

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 307

MINISTERIO PÚBLICO PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Panamá, 23 de marzo de 2016

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

La firma forense Estévez & Soberón, quien actúa en nombre y representación de **Migdalia Yaneth Méndez Jordán**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 3 de 6 de enero de 2015, emitida por el **Subdirector General de la Lotería Nacional de Beneficencia**, su acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Alegato de conclusión.

**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, con el propósito de presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior, momento procesal que nos permite reiterar lo ya expresado en nuestra contestación de la demanda, **en cuanto a la carencia de sustento** que se advierte en la tesis planteada por la actora, **Migdalia Yaneth Méndez Jordán**, referente a lo actuado por el Subdirector General de la Lotería Nacional de Beneficencia, al emitir la Resolución Administrativa 3 de 6 de enero de 2015, que en su opinión, es contraria a Derecho.

La acción contencioso administrativa de plena jurisdicción ensayada por **Méndez Jordán** tiene como fundamento el hecho que, a su juicio, el Sub Director de la entidad demandada no podía destituir, pues ésta es una facultad que le compete al Director de la Lotería Nacional de Beneficencia, de allí, que considera que el acto objeto de reparo, es ilegal. En adición, expresa que gozaba de estabilidad en el cargo que ejercía en esa institución por lo que no podía ser desvinculada, máxime que no cometió ninguna falta administrativa o disciplinaria que produjera la adopción de tal medida (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

Finalmente, la accionante sostiene que padece de diabetes mellitus tipo 2 y de hipertensión arterial, enfermedades consideradas crónicas y de las que tenía conocimiento la Lotería Nacional de Beneficencia; no obstante, procedió con su remoción (Cfr. fojas 5-6 del expediente judicial).

Contrario a lo planteado por **Migdalia Yaneth Méndez Jordán**, **este Despacho reitera el contenido de la Vista 643 de 20 de agosto de 2015**, por medio de la cual contestamos la demanda en estudio, señalando que no le asiste la razón; ya que el fuero laboral al que se refiere, es aquél 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).

En ese sentido, debemos **insistir** en que, cuando se dejó sin efecto el nombramiento de **Méndez Jordán** como funcionaria de la Lotería Nacional de Beneficencia, **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 padecer de *hipertensión arterial y diabetes mellitus tipo 2*, **no consta 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.**

En esa línea de pensamiento, **repetimos** lo vertido en nuestra Vista Fiscal en el sentido que, en el contenido de la Resolución 2015-11 de 3 de febrero de 2015, confirmatoria del acto objeto de reparo se señala lo que a continuación se transcribe: **“...entre los documentos que se anexan a la sustentación de este recurso, se presentó una certificación del padecimiento de la enfermedad, por parte del Doctor... y del Doctor..., ambos médicos de la Caja de Seguro Social, donde señala que la señora MIGDALIA Y. MENDEZ J., padece de Diabetes Mellitus Tipo II, e Hipertensión Arterial, dicha certificación fechada 15 de enero de 2015, y de la cual cabe destacar que no**

constaba en el expediente laboral de la recurrente.” (Cfr. foja 9 del expediente judicial) (La negrita es nuestra).

Si bien es cierto que la accionante aportó, junto con el recurso de reconsideración, la documentación detallada en el párrafo que precede, **no se puede perder de vista que la misma no acredita el grado de discapacidad laboral de Migdalia Yaneth Méndez Jordán.** Además, dicha certificación tiene fecha posterior a la destitución de la actora, la cual ocurrió el 6 de enero de 2015.

Sobre lo anterior, **vale la pena destacar** que de acuerdo al artículo 2 de la Ley 59 de 2005, la diabetes mellitus y la hipertensión arterial son enfermedades crónicas; sin embargo, **no se puede perder de vista que Migdalia Yaneth Méndez Jordán no acreditó, como ya hemos dicho, que las mismas le causaron discapacidad laboral.**

En efecto, en relación con el tema de la discapacidad debemos advertir que el **numeral 4 del artículo 3 de la Ley 42 de 1999**, *“Por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad”*, **define el término de discapacidad** como la *“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 en el ser humano”*; y el **artículo 43 del mismo cuerpo normativo** dispone 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 y ocupacional...”* (La negrilla es nuestra).

En otro orden de ideas, y en cuanto a la infracción del artículo 43 de la Ley 42 de 1999 que alega **Méndez Jordán**, esta Procuraduría **destaca** el contenido del artículo 55 del Decreto Ejecutivo 88 de 12 de noviembre de 2002, reglamentario de esa excerpta legal, modificado por el artículo 80 del Decreto Ejecutivo 36 de 11 de abril de 2014, que dice:

“Artículo 55. La capacidad residual y contraindicaciones laborales del trabajador o empleado 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.**

...” (La negrilla es nuestra).

En esa línea de pensamiento, **advertimos** que aunque **Migdalia Yaneth Méndez Jordán** aportó junto con la demanda, copia autenticada de su expediente clínico, **no se puede obviar el hecho que en el mismo no se 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 Lotería Nacional de Beneficencia 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 del Decreto Ejecutivo 88 de 2002, antes citado; de allí que **insistimos** en el planteamiento que, **al momento de ser destituida, la recurrente 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.**

Por otra parte, debemos **recalcar** que del contenido de la Resolución Administrativa 03 de 6 de enero de 2015, acusada de ilegal, y del Informe de Conducta suscrito por el Director General de la Lotería Nacional de Beneficencia, se desprende que **Migdalia Yaneth Méndez Jordán no gozaba de estabilidad alguna en el cargo que ocupaba, en virtud que no pertenecía al régimen de Carrera Administrativa ni estaba amparada bajo ninguna ley de carrera; por lo tanto, era una funcionaria de libre nombramiento y remoción, razón por la que se procedió a su desvinculación de la Administración Pública** (Cfr. fojas 8 y 23 del expediente judicial).

Por último, es **preciso repetir** que el Sub Director de la entidad demandada sí estaba autorizado para suplir la ausencia del Director General; ya que esa competencia se encuentra contemplada en el artículo vigésimo quinto (numeral 2) del Decreto de Gabinete 224 de 16 de julio de 1969, Orgánico de la Lotería Nacional de Beneficencia que señala:

“Artículo Vigésimoquinto: Serán funciones del Sub-director:

...

2. Reemplazar al Director General en caso de falta absoluta hasta cuando se llene la vacante.”(La negrita es nuestra).

De acuerdo a la citada norma y a las constancias procesales, **se puede concluir** que al momento de la destitución de **Migdalia Yaneth Méndez Jordán** en la institución demandada no se

había nombrado al Director General, pero sí al Sub Director, por lo que a éste le correspondía reemplazarlo y en ese sentido tomar las decisiones que consideraba pertinentes, entre las que se encontraba la de destituir a los empleados de la entidad.

Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, **Migdalia Yaneth Méndez Jordán** adujo durante la etapa correspondiente, pruebas documentales las cuales fueron admitidas por la Sala Tercera mediante el Auto 18 de 12 de enero de 2016; sin embargo, las mismas no han aportado al proceso nuevos elementos de juicio que pudieran hacer variar lo dispuesto en la Resolución Administrativa 3 de 6 de enero de 2015, objeto de reparo.

De igual manera, se advierte que al examinar el expediente de personal de **Migdalia Yaneth Méndez Jordán**, aportado por la Lotería Nacional de Beneficencia, consta una certificación de 23 de julio de 2014, suscrita por la Doctora Glydía I. Novoa, Especialista de Medicina del Trabajo de la Caja de Seguro Social, en donde la misma realiza la siguiente observación: ***“Paciente apto para realizar labores actuales...”***, lo que nos permite concluir que en efecto, la recurrente como dijimos en los párrafos que preceden, **no reunía las condiciones para ser considerada como una persona con discapacidad**; ya que, podía ejecutar las labores inherentes al cargo que ocupaba en la entidad demandada, lo que significa que **la accionante no se encontraba en una condición que limitara su capacidad para llevar a cabo las actividades en la forma o dentro del margen que se considera normal en el ser humano.**

También, debemos señalar que el Tribunal **inadmitió**, *“las pruebas, identificadas como prueba de informe, punto a y c, del escrito visible a foja 51 del expediente, por ser ineficaces”*, consistentes, respectivamente, en solicitar al Servicio de Salud Ocupacional a cargo de la Doctora Glydía Novoa, el resumen del historial clínico en donde conste el diagnóstico completo, estado actual de **Migdalia Yaneth Méndez Jordán**, entre otros; y requerir al Órgano Ejecutivo un informe a través del cual indique si en atención al artículo 8 de la Ley 59 de 2005, se ha procedido a reglamentar esta última (Cfr. foja 57 del expediente judicial).

Así mismo, la Sala Tercera, **no admitió** la prueba pericial solicitada por la parte actora, “*porque incumple con los requisitos de los artículos 966 y 967 del Código Judicial e igualmente, se niega porque resulta ineficaz*” y la cual tenía como propósito que por medio de la Secretaría Nacional de Discapacidad, la recurrente fuera sometida a una evaluación y se certificara el estado de discapacidad de **Méndez Jordán** (Cfr. foja 57 del expediente judicial).

Como consecuencia de todo lo anotado, esta Procuraduría estima que en el presente proceso **Migdalia Yaneth Méndez Jordán, no cumplió con su obligación de aportar nuevos elementos que sustenten su pretensión, por lo que ha faltado a su deber de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que sirven como fundamento de la acción en estudio, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial; deber al que se refirió la Sala Tercera en su Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:**

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.**

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (Lo subrayado corresponde a la Sala Tercera).

Al respecto del artículo transcrito, es **la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *‘en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’*. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *‘la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor’*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...”

De la lectura de la citada resolución judicial se infiere la importancia que reviste para la decisión del proceso, el hecho que **la recurrente cumpla con la responsabilidad de acreditar su pretensión ante el Tribunal**, de ahí que en ausencia de mayores elementos de prueba que fundamenten la demanda presentada por **Migdalia Yaneth Méndez Jordán**, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución Administrativa 3 de 6 de enero de 2015**, emitida por el Subdirector General de la Lotería Nacional de Beneficencia y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la actora.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 294-15