

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 790

Panamá, 20 de julio de 2010

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

La licenciada Katherine de la Cruz, en representación de **Omar Perea Samaniego**, solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución 035-09/OIRH de 28 de agosto de 2009 emitida por la directora general del **Instituto Nacional de Cultura**, el 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 la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 1 del expediente judicial).

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

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

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta. (Cfr. foja 1 a 8 y 36 a 39 del expediente judicial).

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

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

II. Normas que se aducen infringidas y los conceptos de

las supuestas infracciones.

La parte actora manifiesta que se han infringido:

A. Las siguientes disposiciones de la resolución 008 J.D. de 20 de agosto de 1999, por medio de la cual se adopta el reglamento interno del Instituto Nacional de Cultura: el artículo 88 que dispone que la destitución se aplicará como medida disciplinaria al servidor público por la reincidencia en el incumplimiento de deberes y por la violación de derechos y prohibiciones; el artículo 98 que establece las sanciones que se aplicarán por la comisión de una falta administrativa; el artículo 100 que señala que la violación de las normas de carácter disciplinario acarreará la aplicación de las sanciones enunciadas de modo progresivo, dependiendo de la gravedad de la falta. (Cfr. fojas 24 a 27 del expediente judicial).

B. Las siguientes disposiciones del Texto Único de la ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa: el numeral 17 del artículo 141 que dispone que está prohibido para la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directo, despedir a los servidores públicos que al momento de la aplicación de la mencionada ley, demuestren que se encuentran padeciendo de enfermedades terminales, que están en proceso de recuperación o de tratamiento de las mismas, y que tienen discapacidad de cualquier índole; el artículo 155 que señala las conductas que admiten destitución directa. (Cfr. foja 25 a 28 del expediente judicial).

C. El artículo 21 (transitorio) de la ley 43 de 2009, que reforma la ley 9 de 1994, que desarrolla la Carrera

Administrativa, y la ley 12 de 1998, que desarrolla la Carrera del Servicio Legislativo, y dicta otras disposiciones, el cual deja sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la Carrera Administrativa realizados, a partir de la aplicación de la Ley 24 de 2007, en todas las instituciones públicas. (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

D. El artículo 4 de la ley 59 de 28 de diciembre de 2005, que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involuntarias y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, que señala que los trabajadores afectados por las enfermedades descritas en la ley, sólo podrán ser despedidos o destituidos de sus cargos por causa justificada y previa autorización judicial de los juzgados seccionales de trabajo. (Cfr. foja 27 del expediente judicial).

Los respectivos conceptos de infracción pueden consultarse en las fojas 24 a 29 del expediente judicial.

III. Antecedentes

El acto demandado consiste en resolución 035-09/OIRH de 28 de agosto de 2009, por medio de la cual la directora general del Instituto Nacional de Cultura, procedió a destituir a Omar Perea Samaniego del cargo de museógrafo I, con funciones de asistente de contabilidad que éste ocupaba dentro de la mencionada institución. Dicho acto fue objeto de un recurso de reconsideración interpuesto por el afectado y decidido mediante la resolución 375-09/DG/DAJ de 22 de septiembre de 2009, a través de la cual el Instituto Nacional de Cultura confirmó en todas sus partes la decisión

recurrida. Por otra parte el recurrente también interpuso recurso de apelación en contra del mismo acto, el cual fue resuelto mediante la resolución 546-09 J.D. de 18 de diciembre de 2009, la cual confirma y mantiene en todas sus partes lo dispuesto en la resolución 035-09/OIRH de 28 de agosto de 2009, agotando así la vía gubernativa. (Cfr. fojas 1 a 8 y 36 a 39 del expediente judicial).

IV. Descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

Según observa este Despacho, el actor solicita que se declaren nulos, por ilegales, los actos administrativos antes descritos y, en consecuencia, se ordene al Instituto Nacional de Cultura su reintegro a la posición que ocupaba como museógrafo I, con funciones de asistente de contabilidad. Producto de ello, el recurrente también demanda que se ordene el pago de los salarios que dejó de percibir, desde la fecha en que se hizo efectiva su destitución hasta su reintegro. (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

Para sustentar la impugnación en contra de la remoción del cargo de que fuera objeto a través del acto administrativo demandado, el actor argumenta estar amparado por la ley de carrera administrativa debido a que la resolución 288 de 11 de agosto de 2008, expedida por la Dirección General de Carrera Administrativa, lo acreditó como funcionario de carrera. No obstante, este Despacho considera pertinente aclarar que el artículo 21 de la ley 43 de 2009 dejó sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la carrera administrativa en todas

las instituciones públicas, realizados a partir de la aplicación de la ley 24 de 2007. Cabe destacar que el artículo 32 de la misma ley, señala que ese cuerpo normativo es de orden público y tiene efectos retroactivos hasta el 2 de julio de 2007. (Cfr. Foja 18 del expediente judicial y Gaceta Oficial 26,336 de 31 de julio de 2009).

Las normas antes citadas son del tenor siguiente:

"Artículo 21: (transitorio). En virtud de la entrada en vigencia de la presente Ley, se dejan sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la Carrera Administrativa realizados, a partir de la aplicación de la Ley 24 de 2007, en todas las instituciones públicas."

"Artículo 32: La presente Ley es de orden público y tendrá efectos retroactivos hasta el 2 de julio de 2007."

En razón de lo anterior, resulta claro que la exclusión del demandante del régimen de Carrera Administrativa, luego de la anulación de ese estado, significa que el mismo no puede adquirir o seguir gozando de los derechos propios consagrados en las regulaciones legales y reglamentarias a favor de funcionarios adscritos a dicha carrera, por lo que su remoción se llevó a efecto con fundamento en la facultad discrecional de la autoridad nominadora para nombrar y remover a los servidores públicos de esa entidad.

En ese contexto, esta Procuraduría advierte que la remoción del demandante no obedece a la comisión o imputación de falta disciplinaria alguna, sino a la potestad discrecional de la autoridad nominadora, para adoptar las acciones de personal que estime convenientes, cuando se trate de funcionarios de libre nombramiento y remoción, situación

en la que se encontraba el actor, hecho por el cual los argumentos esbozados por el representante legal del recurrente en cuanto a la infracción de los artículos 88, 98, 100 de la resolución 008 J.D. de 20 de agosto de 1999, por medio de la cual se adopta el reglamento interno del Instituto Nacional de Cultura, carecen de sustento jurídico.

Ese Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones señalando cuáles son los funcionarios que se consideran de carrera y, de esa copiosa jurisprudencia, nos permitimos citar la sentencia de 26 de mayo de 2008, que en su parte pertinente expresa lo siguiente:

“En primer término, es preciso advertir que la actora en ningún momento acreditó haber ingresado a prestar servicios en la institución, a través de un concurso o selección por el sistema de méritos, de lo que se desprende que su afiliación a la entidad gubernamental se produjo por la libre designación que al efecto, realizara en su momento la autoridad nominadora.

Conviene anotar al respecto, que este principio del sistema de mérito alcanza todas las etapas del proceso de administración de personal, empezando, naturalmente, por el nombramiento de los funcionarios de carrera, tal como se desprende del artículo 302 constitucional, cuya parte pertinente estipula que ‘Los nombramientos que recaigan en el personal de carrera debe hacerse con base en el sistema de mérito’. Cabe agregar, que el mecanismo a través del cual se materializa o hace efectivo este principio en el caso de los nombramientos, es el de los llamados ‘concursos’, a través de los cuales, los aspirantes a ocupar un cargo público de carrera deben someterse, en igualdad de condiciones, a un proceso de selección caracterizado por la evaluación de los méritos, ejecutorias y aptitudes de cada uno de ellos.

Las anotaciones anteriores tienen relevancia en la medida en que la jurisprudencia de la Sala Tercera, fundamentada en el principio constitucional comentado, tiene claramente establecido que el derecho a la estabilidad de los servidores públicos en general, sólo puede adquirirse por concurso de méritos."

La sentencia antes citada viene a poner de manifiesto que a la recurrente no le son aplicables los artículos 141 y 155 del Texto Único de la ley 9 de 1994, por ser éste un funcionario de libre nombramiento y remoción, de tal suerte que, a juicio de esta Procuraduría, los argumentos expuestos por la parte actora con el objeto de dar sustento a su alegada infracción, carecen de todo asidero jurídico.

Por otra parte, el actor aduce estar amparado por la ley 59 de 28 de diciembre de 2005, que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involuntarias y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, ya que aduce sufrir de hipertensión. Esta condición de salud no ha sido acreditada en debida forma, ya que el actor no ha cumplido con lo establecido en el artículo 5 de la norma antes mencionada, modificado por el artículo 11 de la ley 4 de 25 de febrero de 2010, que dispone que para sustentar dicho estado, es necesario que la certificación que acredite el padecimiento de las mencionadas enfermedades haya sido expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin, y además señala que mientras dicha comisión no expida la certificación no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta ley. (Cfr. foja 21

del expediente judicial y Gaceta Oficial 25,457 de 4 de enero de 2006).

Por todo lo antes expuesto, esta Procuraduría solicita a ese Tribunal se sirva declarar que NO ES ILEGAL la resolución 035-09/OIRH de 28 de agosto de 2009, emitida por el Instituto Nacional de Cultura, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la parte actora.

V. Pruebas

Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el caso que nos ocupa, cuyo original reposa en los archivos del Instituto Nacional de Cultura.

VI. Derecho

No se acepta el invocado por el demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

Expediente 189-10