

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 524

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 9 de octubre de 2012

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción**

El licenciado Abraham Rosas Araúz, quien actúa en representación de **Maruquel Itzela Sánchez de Guelfi**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el decreto de personal OIRH-048 de 14 de febrero de 2012, emitido por la **Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental**, el acto confirmatorio y 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 24 del expediente judicial).

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

Tercero: No es cierto como viene expuesto; por tanto, se niega.

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

Quinto: No consta; por tanto, se niega.

Sexto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 24-32 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las disposiciones que a continuación se detallan:

A. Las siguientes normas de la ley 9 de 20 de junio de 1994:

a.1. El artículo 151, el cual corresponde al artículo 154 del texto único de 29 de agosto de 2008, que ordena sistemáticamente la ley 9 de 20 de junio de 1994, que prevé que se debe recurrir a la destitución cuando se haya hecho uso progresivo de las sanciones establecidas en el régimen disciplinario; y establece como causales para la misma, la reincidencia en el incumplimiento de los deberes, en la violación de los derechos o en las prohibiciones contempladas en esta ley (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial);

a.2. El artículo 153, que corresponde al contenido del artículo 156 del referido texto único, que trata sobre el procedimiento a seguir siempre que ocurran hechos que puedan producir la destitución directa del servidor público (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial);

a.3. El artículo 154, cuyo contenido corresponde al artículo 157 del texto único de 29 de agosto de 2008, el cual establece que concluida la investigación, la Oficina Institucional de Recursos Humanos y el superior jerárquico presentarán un informe a la autoridad nominadora en el que expresarán sus recomendaciones (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial); y

a.4. El artículo 155, que en realidad corresponde al artículo 158 del texto previamente citado, que indica que el documento que señale o certifique la acción de destitución, debe incluir la causal de hecho y de derecho por la cual se ha aplicado dicha medida y los recursos legales que le asisten al servidor público destituido (Cfr. fojas 7-8 del expediente judicial).

B. Las siguientes disposiciones de la ley 59 de 28 de diciembre de 2005:

b.1. El artículo 1 que prevé que todo trabajador, nacional o extranjero, a quien se le detecte enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, tiene derecho a mantener su puesto de trabajo en igualdad de condiciones a las que tenía antes del diagnóstico médico (Cfr. fojas 9-10 del expediente judicial); y

b.2. El numeral 1 del párrafo del artículo 2, en el cual se define que las enfermedades crónicas como aquellas que, una vez diagnosticadas, su tratamiento, que va más allá de los tres meses, es solo paliativo y no curativo, lo que lleva implícita la cronicidad, entre ellas, diabetes mellitus, lesiones tumorales malignas (cáncer), hipertensión arterial y síndrome de inmunodeficiencia adquirida (Cfr. fojas 11-13 del expediente judicial).

C. Las siguientes disposiciones de la resolución 166 de 13 de enero de 2012, “por la cual se adopta el Reglamento Interno aplicable a todos los servidores públicos de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental”:

c.1. El artículo 97 (numeral 15), concerniente a la prohibición que tienen la autoridad nominadora y los jefes de nivel administrativo de despedir sin causa justificada a los servidores públicos a los que les falte dos años para jubilarse, que pertenezcan o no al sistema de Carrera Administrativa (Cfr. fojas 15-16 del expediente judicial);

c.2. El artículo 100, relativo a las clases de sanciones disciplinarias que deben aplicarse a los funcionarios de la institución que cometan una falta administrativa (Cfr. fojas 14-15 del expediente judicial);

c.3. El artículo 105, sobre la aplicación de sanciones disciplinarias, las cuales deberán estar precedidas por una investigación realizada por la Oficina Institucional de Recursos Humanos, destinada a esclarecer los hechos que se le

atribuyen al servidor público y éste tendrá derecho a ejercer su defensa (Cfr. fojas 16-17 del expediente judicial);

c.4. El artículo 106, mismo que dispone que la investigación sumaria de los hechos que conlleven a la aplicación de sanciones disciplinarias al servidor público, deberá practicarse con la mayor celeridad de manera que se cumplan los plazos establecidos para la presentación del informe (Cfr. fojas 16-17 del expediente judicial); y

c.5. El artículo 107, norma que expresa que una vez rendido el informe, si se encuentra que los hechos están demostrados y se ha cumplido con el procedimiento establecido se procederá a aplicar la sanción correspondiente (Cfr. fojas 16-17 del expediente judicial).

D. El artículo 36 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, el cual indica que 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 (Cfr. fojas 18-19 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.

Del contenido del expediente que nos ocupa, tenemos que el acto acusado lo constituye el resuelto de personal OIRH-048 de 14 de febrero de 2012, emitido por el administrador general de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, a través del cual se destituyó a Maruquel Itzela Sánchez de Guelfi del cargo de jefa de personal que ésta ocupaba en dicha institución (Cfr. foja 22 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el acto administrativo en referencia, la recurrente interpuso el correspondiente recurso de reconsideración, el cual fue decidido mediante la resolución 188 de 29 de marzo de 2012, expedida por el

administrador general de la entidad demandada; quedando así agotada la vía gubernativa. Dicha resolución confirmó en todas sus partes la decisión anterior (Cfr. fojas 24-32 del expediente judicial).

Posteriormente, el apoderado judicial de la accionante interpuso la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción bajo estudio, en la que solicita que se declare nulo, por ilegal, el resuelto de personal OIRH-048 de 14 de febrero de 2012; que su representada sea reintegrada al cargo que ocupaba en la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental y, por ende, se ordene el pago de los salarios dejados de percibir (Cfr. fojas 5-6 del expediente judicial).

En sustento de su pretensión, el abogado de la demandante manifiesta que su representada nunca cometió falta alguna, por lo que no fue sancionada ni sometida a ningún proceso disciplinario, razón por la que considera que el acto impugnado no contiene ninguna causal de hecho ni derecho que apoye la decisión de destituir la, de manera que su desvinculación es ilegal (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial).

Continúa explicando el apoderado judicial de la accionante, que la misma padece de diabetes mellitus y de hipertensión arterial, las cuales son consideradas por ley como enfermedades crónicas, de allí que, en su opinión, Maruquel Sánchez de Guelfi no podía ser destituida del cargo que ejercía en la Autoridad Nacional de Innovación Gubernamental. Añade, que al momento en que se procedió a destituir a la recurrente le hacía falta un año y cuatro meses para jubilarse, es decir, que estaba protegida por el fuero que consagra el reglamento interno de la entidad, razón por la cual no debió ser desvinculada de la institución demandada (Cfr. fojas 9-13 y 16 del expediente judicial).

Este Despacho no comparte los argumentos expresados por la parte actora, ya que está establecido en autos que la misma no pertenecía a ninguna carrera pública, por lo que no se encontraba amparada por un régimen de estabilidad, de

allí que para proceder a su desvinculación de la Administración Pública la autoridad nominadora no estaba obligada a iniciar una investigación en su contra, que diera lugar a una formulación de cargos dentro de un procedimiento disciplinario fundamentado en una causal; situación que quedó expresada en la resolución 188 de 29 de marzo de 2012, por medio de la cual se decidió el recurso de reconsideración presentado por Sánchez de Guelfi, en la que se explicó que la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental es de reciente creación y, por lo tanto, no está integrada a la Carrera Administrativa, por lo que, mal podría la recurrente reclamar una estabilidad inexistente (Cfr. foja 30 del expediente judicial).

También se señala en la referida resolución, que la destitución de la hoy ex servidora pública se fundamentó en la facultad discrecional que tiene el administrador general de la Autoridad para tomar este tipo de medida, prevista en el artículo 7 (numeral 15) de la ley 65 de 30 de octubre de 2009, orgánica de la entidad, la cual es jerárquicamente superior a cualquier disposición que consagre el reglamento interno de la entidad, de allí que la desvinculación de la accionante estuvo apegada a la ley (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

En relación con casos similares, en que el servidor público no está regido por un sistema de carrera administrativa o ley especial, esa Sala en sentencia de 18 de febrero de 2004, ha dicho:

“concluye esta Superioridad afirmando que ‘cuando un servidor del Estado no es regido por un sistema de carrera administrativa o Ley Especial que le conceda estabilidad, que consagre los requisitos de ingreso (generalmente por concurso) y ascenso dentro del sistema, basado en el mérito y competencia del recurso humano, la disposición de su cargo es de libre nombramiento y remoción, por lo que no está sujeto a un procedimiento administrativo sancionador que le prodigue todos los derechos y garantías propias del debido proceso’. (Resolución de 31 de julio de 2001). Teniendo así, la autoridad nominadora la facultad discrecional de remover de su cargo a los servidores públicos, indicando que ello es posible sin que medie

ninguna causa disciplinaria, siempre que se trate de funcionarios no protegidos por un régimen de estabilidad, como sucede en el presente caso, razón por la cual no prosperan los restantes cargos de violación enunciados por el demandante. (Lo subrayado es de la Sala Tercera).

Aunado a todo lo anterior, en el informe de conducta suscrito por el administrador general de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental se indica que Maruquel Sánchez de Guelfi ejercía hasta el momento de su destitución, un cargo directivo, es decir, el de jefa de personal, por lo cual era una funcionaria de confianza. Esa Alta Corporación de Justicia también se ha referido al carácter de este tipo de cargos en sentencia de 31 de agosto de 2006, señalando al respecto lo siguiente:

"No coincide la Sala con los planteamientos de la parte actora en torno a la supuesta violación de las normas arriba mencionadas, puesto que el cargo que ejercía el señor Miranda es un cargo de confianza y, por tanto, de libre nombramiento y remoción ... De manera pues, que al tratarse de un funcionario de confianza nombrado libremente, y al no estar su estabilidad sujeta a una Ley de Carrera Administrativa, o de una ley especial en relación con funciones públicas, es potestad discrecional de la entidad demandada el libre nombramiento y remoción de sus miembros." (Lo subrayado es nuestro).

En cuanto a la supuesta infracción del artículo 1 y el numeral 1 del párrafo del artículo 2 de 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", esta Procuraduría es de opinión que los cargos aducidos por la recurrente deben ser desestimados, ya que tal como se explicó en el informe de conducta, aunque la actora alegó padecer diabetes mellitus e hipertensión arterial y estar bajo tratamiento desde el mes de abril de 2007, lo cierto es que en la vía gubernativa no aportó documentación alguna que sustentara su supuesto padecimiento y que éste se hubiera constituido en una limitante para continuar laborando.

Lo anterior está corroborado en el informe de conducta al que hemos hecho referencia en párrafos precedentes, en el que se indica que al tomar posesión del cargo del que fue destituida, Maruquel Sánchez de Guelfi no informó a la institución sobre la existencia de las enfermedades ya mencionadas ni tampoco hay constancia de que haya manifestado tener algún tipo de discapacidad producto del padecimiento de las mismas, que según afirma la actora fueron detectadas en el año 2007 (Cfr. fojas 37-38 del expediente judicial).

En torno a esta situación, es importante tener en cuenta que para efectos de establecer la existencia de las enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas a las que se refiere la ley 59 de 2005, resulta determinante el dictamen de la comisión interdisciplinaria creada por el artículo 5 de la propia excerpta legal, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 5: *La certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin.*

Mientras la comisión no expida la certificación de la que se trata este artículo no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta Ley. (El subrayado es nuestro).

En relación a este aspecto, debemos reiterar que la accionante nunca aportó ante la autoridad nominadora la certificación que contempla la disposición citada, de forma tal, que ahora no puede aducir la infracción del artículo 1 y del numeral 1 del párrafo del artículo 2 de la ley 59 de 2005, en virtud del padecimiento de una de las enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas a las que se refiere la norma.

Lo antes expuesto cobra importancia para los fines de este proceso, puesto que, según se indica en el último párrafo de la norma previamente transcrita, el cual fue adicionado por el artículo 11 de la ley 4 de 25 de febrero de 2010, con efectos retroactivos hasta el 10 de febrero de 2008, mientras la comisión

interdisciplinaria no expida la certificación de la que trata dicho artículo, no es obligatorio para la institución reconocer esta protección; por lo cual, en el caso bajo examen, la entidad demandada no estaba obligada a reconocerle a la recurrente la protección legal que ahora invoca a su favor, conforme lo ha indicado esa Sala al pronunciarse en sentencia reciente de 9 de febrero de 2011, proferida dentro de un proceso similar al que ahora nos ocupa:

“...

De igual forma, esta Sala ha de mencionar que no tiene sustento lo afirmado por el demandante en cuanto a la infracción alegada sobre los artículos 1, 2, 4, de la ley 59 de 2005, puesto que tal como lo establece el artículo 5 de la propia ley, que fuera modificado por la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, la protección que brinda la ley a las personas que padecen de enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, se otorgará siempre y cuando sea expedida una certificación por una Comisión Interdisciplinaria nombrada para tal fin. Y que mientras esta comisión no expida tal certificación, no es obligación de la institución pública reconocer la protección brindada por esta ley. Se advierte, que en este caso este documento tal como se ha podido corroborar no ha sido aportado para tal finalidad y en virtud de ello, al no estar acreditado el padecimiento o discapacidad alegada por el demandante, la entidad demandada podía dejar sin efecto el nombramiento del señor SALDAÑA, siendo que éste es un funcionario de libre nombramiento y remoción, razón por la cual no prosperan los cargos endilgados sobre los artículos 1, 2, y 4 de la ley 59 de 2005.

Finalmente, esta Sala ha de advertir que es cierto que el demandante aportó una certificación, en donde un médico cardiólogo, visible a foja 19, en donde certifica que el señor SALDAÑA es hipertenso diagnosticado desde 1982, no obstante, tal como se observa la misma, tal certificación es de fecha posterior a la expedición del acto demandado, asimismo, se observa que tal certificación no ha sido emitida por una comisión interdisciplinaria, a la que hace referencia el artículo 5 de la ley 59 de 2005.

El análisis que antecede permite concluir, que la acción de remoción se enmarca dentro de las facultades legales de la institución demandada, razón por la cual se procede a negar las pretensiones del demandante.” (El subrayado es de esta Procuraduría).

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** el resuelto de personal OIRH-048 de 14 de febrero de 2012, emitido por la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la parte actora.

IV. Pruebas.

A. Se objeta la admisión de la prueba visible a foja 33 del expediente judicial, ya que la misma constituye copia simple de documentos que no han sido autenticados por la autoridad encargada de la custodia de su original, lo que resulta contrario al texto del artículo 833 del Código Judicial.

B. Este Despacho también se opone a la admisión de las pruebas de informe que aparecen identificadas en el apartado B.1) del escrito de la demanda, específicamente, las que están enunciadas como a) y b) y la que se encuentra descrita en el punto B.2), visibles a fojas 20-21 del expediente judicial, por las siguientes razones:

b.1. Estas pruebas debieron ser presentadas por la actora ante la entidad demandada con anterioridad a la emisión del acto administrativo por medio del cual se le destituyó del cargo que ocupaba o antes del agotamiento de la vía gubernativa, por lo que estimamos que son legalmente ineficaces, de conformidad con lo estipulado en el artículo 783 del Código Judicial;

b.2. La recurrente no ha acreditado haber llevado a cabo las gestiones pertinentes para su obtención, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 784 del mismo código de procedimiento, según el cual incumbe a las partes y no al Tribunal probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables.

C. Con el propósito que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la

Administración, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso y que reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho. No se acepta el invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 306-12