

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 570

Panamá, 10 de agosto de 2015

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción (Sumario).**

El Licenciado Leonardo Pineda Palma, actuando en representación de **Tarimy Yisel Samudio Gutiérrez**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 009-2015 de 24 de marzo de 2015, emitida por el **Sistema Estatal de Radio y Televisión**, 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: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

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

Tercero: No consta; por tanto, se niega.

Cuarto: No consta; por tanto, se niega.

Quinto: No consta; por tanto, se niega.

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

Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

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: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 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 la Resolución Administrativa 009-2015 de 24 de marzo de 2015, emitida por el Sistema Estatal de Radio y Televisión, vulnera las siguientes normas:

A. El artículo 43 de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999 que establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad. (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial);

B. El artículo 55 del Decreto Ejecutivo 88 de 12 de noviembre de 2002, por medio del cual se reglamenta y desarrolla la Ley 42 de 1999, que se refieren a la discapacidad, 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. Sin embargo mediante el Decreto Ejecutivo 36 de 11 de abril de 2014 se modificó el artículo 55 aducido como infringido, el cual quedó así: “**Artículo 55. Se establecerán como pautas para las funciones corporales a evaluar en la discapacidad visceral con condición de salud de origen respiratorio las siguiente...**” (Cfr. foja 8 - 9 del expediente judicial) (Cfr. foja 39 de la Gaceta Oficial 27,532 de 12 de mayo de 2014).

C. El artículo 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005 relativo a la protección laboral de las personas con enfermedades crónicas, involutivas o degenerativas que produzcan discapacidad laboral. (Cfr. fojas 10 -11 del expediente judicial).

D. Los artículos 2, 126, 156 y 157 del Texto Único de 29 de agosto de 2008, que ordenó la Ley 9 de 20 de junio de 1994, los que, en su orden, guardan relación con: los servidores públicos de libre nombramiento y remoción; la formulación de cargos por

escrito; y la decisión de la autoridad nominadora, luego de concluida una investigación disciplinaria (Cfr. fojas 10-11 y 13-15 del expediente judicial);

E. 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 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).

F. El artículo 13 (ordinal 2) de la Ley 58 de 28 de diciembre de 2005, según el cual son deberes y atribuciones del Director o Directora General, del Sistema Estatal De Radio Y Televisión, entre otros el nombrar y remover al personal, de acuerdo a la ley y los reglamentos (Cfr. fojas 11 -12 del expediente judicial)

G. El artículo 629 (numeral 18), del Código Administrativo, según el cual corresponde al Presidente de la República remover a los empleados de su elección, salvo que la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción (Cfr. fojas 12 – 13 del expediente judicial).

H. El ordinal 17 del artículo 141 de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, adicionado por la Ley 43 de 30 de julio de 2009, por lo cual se establece y regula la Carrera Administrativa, que en realidad corresponde al artículo 154 del Texto Único de dicha ley, que guarda relación con el procedimiento que debe seguir la entidad a través de la Oficina Institucional de Recursos Humanos luego, de concluida la destitución del servidor público, en el que se presentará un informe a la autoridad nominadora, la cual tendrá un término de treinta (30) días para fallar, cuya decisión le será notificada al funcionario. (Cfr. fojas 10-11 del expediente judicial)

I. El ordinal 1 del artículo 6 de la Ley 25 de 10 de julio de 2007, el cual adopta las medidas para asegurar que las mujeres y niñas con discapacidad puedan disfrutar

plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (Cfr. fojas 15 y 16 del expediente judicial).

J. El artículo 1 de la Ley 3 de 10 de enero de 2001, por la cual se aprueba en todas sus partes la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (Cfr. fojas 16-17 del expediente judicial)

K. Los artículos 34, 52 (numeral 4) y 155 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; normas que se refieren, respectivamente, a los principios que informan al procedimiento administrativo general; al vicio de nulidad absoluta en el que se incurre cuando los actos administrativos son dictados con omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal; y a la motivación de los actos que afecten derechos subjetivos (Cfr. fojas 17-18 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 Director General del Sistema Estatal de Radio y Televisión emitió la Resolución Administrativa 009-2015 de 24 de marzo de 2015, por medio de la cual, entre otras cosas, resolvió remover a **Tarimy Yisel Samudio Gutiérrez** del cargo de Trabajador Manual I, en la Dirección de Administración y Finanzas; acto administrativo que le fue notificado el 24 de marzo de 2015 (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 046 de 28 de abril de 2015, la cual mantuvo en todas sus partes lo dispuesto en el acto principal, quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 20 a 22 del expediente judicial).

Producto de la situación expuesta, **Tarimy Yisel Samudio Gutiérrez**, actuando por conducto del Licenciado Leonardo Pineda Palma, presentó ante la Sala Tercera la demanda que dio origen al proceso que ocupa nuestra atención, cuyo objeto es que se declare nula,

por ilegal, la Resolución Administrativa 009-2015 de 24 de marzo 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 y demás prestaciones laborales, desde su destitución hasta la fecha de su reincorporación (Cfr. fojas 4 a 6 del expediente judicial).

Al fundamentar tales pretensiones, el apoderado judicial de la actora aduce la infracción del artículo 629 (numeral 18) del Código Administrativo, relativo a la facultad del Presidente de la República de remover a los empleados de su elección; no obstante, este Despacho es del criterio que dicha norma no es aplicable al presente proceso; ya que la destitución de la ahora demandante no fue adoptada por esa autoridad administrativa, sino por el Director General del Sistema Estatal de Radio y Televisión, en ejercicio de la función que le atribuye el numeral 2 del artículo 13 de la Ley Orgánica que regula esa entidad, de remover al personal; razón por la cual solicitamos que los argumentos expuestos, en relación con aquélla disposición, sean desestimados por el Tribunal.

Por otra parte, se advierte que al sustentar el concepto de la violación del resto de las normas que aduce infringidas, el abogado de la recurrente señala que su representada contaba con más de dos (2) años de servicio continuo en la institución pública demandada, por lo que, a su juicio, la autoridad nominadora no podía aplicar su discrecionalidad para desvincularla de la Administración Pública. Añade, que a su poderdante no se le instruyó procesos disciplinarios en su contra, lo que, según expresa, era necesario para poder destituirla del cargo (Cfr. fojas 11 y 14 del expediente judicial).

De igual manera, indica que su mandante padece de Lumbalgia severa con discapacidad motora y Escoliosis leve lumbar, por lo que estaba amparada por el Decreto Ejecutivo 88 de 2002; las Leyes 42 de 1999 y 59 de 2005; y no podía ser removida del puesto que ocupaba en el Sistema Estatal de Radio y Televisión. En adición, expresa que al emitir el acto administrativo impugnado, la entidad demandada quebrantó los principios de estricta legalidad y del debido proceso legal, principalmente, por la falta de motivación, por

no exponer las razones que conllevaron a la adopción de tal medida (Cfr. fojas 8-10, 17 y 18 del expediente judicial).

Como quiera que los cargos de infracción están estrechamente relacionados, pasamos a contestar los mismos en forma conjunta, según a continuación se expone:

Según consta en autos, **Tarimy Yisel Samudio Gutiérrez no era una servidora pública de carrera, sino de libre nombramiento y remoción**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, modificada y adicionada por la Ley 24 de 2 de julio de 2007; Ley 14 de 28 de enero de 2008, y el artículo 1 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009; es decir, la actora no estaba incorporada, mediante el sistema de méritos, a una Carrera Pública, ni había accedido al cargo de la cual fue destituida mediante un concurso o sistema de méritos, por lo que **no gozaba de estabilidad en su puesto de trabajo**, como erróneamente afirma su apoderado judicial; criterio que, a nuestro juicio, se corrobora ante la **ausencia de pruebas que demuestren su incorporación a una Carrera Administrativa o su ingreso a la entidad demandada mediante un concurso o sistema de méritos** (Cfr. fojas 19 a 22 y 26 a 27 del expediente judicial).

Visto lo anterior, la recurrente estaba sujeta, en cuanto a su estabilidad en el cargo, a la **potestad discrecional de la autoridad nominadora**, en este caso, el titular de la entidad, por lo que su desvinculación de la función pública podía darse con fundamento en las facultades legales que este servidor público posee para adoptar este tipo de decisiones, según lo dispone el **numeral 2 artículo 13 de la Ley Orgánica del Sistema Estatal de Radio y Televisión**, el cual lo autoriza para *“nombrar y remover al personal, de acuerdo con ley y los reglamento”* (Cfr. página 39 de la Gaceta Oficial número 25,454 dl 29 de diciembre de 2005).

Contrario a lo argumentado por el apoderado judicial de la demandante, estimamos pertinente anotar que de acuerdo con lo que ha sido expresado en reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera, esta potestad discrecional de la autoridad nominadora le permite

remover a los servidores públicos que no se encuentren amparados por una ley especial o de carrera que les garantice 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 autoridad 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 la Resolución Administrativa 009-2015 de 24 de marzo de 2015, por medio del cual se destituyó a la hoy recurrente, y la Resolución 046 de 28 de abril de 2015, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración presentado en contra de la primera; **actos administrativos que, contrario a lo argumentado por el apoderado judicial de la actora, se encuentran debidamente motivados** (Cfr. fojas 19 y 20-22 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 afectado 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 otro orden de ideas y frente a lo anotado por **Tarimy Yisel Samudio Gutiérrez** 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 **Samudio Gutiérrez** como funcionaria del Sistema Estatal de Radio y Televisión **ella 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 *Lumbalgia severa con discapacidad motora y Escoliosis leve lumbar* **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, esta Procuraduría 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: *“Con respecto a la supuesta violación del artículo 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, nos permitimos señalar que el artículo 5 de la excerta legal en comento, modificado por el artículo 11 de la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, que adopta normas para la protección laboral para las personas con enfermedades crónicas involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, establece requerimientos que deberán cumplirse, para así acogerse a la protección que ofrece la ley, y el mismo es del tenor siguiente:*

‘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

Como puede observarse, de no cumplirse con lo señalado en la norma legal, queda a discreción de la entidad, emprender acciones de personal distintas a las practicadas, a solicitudes que no cumplan los requisitos exigidos por la Ley” (Cfr. foja 27 del expediente judicial).

En razón de lo antes anotado, queda claro que al no existir certificación o documento alguno que acredite la discapacidad que alega la actora, la institución podía remover a **Tarimy Yisel Samudio Gutiérrez** en cualquier momento, puesto que no estaba amparada bajo el Decreto Ejecutivo 88 de 1999, ni las Leyes 42 de 1999 y 59 de 2005 modificada por la Ley 4 de 2010. Por lo tanto, la alegada infracción a los artículos 55, 4 y 43 de los cuerpos normativos deben ser desestimados por ese Tribunal.

Finalmente, conviene destacar que a través de la demanda que ocupa nuestra atención, **la única pretensión que hace la demandante con fundamento en la Ley 127 de 2013 es la de su reintegro al cargo que ocupaba en el Sistema Estatal de Radio y Televisión, en razón de lo cual pide el pago de los salarios caídos y demás prestaciones laborales a las que la misma tuviera derecho, desde la fecha de su destitución, hasta su reincorporación** (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

Explicado lo anterior, esta Procuraduría observa que la finalidad de la acción en estudio, es que se le pague a **Tarimy Yisel Samudio Gutiérrez** los salarios dejados de percibir; sin embargo, esta solicitud no resulta posible, puesto que la Ley 127 de 2013, que reconoce el reintegro; 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 dispone.**

En un caso similar al que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera en Auto de 16 de diciembre de 2004, señaló lo siguiente:

“...en vista de que en la Resolución 35495-04-JD de 3 de enero de 2003, la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social no se pronunció en torno a la solicitud de los salarios dejados de percibir por el señor..., desde la fecha de destitución hasta la fecha efectiva de su reintegro, es preciso que la Sala resuelva lo atinente a la viabilidad de esta petición.

En diversas ocasiones la Sala Tercera ha sostenido que de no existir una ley especial que regule lo referente al pago de los salarios caídos, no será posible reclamar los mismos, así quedó establecido en la sentencia de 30 de junio de 1994, que citamos a continuación para mayor ilustración:

‘La Sala Tercera de la Corte ha reiterado en diversas ocasiones que en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 297 de la Constitución Nacional, los derechos de los servidores públicos para que puedan ser reconocidos, deben ser contemplados en una Ley Formal, que los fije, determine y regule.

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.

Del examen íntegro de todas las circunstancias y elementos que rodean el negocio, la Sala Tercera debe señalar, en ejercicio de sus facultades legales, que en este caso en particular se circunscribe a determinar el alcance correcto de un acto de la administración con el fin prioritario de proteger de manera preventiva el principio de legalidad en los actos administrativos, que al no existir norma legal alguna que permita el pago de salarios caídos a funcionarios municipales destituidos y luego reintegrados a sus cargos, la Alcaldía de Panamá (ente que solicitó el pronunciamiento) no está obligada al pago de salarios caídos en esas circunstancias y en particular en el caso del acto administrativo cuyo sentido y alcance ha solicitado.’

Como hemos podido observar en el presente caso no se cuenta con una ley que autorice este tipo de situaciones, razón por la cual este Tribunal Colegiado

no puede acceder al pago de los salarios caídos que solicita el actor.

...” (Lo destacado es nuestro).

Por las razones antes expuestas, se estima que los cargos de infracción que aduce la recurrente a los artículos 43 de la Ley 42 de agosto 1999; 55 del Decreto Ejecutivo de noviembre 2002; 4 de la Ley 59 de diciembre 2005; 141 (numeral 17, adicionado por el artículo 15 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009) de la Ley 9 de 1994, que en realidad corresponde al 154 del Texto Único de dicha ley; 2, 126, 156 y 157 del Texto Único de 29 de agosto de 2008, que ordenó la Ley 9 de 20 de junio de 1994; 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013; 13 (ordinal 2) de la Ley 58 de diciembre de 2005; 629 (numeral 18) del Código administrativo; 1 de la Ley 3 de 10 de enero de 2001; 34, 52 (numeral 4) y 155 de la Ley 38 de 2000, deben ser desestimados por la Sala Tercera, por las razones expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución Administrativa 009-2015 de 24 de marzo de 2015**, emitida por el Director General del Sistema Estatal de Radio y Televisión, ni su acto confirmatorio, y pide se desestime las demás pretensiones de la recurrente.

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 demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General