

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 221

Panamá, 24 de enero de 2022

Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.

Contestación de la demanda.

Expediente 864212021

El Licenciado Roberto Rivera Concepción, actuando en nombre y representación de **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal No 212 de 26 de mayo de 2021, emitido por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**, 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: No es un hecho; por tanto, se niega.

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

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

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

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.

II. Normas que se aducen infringidas.

La recurrente manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 1, 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, 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 por otro lado, indica que la certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan de 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 médicos especialistas idóneos del ramo (Cfr. fojas 5-7 del expediente judicial);

B. El artículo 45-A de la Ley No. 42 de 27 de agosto de 1999, adicionado por la Ley 15 de 31 de mayo de 2019, el cual establece entre otras cosas que, la persona con discapacidad, padres, madres, tutor o el representante legal, no podrá ser despedido o destituido ni desmejorado en su posición o salario, salvo que el empleador o superior acredite con antelación una causal establecida en la ley que justifique la terminación de la relación laboral, y que en los casos de servidores públicos no se admitirá como causal el libre nombramiento y remoción, salvo que se trate de funcionarios nombrados en cargos de confianza (Cfr. fojas 7-8 del expediente judicial).

C. Los artículos 34, 155 (numeral 1) y 201 (numeral 1) de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, que establecen los principios que informan al procedimiento administrativo

general; que serán motivados con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho los actos que afecten derechos subjetivos; y por último define acto administrativo como la declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho por una autoridad y organismo público en ejercicio de una función administrativa del estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica (Cfr. fojas 8-10 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.

Según consta en autos, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal No.212 de 26 de mayo de 2021, emitido por el **Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**, mediante el cual se dejó sin efecto el nombramiento de **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, del cargo de Planificador I, que ocupada en dicha entidad (Cfr. foja 46 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el mencionado acto administrativo, la accionante interpuso un recurso de reconsideración, el cual fue decidido a través de la Resolución Administrativa No. 400-2021 de 6 de julio de 2021, que mantuvo en todas sus partes lo dispuesto en el acto principal; pronunciamiento que le fue notificado a la actora el 13 de julio de 2021, (tal y como lo indica la administrada al momento de su notificación), quedando así agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 47-49 del expediente judicial).

Como consecuencia de lo anterior, el 3 de septiembre de 2021, **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, actuando por medio de su activador judicial, 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. 212 de 26 de mayo de 2021; su acto confirmatorio, y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la institución demandada que la reintegre al cargo que ocupaba, así como el consecuente pago de los salarios caídos (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

A fin de sustentar su pretensión, el apoderado judicial de la demandante, indicó entre otras cosas, que al momento de la emisión del Decreto de Personal No. 212 de 26 de mayo de 2021, el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial, no tomó en consideración que su representada, padecía de una enfermedad crónica, involutiva y degenerativa como lo es traumas en la Columna Lumbar y trauma en la Columna Lumbo Sacra (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

En este orden de ideas, cabe destacar que si bien el desarrollo de los hechos expuestos por la demandante versa sobre los presupuestos del fuero por discapacidad de sus familiares, no podemos pasar por alto, que en el concepto de las normas infringidas introduce otros elementos como, la falta de motivación y las causales de retiro de la administración pública, aspectos que abordaremos a continuación.

Luego de un análisis de las constancias que reposan en autos, esta Procuraduría advierte **que no le asiste la razón a la demandante**; en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada, referente a lo actuado por el **Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**, al emitir el acto objeto de reparo, que en su opinión, es contrario a Derecho, por supuestamente haber vulnerado las normas antes mencionadas.

Así las cosas, como quiera que en la acción ensayada, la accionante denuncia la supuesta violación al debido proceso legal, consideremos 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 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, como por ejemplo: el derecho a ser juzgado por un juez natural, el derecho de defensa, el

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.

principio de legalidad, el derecho a pruebas, el derecho a una sentencia justa, y la cosa juzgada, entre otros.

3.1 De la facultad discrecional de la Autoridad Nominadora.

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 **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, en el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial (Cfr. fojas 46 y 47-49 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, **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, 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**

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

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:

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, **Yadira del Carmen Robinson Marrugo, 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 **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, se fundamentó, tal como se observa en uno de los actos administrativos acusados de ilegal, 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. 212 de 26 de mayo de 2021, es decir, el acto acusado de ilegal, se desprende lo siguiente:

“...
Que de acuerdo con el expediente de personal del (sic) servidor (sic) público (sic) YADIRA ROBINSON, que reposa en esta entidad gubernamental, éste (sic) no ha sido incorporado a la Carrera Administrativa, ni posee ninguna otra condición legal que le asegure estabilidad en el cargo.

..” (La mayúscula es de la cita y la negrita es nuestra)
 (Cfr. foja 46 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 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 **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, del cargo que ocupaba en el **Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**, 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 46 y 47-49 del expediente judicial).

3.3 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 **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, 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 (Trauma Columba Lumbar y Trauma Columna Sacra), 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 No. 400-2021 de 6 de julio de 2021, se desprende lo siguiente:

“...
Que la señora **YADIRA ROBINSON**, era una funcionaria que no estaba o se encontraba amparada por ninguna carrera pública o fuero especial que limitará la aplicación del término del contrato que regía la relación laboral”(Lo destacado es de la cita) (Cfr. foja 48 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 Yadira del Carmen Robinson Marrugo, 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 (Trauma Columba Lumbar y Trauma Columna Sacra), como afirma su abogado.**

3.4 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, (Trauma Columba Lumbar y Trauma Columna Sacra), le cause una discapacidad física laboral permanente o que impida su normal desempeño.

Lo anterior es así, toda vez que si bien es cierto dentro del expediente de personal de la actora constan certificaciones médicas visibles a fojas 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37-38 y 39, relacionada con la enfermedad alegada (Trauma Columna Lumbar, y Trauma Columna Sacra), en ninguna de ellas se acredita que **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, presenta una discapacidad física; por el contrario, se observa a foja 36, un resumen de su historial clínico, emitido por la Secretaría Nacional de Discapacidad, que explica la condición de salud de la actora, **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 por **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, 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.observatoridiscapacitat.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 desempeña 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 veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021), cuyo contenido medular señala lo siguiente:

“... ”

A fin de corroborar los argumentos expresados por la parte actora en su demanda, se procedió a realizar una revisión del expediente y de las pruebas aportadas, por lo que esta Sala, pudo comprobar que si bien el demandante tal como lo manifiesta en la demanda, y de acuerdo a las certificaciones visibles a fojas 36 y 37 del expediente padece de Hipertensión Arterial tratada medicamente, no fue hasta la presentación de la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, que manifiesta que padece de esta enfermedad y que por lo tanto se encontraba amparado por la Ley 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.

Además en el informe de conducta presentado por la Autoridad la misma señala que después de una revisión del expediente administrativo la condición planteada por el recurrente no era de conocimiento de la Oficina Institucional de Recursos Humanos.

En este caso el señor Bolívar Enrique Donado, no acreditó que sufriese discapacidad laboral, que como lo hemos dicho, es la pérdida de la capacidad del trabajador para desarrollar las tareas de una profesión u oficio.

Atendiendo a lo antes señalado, es importante resaltar que mientras el servidor público que padezca una enfermedad que se encuentra incluida dentro de la Ley 59 de 2005, que produzca discapacidad laboral, no le comunique a la entidad para la cual labora dicha condición, no se le puede exigir a la misma que tome las medidas pertinentes a fin de cumplir con las exigencias contenidas en la ley en comento.

...” (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 Vivienda y Ordenamiento Territorial** en su informe de conducta. Veamos.

“...

En adición a lo anterior, debemos informar que dichos documentos fueron presentados en el Recurso de Reconsideración en copia, dejando a la administración frente a documentos que no cumplían con las formalidades legales ni probatorias para ser tomados en cuenta a la hora de emitir un pronunciamiento, por lo que a la fecha de la presentación del Recurso tampoco los mismos fueron incorporados en esta forma al expediente.

En consideración a lo anterior citado, somos del criterio que los actos acusados de ilegalidad, tomaron en cuenta lo dispuesta en las normativas legales vigentes, al Principio de Estricta Legalidad, una causa justificada y conforme a lo dispuesto por la propia Corte Suprema de Justicia en relación a la situación que, en su momento, fue planteada, al ser una funcionaria de no carrera administrativa.

De igual manera se consideró, que no presentó en debida forma la documentación que acredita la discapacidad que alega padecer ni a través del documento que corresponde para tal fin. Al haber aportado únicamente copias de la documentación y una nota de la Directora Regional de la Secretaría Nacional de Discapacidad (Senadis) que en realidad no se puede tomar como certificación que emite la Secretaría Nacional de Discapacidad (Senadis) para acreditar una discapacidad, ya que eso obedece a un trámite especial que se surte ante dicha entidad y para el cual se emite una certificación a través de Resolución ante la petición de la persona que padece la discapacidad, el Ministerio se encuentra ante la informalidad de los documentos, ya que no costaban en original, así como tampoco se contaba con la Resolución respectiva o certificación propiamente de Senadis que acredita dicha discapacidad, por lo que no podría aceptarles como válidos, por lo que el propio Ministerio incumpliría lo normado en la Ley 38 de 31 de julio de 2000, en relación a las pruebas y la forma en la que deben ser estas incorporadas a un proceso administrativo.

...” (Lo destacado es nuestro) (Cfr. foja 57 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.

3.5 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 **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, 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.212 de 26 de mayo de 2021, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**, su acto confirmatorio, y en consecuencia se desestimen las demás pretensiones de la actora.

IV. Pruebas.

4.1 Se **objetan** los documentos visibles a fojas **25 y 27** del expediente judicial, los cuales versan sobre distintas acciones de personal, toda vez que, aún cuando sean auténticos y/o originales, estos no guardan relación con el proceso que se analiza.

Decimos esto, porque la situación bajo examen, está dirigida a que se declare nula, por ilegal, **el Decreto de Personal 212 de 26 de mayo de 2021, emitido por Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial**, mediante el cual, se dejó sin efecto el nombramiento de **Yadira del Carmen Robinson Marrugo**, del cargo de Planificador I, que ocupaba en la citada entidad; por lo que tal información aportada carece de eficacia procesal, ya que en nada corrobora la nulidad del acto acusado (Cfr. fojas 46 del expediente judicial).

Por esa razón, estimamos que se aplica lo indicado por la Sala Tercera en el **Auto de veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015)**, que señala:

“No se admiten como pruebas presentadas por la actora, por ser inútiles, los documentos visibles a fojas 13-20, ya que no son necesarios para el pronunciamiento del fallo:

Sobre este punto el autor Jairo Parra Quijano en su obra ‘Manual de Derecho Probatorio’, Editorial ABC, Edición Décimo Octava, 2011, pág 148, indica lo siguiente con respecto al concepto de la inutilidad de la prueba:

‘...En términos generales, se puede decir que la prueba es **inútil cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino con relación a la utilidad**

que le debe prestar al proceso, ya que éste sólo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo...' (El destacado es nuestro).

4.2 Se objetan por dilatoria e ineficaz al tenor de lo dispuesto en el artículo 783 del Código Judicial, los documentos visibles a fojas 28, 29, 30, 31, 32, 34, 36 y 37 los cuales guarda relación con la enfermedad alegada por la actora (Trauma Columna Lumbar y Trauma Columna Sacra); toda vez que con ello, pretende incorporar al proceso elementos que ya constan en el expediente administrativo que **fue evaluado en la vía gubernativa.**

Al respecto, es necesario reiterar que el ejercicio probatorio que debe desarrollarse en la vía gubernativa **no puede ser trasladado a la jurisdicción contencioso administrativa;** entre otras razones, debido a que el acto administrativo que se emite en aquella sede; surge, en gran medida, tomando en consideración el accionar de las partes en ese estadio procesal.

4.3 Se objeta por dilatorio, el documento visible a foja 39, mismo que guarda relación con la enfermedad alegada por la actora; toda vez que el mismo es de **fecha posterior al acto objeto de reparo,** de ahí que **su apreciación resulta inconducente e ineficaz para desvirtuar la legalidad del decreto de personal acusado,** al tenor de lo consagrado en el artículo 783 del Código Judicial, recalcando así que en nuestro ordenamiento jurídico **rige el principio de "presunción de legalidad" de los actos administrativos,** el cual le otorga a éstos fuerza probatoria y veracidad, por lo que consideramos fundamental que al momento de rebatir la legitimidad de los mismos, **sea con sustento en elementos probatorios existentes previo a la emisión del acto acusado; ya que no puede devenir en ilegal un acto con base a elementos posteriores a su emisión.**

4.4 Se objeta, el documento visible a foja 37-38, el cual guarda relación con la Nota emitida por la Directora Regional de la Secretaría Nacional de Discapacidad; ya que la mismo fue aportado al proceso en copias simples sin cumplir con las formalidades de autenticación exigida en el artículo 833 del Código Judicial, lo que invalida su valor probatorio.

Visto de esta forma, y en el caso hipotético que la actora en la etapa probatoria corrija esta falencia, no debemos perder de vista que en ninguna de estas pruebas se corrobora la certificación de la discapacidad.

4.5 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