera Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley DECLARA QUE NO ES ILEGAL, la Resolución 475-2009-AGOSTO-07 de 7 de agosto de 2009, emitida por el Gerente General del Banco Hipotecario Nacional, así como el acto confirmatorio, por tanto no accede a las pretensiones.

...”

En el marco de lo expuesto en los párrafos precedentes, este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Decreto 1906 de 26 de diciembre de 2016**, emitido por el Ministerio de Salud ni su

acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones del recurrente.

IV. Pruebas.

1. Se **objeta** la admisión del documento visible a foja 22 del expediente judicial, aportado junto con la demanda, por inconducente e ineficaz, al tenor de lo establecido en el artículo 783 del Código Judicial, pues, es una certificación médica emitida por la Doctora Sharon Smith Salmon., del Departamento de Salud Laboral de la Lotería Nacional de Beneficencia, ya que no reúne los requisitos establecidos en la Ley 59 de 2005 para poder acceder a la protección laboral que se brinda a las personas con enfermedades crónicas involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral;

2. Se **objeta** la admisión del documento incorporado a foja 23 del expediente judicial; ya que el mismo constituye copia simple de documento que no han sido autenticados por la autoridad encargada de la custodia de su original, lo que resulta contrario al texto del artículo 833 del Código Judicial;

3. Se **objeta** por **ineficaz** la solicitud especial de oficiar al Director General de Medicina Legal, para que se haga un reconocimiento a **Gladys Ábrego Vernaza**, en base a los artículos 966 y 967 del Código Judicial (Cfr. foja 8 del expediente judicial);

4. Se **aduce** como prueba de esta Procuraduría, el expediente de personal de **Julio Enrique Arosemena Ruíz** que guarda relación con este caso, cuya copia autenticada reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho. No se acepta el invocado por el actor.

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General