

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 038

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 5 de enero de 2022.

Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.

El Licenciado **Rafael Almedis Carvajal Arcia**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución No.364 de 1 de marzo de 2021, emitida por la **Procuraduría General de la Nación**, su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

Contestación de la demanda.

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 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.

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

El actor refiere como normas vulneradas las siguientes:

A. El artículo 1 de la Ley No.59 de 28 de diciembre de 2005, modificada por la Ley 25 de 19 de abril de 2018, que establece que todo trabajador que se le detecte enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, que produzcan

discapacidad laboral, tiene derecho a mantener su puesto de trabajo (Cfr. fojas 4 – 5 del expediente judicial);

B. Los artículos 2 y 4 de la Ley No.59 de 28 de diciembre de 2005, modificada por la Ley No. 25 de 19 de abril de 2018, que establecen que el padecimiento de una enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa no podrá ser utilizado como causal de despido y que estos trabajadores solo podrán ser desvinculados por causa justificada (Cfr. fojas 5 – 7 del expediente judicial);

C. Los artículos 1, 2 (numeral 2 y 4), 8, 43 y 45-A de la Ley No.42 de 27 de agosto de 1999, reformada por la Ley No.15 de 31 de mayo de 2016, que declaran como de interés social el garantizar y asegurar el ejercicio efectivos de los derechos, deberes y libertades fundamentales de las personas con discapacidad y sus familias; igualdad para las personas con discapacidad; equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad; que es función del Estado garantizar el pleno goce de los derechos de las personas con discapacidad; que el trabajador cuya discapacidad haya sido diagnosticada por la autoridad competente tendrá derecho a permanecer en su puesto de trabajo y que la persona con discapacidad no podrá ser despedida o destituida, salvo que se acredite con antelación una causal (Cfr. fojas 7 – 12 del expediente judicial);

D. El artículo 1 de la Ley No.3 de 10 de enero de 2001, que define el concepto de discriminación contra las personas con discapacidad (Cfr. foja 13 del expediente judicial);

E. El artículo 27 de la Ley No.25 de 10 de julio de 2007, el cual se refiere al derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones (Cfr. fojas 13 – 15 del expediente judicial);

F. El artículo 146 (ordinal 14) del Texto Único de la Ley No.9 de 20 de junio de 1994, adoptada por el Decreto Ejecutivo 696 de 28 de diciembre de 2018, el cual se refiere a la prohibición de despedir sin causa justificada a servidores

públicos en funciones a los que les falte dos años para jubilarse (Cfr. fojas 15 – 16 del expediente judicial); y

G. Los artículos 34, 52 (numeral 4), 154, 155 (numeral 1) de la Ley No.38 de 31 de julio de 2000, que hacen referencia a los principios que informan al procedimiento administrativo general; a los vicios de nulidad absoluta; que la resolución que decida una instancia decidirá todas las cuestiones planteadas y a la obligación de motivar los actos administrativos (Cfr. fojas 16 – 21 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 nula, por ilegal, la **Resolución No.364 de 1 de marzo de 2021**, emitida por la **Procuraduría General de la Nación**, mediante la cual se removió del cargo de Fiscal Superior a **Rafael Almedis Carvajal Arcia** (Cfr. fojas 23 - 24 del expediente judicial).

Posteriormente, el citado acto administrativo fue impugnado a través del correspondiente recurso de reconsideración, el cual fue decidido mediante la **Resolución No.13 de 31 de marzo de 2021**, expedida por el Procurador de la Nación Encargado, que confirmó el acto administrativo anterior. Dicha resolución le fue notificada al accionante el 12 de abril de 2021, con lo que quedó agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 25 - 28 del expediente judicial).

Como consecuencia de lo anterior, el 11 de junio de 2021, el Licenciado **Rafael Carvajal Arcia**, actuando en su propio nombre y representación, acudió a la Sala Tercera para interponer la demanda que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo impugnado y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la institución que lo reintegre a las

funciones que realizaba antes de su destitución y se le reconozcan los salarios dejados de percibir (Cfr. fojas 2 - 3 del expediente judicial).

A fin de sustentar su pretensión, el actor indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

“Sin lugar a dudas que existe una violación literalmente directa por omisión de la Ley, por cuanto se me ha removido o destituido del cargo cuando me falta menos de dos años para obtener mi jubilación, cuestión que fue soslayada por el Procurador General de la Nación, Encargado, al dictar el acto impugnado.” (Cfr. foja 16 del expediente judicial).

En razón de lo anterior, la entidad demandada presentó, en término oportuno, su informe de conducta, en donde indicó, entre otras consideraciones, lo siguiente:

“En adición, al momento en que este despacho emitió la Resolución No.13 de 31 de marzo de 2021, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por **RAFAEL ALMEDIS CARVAJAL ARCIA**, el impugnante tampoco había adjuntado en su escrito, documentación idónea que evidenciara que éste padecía una enfermedad que le producía una discapacidad laboral; resultando la decisión confirmatoria, debido a que, a nuestro juicio, en el momento de su salida de la institución, no se encontraban acreditadas debidamente las circunstancias que ahora presenta en la demanda.” (Cfr. foja 36 del expediente judicial).

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

A. Del acto impugnado

Lo arriba indicado encuentra su sustento en que la desvinculación del demandante 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 o encontrarse bajo la protección de alguna ley especial; condición en la que se ubicaba el recurrente en la Procuraduría de la Nación (Cfr. fojas 23 - 24 del expediente judicial).

Sobre el particular, la jurisprudencia reiterada de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, ha expuesto¹ **que el derecho a la estabilidad del servidor público está comprendido como un principio básico inherente al funcionario investido por una carrera de la función pública, regulada por una ley formal de carrera, o se adquiere a través de una ley especial que consagre los requisitos de ingreso y ascenso dentro del sistema, basado en mérito y competencia del recurso humano. Si no es así, la disposición del cargo público queda bajo la potestad discrecional de la Administración, y no está sujeto a un procedimiento administrativo sancionador.**

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

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

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

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

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

¹ Obsérvese Sentencia 22 de diciembre de 2014; de 12 de enero de 2015; de 31 de agosto de 2018, entre muchas otras más.

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, dispone 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 **Rafael Almedis Carvajal Arcia era un funcionario que no ingresó a su cargo mediante un concurso de méritos, ni mucho menos formaba parte de las carreras enunciadas en los párrafos anteriores, es evidente que el mismo no gozaba del derecho a la estabilidad en el cargo, inherente a los funcionarios de carrera.**

En este sentido, la remoción y desvinculación del cargo del accionante se fundamentó, tal como se observa en uno de los actos administrativos impugnados, en el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, ya que el hoy actor **no se encontraba amparado por el derecho a la estabilidad en el cargo**, prerrogativa inherente de los servidores públicos de carrera. En estos casos, la Administración puede ejercer la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en su propia voluntad y discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.

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

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

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

En este sentido, **la remoción y desvinculación del cargo de la demandante se fundamenta**, tal como se observa en el acto administrativo demandado, **en el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, ya que el servidor público no se encuentra amparado por el derecho a la estabilidad en el cargo, derecho inherente de los de servidores públicos de carrera. En estos casos la Administración puede ejercer la facultad de resolución ‘ad nutum’, es decir, la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.**” (El resaltado es nuestro).

Consideramos importante destacar que al accionante **se le respetaron las garantías del debido proceso y derecho de defensa, tal como consta en el expediente judicial.**

Adicionalmente, resaltamos que el hoy demandante tuvo pleno acceso en la vía gubernativa a la tutela de todos sus derechos; ya que una vez emitida la resolución objeto de reparo, pudo presentar un recurso de reconsideración en su contra, mismo que, luego de haber sido decidido, le dio la oportunidad de acudir a la vía jurisdiccional a presentar la demanda que hoy ocupa nuestra atención (Cfr. fojas 23 - 28 del expediente judicial).

B. De la enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa

Por último, en cuanto a las supuestas enfermedades que alega padecer, **debemos indicar que las constancias de las mismas en ningún momento fueron aportadas al expediente de personal.**

En ese sentido, consideramos oportuno reiterar lo indicado en el informe de conducta de la entidad demandada. Veamos.

“En lo que respecta a la alegada Ley 59 de 2005, modificada por la Ley 25 de 2018, relativa a un fueron laboral para el servidor público diagnosticado con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que le produzca una discapacidad laboral, se hace ineludible indicar que desde su ingreso en la Institución hasta el momento en el que RAFAEL ALMEDIS CARVAJAL ARCIA fue desvinculado de la función pública, a través de la Resolución No.364 de 1 de marzo de 2021, éste no aportó documentos idóneos a su expediente de personal, que acreditaran que padecía de la enfermedad mencionada y que tal condición de salud limitara su capacidad de trabajo. Ello es así, pues reiteramos una vez más, que en su expediente que reposa en la Dirección de Recursos Humanos, encontramos la totalidad de presuntos documentos médicos, en copias simples.” (Cfr. fojas 35 - 36 del expediente judicial).

Así las cosas, consideramos oportuno indicar que el examen de legalidad que se estará efectuando sobre el acto objeto de reparo, se debe realizar **tomando en**

consideración la realidad existente al momento en que el mismo fue emitido; a saber, un escenario en donde en el expediente de personal **no existían constancias que, ninguno de los supuestos padecimientos que alega tener, le producen una discapacidad laboral**; y deseamos hacer especial énfasis en esto último, ya que, de conformidad a la norma, **no basta con que se tenga una enfermedad crónica, involutiva o degenerativa**; lo anterior constituye solo algunos de los presupuestos con lo que se debe cumplir; sin embargo hay más, siendo el más importante de ellos, que la condición que se alegue tener produzca una discapacidad laboral.

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, **esto no es lo determinante**; sino más bien, 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>).

Lo anterior es importante ponerlo de relieve en el caso que se examina; ya que, **ninguno de los documentos aportados por el actor, indica que el mismo cuenta 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 éste procura acceder.

En ese sentido, pretender incorporar argumentos, documentos o medios de convicción en esta jurisdicción dirigidos a comprobar condiciones que debieron ser acreditadas en la vía gubernativa, implicaría modificar el contexto bajo el cual la

entidad demandada emitió el acto impugnado, y, por ende, el análisis que derivó en la decisión adoptada.

En ese tenor, si bien es permitido la presentación de medios de convicción en la jurisdicción contencioso administrativa, éstos no pueden estar destinados a subsanar deficiencias probatorias **propias de la vía gubernativa**; ya que, como lo hemos indicado, el accionar administrativo, en el caso en examen, se sustentó en elementos de hecho y de derecho, de los cuales **no se desprendía la existencia de ningún grado de discapacidad que impidiera el ejercicio laboral de Rafael Almedis Carvajal Arcia**.

Sobre esto último, debemos reiterar, que la actividad probatoria, sea en sede administrativa o judicial, debe surtirse dentro de los espacios para ese fin establecido; por lo que, aun y cuando en sede judicial pudiera hipotéticamente acreditarse la existencia de una determinada condición, **este no es el momento ni el lugar en el que esto debe dar**; ya que, como hemos mencionado anteriormente, dicho ejercicio debe satisfacerse en la vía gubernativa, no pudiendo en ese sentido, mantener el actor elementos de convicción dentro de su fuero interno, para posteriormente presentarlos, eliminando con ello la posibilidad que la entidad administrativa que emitió el acto objeto de reparo, los hubiera podido valorar en su justa dimensión.

En abono a lo anterior, debemos resaltar el hecho que estamos ante una persona que, mientras se encontró laborando para la **Procuraduría de la Nación**, **estuvo ejerciendo un cargo de confianza**, situación que trae como consecuencia, que su permanencia en el cargo, y en la entidad, se encontrara condicionada al mantenimiento de ese vínculo de confianza con su superior inmediato.

En ese sentido, al desaparecer dicho lazo, desaparece igualmente uno de los elementos que resultan intrínsecos al mismo, a saber, la confianza que debe existir entre quien ocupe dicha posición y su superior jerárquico; situación ésta que, como

se explica en el acto objeto de reparo, trajo como consecuencia el que se tomara la decisión de dar por terminada la relación laboral con el hoy demandante.

Por otro lado, en lo que respecta a la supuesta vulneración a distintos artículos de la Ley No.42 de 27 de agosto de 1999, consideramos oportuno definir la aplicabilidad de dicha norma dentro del caso que nos ocupa, cobrando relevancia en ese sentido, en el artículo 45-A de dicha disposición, el cual es del tenor siguiente:

“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 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.

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.**

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

Los trabajadores con discapacidad 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 hayan aprobado el periodo probatorio.” (El resaltado es nuestro).

Como se observa, si bien la Ley establece una regla general, consistente ésta en que *ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o destituida ni desmejorada 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*; el mismo artículo contempla una excepción, **siendo ella el caso de los servidores de confianza, los cuales, como se establece, sí pueden ser desvinculados utilizando como causal el libre nombramiento y remoción**; excepción dentro de la cual se enmarcaba el hoy actor en razón del cargo que ocupaba en la Procuraduría de la Nación.

En ese marco conceptual, consideramos importante reiterar, que el Licenciado Carvajal Arcia no fue desvinculado de la Procuraduría de la Nación en razón de su discapacidad física; sino mas bien, por la consideraciones desarrolladas tanto en el acto originario, como en el confirmatorio; motivo por el cual, alegar violaciones a sus derechos laborales como consecuencia del padecimiento de una discapacidad física, no encuentra sustento en consideraciones ni fácticas, ni jurídicas.

Por todos los anteriores señalamientos, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución No.364 de 1 de marzo de 2021**, emitida por la Procuraduría General de la Nación, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, pide se desestimen las demás pretensiones del actor.

IV. Pruebas. 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 el accionante.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General

Expediente 562482021