

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1701

Panamá, 11 de octubre de 2022

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción.**

Alegato de conclusion.

Expediente 366392021.

El Licenciado Augusto Alfredo Berrocal Berrocal actuando en nombre y representación de **Itzela Mc Bean** solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 34 de 4 de febrero de 2021, emitido por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Comercio e Industrias**, su acto confirmatorio y para 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 artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior.

I. Antecedentes del caso.

1.1. En lo que respecta a la desvinculación.

Según las constancias procesales, mediante el Decreto de Personal 34 de 4 de febrero de 2021, emitido por el **Órgano Ejecutivo**, por conducto del **Ministerio de Comercio e Industrias**, se resolvió dejar sin efecto el nombramiento de **Itzela Mc Bean** del cargo que ocupaba como Secretaria Ejecutiva III, en esa entidad. Dicho acto administrativo le fue notificado a la recurrente el día 18 de febrero de 2021 (Cfr. fojas 21 y 22 del expediente judicial).

Una vez agotada la vía gubernativa, la ex servidora pública ha promovido, el 22 de abril de 2021, 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 dejó sin efecto el nombramiento de **Itzela Mc Bean**, del cargo que ocupaba en el **Ministerio de Comercio e Industrias**, así como su acto confirmatorio, y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la institución el reintegro al cargo que ocupaba en esa entidad; y se ordene el pago de los salarios caídos que ha dejado de percibir desde el día de su desvinculación hasta la fecha de su reintegro (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial).

Luego de analizar los argumentos expuestos por el apoderado especial de **Itzela Mc Bean**, con el objeto 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.

En este contexto, debe tomarse en cuenta lo señalado en el acto acusado de ilegal, cuando indica: *“Que de acuerdo con el expediente de personal del servidor público (sic) **Itzela Del Carmen Mc Bean...**, que reposa en esta entidad gubernamental, ésta no ha sido incorporado (sic) a la Carrera Administrativa, ni posee ninguna otra condición legal que le asegure estabilidad en el cargo.”* (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

En ese sentido, se observa que en el acto confirmatorio, se dejó plasmado lo siguiente: *“...efectuado el análisis del expediente de personal de recursos humanos de la señora ITZELA MC BEAN, **se corrobora que no obra en su expediente ningún documento de la Dirección de Carrera Administrativa que acredite el ingreso de la señora MC BEAN, al cargo, a través de algún proceso ordinario o especial de ingreso, en virtud del cual haya adquirido la condición de servidor público de carrera administrativa y en consecuencia su nombramiento era de libre nombramiento y remoción, tal como lo establece el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo...**”* (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

En esa misma línea, advierte este Despacho, que la desvinculación se sustentó en el hecho que el Presidente de la República, quien en su calidad de máxima autoridad administrativa, **se encuentra facultado para remover a sus agentes, cuyos cargos sean de libre nombramiento y remoción, sin que tal situación implique la infracción de los principios del debido proceso y estricta legalidad**, según se desprende de los artículos 629 (numerales 3 y 18) y 794 del Código Administrativo, que establecen lo que citamos a continuación:

“Artículo 629. Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

...

3. Dirigir la acción administrativa nombrando y **removiendo sus agentes**, reformando o revocando los actos de éstos y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración.

...

18. Remover los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción.”

“Artículo 794. La determinación del periodo de duración de un empleado no coarta en nada la facultad del empleado que hizo el nombramiento para removerlo, salvo expresa prohibición de la Constitución o de la ley” (Lo destacado corresponde a este Despacho).

Por tal motivo, para desvincular a la recurrente **no era necesario invocar causal alguna, tampoco que concurrieran determinados hechos o el agotamiento de ningún trámite disciplinario**; ya que bastaba con notificarla del decreto recurrido y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, por medio del correspondiente recurso de reconsideración, tal como sucedió durante el curso del procedimiento administrativo, y así poder acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, ya que, reiteramos, en este caso la remoción de la ahora demandante encuentra sustento en la facultad discrecional de la **autoridad nominadora sobre los funcionarios que carezcan de estabilidad en el cargo, sin que ello, de ninguna manera, constituya una violación a sus garantías**

judiciales; por lo que solicitamos que los cargos de infracción sean desestimados por el Tribunal.

1.2. Análisis sobre el fuero por discapacidad que manifiesta la actora al tener bajo su cuidado un familiar con dicha condición.

En otro orden de ideas, la accionante hace referencia a que es **madre y tutora de una hija discapacitada que padece de cáncer** y por otro lado que es **responsable de su madre que sufre de diabetes** según lo descrito en el hecho décimo quinto de la demanda y en el recurso de reconsideración por lo que, a su juicio, estaba amparada por la Ley 42 de 1999 (Cfr. foja 8 y 18 del expediente judicial).

Respecto a lo señalado por la recurrente, esta Procuraduría advierte que la misma confunde el contenido de la Ley 59 de 2005, modificada por la Ley 25 de 19 de abril de 2018, que establece **el fuero laboral para aquellos funcionarios diagnosticados con una enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa que le produzcan una discapacidad laboral**, con el contenido del artículo 45-A de la Ley 42 de 1999, modificada por la Ley 15 de 2016, cuando hace referencia 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; lo que resulta incongruente ya que mezcla la condición de su hija (discapacitada que padece de cáncer) y luego señala que es responsable de su madre (que sufre de diabetes), amparándose en ambos cuerpos normativos.

Por otro lado, cuando indicamos que alguien es responsable de una persona que **tiene discapacidad**, (como es el caso de su madre), ya sea que tenga una minusvalía física, auditiva, visual, mental, intelectual o visceral, según lo consagrado la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, en la misma se señala que para acreditar dicha condición en un individuo, la Secretaría Nacional de Discapacidad emite una certificación detallando el tipo de discapacidad y demás parámetros exigidos, tal como lo determina el artículo 2 del Decreto

Ejecutivo 74 de 14 de abril de 2015, que modifica el reglamento del procedimiento de conformación y funcionamiento de las Juntas Evaluadoras de la Discapacidad, los baremos nacionales y el procedimiento para la evaluación, valoración y certificación de la discapacidad, norma que en su contenido dispone lo siguiente:

“Artículo 2. El artículo 3 del Reglamento de las Juntas Evaluadoras de la Discapacidad queda así:

Artículo 3. La certificación de la discapacidad es el acto administrativo mediante el cual la SENADIS acredita que una persona tiene discapacidad, ya sea física, auditiva, visual, mental, intelectual o visceral; de conformidad con los parámetros y pautas establecidas en los baremos nacionales, los criterios y procedimientos legalmente establecidos.” (La negrita es nuestra).

Con respecto a lo planteado, resulta pertinente traer a colación el contenido del artículo 13 del Decreto Ejecutivo 333 de 5 de diciembre de 2019, que reglamenta, la Ley 15 de 31 de mayo de 2016, que reforma la Ley 42 de 1999, por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 13. Las Oficinas de Recursos Humanos de las instituciones públicas o empresas privadas, acreditarán dentro del expediente el nombre del padre, madre, cónyuge, conviviente en unión de hecho o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor o persona autorizada por el representante legal de la persona con discapacidad, que hará uso de los permisos arriba descritos. La persona acreditada en el expediente, acompañará a la persona con discapacidad en sus citas, tratamientos, terapias, o actividades educativas relacionadas a su condición de discapacidad, que propendan a mejorar su calidad de vida y(o) potenciar sus capacidades.

Se acreditarán los vínculos familiares, mediante certificados de nacimiento o certificaciones de árboles genealógicos, de igual manera, **en caso de las tutelas, que deben ser otorgadas por autoridad judicial y posteriormente inscritas en el Registro Civil del Tribunal Electoral.** En ese sentido, las Oficinas o Direcciones de Recursos Humanos de las instituciones públicas o empresas privadas, solicitarán al Registro Civil, las debidas certificaciones, incluso especificar la situación económica, dado el caso de requerir exoneración en la expedición de los mismos, para hacer uso oficial.

...” (El resaltado es nuestro).

En el marco de lo antes indicado, este Despacho debe advertir que la actora no aportó junto con **el recurso de reconsideración**, ningún informe médico sobre el diagnóstico del supuesto padecimiento de diabetes que alega tiene su madre y que le produzca discapacidad, así como tampoco presentó la certificación que muestre que ella mantiene la tutela de la misma, **otorgada por autoridad judicial**, que pudiera servir de base para establecer su permanencia en su puesto de trabajo, **según los términos de la Ley 42 de 1999 y sus reglamentos; exigencia que resulta indispensable para poder acceder a la protección laboral que brinda el referido texto legal**, lo que nos permite concluir que los cargos de infracción carecen de sustento jurídico, por lo que deben ser desestimados por la Sala Tercera.

En atención a lo plasmado en el párrafo anterior, **no podemos interpretar tener el cuidado de un familiar con la tutela**, ya que el término “**cuidador familiar**” se utiliza para describir a aquellas personas que habitualmente se encargan de ayudar en las actividades básicas de la vida diaria a mayores, enfermos o discapacitados que no pueden desempeñar estas funciones por sí mismas; normalmente, se trata de un familiar cercano, sin embargo, la **tutela**, requiere de una certificación médica para nombrar a un tutor, y como lo hemos señalado en líneas anteriores es otorgada por autoridad judicial y posteriormente inscrita en el Registro Civil del Tribunal Electoral.

En ese sentido, lo cierto es que en el caso que nos ocupa, la demandante no presentó documentación alguna que legitimara que ella era la tutora de su hija ni tampoco la certificación de la condición de discapacidad de su madre.

Debemos destacar también lo señalado por la entidad mediante la Nota DM-480-2021 de 27 de julio de 2021, cuando hace alusión a lo alegado por la accionante según lo dispuesto en la Ley 42 de 1999, modificada por la Ley 15 de 2016, indicando que:

*“...En cuanto al argumento planteado por el apoderado legal de la señora ITZELA MC BEAN, referente a la protección laboral que confiere la Ley 42 de 1999, **al ser su madre dependiente de***

ella, ya que sufre una enfermedad crónica, al respecto, tal condición, no estaba acreditada en el expediente de personal, al momento de la desvinculación, ni aportó documentación alguna en la presentación del recurso de reconsideración, y no existe certificación emitida por la Oficina de Igualdad de Oportunidades y Equiparación de este Ministerio, que es la competente para evaluar este tipo de casos...” (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 47 del expediente judicial).

II. Actividad probatoria.

La Sala Tercera expidió el Auto de Pruebas 609 de 29 de agosto de 2022, en el que se acogieron como pruebas documentales los actos acusados y el expediente administrativo (Cfr. fojas 65-66 del expediente judicial).

No se admitió el documento visible en las fojas 26-27 por tratarse de fotocopias simples, lo que incumplió lo dispuesto en el artículo 833 del Código Judicial.

Por lo tanto, somos de la convicción que en el negocio jurídico bajo examen, **la actividad probatoria no cumplió con la carga procesal que establece el artículo 784 del Código Judicial, que obliga a quien acciona, a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión**, deber al que se refirió la Sala Tercera en el Auto de 17 de febrero de 2021, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“En este orden de ideas igualmente debemos, tener presente que a las partes les incumbe demostrar los hechos y al Juez dispensar el Derecho, o sea, el ‘onus probandi’ contemplado en nuestra legislación en el artículo 784 del Código Judicial, que a la letra dice: ‘...’.

De ahí que, la carga de la prueba, implica la obligación que tiene una parte de aportar los medios de convicción; además, ese es un deber de las partes y sus apoderados, pues cuando no aparece probado el hecho, ello no permite que el Juez pueda otorgar la pretensión de quien pide; y esto se resume en esa frase romana ‘onus probandi incumbit actori’; es decir, la carga de la prueba le incumbe al actor.

En efecto, este Principio obliga al actor probar lo que pide, pues a él le interesa que su pretensión sea concedida en los términos requeridos por éste dentro de la demanda, tal como lo establece el Código Judicial.”

La jurisprudencia transcrita viene a confirmar el deber que tiene toda persona que recurre a la Jurisdicción Contencioso Administrativa de probar lo que pide, ello a los

efectos que se le pueda aplicar el principio de Tutela Judicial Efectiva, cosa que no ha ocurrido en este caso.

En atención a las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Decreto de Personal 34 de 4 de febrero de 2021**, emitido por el **Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Comercio e Industrias**, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la accionante.

Del Honorable Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



Anasiris A. Polo Arroyo
Secretaria General, Encargada