

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 265

Panamá, 12 de marzo de 2010

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción**

**Contestación
de la demanda.**

El licenciado Leonardo Pineda Palma, en representación de **Migdalia Esther Zapata**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el resuelto 52 de 21 de julio de 2009, emitido por el **administrador general de la Autoridad de Turismo de Panamá**, los actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia:

Acudo ante Usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

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

Primero: No consta; por tanto, se niega.

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

Tercero: No es cierto; 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 y conceptos de las supuestas violaciones.

La parte actora considera infringidas las siguientes disposiciones legales:

A- El ordinal 17 del artículo 141 de la ley 9 de 1994, reformado por la ley 43 de 30 de julio de 2009, en los términos expuestos en las fojas 20 y 21 del expediente judicial.

B- Los artículos 1, 2 y 4 de la ley 59 de 28 de diciembre de 2005, de la forma que se lee en las fojas 21 a 23 del expediente judicial.

C- El numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, según lo señalado por la actora en las fojas 23 y 24 del expediente judicial.

D- El literal d del artículo 98 del reglamento interno de la Autoridad de Turismo de Panamá de la manera indicada en las fojas 24 y 25 del expediente judicial.

III. Breves antecedentes del caso y descargos de la Procuraduría de la Administración, en representación de los intereses de la institución demandada.

Según observa este Despacho, la acción contencioso administrativa que ocupa nuestra atención se dirige a obtener la declaratoria de nulidad, por ilegal, del resuelto 52 del 21 de julio de 2009, emitido por el administrador general de

la autoridad de Turismo de Panamá, su acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Mediante dicha resolución, la mencionada entidad pública declaró insubsistente el nombramiento de Migdalia Esther Zapata del cargo que ésta ocupaba como jefe de archivo, posición 554, partida 1.45.0.001.01.02.001 en dicha institución. (Cfr. foja 1 y 12 del expediente judicial).

En virtud de la disconformidad de la demandante con la resolución que ahora se impugna en este proceso, ésta presentó recurso de reconsideración, el cual fue resuelto por el administrador general de la Autoridad de Turismo de Panamá, confirmando en todas sus partes el resuelto 52 de 21 de julio de 2009. (Cfr. fojas 11 y 12 del expediente judicial).

Dada la circunstancia descrita, la demandante ha presentado ante esa Sala la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que ahora nos ocupa y que procedemos a contestar en los siguientes términos:

1. La demandante estima que el acto acusado infringe el artículo 141 de la ley 9 de 1994 "Por el cual se establece y regula la Carrera Administrativa", de la forma que quedó luego de la modificación introducida por la ley 43 de 30 de julio de 2009; disposición que particularmente hace alusión a una protección a pacientes que, al momento de la aprobación de dicha ley, demuestren que se encuentren padeciendo enfermedades terminales, estén en proceso de recuperación o tratamiento de éstas y que tengan discapacidad de cualquier índole; norma que la actora considera ha sido infringida al

haber sido destituida a pesar de padecer de una enfermedad crónica. (Cfr. fojas 20 y 21 del expediente judicial).

Esta Procuraduría debe disentir de los cargos alegados por la recurrente, toda vez que la disposición legal que estima violada no es aplicable a la situación bajo análisis, pues, Migdalia Esther Zapata no formaba parte del régimen de carrera administrativa, máxime cuando la institución para la cual laboraba aun no se ha adherido a tal régimen de carrera, tal como ésta lo ha señalado en el informe de conducta dirigido al Magistrado Substanciador, al expresar que “los servidores públicos del Instituto Panameño de Turismo, hoy Autoridad de Turismo de Panamá, nunca fueron incorporados a la carrera administrativa”. (Cfr. foja 33 del expediente judicial).

De lo expuesto se infiere con facilidad que por la circunstancia anotada, el acto acusado no ha podido infringir en forma alguna la disposición invocada por la demandante, y, en consecuencia, no resulta aplicable en el presente proceso.

2. En otro orden de ideas, la accionante alude a una supuesta infracción de los artículos 1, 2 y 4 de la ley 59 de 28 de diciembre de 2005, que se refieren a la protección laboral a las personas con enfermedades crónicas, involutivas o degenerativas que produzcan discapacidad laboral; y del numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, que guarda relación con la facultad que detenta el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, para nombrar y destituir a los funcionarios que no estén protegidos por leyes especiales.

Al sustentar este cargo de infracción, la recurrente alega que siendo ella paciente de enfermedad crónica, se encontraba amparada por la ley 59 de 28 de diciembre de 2005 y, en consecuencia, no podía ser destituida de sus labores al encontrarse protegida por dicha ley especial; señalamiento que no es cónsono con la realidad, dado que Migdalia Esther Zapata en ningún momento acreditó ante la entidad demandada la condición de paciente con enfermedad crónica que señala padecer, recurriendo para tal objeto a los medios previstos en el artículo 5 de la propia ley que ahora invoca a su favor, cuyo texto se transcribe a continuación:

“Artículo 5: La certificación de condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin”. (El subrayado es de esta Procuraduría).

En este sentido, debemos precisar que la demandante nunca aportó ante la Autoridad de Turismo de Panamá (antes Instituto Panameño de Turismo) la certificación antes indicada, ni solicitó a dicha entidad que la comisión interdisciplinaria fuera reunida para evaluar su caso, de forma tal que ésta no puede pretender encontrarse amparada por la ley 59 de 2005, sobre todo cuando nunca hizo uso de los medios probatorias previstos en dicha norma para acceder a la protección que la misma le hubiera reconocido en caso de haber acreditado que padecía de algún padecimiento crónico de aquellos que prevé la citada excerta. Así lo indica la entidad demandada en su informe de conducta al señalar que

citamos: “La demandante no aportó prueba alguna que certifique su enfermedad; solamente alega como prueba su expediente que reposa en la Oficina de Recursos Humanos de la Autoridad de Turismo de Panamá que, como ya hemos establecido, no cuenta con documento alguno que respalde la condición de salud que alega la demandante, ni la trabajadora social de la institución tenía conocimiento de tal hecho, mal puede una Institución del Estado, infringir una norma legal, si la persona que dice estar afectada con una enfermedad crónica, no cumple con las formalidades que la misma Ley establece para probar la misma”. (Cfr. foja 31 del expediente judicial).

Al no aportar la servidora pública destituida una certificación expedida por la comisión interdisciplinaria que establece la propia ley 59 de 2005, y siendo que la misma no formaba parte del régimen de carrera administrativa, ésta era una funcionaria de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora, por lo cual, de ninguna manera se han infringido los artículos 1, 2 y 4 de la ley 59 de 2005 y el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, tal como aduce la actora.

En un proceso similar al que ocupa nuestra atención esa Sala expresó en fallo de 22 de junio de 2007, lo que a continuación se transcribe:

“En primer término, es preciso advertir que el actor en ningún momento acreditó haber ingresado a labor en la institución, a través de un concurso o selección por el sistema de méritos. De este hecho, 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.

En casos similares al que nos ocupa, la Sala Tercera ha señalado reiteradamente, que cuando se ataca por vía de nulidad, los movimientos de personal de funcionarios públicos (remociones o destituciones), es preciso que se acompañe la prueba idónea que el servidor afectado por la medida, se encuentra protegido por una Ley Especial o de Carrera, que le garantice estabilidad en su empleo; de lo contrario, la pretensión del actor no prospera, en vista de que los servidores públicos que ingresan al cargo por libre nominación, y que no están protegidos por estabilidad en sus cargos, están sometidos a la libre remoción de los mismos, en virtud de la facultad de resolución ad nutum de la Administración. (Artículo 794 del Código Administrativo). Sentencia de 10 de mayo de 2001, Johana Sosa de Ríos, contra la Autoridad Marítima de Panamá." (El subrayado es de la Procuraduría de la Administración).

3. Finalmente, la demandante argumenta la supuesta infracción del literal d del artículo 98 del reglamento interno de la Autoridad de Turismo de Panamá, el cual hace referencia a las sanciones disciplinarias aplicables en caso de la comisión de una falta administrativa, pues, según indica, la sanción impuesta se tomó sin que mediara de su parte falta alguna en contra del mencionado reglamento interno. También argumenta que, en todo caso, dicha norma solo autoriza al administrador general a destituir y no a declarar la insubsistencia de un nombramiento.

Este Despacho igualmente debe oponerse a tales argumentos, en razón que la norma que se alega infringida no guarda relación con la situación concreta en análisis, ya que

si bien en el expediente de personal de la hoy demandante se encontraban acreditadas múltiples tardanzas en las que ésta había incurrido, así como la suspensión por 10 días, sin goce de salarios de la que previamente había sido objeto, lo cierto es que el acto acusado no fue dictado como consecuencia de una sanción disciplinaria que pudiera dar lugar a su destitución, sino que respondió a una declaratoria de insubsistencia del nombramiento, por ser Migdalia Esther Zapata una servidora pública de libre nombramiento y remoción. (Cfr. foja 1 del expediente judicial).

Sobre el particular, destacamos el hecho que la destitución y la declaratoria de insubsistencia, si bien producen el cese de labores de un funcionario, configuran dos figuras jurídicas distintas, toda vez que la primera conlleva una connotación disciplinaria, mientras que la segunda no, al referirse a la potestad de la autoridad nominadora de disponer de los cargos que son de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo establecido en el artículo 794 del Código Administrativo.

Esa Sala ha indicado en múltiples fallos la procedencia legal de la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento al tratarse de cargos de libre nombramiento y remoción, la cual puede hacerse sin necesidad de ninguna motivación. Ejemplo de este criterio es el fallo de 19 de mayo de 2003, en el cual ese Tribunal Colegiado expresó:

“De lo expuesto se deduce, que al no formar parte de una carrera pública que le garantizara estabilidad en el cargo, el demandante podía ser declarado insubsistente en su cargo sin

necesidad de que la funcionaria nominadora le siguiera un procedimiento ni probara la existencia de alguna causal para justificar el despido...".

Sobre la base de los anteriores razonamientos, esta Procuraduría solicita respetuosamente a ese Tribunal se sirva declarar que NO ES ILEGAL el resuelto de personal 52 de 21 de julio de 2009, ni su acto confirmatorio, ambos emitidos por el administrador general de la Autoridad de Turismo de Panamá.

V. Pruebas:

Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal, se aduce copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, que reposa en los archivos de la Autoridad de Turismo de Panamá.

VI. Derecho:

Se niega el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretaria General

Expediente 693-09