

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 255

**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 14 de marzo de 2016

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Leonardo Pineda Palma, actuando en representación de **Ana María Gutierrez Saldaña**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 36 de 24 de febrero de 2015, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**, su acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

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

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

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 41 y 42 del expediente judicial).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vigésimo Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 45 del expediente judicial).

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

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la actora estima que el acto acusado de ilegal vulnera las siguientes normas:

A. El artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, que modifica la Ley 39 de 11 de junio de 2013, el cual declara que los servidores públicos al servicio del Estado, nombrados en forma permanente o eventual; ya sea transitorio, contingente o por servicios especiales, sin que se encuentren acreditados en alguna de las carreras, gozarán de estabilidad laboral en el cargo (Cfr. fojas 11 y 12 del expediente judicial);

B. El artículo 629 (numeral 18) del Código Administrativo, que hace referencia a la facultad que tiene el Presidente de la República para remover a los empleados de su elección, salvo que la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción (Cfr. fojas 12 y 13 del expediente judicial);

C. Los artículos 2, 126, 141 (numeral 17), 156 y 157 del Texto Único de 29 de agosto de 2008, que ordena sistemáticamente la Ley 9 de 20 de junio de 1994; el cual fue modificado por la Ley 43 de 30 de julio de 2009, los que, de manera respectiva, guardan relación con la condición de

libre nombramiento y remoción de los servidores públicos; las causas que dan lugar a que el servidor público sea objeto de retiro de la Administración Pública; las prohibiciones que recaen sobre la autoridad nominadora y del superior jerárquico del nivel administrativo, en el sentido de despedir a los servidores públicos que padezcan una discapacidad de cualquier índole; la formulación de cargos por escrito a aquellos servidores públicos que deban ser destituidos directamente; y a la presentación de un informe, una vez concluida la investigación disciplinaria (Cfr. fojas 13, 14, 16, 17, 18 y 19 del expediente judicial);

D. Los artículos 1, 2 y 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, modificada por la Ley 4 de 25 de febrero de 2010 que, en su orden, establecen el derecho que se reconoce al trabajador a quien se le detecten enfermedades crónicas involuntarias y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, para mantener su puesto de trabajo en igualdad de condiciones a las que tenía antes del diagnóstico médico; que el padecimiento de dichas enfermedades no podrá ser invocado como causal de despido; y que estos trabajadores solo podrán ser destituidos de sus puestos de trabajo por causa justificada prevista en la ley, y previa autorización de los Juzgados Seccionales de Trabajo, o la Junta de Apelación de Carrera Administrativa, de acuerdo con los procedimientos correspondientes (Cfr. fojas 14-16 del expediente judicial);

E. Los artículos 34, 89 y 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; normas que indican, respectivamente, los principios que informan al procedimiento administrativo general; el deber de las autoridades administrativas de notificar a un particular de las resoluciones que se hayan emitido dentro de un proceso en el que este último haya intervenido o quede obligado; y a la motivación de los actos que afecten derechos subjetivos (Cfr. fojas 19-21 del expediente judicial);

F. El artículo 88 del Reglamento Interno del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento, adoptado mediante la Resolución 327-2007 de 30 de agosto de 2007, que guarda relación con la destitución como medida disciplinaria por la reincidencia en el incumplimiento de deberes y por la violación de derechos y prohibiciones (Cfr. foja 21 del expediente judicial);

G. Los artículos 6 (numeral 1) y 27 (numeral 1) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo de ésta, aprobado mediante la Ley 25 de

2007, los cuales hacen referencia al deber de los Estados Partes de adoptar medidas para garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las mujeres con discapacidad; y las medidas que deben adoptar para salvaguardar y promover el derecho al trabajo de las personas con discapacidad (Cfr. fojas 21-24 del expediente judicial);

H. El artículo 43 de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, reglamentada por el Decreto Ejecutivo 88 de 12 de noviembre de 2012, que determina que el trabajador que se le diagnostique una discapacidad, por las autoridades competentes, tiene derecho a permanecer en su puesto de trabajo, o en su defecto, su readaptación profesional u ocupacional (Cfr. fojas 22 y 23 del expediente judicial); y

I. El artículo 1 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, aprobada mediante la Ley 3 de 10 de enero de 2001, concerniente a los conceptos para los términos “*discapacidad*” y “*discriminación contra las personas con discapacidad*” (Cfr. foja 23 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, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 36 de 24 de febrero de 2015, dictado por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, mediante el cual se destituyó a **Ana Gutiérrez Saldaña** del cargo de Conductor de Vehículo I, que ocupaba en esa entidad (Cfr. foja 41 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el acto administrativo en referencia, la afectada interpuso un recurso de reconsideración, que fue decidido mediante la Resolución 421-2015 de 14 de julio de 2015, la cual mantuvo en todas sus partes lo dispuesto en el acto principal. Dicha resolución le fue notificada a la ahora demandante el 20 de julio de 2015, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 43-45 del expediente judicial).

Producto de la situación expuesta, **Gutiérrez Saldaña**, actuando por conducto de su apoderado judicial, 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 36 de 24 de febrero de 2015; su acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones, entre éstas, que se ordene su reintegro y que se le paguen los salarios dejados de percibir, desde su remoción definitiva del cargo, hasta la fecha que se haga efectiva su restitución (Cfr. fojas 5-7 del expediente judicial).

Al sustentar el concepto de la violación de las disposiciones que aduce infringidas, el abogado 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. fojas 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20 y 21 del expediente judicial).

De igual manera, afirma que su poderdante sufre de trastorno depresivo, y que dicho padecimiento era del conocimiento del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial; por ende, no podía ser destituida de su puesto, sino previo a un proceso interno y bajo las causales legalmente establecidas. Finalmente agrega, que la actuación de dicha entidad transgrede el derecho al empleo que tienen todas las personas con discapacidad, lo que, a su juicio, conlleva a una evidente contravención a los principios del debido proceso y estricta legalidad (Cfr. fojas 14, 15, 16, 17, 21, 22, 23 y 24 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.

Este Despacho se opone a los planteamientos expuestos por la accionante al señalar que el Decreto de Personal 36 de 24 de febrero de 2015, y su acto confirmatorio, vulneran lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 127 de 2013; el artículo 629 (numeral 18) del Código Administrativo; los artículos 2, 126, 141 (numeral 17), 156 y 157 del Texto Único de 29 de agosto de 2008; los artículos

34, 89 y 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; y el artículo 88 del Reglamento Interno del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento, dado que **su remoción se basó en la facultad discrecional que le está atribuida al Órgano Ejecutivo 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 el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial (Cfr. foja 43 del expediente judicial).

En ese contexto, es pertinente indicar que de la lectura de las constancias procesales, se infiere que a lo largo del procedimiento administrativo previo, **Ana María Gutiérrez Saldaña, no acreditó que estuviera amparada en el régimen de Carrera Administrativa o de alguna ley especial**, de ahí que fuera destituida del cargo que ocupaba con sustento en el **artículo 629 (numeral 18) del Código Administrativo** que consagra la facultad discrecional del Presidente de la República **para remover, en cualquier momento, a los servidores públicos de su elección**, salvo que la Constitución Política o las leyes dispongan que no son de libre remoción. Por tal motivo, para desvincular del cargo a la ex servidora pública **no era necesario invocar causal alguna**; ya que bastaba con notificarla de la resolución recurrida y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, por medio del correspondiente recurso de reconsideración, tal como sucedió durante el curso del procedimiento administrativo, con lo que se agotó la vía gubernativa. Esta norma es del siguiente tenor:

“Artículo 629. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

...

18. Remover los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción.” (Lo destacado corresponde a este Despacho).

Tal como se desprende de la lectura de la disposición legal citada, la facultad que detenta el Presidente de la República, como máxima autoridad administrativa, para remover o destituir a los servidores públicos de su elección, cuyos cargos sean de libre remoción, **no requiere para su ejercicio que concurren determinados hechos o el agotamiento de ningún trámite**, como erróneamente argumenta la demandante.

Al pronunciarse en una situación similar a la que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera en su Sentencia de 22 de julio de 2015, señaló lo siguiente:

“... ”

Por lo que, **al ocupar un cargo de status permanente, pero sin estar amparado por un régimen de estabilidad, tenía la condición de servidor público en funciones, pudiendo ser cesado su nombramiento en cualquier momento por la autoridad nominadora**, que es aquella que tiene entre sus funciones formalizar los nombramientos y las destituciones de servidores públicos, conforme a la Ley que los rige.

...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.**

Por ende, la Sala ha dicho que 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.” (La negrita es nuestra).

En otro orden de ideas, en cuanto a la violación invocada por la accionante con respecto al régimen de estabilidad que tenía por ser una funcionaria con un padecimiento crónico como el Trastorno Depresivo, este Despacho estima que el mismo no resulta viable; pues, la protección laboral que la Ley 59 de 2005 brinda a los servidores públicos que padecen este tipo de enfermedades, se otorgará siempre que quien la solicite haya sido evaluado por una comisión interdisciplinaria nombrada con esta finalidad y **haya obtenido una certificación que determine su condición de salud física y mental.**

No obstante, en el caso en estudio **no reposa en autos ni se aduce documentación alguna que permita acreditar que Ana María Gutiérrez Saldaña, previo a la fecha en que fue desvinculada de la Administración Pública, haya sido evaluada por la mencionada comisión con el propósito de diagnosticar que padece de una enfermedad crónica que le produce**

discapacidad laboral; en consecuencia, no existe constancia alguna que la demandante 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, que a la letra establece lo siguiente:

“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 ausencia de tales evidencias, podemos concluir que carecen de sustento jurídico los argumentos que se exponen para establecer que **Gutiérrez Saldaña** gozaba de estabilidad laboral; ya que, reiteramos, **en el expediente no se demuestra que la enfermedad que dice adolecer la haya 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, en cuanto a la infracción de las normas que alega **Ana María Gutiérrez Saldaña** referentes a la discapacidad, para esta Procuraduría resulta pertinente traer a colación el contenido del primer párrafo del artículo 55 del Decreto Ejecutivo 88 de 12 de noviembre de 2002, modificado por el artículo 80 del Decreto Ejecutivo 36 de 2014, reglamentario de la Ley 42 de 1999, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 55. La capacidad residual y **contraindicaciones laborales** del trabajador o empleado público, **será diagnosticada por el Ministerio de Salud o la Caja de Seguro Social, quienes deberán, además, determinar el grado de dicha discapacidad.**
...” (El resaltado es nuestro).

En esta línea de pensamiento, debe destacarse que si bien la actora aportó la copia de un carné del Ministerio de Desarrollo Social, **lo cierto es que dicho documento no especifica el grado de capacidad residual laboral** que pudiera servir de base para establecer su permanencia en el cargo que ejercía en el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, o ser reubicada dentro de la institución de acuerdo con las posibilidades y la viabilidad que le permitiera continuar

con la función que venía desempeñando, tal como lo requiere el artículo 55 del Decreto Ejecutivo 88 de 2002, antes citado; de allí que se corrobore el planteamiento hecho por este Despacho en el sentido que, **al momento de ser destituida, la accionante no presentaba las condiciones para ser considerada una persona con discapacidad, según los términos del numeral 4 del artículo 3 de la Ley 42 de 1999; exigencia que resulta indispensable para poder acceder a la protección laboral que brinda la referida ley**, lo que nos permite concluir que los cargos de infracción relativos a los artículos 6 (numeral 1) y 27 (numeral 1) de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad; el artículo 43 de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999; y el artículo 1 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad; también deben ser desestimados por la Sala Tercera (Cfr. foja 58 del expediente administrativo aportado por la demandante).

Por último, en cuanto al reclamo que hace la accionante en torno al pago de los salarios caídos, este Despacho estima que el mismo no resulta viable; ya que para que ese derecho pudiera ser reconocido a favor de **Ana María Gutiérrez Saldaña**, 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).

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, podemos concluir que la actuación de la entidad demandada no contraviene las disposiciones que se aducen infringidas; razón por la cual esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Decreto de Personal 36 de 24 de febrero de 2015**, emitido por el Órgano

Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, ni su acto confirmatorio, y pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

IV. Pruebas.

Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

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

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 667-15

