

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1270

Panamá, 09 de noviembre de 2017

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción**

El Licenciado Raúl Cortes Barrios, actuando en representación de **Leyla Barnett Barrios** solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución SMV-152-17 de 31 de marzo de 2017, emitida por la **Superintendencia del Mercado de Valores**, el acto confirmatorio y que 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: 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 consta; por tanto, se niega.

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la demandante alega que el acto acusado infringe las siguientes disposiciones:

A. El artículo 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, modificada por la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, el cual establece que los trabajadores afectados por las enfermedades descritas en la ley, solo podrán ser destituidos de sus puestos de trabajo por causa justificada prevista en la ley, y previa autorización de los Juzgados Seccionales de Trabajo, o la Junta de Apelación de Carrera Administrativa, de acuerdo con los procedimientos correspondientes (Cfr. foja 7 del expediente judicial);

B. El artículo 43 de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, que establece que el trabajador cuya discapacidad haya sido diagnosticada por autoridades competentes, tendrá derecho a permanecer en su puesto de trabajo y, de no poder ejercerlo, que se tomen medidas para su readaptación ocupacional sin menoscabo de su salario (Cfr. fojas 7 y 8 del expediente judicial): y

C. El artículo 141 (numeral 17) del Texto Único de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, adicionado por el artículo 15 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009, el cual señala que queda prohibido a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo, despedir a los servidores públicos, que al momento de la aplicación de la presente Ley, demuestren que se encuentran padeciendo enfermedades terminales, y que tengan discapacidad de cualquier índole (Cfr. fojas 8 y 9 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.

Conforme puede apreciar este Despacho, la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención se dirige a obtener la declaratoria de nulidad, por ilegal, de la Resolución SMV-152-17 de 31 de marzo de 2017, emitida por la Superintendencia del Mercado de Valores, a través de la cual se destituyó sin causa justificada a **Leyla Barnett** del cargo de Asistente Administrativo I que ocupaba en esa institución (Cfr. fojas 11 y 12 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el acto administrativo en referencia, la afectada presentó un recurso de apelación, el cual fue decidido mediante la Resolución SMV-JD-19-

17 de 3 de mayo de 2017, que mantuvo en todas sus partes el contenido de la decisión recurrida. Dicha resolución le fue notificada a la ahora demandante el 5 de mayo de 2017 (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

Una vez agotada la vía gubernativa en la forma antes descrita, la recurrente ha promovido, el 4 de julio de 2017, ante la Sala Tercera la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare que es nulo, por ilegal, el acto administrativo a través del cual se le destituyó del cargo que ocupaba en la Superintendencia del Mercado de Valores, así como su acto confirmatorio, y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la institución que la reintegre a su puesto de trabajo, con el correspondiente pago de los salarios dejados de percibir desde su separación del cargo hasta que se haga efectivo el reintegro (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el apoderado judicial de **Leyla Barnett Barrios** manifiesta que su representada gozaba de estabilidad, pues alega que ésta tiene una condición clínica la cual le causa discapacidad laboral, y que dicha situación era del conocimiento de la entidad demandada; por consiguiente, no podía ser destituida de su puesto. Finalmente, agrega que la actuación de dicha institución transgrede el derecho al empleo que tienen todas las personas con discapacidad, lo que, a su juicio, conlleva a una evidente contravención a garantías fundamentales consagradas en convenios internacionales, así como también a los principios del debido proceso y estricta legalidad establecidos en nuestro ordenamiento jurídico (Cfr. fojas 7 a 9 del expediente judicial).

Frente a los argumentos expuestos por la accionante, este Despacho procederá a analizar de manera conjunta los cargos de infracción formulados en contra de la Resolución SMV-152-17 de 31 de marzo de 2017, advirtiendo que al efectuar un juicio valorativo de las constancias visibles en autos, puede concluirse que el acto administrativo objeto del presente análisis se dictó conforme a Derecho, por lo que los argumentos ensayados por **Leyla Barnett Barrios** con la finalidad de demostrar su ilegalidad, carecen de sustento.

De las constancias procesales, se observa, que **Leyla Barnett Barrios** al momento de su destitución, ocupaba el cargo de Asistente Administrativo I, en la Dirección de Administración y Finanzas, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 del Texto Único de la Ley de Mercado de Valores, era considerada una funcionaria de la Carrera del Mercado de Valores (Cfr. foja 11 y 25 del expediente judicial).

En este escenario, se tiene que de conformidad con lo establecido en la Resolución 408/2016/ de 16 de junio de 2016, se delegó definitivamente en el Secretario General, alguna de las funciones del Superintendente del Mercado de Valores, descritas en el Artículo 14 del Texto Único del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999, entre ellas, las de firmar las resoluciones de destitución del personal y siendo ésta la autoridad nominadora facultada para estos casos, la misma resolvió destituir, sin causa justificada a **Leyla Barnett Barrios**, en atención a lo establecido en el artículo 47 del Texto Único de la Ley de Mercado de Valores (Cfr. foja 25 del expediente judicial).

Por otra parte, la recurrente aduce que padece de una condición clínica (Tumor alojado en el cerebro y Trastorno Mixto de Ansiedad y Depresión), la cual alega se clasifica como crónica, que producen incapacidad o discapacidad laboral y manifiesta que esta situación es de conocimiento de la institución (Cfr. fojas 7 a 9 del expediente judicial).

Al respecto, advierte esta Procuraduría que dentro del proceso en estudio no se acompaña prueba alguna que demuestre la existencia de dichos padecimientos y que éstos, a su vez, fueron del conocimiento de la Oficina de Recursos Humanos de la Superintendencia del Mercado de Valores, antes de que se procediera a dejar sin efecto su nombramiento; por lo que, a falta de dicha documentación era imposible saber cuál es su condición ni si la misma le produce la referida discapacidad a la que hace mención (Cfr. fojas 2 a 18 del expediente judicial).

Ahora bien, la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, que establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad señala, que la discapacidad es una alteración funcional, permanente o temporal, total o parcial, física, sensorial o mental, que

limita la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal del ser humano. De igual manera, el Decreto Ejecutivo 88 de 12 de noviembre de 2002, que reglamenta la Ley 42 de 1999, en el numeral 5 del artículo 2, define la discapacidad profunda como la condición física o mental de una persona la cual presenta niveles severos de limitación que le impiden desarrollar actividades básicas de carácter funcional, lo que nos lleva a considerar que, para que una persona que padezca de enfermedad crónica, involutiva o degenerativa sea considerada para la protección laboral contemplada en la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, dicha afección debe producirle una discapacidad laboral, lo cual no ha sido probado en este caso, ni mucho menos su discapacidad residual.

Bajo la premisa anterior, debemos advertir que como quiera que el fuero invocado debe ser reconocido a las personas discapacitadas, éstas deben acreditar lo propio; por lo que se hace **ineludible que la demandante aporte la certificación de la discapacidad que afirma padecer, emitida por el Secretaría Nacional de Discapacidad, conforme al artículo 19 del Decreto Ejecutivo 36 de 11 de abril de 2014**, mediante el cual se aprueba la reglamentación del procedimiento de conformación y Funcionamiento de las Juntas Evaluadoras de las Discapacidad, lo baremos nacionales y se dicta el procedimiento para la evaluación, valoración y certificación de la discapacidad, cuyo texto dice lo siguiente:

“Artículo 19: La evaluación del perfil de funcionamiento de la persona iniciará con el diagnóstico de la condición de salud del individuo expedido por profesionales idóneos. **La sola presencia del diagnóstico no será condición para certificar la discapacidad. Se requerirá la evaluación del diagnóstico unida a la evaluación del perfil de funcionamiento de la persona para considerar la certificación de discapacidad.**” (Lo resaltado es nuestro).

Con respecto a lo planteado, resulta pertinente traer a colación el contenido del artículo 55 del Decreto Ejecutivo 88 de 12 de noviembre de 2002, modificado por el artículo 80 del Decreto Ejecutivo 36 de 11 de abril de 2014, reglamentario de la Ley 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 es nuestro).

Por consiguiente, en cuanto a la violación directa por comisión del artículo 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, por medio de la cual se adoptan normas sobre protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, este Despacho concluye que no tiene sustento lo afirmado por la demandante en cuanto a la infracción alegada, puesto que, no se encuentra acreditada ninguna discapacidad laboral, por el padecimiento de enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa y en atención a ello, la entidad demandada podía dejar sin efecto el nombramiento de la señora **Leyla Barnett** razón por la cual no prospera el cargo de infracción del artículo 4 de la Ley 59 de 2005, por lo que debe ser desestimado por la Sala Tercera.

En cuanto al reclamo que hace la demandante 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 **Leyla Barnett**, 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 2 de febrero de 2009 que en su parte pertinente dice así:

“Con relación a los cargos de infracción a las demás disposiciones legales que se citan en el libelo de la demanda, cabe señalar que en efecto, el criterio sostenido por esta Superioridad respecto al pago de salarios caídos a favor de aquellos funcionarios que han sido reintegrados a sus cargos, deben ser viables jurídicamente, es decir que corresponde dicho pago en los casos que **la propia Ley dispone...**” (Lo resaltado es nuestro).

En este mismo sentido, consideramos importante resaltar que la Superintendencia del Mercado de Valores, le reconoció a la hoy accionante el pago de su bono por antigüedad y el pago de una indemnización por despido sin causa justificada, todo esto bajo el fundamento de los artículos 39 y 47 del Texto Único de la Ley de Mercado de Valores, que a continuación se describen:

“Artículo 39. Bono por antigüedad. Al momento de cesar su relación laboral con la Superintendencia, el funcionario de Carrera tendrá derecho a un bono por antigüedad, a razón de dos semanas de salario por cada año laborado, hasta un máximo de doce meses de salario. Se tomará como base para el cálculo la última remuneración devengada por el funcionario. En el evento de que algún año de servicio no se cumpla entero, tendrá derecho a la parte proporcional correspondiente. Se reconocerá al funcionario el tiempo de servicio continuo en la Comisión Nacional de Valores. Solo recibirán el bono por antigüedad los funcionarios de Carrera que dejen su puesto por renuncia, por despido sin causa justificada, por reducción de fuerza o invalidez.”

“Artículo 47: Indemnización por despido sin causa justificada. El funcionario de Carrera, a pesar del derecho a la estabilidad, podrá ser cesado de su cargo por el superintendente, en cualquier momento y por cualquiera causa, siempre que se le pague, sin perjuicio del pago del bono por antigüedad, una indemnización calculada a razón de una semana de salario por cada año de trabajo hasta un máximo equivalente a diez meses de

salario. En caso de que el funcionario no complete el último año, el cálculo se hará en forma proporcional para dicho periodo. Se reconocerá al funcionario el tiempo de servicio continuo en la Superintendencia y se tomará como base para el cálculo la última remuneración devengada. La Superintendencia cancelará esta indemnización por **despido sin causa justificada en un término no mayor de sesenta días laborables, desde que se produzca el derecho.**”

Por lo anteriormente expuesto, estimamos no viable lo peticionado por **Leyla Barnett**, puesto que, no sería cónsono **que una vez ésta haya recibido los pagos por despido sin causa justificada**, tal cual como lo contempla la Ley del Mercado de Valores, requiere a esa Alta Corporación de Justicia, un reintegro alegando que su destitución fue injustificada, cuando claramente se desprende de las constancias que reposan en autos que su destitución se dio de esa manera; razón por la cual le fueron reconocidos los derechos laborales adquiridos a los que hemos hecho referencia (Cfr. fojas 11, 12, 34 a 37 del expediente judicial).

Por todos los anteriores señalamientos, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución SMV-152-17 de 31 de marzo de 2017, emitida por la Superintendencia del Mercado de Valores**, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, pide se desestimen las demás pretensiones de la recurrente.

IV. Pruebas:

1. Se **aduce** como prueba documental, la copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso, el cual reposa en los archivos de la entidad demandada.

2. Prueba de Informe al **Secretaría Nacional de Discapacidad (SENADIS)**

Con fundamento en el artículo 893 del Código Judicial, el cual establece que: *“El juez de oficio o a solicitud de parte, puede pedir a cualquier oficina pública, entidad estatal o descentralizada o a cualquier banco, empresa aseguradora o de utilidad*


pública... elementos que estime procedente incorporar al proceso para verificar las afirmaciones de las partes”, este Despacho solicita al Tribunal lo siguiente:

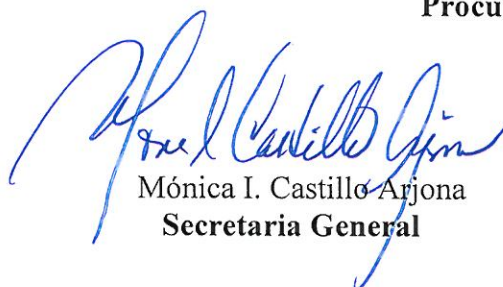
2.1 Oficiar a la Secretaría Nacional de Discapacidad (SENADIS), para que certifique si a **Leyla Barnett**, se le realizó una evaluación del perfil de funcionamiento. En caso afirmativo **remita la evaluación del diagnóstico unida a la evaluación del perfil de funcionamiento de la misma**, que acredite la discapacidad que afirma padecer, conforme lo dispone el artículo 19 del Decreto Ejecutivo 36 de 11 de abril de 2014.

3. Nos oponemos a la admisión de la copia simple de la Resolución 107-2015 de 2 de marzo de 2015, aportada con el escrito de demanda; toda vez que la misma no fue autenticada por el funcionario público encargado de la custodia de sus originales, de conformidad con lo establecido en los artículos 833, 835 y 842 del Código Judicial (Cfr. foja 19 -20 del expediente judicial).

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

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General