

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 630

Panamá, 23 de marzo de 2022

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción**

Contestación de la demanda.

Expediente: 170432021.

El Licenciado Rafael Augusto Candanedo, actuando en nombre y representación de **María del Carmen González de Moreno**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal No. 1120 del 7 de octubre de 2020, emitido **por la Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Salud**, su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

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 No.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 un hecho cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 21-22 del expediente judicial).

Cuarto: Es un hecho cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 23-25 del expediente judicial).

Quinto: Es un hecho cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 25 del expediente judicial).

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.

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la recurrente manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 34, 35, 52 (numeral 4), y 155 (numeral 1), de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, que establecen los principios que informan al procedimiento administrativo general; que el orden jerárquico de las disposiciones aplicadas que profiera o adopten las entidades públicas, será la Constitución, las leyes o decretos con valor de ley y los reglamentos; que se incurre en vicio de nulidad absoluta cuando los actos son dictados con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal; y que serán motivados con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho que afecten derechos subjetivos (Cfr. fojas 4-8 del expediente judicial).

B. El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la Ley 15 de 28 de octubre de 1977, que se refiere a las garantías judiciales (Cfr. foja 9 del expediente judicial);

C. El artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 14 de 28 de octubre de 1976, que se refiere a los derechos que tienen las personas ante los tribunales (Cfr. foja 10 del expediente judicial);

D. Los artículos 1, 2, 4 y 5 de la Ley No.59 de 28 de diciembre de 2005, modificada por la Ley No.25 de 19 de abril de 2018, que en su orden establecen que, todo trabajador, nacional o extranjero, a quien se le detecte enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, así como insuficiencia renal crónica, que produzcan discapacidad laboral, tendrán el derecho de mantener su puesto de trabajo en igualdad de condiciones a las que tenía antes del diagnóstico médico; que el padecimiento de las enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, así como de insuficiencia renal crónica, que produzcan discapacidad laboral parcial, no podrá ser invocado como una

causal de despido; señala que, los trabajadores afectados por las enfermedades descritas en esta Ley, sólo podrán ser despedidos o destituidos de sus puestos de trabajo por causa justificada y previa autorización judicial de los Juzgados Seccionales de Trabajo o tratándose de servidores públicos, invocando para ello alguna causa justa prevista en la ley; y que la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, así como insuficiencia renal crónica, que produzcan discapacidad laboral, será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin o por el dictamen de dos (2) médicos especialistas idóneos del ramo (Cfr. fojas 11-18 del expediente judicial) y,

E. El artículo 1 de la Ley 42 de de 27 de agosto de 1999, modificado por la Ley 15 de 31 de mayo de 2016, que entre otras cosas, declara de interés social, el garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos, deberes y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, y sus familiares, mediante la adopción de medidas de inclusión e integración (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso.

Según consta en autos, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal No. 1120 del 7 de octubre de 2020, emitido por **el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Salud**, mediante la cual se dejó sin efecto el nombramiento de **María del Carmen González de Moreno**, quien ejercía el cargo de Asistente Administrativo I, en dicha entidad (Cfr. fojas 21-22 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el mencionado acto administrativo, la accionante interpuso un recurso de reconsideración, el cual fue decidido mediante la Resolución Administrativa No. 044 de 25 de enero de 2021, que mantuvo en todas sus partes lo dispuesto en el acto principal; pronunciamiento que le fue notificado a la actora el 27 de enero de 2021, con lo que quedó agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 23-25 del expediente judicial).

Como consecuencia de lo anterior, el 25 de febrero de 2021, **María del Carmen González de Moreno**, a través de su apoderada especial, la licenciada Danay Robles Barrios, acudió a la Sala Tercera para interponer la demanda que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare nulo por ilegal, el Decreto de Personal No. 1120 del 7 de octubre de 2020, y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la institución que la reintegre a las funciones que realizaba antes de su desvinculación (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

Posteriormente, se observa que el día 28 de octubre de 2021, la licenciada Robles Barrios, sustituye poder a favor del licenciado Rafael Augusto Candanedo Santamaría, con la finalidad que éste, quede debidamente facultada para continuar el trámite que ocupa nuestra atención (Cfr. foja 40 del expediente judicial).

Después de realizar el examen de rigor para la admisibilidad de la demanda contencioso administrativa de Plena Jurisdicción, mediante el Auto de veintisiete (27) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la acción presentada por el apoderado judicial de **María del Carmen González de Moreno**, y ordenó correr traslado de la misma por el término de cinco (5) días al Ministerio de Salud; y a este Despacho (Cfr. foja 46 del expediente judicial).

IV. Cargos de ilegalidad formulados por la demandante.

Al sustentar el concepto de la violación de las disposiciones que se aducen infringidas, el activador judicial de la demandante, en atención al artículo 34 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, indicó lo que a seguidas se copia: *“Esta norma ha sido violada de manera directa por omisión, toda vez que la autoridad demandada emitió el acto administrativo mediante el cual destituye a nuestra representada en abierta violación del artículo 34 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, específicamente a la obligación que tenía el funcionario de cumplir con las normas legales que constituyen lo que en Derecho Constitucional se denomina Debido Proceso Legal y por ende del cumplimiento de las normas procesales y sin que mediara un trámite disciplinario que derivara precisamente en*

la destitución de la misma. Ciertamente se destituye invocando como causal que nuestra representada es una funcionaria de libre nombramiento y remoción, que la misma no se encuentra amparado por una Ley especial ni tampoco se encuentra incorporada a Carrera Administrativa, y según la autoridad nominadora se le ha 'perdido la confianza' (ésta última sin explicar que motivo esa supuesta pérdida de confianza), sin embargo no se detalla particularmente los hechos que causaron la destitución, lo que constituye la motivación de la resolución cuando se trata de resoluciones que afectan Derechos Subjetivos (Cfr. foja 5 del expediente judicial) (Lo destacado es de la fuente).

De igual manera, indica que el referido acto administrativo viola el artículo 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, por lo siguiente: "Este artículo se ha violado de manera directa por comisión toda vez que le imponía la obligación al funcionario demandado de cumplir con los trámites del Debido Proceso y en apego al Principio de Estricta Legalidad y evitar con ellos vulneraciones flagrantes de los Derechos de nuestra representada, en este caso una resolución debidamente motivada y que haya sido dictada como producto de un Proceso Disciplinario y luego de cumplirse ciertamente las normas de procedimiento y que respondan a un proceso administrativo disciplinario en contra de nuestra mandante, sin embargo el proceso disciplinario NO EXISTE (Cfr. foja 5 del expediente judicial) (Lo destacado es de la fuente).

Así mismo, señala que se viola el artículo 1 de la Ley No. 59 de 28 de diciembre de 2005, toda vez que: "Este artículo ha sido infringido de manera directa por omisión, en virtud de que la autoridad nominadora ordena la destitución del cargo de nuestra representada de conformidad con el artículo 2 de la Ley No. 9 de 1994, sin embargo no toma en cuenta que nuestra mandante es una persona que padece de una Enfermedad Crónica, en el caso de nuestra mandante es de **HIPERTENSION ARTERIAL**, la cual fue notificada previamente a la destitución a la autoridad demandada, por ende, debe mantener su puesto de trabajo en igualdad de condiciones a las que tenía antes del diagnóstico médico" (Cfr. foja 11 del expediente judicial) (Lo destacado es de la cita).

Por último, y en atención al artículo 1 de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, indica lo siguiente: “*Este artículo se ha infringido de manera **directa por omisión**, ya que esta norma junto con la Ley 59 de 2005, modificada por la Ley 25 de 2018, pertenecen al grupo de disposiciones que establecen de forma precisa la política de Estado, en el caso de mi representada a través del Ministerio de Salud de garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en el ámbito de salud, educación, trabajo, vida familiar, recreación, deportes, cultura, entre otros, obligando al mismo y a la sociedad a ajustarse a los derechos, necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad y pese a ello la autoridad demanda no cumplió con lo que establece este artículo* (Cfr. foja 18 del expediente judicial) (Lo destacado es de la cita).

V. Descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la entidad demandada.

En ese sentido, y luego de examinar los cargos de infracción en los que se sustenta la pretensión demandada, este Despacho observa que las normas invocadas se encuentran estrechamente relacionadas entre sí, por lo que las analizaremos de manera conjunta, advirtiendo que, conforme se demostrará, **no le asiste la razón a la demandante**; criterio que basamos en lo que exponemos a continuación.

En esa línea de pensamiento, estimamos oportuno realizar algunas consideraciones antes de emitir nuestro concepto a efecto de lograr una mejor aproximación al tema objeto de estudio. Veamos.

5.1 Del debido Proceso.

Así las cosas, como quiera que en la acción ensayada, la accionante denuncia una supuesta violación al debido proceso legal, consideramos oportuno realizar una sucinta anotación sobre esta importante garantía constitucional y legal, a fin de poder corroborar que, efectivamente, la autoridad demandada no omitió su cumplimiento.

En este sentido, tenemos que en la esfera administrativa, la salvaguarda del debido proceso se encuentra contemplada en el artículo 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, mismo que manifiesta lo siguiente:

“Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. **Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos.**” (El resaltado es nuestro).

Así mismo, el numeral 31 del artículo 201 de la ley recién aludida nos brinda la definición del “Debido Proceso Legal”, en los términos citados a continuación:

“Artículo 201. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme este glosario:

...

31. Debido proceso legal. Cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales en materia de procedimiento, que incluye los presupuestos señalados en el artículo 32 de la Constitución Política: el derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales (dar el derecho a audiencia o ser oído a las partes interesadas, el derecho a recurrir) y el derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa penal, policiva, disciplinaria o administrativa.” (El resaltado es nuestro).

En igual sentido, el ex-magistrado Arturo Hoyos¹ señala que: *“el debido proceso legal es una institución instrumental que engloba una amplia gama de protecciones y dentro de la cual se desenvuelven diversas relaciones, por lo que decimos que es compleja, sirve de medio de instrumento para que puedan defenderse efectivamente y satisfacerse los derechos de las personas, las cuales, en ejercicio de su derecho de acción, formula pretensiones ante el Estado para que éste decida sobre ellas conforme a derecho”*.

Vale la pena además, destacar lo anotado al respecto por el autor Ossa Arbeláez², quien nos anota que: *“el debido proceso administrativo tiene por objeto garantizar a través de la evaluación de las autoridades administrativas competentes y de los tribunales contenciosos, si los actos proferidos por la administración, se ajustan al ordenamiento*

¹ Obra: El Debido Proceso, Editorial Temis, S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, Pág. 55

² Obra: Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática. Editorial Legis. Segunda Edición. 2009. página 239.

jurídico legal previamente establecido para ellos, con el fin de tutelar la regularidad jurídica y afianzar la credibilidad de las instituciones del Estado, ante la propia organización y los asociados y asegurar los derechos de los gobernantes”.

Podemos complementar lo previamente expuesto, señalando que el debido proceso legal para no convertirse en un mero enunciado formalista, se nutre de diversos derechos, entre los que se encuentra: **el derecho a ser juzgado por un juez natural, el derecho de defensa, el principio de legalidad, el derecho a pruebas, el derecho a una sentencia justa, y la cosa juzgada**, entre otros.

5.2 Del acto acusado de ilegal y su alcance.

Una vez resaltado lo anterior, este Despacho se opone a los argumentos expresados por la actora, puesto que de acuerdo con las evidencias que reposan en autos, su remoción se basó en la facultad discrecional que le está atribuida a la autoridad nominadora 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 **María del Carmen González de Moreno**, en el Ministerio de Salud (Cfr. fojas 21-22 y 23-25 del expediente judicial).

En ese escenario, es pertinente indicar que de la lectura de las constancias procesales, se infiere que a lo largo del procedimiento administrativo previo, **María del Carmen González de Moreno, no acreditó que accedió a la posición que ocupaba en la entidad demandada a través de un concurso de méritos ni que se encontrara amparada por algún régimen laboral especial o fuero que le garantizara la estabilidad laboral**, de ahí que fuera desvinculada del cargo que ocupaba con sustento en el **artículo 629 (numerales 3 y 18) del Código Administrativo** que consagra **la facultad discrecional del Presidente de la República para remover a los servidores públicos de su elección**, salvo los que la Constitución Política o las leyes dispongan que no son de libre remoción, ello sujeto al artículo 184 (numeral 6) de la Carta Magna.

Los artículos en comento, señalan lo siguiente:

- **Constitución Política**

“**Artículo 184.** Son atribuciones que ejerce el Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo:

...

6. Nombrar, con arreglo a lo dispuesto en el Título XI, a las personas que deban desempeñar cualesquiera cargos o empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otro funcionario o corporación.

...” (Lo destacado es nuestro).

- **Código Administrativo**

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

...

3. Dirigir la acción administrativa nombrando y removiendo sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración.

...

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).

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.

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 en conjunto con el ministro del ramo, 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, configuración de causales, o el agotamiento de ningún trámite, sin que ello, de ninguna manera, constituya una violación a sus derechos o a los principios del debido proceso y estricta legalidad**; por lo que solicitamos dichos cargos de infracción sean desestimados por el Tribunal.

Sobre el particular, la jurisprudencia reiterada de la Sala Tercera, ha expuesto³ **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 de la Administración, y no está sujeto a un procedimiento administrativo sancionador.**

En esa línea de pensamiento, debemos señalar que nuestra Constitución Política se refiere al tema en su Título XI, denominado “LOS SERVIDORES PÚBLICOS”, indicando en sus artículos 300 y 302 lo citado a continuación:

“Artículo 300: Los servidores públicos serán de nacionalidad panameña sin discriminación de raza, sexo, religión o creencia y militancia política. Su nombramiento y remoción no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto dispone esta Constitución.

Los servidores públicos se regirán por el sistema de méritos; y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio.” (El resaltado es nuestro).

“Artículo 302: Los deberes y derechos de los servidores públicos, así como los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantías y jubilaciones serán determinados por la Ley.

Los nombramientos que recaigan en el personal de carrera se harán con base en el sistema de méritos.

Los servidores públicos están obligados a desempeñar personalmente sus funciones a las que dedicarán el máximo de sus capacidades y percibirán por las mismas una remuneración justa.” (El resaltado es nuestro).

En concordancia con lo anterior, el artículo 305 de dicho cuerpo normativo instituye las siguientes carreras en la función pública conforme a los principios del sistema de méritos:

³ Obsérvese Sentencia 22 de diciembre de 2014; de 12 de enero de 2015; de 31 de agosto de 2018, entre muchas otras más.

1. La Carrera Administrativa
2. La Carrera Judicial.
3. La Carrera Docente.
4. La Carrera Diplomática y Consular.
5. La Carrera de las Ciencias de la Salud.
6. La Carrera Policial.
7. La Carrera de las Ciencias Agropecuarias.
8. La Carrera del Servicio Legislativo.
9. Las otras que la Ley determine.

De igual forma, estipula que la Ley regulará la estructura y organización de estas carreras de conformidad con las necesidades de la Administración.

Lo hasta aquí expuesto, fácilmente nos permite colegir que todo servidor público que ingrese a las diversas dependencias del Gobierno, a través de un mecanismo **distinto** al concurso de méritos, o, que una vez ingresado, no se haya incorporado a alguno de los regímenes de Carrera contenidos en la Ley, **no posee el derecho de gozar de estabilidad en el cargo.**

En consecuencia, como quiera que, **María del Carmen González de Moreno**, era una funcionaria **que no ingresó a su cargo** mediante un concurso de méritos, ni mucho menos formaba parte de otra de las carreras enunciadas en los párrafos anteriores, es evidente que la misma no gozaba del derecho a la estabilidad en el cargo, inherente a los funcionarios de carrera.

En este sentido, la desvinculación del cargo que ocupaba **María del Carmen González de Moreno**, se fundamentó, en el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, ya que la hoy demandante **no se encontraba amparada por el derecho a la estabilidad en el cargo**, prerrogativa inherente de los de servidores públicos de carrera.

Lo anterior, es así, toda vez que de la parte motiva del Decreto de Personal No. 1120 de 7 de octubre de 2020, es decir, el acto acusado de ilegal, se desprende lo siguiente:

“... ”

Que de acuerdo con el expediente de personal del servidor público (sic) MARIA (sic) GONZALEZ (sic) de (sic) MORENO, con cédula de identidad personal No. 9-704-1092, que reposa en esta entidad gubernamental, éste (sic) no ha sido incorporado (sic) a la Carrera Administrativa, ni posee ninguna otra condición legal que le asegure estabilidad en el cargo.

..” (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

A fin de profundizar un poco más en lo hasta aquí anotado, nos permitimos traer a colación la Sentencia de treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por la Sala Tercera, que, en un caso similar al que hoy ocupa nuestra atención, esbozó:

“Es de lugar destacar que, no se observa en el expediente que la parte actora haya pasado por algún procedimiento de selección de personal, por medio de concurso de méritos, para adquirir la posición que ocupaba, por lo que se trata de un servidor público de libre nombramiento y remoción, quedando su cargo bajo la potestad discrecional de la Administración, y no requiriendo un procedimiento administrativo sancionador para removerlo.

Aunado a lo anterior, debemos advertir que las evaluaciones de desempeño realizadas al funcionario y que constan en el expediente no responden a un concurso de méritos para ocupar un cargo, sino al desempeño mostrado para el periodo contratado, por lo que no debe confundirse como una evaluación que busca calificar su desempeño como aspirante al cargo que ejercía.

En este sentido, **la remoción y desvinculación del cargo de la demandante se fundamenta**, tal como se observa en el acto administrativo demandado, **en el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, ya que el servidor público no se encuentra amparado por el derecho a la estabilidad en el cargo, derecho inherente de los de servidores públicos de carrera. En estos casos 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.**” (El resaltado es nuestro).

En este marco, es importante anotar que a la accionante **se le respetaron las garantías del debido proceso y derecho de defensa, tal como consta en expediente judicial.**

Por otro lado, debemos resaltar en la esfera administrativa **sí se cumplió con el principio de debida motivación**, y es que, tal como se aprecia en el acto objeto de reparo, y su acto confirmatorio, se indicaron claramente las razones por las cuales se dejó sin efecto el nombramiento de **María del Carmen González de Moreno**, del cargo que ocupaba en el **Ministerio de Salud**, y el fundamento de derecho que amparaba tal decisión, cumpliéndose de esta forma lo establecido en el artículo 155 (numeral 1) de la Ley 38 de 2000, que establece:

“Artículo 155. Serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho, los siguientes actos:

- 1. Los que afecten derechos subjetivos;**
- 2. Los que resuelvan recursos;**
- 3. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes de idéntica naturaleza o dictamen de organismos consultivos; y**
- 4. Cuando así se disponga expresamente por la ley.”**

Por tanto, reiteramos que en el expediente judicial puede constatarse que en la esfera administrativa, se motivó en debida forma y se consignaron las razones por las cuales se dejó sin efecto el nombramiento de la actora, observando los presupuestos establecidos en el precitado artículo, pues, por una parte, se realiza la debida explicación jurídica acerca de los circunstancias que llevaron a la autoridad nominadora a removerla de la administración pública; y por la otra, se señalan los motivos fácticos y jurídicos que apoyaron la decisión (Cfr. fojas 121-22 y 23-25 del expediente judicial).

5.3 De la protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral.

Este Despacho advierte, que el apoderado judicial de **María del Carmen González de Moreno**, de forma incorrecta, señala que la actuación de la entidad demandada vulneró

lo dispuesto en la Ley No. 59 de 28 de diciembre de 2005, “*Que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral*”; modificado por la Ley No. 25 de 19 de abril de 2018, cuerpo legal que en su artículo 1 establece lo siguiente:

“**Artículo 1.** El artículo 1 de la Ley 59 de 2005 queda así:

Artículo 1. Todo trabajador, nacional o extranjero, a quien se le detecte enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, así como insuficiencia renal crónica, 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).

Afirmamos lo anterior, pues la norma citada dispone **la instauración de un fuero laboral para aquellos trabajadores diagnosticados con una enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa que le produzcan una discapacidad laboral**; no obstante, la accionante no aportó el o los documentos idóneos que acrediten su condición médica producto del diagnóstico (Hipertensión Arterial), como alega su abogado **limite su capacidad de trabajo**; y que, a su vez, **la discapacidad haya sido del conocimiento de la entidad demandada**, previo al acto acusado.

Sobre del contenido del acto confirmatorio, es decir la Resolución Administrativa No. 044 de 25 de enero de 2021, se desprende lo siguiente:

“...

Que visto lo anterior, la condición física alegada por la servidora pública **MARIA GONZAEZ DE MORENO**, en cuanto a que padece de una enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa, que produzca discapacidad laboral, la misma no se encuentra acreditada, toda vez que el artículo 5 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, modificada por la Ley 25 del 19 de abril de 2018, señala claramente que esta condición debe ser certificada ‘...por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin o por dictamen de dos médicos idóneos del ramo...’(Lo destacado es de la cita) (Cfr. foja 38 del expediente judicial).

En esa línea de pensamiento, consideramos relevante aclarar la importancia que tiene quien estime encontrarse amparada por el fuero laboral en referencia, **acredite en**

debida forma y de manera previa, los presupuestos que la misma ley consagra, resaltando que este deber impuesto al funcionario de probar tales condiciones tiene por objeto determinar que, en efecto, tal padecimiento requiere de **una supervisión médica frecuente o constante de la que se pueda inferir que se encuentre mermado en el desenvolvimiento de su rutina diaria y que con el tratamiento para el control del mismo, no pueda llevar una calidad de vida normal.**

No interpretar el reconocimiento de la protección laboral que brinda la referida ley, de la forma que hemos expuesto, conllevaría a que **cada persona trataría de acceder a dicha protección laboral de manera desmesurada**, con el pretexto de padecer de alguna enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa, desconociendo así la verdadera finalidad de tal disposición legal, la cual tiene por objetivo resguardar la igualdad de condiciones laborales y el derecho al trabajo de aquellos particulares que se encuentren mermados para realizar alguna actividad en la forma o dentro del margen que se considera habitual en el ser humano.

Lo explicado hasta aquí, **nos permite colegir indiscutiblemente que al no tener certeza de la condición médica alegada por la ex servidora, mal puede pretender que sea una obligación de la entidad demandada, el reconocimiento del fuero laboral solicitado;** por consiguiente, consideramos que los cargos de infracción esbozados por la accionante deben ser desestimados por el Tribunal.

Dentro de este contexto, debemos observar que **no se puede perder de vista que ha quedado claro que la destitución de María del Carmen González de Moreno, obedeció al hecho que la misma ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción y no porque padezca supuestamente de una enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa (Hipertensión Arterial), como afirma su abogado.**

**5.4 De la Equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad.
De la Equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad.**

Ahora bien, es oportuno aclarar que pese a la confusión que advierte el abogado de la demandante en cuanto al fuero que, según afirma, ampara a la misma, la Ley No. 42 de 27 de agosto de 1999, "*Por el cual se establece la Equiparación de oportunidades para las personas con Discapacidad*" adicionado por la Ley 15 de 31 de mayo de 2019, cuerpo legal que en su artículo 45-A, establece lo siguiente:

“Artículo 54. Se adiciona el artículo 45-A a la Ley 42 de 1999, así:

Artículo 45-A. La persona con discapacidad, padres, madres, tutor o el representante legal de la persona con discapacidad **no podrá ser despedido o destituido ni desmejorado en su posición, salario, salvo que el empleador o superior acredite con antelación una causal establecida en la ley que justifique la terminación laboral.**

En el caso de los servidores públicos no se admitirá como causal el libre nombramiento y remoción, salvo que se trate de funcionarios nombrados en cargos de confianza.

Los servidores públicos que ocupen cargos que sean declarados insubsistentes serán nombrados en otra posición dentro de la respectiva institución.

Los trabajadores con discapacidad laboral gozarán de estabilidad laboral, por lo que sus empleadores deberán asegurar su inclusión en la planilla laboral permanente de la empresa o institución correspondiente, una vez haya aprobado el periodo probatorio “(Lo destacado es nuestro).

Del precepto legal citado, se infiere de manera clara **la instauración de un fuero laboral para la persona discapacitada**, madre, padre o tutor o el representante legal de la persona con discapacidad; no obstante, esta Procuraduría advierte que de las constancias que reposan en autos no se observa que la misma, haya presentado prueba que acredite que la enfermedades que aduce padecer, (Hipertensión Arterial), le cause una discapacidad física laboral permanente o que impida su normal desempeño.

Lo anterior es así, toda vez que, si bien es cierto de la parte motiva de la Resolución Administrativa No. 044 de 25 de enero de 2021, es decir, el acto confirmatorio, se desprende que la misma aportó: 1) Copia de Certificación del Centro Hospitalario Dr. Luis Chico Fábrega, de fecha 21 de enero de 2020, en la que hacen constar que la actora lleva un

control de consulta externa, por diagnóstico de Hipertensión Arterial y, 2) Copia de la Certificación del Servicio de Gastroenterología y Endoscopia Digestiva de la Clínica Especializada Verdum, en la que hacen constar ha sido atendida por Crisis de Hipertensión Arterial, en ninguna de ellas se acredita que **María del Carmen González de Moreno**, presenta una discapacidad física, **por lo que mal podría hoy alegar que se encuentra amparada por Ley No. 42 de 27 de agosto de 1999.**

En ese sentido, tenemos que el artículo 43 de la Ley No. 42 de 27 de agosto de 1999, es claro al indicar que para poder acceder al derecho de permanecer en el puesto de trabajador, la discapacidad deberá ser diagnosticada por una autoridad competente. Veamos.

“Artículo 43. El trabajador cuya discapacidad haya sido diagnosticada por autoridades competentes, tendrá derecho a permanecer en su puesto de trabajo, y de no poder ejercerlo, a que se tomen las medidas para lograr su readaptación profesional y ocupacional. De igual forma, y tendrá derecho a la adaptación del puesto de trabajo que ocupa dentro de la empresa o institución. Cuando el puesto de trabajo no puede ser readaptado, el trabajador deberá ser reubicado de acuerdo con sus posibilidades y potencias, si menoscabo del salario (Lo destacado es nuestro).

Del artículo anteriormente transcrito, se desprende con claridad la importancia que la actora, presentará en la etapa procesal correspondiente, la prueba que acredite su discapacidad; situación que no ocurrió en el caso que nos ocupa, ya que como lo hemos indicado en líneas precedentes, las pruebas presentadas en vía gubernativa por **María del Carmen González de Moreno**, no corroboran el padecimiento de una discapacidad física.

Aunado a lo anterior, debemos indicar que la Organización Mundial de la Salud, ha sido reiterativa al señalar que **la discapacidad física motórica se da cuando una persona tiene un estado físico que le impide de forma permanente e irreversible moverse con la plena funcionalidad de su sistema motriz**, afectando el aparato locomotor e incide especialmente en las extremidades, aunque también puede aparecer como una deficiencia en la movilidad de la musculatura esquelética (Cfr. <https://www.observatoridiscapitat.org/es/la-discapacidad-fisica-que-es-y-que-tipos-hay>).

En ese marco conceptual, resulta necesario definir ¿qué es una discapacidad laboral?

Veamos.

“La incapacidad laboral es la situación que ocurre cuando un trabajador no es capaz de realizar las funciones habituales de su puesto de trabajo. Por lo tanto, esta incapacidad se encuentra estrechamente relacionada con la posibilidad de desempeñar un puesto de trabajo, **más que con la gravedad propia de la enfermedad o dolencia.**” (El resaltado es nuestro) (Cfr. <https://www.conceptosjuridicos.com/incapacidad-laboral/>).

Por otro lado:

“Podemos definir la incapacidad laboral como la situación en la que se encuentra un trabajador cuando está **imposibilitado** para realizar las funciones normales de su puesto de trabajo.

Esta situación puede tener su origen:

En una enfermedad común o laboral.

En un accidente laboral o no laboral.

Por lo tanto, para valorar la incapacidad laboral de un trabajador se tiene en cuenta la gravedad y la evolución de la enfermedad, **pero también hay que fijarse en mayor medida en cómo afecta esa enfermedad al trabajo en concreto que desempeñe esa persona.**” (El resaltado es nuestro) (Cfr. <https://www.laboralix.com/incapacidad-laboral/>).

En esa misma línea de pensamiento:

“La incapacidad laboral es la situación que se da cuando un trabajador deja de ser capaz de desempeñar las funciones habituales de su puesto de trabajo. Con ello, la incapacidad laboral, más que con la gravedad de la enfermedad que la ha provocado, está más relacionada con en qué medida impide seguir realizando un determinado trabajo.” (Cfr. <https://www.pelayo.com/teloaseguro/incapacidad-laboral-tipos/?cn-reloaded=1>).

Como se observa de las definiciones arriba transcritas, si bien la existencia de la enfermedad es uno de los presupuestos con los que se debe cumplir a fin de obtener la protección a la que hace alusión la norma, es inherente que el padecimiento que se encuentra experimentando la persona **imposibilite la realización de la labor asignada;** situación que no se cumple en el caso que nos ocupa.

Pero vayamos más allá, y veamos, desde el punto de vista del Derecho Administrativo, lo que se debe entender por discapacidad laboral.

“La discapacidad **desde el punto de vista administrativo** es un mecanismo de protección pública que tiene como objetivo apoyar, mediante beneficios y ventajas sociales, a aquellas personas **que presentan limitaciones y restricciones en determinadas actividades como consecuencia de una condición de salud congénita, hereditaria o adquirida.**” (Cfr. <http://www.unimid.es/discapacidad-e-incapacidad-laboral>).

Sobre este punto, el Tribunal ha sido enfático respecto a la importancia de acreditar el presupuesto de discapacidad laboral, tal como lo explicó en la Sentencia de ocho (8) de marzo de dos mil veintiuno (2022), cuyo contenido medular señala lo siguiente:

“...
Sobre el particular, es importante señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, modificada por la Ley 4 de 2010, así como la Ley 25 de 2018, quien sufre una enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa, a falta de una Comisión Interdisciplinaria, debe certificar dicho padecimiento, por medio del diagnóstico que al respecto emitan dos (2) médicos especialistas idóneos del ramo; sin embargo, como especificáramos en líneas previas, constan en el Expediente Administrativo dos (2) certificaciones de incapacidad para determinados días del año 2006, con el único detalle manuscrito que señala Hipertensión e, igualmente, una certificación de 2019, que indicaba que la funcionaria presentaba una Paresia Vestibular Izquierda, **mas no se observaba diagnóstico de la alegada Laberintitis (son afectaciones destinadas del oído interno), así como tampoco se especifica que este último padecimiento sea crónico, involutivo y/o degenerativo; de lo que advertimos que los referidos documentos no cumplen con las formalidades que exigen la Ley para certificar que la servidora pública afronta los anotados padecimientos.**

...” (La negrita es nuestra).

Lo anterior es importante ponerlo de relieve en el caso que nos ocupa; ya que, reiteramos que **la actora no ha aportado documentación que indique que la misma cuente con limitaciones para ejercer sus labores,** incumpléndose de esa manera con uno

de los presupuestos indispensables a fin que se configure la protección a la que ésta pretende acceder.

En esa misma línea de pensamiento, observamos que el **Ministerio de Salud** en su informe de conducta. Veamos.

“... ”

En el caso que nos ocupa, la señora MARIA (sic) DEL CAMEN GONZALEZ (sic) DE MORENO, desde la fecha en que ingreso a la institución a la fecha en que fue desvinculada, sólo aportó una certificación del 21 de enero de 2020, de una médico cardiólogo, al expediente de personal lo cual no es suficiente para considerar que se encontraba amparado (sic) por fuero laboral contemplado en una ley especial, dado que como vimos anteriormente, se requiere de la certificación de un comité interdisciplinaria (sic) o por dos médicos especialistas, lo cual en este caso no se materializa.

...” (Lo destacado es nuestro) (Cfr. fojas 52-53 del expediente judicial)

Lo explicado hasta aquí, **nos permite colegir indiscutiblemente que al no haberse acreditado en debida forma la condición que aduce padecer, mal puede pretender que sea una obligación de la entidad demandada, el reconocimiento del fuero laboral solicitado**; por consiguiente, consideramos que los cargos de infracción esbozados por la accionante deben ser desestimados por el Tribunal.

Bajo la premisa anterior, debemos indicar que no se puede pretender la nulidad de un acto que ha cumplido con todos los elementos necesarios para su adecuada emisión, sobre la base de un fuero que no se acreditó en la vía gubernativa y del cual **la institución no tuvo conocimiento hasta después de la desvinculación, máxime que las pruebas presentadas por la administrada con el recurso de reconsideración no acreditaron su pretensión**, tal como lo dispone el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No.74 de 14 de abril de 2015, que modifica el reglamento del procedimiento de conformación y funcionamiento de las Juntas Evaluadoras de la Discapacidad, los baremos nacionales y el procedimiento para la evaluación, valoración y certificación de la discapacidad aprobado mediante el Decreto

Ejecutivo No.36 de 11 de abril de 2014, modificado por el Decreto Ejecutivo No.74 de 14 de abril de 2015, norma que en su contenido dispone lo siguiente:

“Artículo 2. El artículo 3 del Reglamento de las Juntas Evaluadoras de la Discapacidad queda así:

Artículo 3. La certificación de la discapacidad es el acto administrativo mediante el cual la SENADIS acredita que una persona tiene discapacidad, ya sea física, auditiva, visual, mental, intelectual o visceral; de conformidad con los parámetros y pautas establecidas en los baremos nacionales, los criterios y procedimientos legalmente establecidos.” (La negrita es nuestra).

Con respecto a lo planteado, resulta pertinente traer a colación el contenido del artículo 55 del Decreto Ejecutivo No.88 de 12 de noviembre de 2002, modificado por el artículo 80 del Decreto Ejecutivo No.36 de 11 de abril de 2014, reglamentario de la Ley No.42 de 1999, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 80. El artículo 55 del Decreto Ejecutivo N°88 de 12 de noviembre de 2002, queda así:

Artículo 55. La capacidad residual y contraindicaciones laborales del trabajador o del servidor público, será diagnosticada por el Ministerio de Salud o la Caja de Seguro Social, quienes, además, deberán determinar el grado de capacidad residual de trabajo de la persona.

Este diagnóstico servirá de base para establecer la permanencia del trabajador en un puesto de trabajo o la reubicación del mismo dentro de la empresa o institución estatal, en concordancia con las posibilidades y potencialidades o su ingreso a los programas de readaptación profesional u ocupacional. Solo en aquellos casos en que el grado de capacidad residual y contraindicaciones laborales diagnosticadas sea de tal magnitud que haga imposible la permanencia, readaptación o su reubicación, el trabajador o servidor público se acogerá a la pensión de invalidez.

Corresponderá a la Secretaría Nacional de Discapacidad certificar la discapacidad, conforme al procedimiento establecido para este efecto.

...

El Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, en su calidad de organismo rector de las relaciones de trabajo en lo que respecta al sector privado, así como la Dirección General de Carrera Administrativa, a través de la Oficina Institucional de Recursos Humanos de cada institución, en lo que respecta al sector público, velarán por el

cumplimiento de lo normado en este artículo.” (El resaltado y subrayado es nuestro).

En el marco de lo antes indicado, y como lo hemos expuesto en párrafos precedentes, aunque la actora aportó junto con la demanda, certificaciones medicas sobre el diagnóstico del padecimiento que presenta; **dichos documentos no especifican tampoco el grado de capacidad residual laboral de la recurrente**, y que pudiera servir de base para establecer su permanencia en su puesto de trabajo 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, como fue modificada por el Decreto Ejecutivo 36 de 2014 antes citado; de allí que se corrobore el planteamiento hecho por esta Procuraduría en el sentido que, **al momento de ser destituida, la recurrente no presentaba las condiciones para ser considerada una persona con discapacidad física, según los términos de la Ley No.42 de 1999; exigencia que resulta indispensable para poder acceder a la protección laboral que brinda el referido texto legal**, lo que nos permite concluir que los cargos de infracción carecen de sustento jurídico, por lo que deben ser desestimados por la Sala Tercera.

5.5 Del pago de los salarios caídos.

Finalmente, 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 **María del Carmen González de Moreno**, 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).

En el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto en los párrafos precedentes, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Decreto el Decreto de Personal No. 1120 del 7 de octubre de 2020, emitido por la Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Salud**, su acto confirmatorio, y en consecuencia se desestimen las demás pretensiones de la actora.

VI. Pruebas:

6.1 Se objeta la prueba de oficio visible a foja 19 del expediente judicial, dirigida al Ministerio de Salud, a fin de que se remita copia autenticada del expediente contentivo del Proceso Disciplinario, toda vez que resultan dilatorias, inconducentes e ineficaces a luz del artículo 783 del Código Judicial, ya que como hemos indicado en párrafos precedentes, **la destitución de la recurrente, fue producto de la facultad discrecional que le está atribuida a la autoridad nominadora 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 o encontrarse bajo la protección de alguna ley especial.**

Sobre el concepto de utilidad de la prueba, el autor Jairo Parra Quijano en su obra Manual de Derecho Probatorio, indica lo siguiente:

“...Si nos valiéramos de una metáfora, podríamos decir que el proceso debe consumir las pruebas que le sean absolutamente necesarias para pronunciar el fallo y que no puede darse el lujo de recaudar pruebas que sobren, superfluas, redundantes o corroborantes, cuando esto no sea absolutamente necesario.’ PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Editorial ABC, Edición Décimo Octava, 2011, pág 148...” (Lo destacado es nuestro).

El extracto jurisprudencial citado, nos permite colegir que **los documentos aportados por las partes deben ser útiles al proceso**; debido a que, de lo contrario, resultarían **dilatorios, innecesarios y en detrimento del principio de economía procesal.**

De igual forma, el mismo tratadista colombiano, señala lo siguiente:

"2. LA CONDOCENCIA...

La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio..." (PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio, Décimo Octava Edición, Editorial ABC, Colombia, 2011, página 145).

6.2 Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente de personal que reposa en la entidad demandada.

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

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General