

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 143

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 16 de febrero de 2016

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Leonardo Pineda Palma, quien actúa en nombre y representación de **María Teresa Carrizo Marciaga de Jaén**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 075/2014 de 6 de noviembre de 2014, emitida por la **Dirección General de Contrataciones Públicas**, su acto confirmatorio y 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 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: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 21 y 36-37 del expediente judicial).

Tercero: No es cierto como viene expuesto; 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: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 36 del expediente judicial).

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

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

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

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

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

Décimo cuarto: No es cierto; por tanto, se niega.

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

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

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal vulnera las siguientes disposiciones:

A. El artículo 43 de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, el cual se refiere a 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, a que se tomen las medidas para lograr su readaptación profesional u ocupacional (Cfr. foja 8 del expediente judicial);

B. El 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, que establece que 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 la capacidad residual de trabajo de la persona (Cfr. foja 9 del expediente judicial);

C. El artículo 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, modificado por el artículo relativo a la protección laboral de las personas con enfermedades crónicas, involutivas o degenerativas que produzcan discapacidad laboral (Cfr. foja 10 del expediente judicial);

D. Los artículos 2, 126, 141 (numeral 17, adicionado por el artículo 15 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009), 156 y 157 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, los que, en su orden, guardan relación con: los servidores públicos de libre nombramiento y remoción; la destitución; la prohibición que tiene el superior jerárquico de destituir a los funcionarios que demuestren que están padeciendo enfermedades terminales; la formulación de cargos por escrito; y la decisión de la autoridad nominadora, luego de concluida una investigación disciplinaria (Cfr. fojas 11-15 del expediente judicial);

E. El artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, que establece que los servidores públicos nombrados en forma permanente o eventual, con dos (2) años de servicios continuos o más, sin que se encuentren acreditados en alguna carrera pública, gozarán de estabilidad laboral en el cargo y no podrán ser despedidos sin que medie alguna causa justificada prevista en la ley y según las formalidades de ésta (Cfr. foja 11 del expediente judicial);

F. El artículo 629 (numeral 18) del Código Administrativo, según el cual corresponde al Presidente de la República remover a los empleados de su elección, salvo que la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción (Cfr. foja 12 del expediente judicial);

G. El artículo 6 (numeral 1) de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, aprobados mediante la Ley 25 de 10 de julio de 2007, que expresa que los Estados partes reconocen que las mujeres y las niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación, por lo que adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos (Cfr. foja 16 del expediente judicial);

H. El literal a) del numeral 2 del artículo 1 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, aprobada mediante la Ley 3 de 10 de enero de 2001, que expresa el significado del término “discriminación contra las personas con discapacidad” (Cfr. foja 16 del expediente judicial); y

I. Los artículos 34, 52 (numeral 4) y 155 (numeral 1) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, normas que se refieren, respectivamente, a los principios que informan al procedimiento administrativo general; al vicio de nulidad absoluta en el que se incurre cuando los actos administrativos son dictados con omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal; y a la motivación de los actos que afecten derechos subjetivos (Cfr. fojas 16-17 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.

De la lectura del expediente que ocupa nuestra atención, se observa que el acto acusado lo constituye la Resolución Administrativa 075/2014 de 6 de noviembre de 2014, emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas, a través de la cual se destituyó a **María Teresa Carrizo Marciaga de Jaén** del cargo de Instructora, que ocupaba en esa entidad (Cfr. fojas 36-37 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con lo anterior, la recurrente interpuso el correspondiente recurso de reconsideración, mismo que fue decidido a través de la Resolución 143-2014 de 31 de diciembre de 2014, que mantuvo en todas sus partes el acto original, agotándose la vía gubernativa. Esta resolución le fue notificada el 22 de enero de 2015 (Cfr. fojas 38-39 del expediente judicial).

El 20 de marzo de 2015, **María Teresa Carrizo Marciaga de Jaén**, actuando por medio de su apoderado judicial, presentó ante la Sala Tercera la demanda que

dio origen al proceso en estudio, en la que solicita que se declare nula, por ilegal, la resolución administrativa objeto de reparo, así como su acto confirmatorio; que sea reintegrada al cargo que ocupaba en la Dirección General de Contrataciones Públicas y, por ende, se ordene el pago de los salarios que haya dejado de percibir (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el abogado de **Carrizo Marciaga de Jaén** aduce que ésta contaba con más de dos (2) años de servicios continuos en la Dirección General de Contrataciones Públicas por lo que, a su juicio, no era una funcionaria de libre nombramiento y remoción y, por lo tanto, la regente de esa entidad no podía desvincularla del cargo que ejercía en la misma. Añade, que su poderdante no incurrió en faltas disciplinarias ni se instruyeron procesos disciplinarios en su contra, lo que, según expresa, era necesario para poder destituir la, pues, la misma gozaba de estabilidad laboral (Cfr. fojas 8-10, 11 y 12-14 del expediente judicial).

De igual manera, indica que la actora padece de lumbalgia severa con discapacidad motora y rotoescoliosis leve lumbar, consideradas como una discapacidad física, por lo que estaba amparada por la Ley 59 de 2005 y no podía ser removida del puesto que ocupaba en la entidad demandada. En adición, manifiesta que al emitir el acto administrativo impugnado, la Dirección General de Contrataciones Públicas quebrantó los principios de estricta legalidad y del debido proceso legal, principalmente, por la falta de motivación, por no exponer las razones que conllevaron a la adopción de tal medida (Cfr. fojas 8-12 del expediente judicial).

Finalmente, señala que la institución demandada tenía pleno conocimiento de los padecimientos de **María Teresa Carrizo Marciaga de Jaén** y que el acto objeto de reparo, no contiene las razones o motivos que aquella tuvo para terminar la relación jurídica que la vinculaba con la recurrente, impidiendo, en su opinión, que su representada se defendiera (Cfr. fojas 11 y 17 del expediente judicial).

Luego de analizar los argumentos expuestos por la accionante con la finalidad de sustentar los cargos de ilegalidad formulados en contra del acto acusado, este Despacho advierte que no le asiste la razón, como a continuación se expone.

Al fundamentar tales pretensiones, el apoderado judicial de **María Teresa Carrizo Marciaga de Jaén** aduce la infracción del artículo 629 (numeral 18) del Código Administrativo, relativo a la facultad del Presidente de la República de remover a los empleados de su elección; no obstante, este Despacho es del criterio que dicha norma no es aplicable al presente proceso; ya que la destitución de la demandante no fue adoptada por esa autoridad administrativa, razón por la cual solicitamos que los argumentos expuestos, en relación con esa disposición, sean desestimados por el Tribunal.

Según consta en autos, **María Teresa Carrizo de Jaén no era una servidora pública de carrera, sino de libre nombramiento y remoción**; es decir, la actora no estaba incorporada, mediante el sistema de méritos, a una Carrera Pública, ni había accedido al cargo de la cual fue destituida mediante un concurso o sistema de méritos, por lo que **no gozaba de estabilidad en su puesto de trabajo**, como erróneamente afirma su apoderado judicial; criterio que, a nuestro juicio, se corrobora ante la **ausencia de pruebas que demuestren su incorporación a una Carrera Administrativa o su ingreso a la entidad demandada mediante un concurso o sistema de méritos** (Cfr. fojas 36, 38 y 45-46 del expediente judicial).

Visto lo anterior, la recurrente estaba sujeta, en cuanto a su estabilidad en el cargo, a la **potestad discrecional de la autoridad nominadora**, en este caso, la titular de la entidad, por lo que su desvinculación de la función pública podía darse con fundamento en las facultades legales que esta servidora pública posee para adoptar este tipo de decisiones, según lo dispone el Decreto Ejecutivo 85 de 16 de

abril de 2007, en el **artículo 1**, el cual la autoriza para “*nombrar, trasladar, ascender, suspender, conceder licencia y **remover al personal subalterno...***” (Lo destacado es nuestro). (Cfr. página 5 de la Gaceta Oficial número 25,773 de 18 de abril de 2007).

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 configuración de causas de naturaleza disciplinaria**. Éste fue el criterio sustentado por el referido Tribunal en la Sentencia de 19 de febrero de 2015; resolución que en lo pertinente indica:

“En cuanto a la infracción del artículo 25 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, consideramos que no se evidencia infracción alguna por parte del acto impugnado, toda vez que, la declaración de insubsistencia del cargo del demandante se da a raíz de que el mismo es un funcionario de libre nombramiento y remoción, tal como se señala en el acto impugnado, por tanto, ha sido criterio reiterado de esta Sala, que **todo funcionario que sea de libre nombramiento y remoción queda sujeto a la facultad discrecional de remoción del cargo de la autoridad nominadora, sin necesidad de que se le siga proceso disciplinario alguno...**” (Lo resaltado es de este Despacho).

Así mismo, debemos señalar que según la jurisprudencia emanada de la Sala Tercera, la destitución de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, sustentada en la potestad discrecional de la autoridad nominadora, se entiende enmarcada en el debido proceso legal, siempre que la entidad cumpla con el **deber de notificar al afectado sobre la decisión emitida; indicándole, además, el o los recursos que proceden en contra de la misma y el término que tiene para interponerlos**; presupuestos que configuran el denominado **principio de**

publicidad de los actos administrativos y que fueron correctamente cumplidos por la entidad demandada al emitir la Resolución Administrativa 075/2014 de 6 de noviembre de 2014, por medio del cual se destituyó a la recurrente; **acto administrativo que, contrario a lo argumentado por el apoderado judicial de la actora, se encuentra debidamente motivado**, al igual que la Resolución 143-2014 de 31 de diciembre de 2014, que decidió el recurso de reconsideración presentado en contra del acto original (Cfr. fojas 36-37 y 38-39 del expediente judicial).

De acuerdo con dicha jurisprudencia, la Administración también debe cumplir con el principio de contradicción, como garantía del ejercicio del **derecho de defensa**, de tal suerte que se le permita a la accionante impugnar, a través de los recursos procedentes, las decisiones emitidas, lo que claramente puede observarse en el caso bajo examen, cuando **María Teresa Carrizo Marciaga de Jaén** interpuso el recurso de reconsideración.

En otro orden de ideas y frente a lo anotado por **Carrizo Marciaga de Jaén** en sustento de su pretensión, esta Procuraduría debe advertir que el fuero laboral al que se refiere la actora, es aquel que ampara al servidor público por razón del padecimiento de una enfermedad crónica y/o degenerativa que le produzca discapacidad laboral, tal como lo dispone el artículo 1 de la Ley 59 de 2005, el cual expresa lo siguiente:

“Artículo 1. Todo trabajador, nacional o extranjero, a quien se le detecten enfermedades crónicas 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” (Lo destacado es nuestro).

A juicio de este Despacho, cuando se dejó sin efecto el nombramiento de **María Teresa Carrizo Marciaga de Jaén** como funcionaria de la Dirección General de Contrataciones Públicas **ella no reunía las condiciones para ser considerada como una persona con discapacidad**, tal como lo describe la norma antes citada;

ya que, a pesar que afirma que padece de *lumbalgia severa con discapacidad motora y rotoescoliosis leve lumbar* **estos padecimientos no se encontraban acreditados al momento de su separación y que tales enfermedades la hayan 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.**

Por otra parte, este Despacho considera oportuno aclarar que en el expediente de personal no consta que la actora haya acreditado ante la Dirección General de Contrataciones Públicas, antes que se dejara sin efecto su nombramiento y en los términos que contempla la Ley 59 de 2005, modificada por la Ley 4 de 2010, alguna prueba idónea que permita demostrar que la *lumbalgia severa con discapacidad motora y rotoescoliosis leve lumbar* que afirma padecer le cause discapacidad laboral, sino que lo único que consta en la Dirección de Recursos Humanos de la institución demandada es lo que a continuación se transcribe: “...*la certificación emitida por la Secretaría Nacional de la Discapacidad, respondía a una solicitud realizada por la señora **MARÍA TERESA CARRIZO DE JAÉN**, en donde la misma peticionaba una sustentación jurídica para conocer el alcance del valor de su diagnóstico médico, el cual, ‘según’ la Secretaría Nacional de la Discapacidad, era lo normado por los artículos 43 y 55 de la Ley 42 de 1999..” (Cfr. fojas 22 y 46 del expediente judicial).*

Además, 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; puesto que los documentos que reposan en su expediente de personal** no constituyen una certificación expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para acreditar que la actora sufre de alguna de las enfermedades a las que se refiere la citada ley (Cfr. fojas 46-47 del expediente judicial).

Para una mejor comprensión de lo indicado, resulta pertinente transcribir el texto del artículo 5 de la Ley 59 de 2005, conforme quedó modificado por el artículo 11 de la Ley 4 de 25 de febrero de 2010:

“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 razón de la situación anotada, **Carrizo Marciaga de Jaén** no puede pedir al Tribunal el reconocimiento de la protección que brinda la Ley 59 de 2005 ni demandar la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual se dispuso su remoción del cargo, sobre todo, cuando conforme lo ha reconocido la Sala Tercera al pronunciarse en la Sentencia de 9 de febrero de 2011, la protección laboral que brinda la ley sólo se otorgará de mediar la presentación de una certificación que, para tales efectos, deberá ser expedida por la comisión interdisciplinaria a la que se refiere dicho cuerpo normativo. El pronunciamiento de la Sala es del siguiente tenor:

“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..., 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.

...

En consecuencia, la Sala Tercera Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley DECLARA QUE NO ES ILEGAL, la Resolución 475-2009-AGOSTO-07 de 7 de agosto de 2009, emitida por el Gerente General del Banco Hipotecario Nacional, así como el acto confirmatorio, por tanto no accede a las pretensiones.

..."

En cuanto a la infracción del artículo 43 de la Ley 42 de 1999, que alega **María Teresa Carrizo Marciaga de Jaén**, para esta Procuraduría resulta pertinente traer a colación el contenido del primer párrafo 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, cuyo texto era el siguiente:

“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 la capacidad residual de trabajo de la persona.

...” (El resaltado es nuestro).

En esta línea de pensamiento, debe destacarse que aunque en la Dirección de Recursos Humanos de la Dirección General de Contrataciones Públicas consta una certificación emitida por la Secretaría Nacional de la Discapacidad; no se puede perder de vista que dicho documento **no fue expedido por funcionarios del Ministerio de Salud y/o de la Caja de Seguro Social, máxime que el mismo no especifica el grado de capacidad residual laboral de la recurrente** que pudiera servir de base para establecer su permanencia en el cargo que ejercía en la entidad demandada o ser reubicada dentro de la institución de acuerdo con las posibilidades y la viabilidad que le permitiera continuar con la función que venía desempeñando, tal como lo requiere el artículo 55 antes citado; de allí que se corrobore el planteamiento hecho por este Despacho en el sentido que, al momento **de ser**

destituida, Carrizo Marciaga de Jaén no presentaba las condiciones para ser considerada una persona con discapacidad, según los términos del numeral 4 del artículo 3 de la Ley 42 de 1999; exigencia que resulta indispensable para poder acceder a la protección laboral que brinda la referida ley, lo que nos permite concluir que tal cargo de infracción también debe ser desestimado por la Sala Tercera.

En el marco de lo expuesto en los párrafos precedentes, este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución Administrativa 075/2014 de 6 de noviembre de 2014**, emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la recurrente.

IV. Pruebas. Se **aduce** como prueba de esta Procuraduría, el expediente de personal de **María Teresa Carrizo Marciaga de Jaén** que guarda relación con este caso, cuya copia autenticada reposa en los archivos de la institución demandada.

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

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 160-15