

REPÚBLICA DE PANAMÁ



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Vista Número 103

Panamá, 1 de febrero de 2016

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

Contestación de la demanda.

El Licenciado Balbino Valdés Rivera, actuando en representación de **Aida Vargas Vera**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa OIRH-042-15 de 13 de abril de 2015, emitida por el **Instituto Nacional de Cultura**, los actos confirmatorios y 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 que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 7 y 8 del expediente judicial).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 7 y 8 del expediente judicial).

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 apoderado judicial de la actora estima que la Resolución Administrativa OIRH-042-15 de 13 de abril de 2015, emitida por la Directora General de la Autoridad Nacional de Cultura, vulnera las siguientes disposiciones legales:

A. El artículo 146 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que establece el deber del funcionario de exponer los elementos probatorios y el mérito que les corresponda,

cuando la decisión emitida por éste deba estar motivada acorde a la ley (Cfr. foja 4 del expediente judicial);

B. La Circular 5-2015 emitida por la Procuraduría de la Administración, que expresa algunas “*Consideraciones jurídicas en materia de destituciones de los servidores públicos*”, dentro de las cuales se encuentra la prohibición de despedir a funcionarios que se encuentren próximos a la edad de jubilación (Cfr. foja 5 del expediente judicial); y

C. El artículo 1 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, referente al derecho que tiene todo trabajador, nacional o extranjero, que padezca de una enfermedad crónica, a mantener su puesto de trabajo en igualdad de condiciones (Cfr. foja 5 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.

De acuerdo con las constancias procesales, la Directora General de la Autoridad Nacional de Cultura emitió la Resolución Administrativa OIRH-042-15 de 13 de abril de 2015, por medio de la cual, entre otras cosas, resolvió destituir a **Aida Vargas Vera** del cargo de Abogado I, posición 70839, salario mensual de mil quinientos balboas (B/.1,500.00), que desempeñaba en esa institución (Cfr. fojas 7 y 8 del expediente judicial).

Consta igualmente, que después de notificarse de esta medida la afectada presentó un recurso de reconsideración que fue decidido mediante la Resolución 103-15-DG/DAJ de 11 de mayo de 2015, la cual mantuvo en todas sus partes lo dispuesto en el acto anterior (Cfr. fojas 9 a 12 del expediente judicial).

Posteriormente, la accionante sustentó ante la Junta Directiva de la entidad demandada, el correspondiente recurso de apelación en contra del primer pronunciamiento, el cual fue resuelto a través de la Resolución 010-2015 J.D. de 2 de junio de 2015, que confirma en todas sus partes la posición original, y de la cual se notificó el 10 de agosto de 2015, quedando así agotada la vía gubernativa.

Producto de la situación expuesta, **Vargas Vera**, actuando por conducto de su apoderado judicial, presentó ante la Sala Tercera la demanda que dio origen al proceso que ocupa nuestra atención, cuyo objeto es que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa OIRH-042-15 de 13 de abril de 2015, sus actos confirmatorios y que se hagan otras declaraciones, entre éstas, que se ordene su reintegro y que se le paguen los salarios dejados de percibir hasta la fecha de su restitución (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

Antes de entrar al análisis del presente proceso, este Despacho advierte que la demandante ha señalado entre los preceptos supuestamente conculcados, la Circular 5-2015 emitida por la Procuraduría de la Administración, que expresa algunas “*Consideraciones jurídicas en materia de destituciones de los servidores públicos*”; puesto que la misma **constituye un mero acto de la administración**, cuya finalidad es impartir instrucciones a los servidores de las distintas dependencias estatales sobre la mejor manera de cumplir algunas disposiciones normativas; por consiguiente, nos abstenemos de pronunciarnos en torno a la supuesta contravención que aduce la accionante (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

Al respecto, resulta oportuno indicar que la diferencia entre acto administrativo y acto de la administración ha sido objeto de análisis por parte del jurista colombiano Jaime Santofimio, quien en este sentido destaca lo siguiente:

“...
Las expresiones de la administración que no reúnan integralmente los elementos y características explicados a propósito de los Actos Administrativos no podrán calificarse de tales, y más bien **debemos circunscribirlos al contexto de simples actos de la administración; de ninguna manera podrán producir los efectos y mucho menos**, salvo las excepciones de ley, **dársele el tratamiento de Actos Administrativos.**”

Se hace diferencia de tratamiento para los actos administrativos que de por sí y materialmente implican interlocución y decisión, y **para otras manifestaciones** como las de simple trámite o sustanciación, preparatorios, de ejecución, **de los cuales no puede deducirse más que operatividad administrativa**, pero no decisión ejecutoria

en los términos estudiados.” (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. 4ª ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Pág. 161) (Lo destacado corresponde a este Despacho).

Al sustentar el concepto de violación de las normas que aduce infringidas, el abogado de la recurrente manifiesta que la institución omitió exponer el material probatorio que justificara la remoción de su mandante, tal como lo prevé la ley. En adición, sostiene que su representada padece una enfermedad crónica; por ende, no podía ser destituida de su puesto, sino bajo las causales legalmente establecidas (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial).

Luego de examinar los anteriores argumentos, esta Procuraduría observa que el resto de las normas invocadas se encuentran estrechamente relacionadas entre sí, por lo que las analizaremos de manera conjunta, advirtiendo que, conforme se demostrará, **no le asiste la razón a la demandante**; criterio que basamos en las razones de hecho y de Derecho que exponemos a continuación.

Según consta en la Resolución Administrativa OIRH-042-15 de 13 de abril de 2015, acusada de ilegal, y en sus actos confirmatorios, **Aida Vargas Vera no era una servidora pública de carrera, sino de libre nombramiento y remoción**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 43 de 2009, que modificó el artículo 2 del Texto Único de la Ley 9 de 20 de junio de 1994; vigente a la fecha en que se produjo la destitución, el cual fue declarado constitucional por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, mediante la Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015, por lo que la actora no estaba incorporada mediante el sistema de méritos, a una Carrera Pública, ni había accedido al cargo del cual fue destituida mediante un concurso, por lo que **no gozaba de estabilidad en su puesto de trabajo**; criterio que, a nuestro juicio, se corrobora ante la **ausencia de pruebas que demuestren su ingreso a la entidad demandada mediante el procedimiento previamente mencionado** (Cfr. fojas 7, 8 y 10 del expediente judicial).

Visto lo anterior, la ex servidora estaba sujeta, en cuanto a su estabilidad en el cargo, a la **potestad discrecional de la autoridad nominadora**, en este caso, el titular de

la entidad, por lo que su desvinculación de la función pública podía darse con fundamento en las facultades legales que el mismo posee para adoptar este tipo de decisiones, según lo dispone el **numeral 1 del artículo 9 de la Ley 1 de 63 de 6 de junio de 1974**, “*Por la cual se crea el Instituto Nacional de Cultura*”, el cual lo autoriza para “*Dirigir la administración del Instituto Nacional de Cultura y **nombrar y remover su personal de acuerdo con lo establecido por la Ley***” (Lo destacado es nuestro) (Cfr. página 15 de la Gaceta Oficial número 17,622 de 25 de junio de 2008).

Contrario a lo argumentado por el apoderado judicial de la demandante, estimamos pertinente anotar que de acuerdo con lo que ha sido expresado en reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera, esta potestad discrecional de la autoridad nominadora le permite remover a los servidores públicos que no se encuentren amparados por una ley especial o de carrera que les garantice estabilidad en el cargo, sin que para ello sea necesario la exposición de elementos probatorios que fundamenten la desvinculación, como erróneamente argumenta la parte actora. Éste fue el criterio sustentado por la Sala Tercera en la Sentencia de 12 de octubre de 2015, que en lo pertinente indica:

“...
Respecto a estatus de estabilidad, la jurisprudencia de la Sala, ha expuesto que el derecho a la estabilidad del servidor público está comprendido como un principio básico inherente a un funcionario investido por una carrera de la función pública, regulada por una ley formal de carrera o por 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 es de libre nombramiento y remoción y no está sujeto a un procedimiento administrativo sancionador.

Siendo así, concluimos que la señora.... era efectivamente, al momento de su destitución, una funcionaria de libre nombramiento y remoción, y que en este sentido, estos funcionarios, no están amparados por el fuero de estabilidad y pueden ser destituidos por el funcionario nominador con base en aquella potestad discrecional, lo que significa que **no es necesario alegar ni probar causal alguna a través de una investigación para proceder a la destitución del empleado público de que se trate.**

Así entonces, al desestimar los cargos de violación legal formulados en la demanda, y toda vez que el acto administrativo impugnado no vulnera el ordenamiento legal, la Sala ha de

desestimar la pretensión del recurrente y así procederá.” (La subraya es de la Sala y la negrilla es nuestra).

En otro orden de ideas, con respecto a la violación invocada por la accionante referente al régimen de estabilidad que tenía por ser una funcionaria que padece una enfermedad crónica, esta Procuraduría debe advertir que cuando se dejó sin efecto el nombramiento de **Aida Vargas Vera** como servidora pública del Instituto Nacional de Cultura, **ella no reunía las condiciones para ser considerada una persona con discapacidad**; ya que no existe constancia alguna que la demandante haya dado cumplimiento al requisito establecido en el artículo 5 de la Ley 59 de 2005, modificado por el artículo 11 de la Ley 4 de 2010, que a la letra establece lo siguiente:

“**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.**

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

En atención a ese hecho, según lo expone **Aida Vargas Vera** en el escrito de su demanda, sufre de una enfermedad crónica; no obstante, no especifica **qué padecimiento es, no demostró que el mismo se encontrara acreditado al momento de su separación, ni tampoco que tal enfermedad le produzca una discapacidad laboral que la haya colocado en una condición que limitara su capacidad para realizar alguna actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal en el ser humano.**

En ese sentido, consideramos pertinente mencionar lo indicado por el Instituto Nacional de Cultura en la Resolución 010-2015 J.D. de 2 de junio de 2015, que confirma en todas sus partes el acto principal, en cuanto a la enfermedad crónica que la actora alega adolecer, cito: “...*Que a la fecha la recurrente no ha aportado al expediente de personal de la Oficina Institucional de Recursos Humanos, ni a la Oficina de Igualdad de Oportunidades de la Institución, los documentos o las certificaciones correspondientes emitidas por una Junta Médica idónea que avale que está siendo afectada por una*

enfermedad grave o degenerativa de las que están contempladas en la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, y que en consecuencia legitimen su pretensión de ampararse legalmente por razones de discapacidad laboral con base en la precitada Ley.” (Cfr. foja 15 del expediente judicial) (Lo destacado es de este Despacho).

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, podemos concluir que la actuación de la entidad demandada no contraviene las disposiciones que se aducen infringidas; razón por la cual esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución Administrativa OIRH-042-15 de 13 de abril de 2015**, emitida por el Instituto Nacional de Cultura, ni sus actos confirmatorios, y pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

IV. Pruebas: Se **aduce** como prueba documental de esta Procuraduría, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso, cuyo original reposa en los archivos de la institución demandada.

V. Derecho: No se acepta el invocado por la recurrente.

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 718-15