

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 693

**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Panamá, 27 de agosto de 2015

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción**

La Licenciada **Elga Camacho** actuando en nombre y representación de **Ixchell Keilly Águila Gutiérrez**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto 5-DDRH de 2 de enero de 2015, emitido por el **Contralor General de la República**, 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 u omisiones fundamentales de la demanda se contestan de la siguiente manera:

Primero: Es cierto; por tanto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

Segundo: No consta; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho como se expresa; 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.

II. Disposiciones jurídicas que se estiman infringidas.

La demandante alega que el acto acusado infringe los artículos 1, 2 (numeral 2), 4 y 5 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, modificada por la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, los cuales, en su orden, se refieren a la estabilidad de los trabajadores nacionales o extranjeros a quienes se le detecten enfermedades crónicas involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral;

a la definición de enfermedades involutivas, entendidas como aquellas que, antagonizan el proceso natural evolutivo del ser humano y se convierten en procesos consuntivos del organismo, tales como esclerosis múltiple, esclerodermia y miopatías del adulto; la prohibición de despedir a los trabajadores afectados salvo causa justificada y previa autorización judicial de los Juzgados Seccionales de trabajo o tratándose de funcionarios adscritos a la Carrera Administrativa, le corresponderá a la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa; y la certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas y que produzcan discapacidad laboral, será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin (Cfr. fojas 5 a 8 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 acuerdo a las constancias procesales, **Ixchell Keilly Águila Gutiérrez** fue destituida mediante la Resolución 5-DDRH de 2 de enero de 2015, expedida por el Contralor General de la República, de la posición 3078, con funciones de Subdirector Nacional de la Dirección de Auditoría General (Grado 15) (Cfr. fojas 9 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el acto administrativo en referencia, la afectada interpuso el correspondiente recurso de reconsideración, el cual fue decidido por el Contralor General de la República a través de la Resolución 38-Leg. de 21 de enero de 2015, con la que quedó agotada la vía gubernativa; razón por la que la actora ha acudido al Tribunal para interponer la acción contencioso administrativa 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 y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la institución demandada que la reintegre a sus labores, con el correspondiente pago de los salarios dejados de percibir desde el momento de la destitución hasta el restablecimiento del derecho lesionado (Cfr. fojas 2 y 3, 10 y 11 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, la recurrente alega que la autoridad nominadora ha pasado por alto que su mandante gozaba de estabilidad laboral al encontrarse amparada por la Ley 59

de 28 de diciembre de 2005, pues se trata de una servidora pública que padece de Dermatomiositis y Síndrome Miastenoide, tal como se encuentra acreditado en el expediente de personal que reposa en la Dirección de Recursos Humanos de la entidad demandada, y que sólo podía ser destituida con base en una causal de las establecidas en el Reglamento Interno (Cfr. fojas 7 a 8 del expediente judicial).

Debido a la íntima relación que se observa entre los cargos de infracción formulados en contra del acto objeto de reparo, esta Procuraduría se permite dar contestación a los mismos de manera conjunta.

Conforme puede advertir este Despacho, en el caso bajo examen **Ixchell Keilly Águila Gutiérrez**, ha quedado acreditado que la recurrente no formaba parte de la Carrera Especial de los Servidores Públicos de la entidad, tal como lo señala el decreto acusado de ilegal y el Informe de Conducta proferido por la entidad, que dicen:

Decreto /DDRH de 2 de enero de 2015

*“Que **IXCHELL KEILLY ÁGUILA GUTIERREZ**, con cédula de identidad personal núm. 8-758-61 y seguro social núm.8-758-61, fue nombrada en la Contraloría General de la República, mediante Decreto Núm.267-DDRH de 8 de junio de 2011, acto administrativo que surtió efecto a partir del 16 de junio de 2011, fecha en que tomó posesión del cargo.*

Que el Artículo 9 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, conforme fue modificado por el Artículo 89 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, establece que gozará de estabilidad el (la) servidor (a) público (a), que haya laborado en la Contraloría, a satisfacción, durante un mínimo de cinco (5) años, acorde con el proceso de selección.

*Que la servidora pública **IXCHELL KEILLY ÁGUILA GUTIÉRREZ**, no cuenta con el tiempo de antigüedad que se requiere para gozar de estabilidad dentro de la carrera Especial de los servidores públicos de la Contraloría General de la República, el cual es de cinco (5) años, según lo dispone el Artículo 9 de la Ley 32 de 1984” (Cfr. foja 9 del expediente judicial).*

Informe de Conducta

“...no contaba con el tiempo de antigüedad que se requiere para gozar de estabilidad dentro de la Carrera Especial de los Servidores Públicos de la Contraloría General de la República, el cual es de cinco (5) años y, nuestra institución dejó sin efecto el nombramiento de la demandante, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, conforme fue modificado por el artículo 89 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008” (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

Contrario a lo indicado por la demandante, las constancias que reposan en autos permiten establecer que la misma fue nombrada en virtud de la facultad discrecional que detenta la autoridad nominadora, sin que para ello se diese el concurso de méritos que exige la Contraloría General de la República; por tanto, **Ixchell Keilly Aguila Gutiérrez** no se encontraba amparada por las garantías que se reconocen a quienes pertenecen a una Carrera dentro de la función pública, entre ellas, la estabilidad en el cargo, tal como lo señala el artículo 9 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, modificado por el artículo 89 de la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, Orgánica de la Contraloría General de la República, cuyo texto reproducimos a continuación:

“Artículo 89. El artículo 9 de la Ley 32 de 1984 queda así:

Artículo 9. La estabilidad de los servidores de la Contraloría estará condicionada a la idoneidad, lealtad, antigüedad y moralidad del servicio público. Quien haya laborado en la Contraloría, a satisfacción, **durante un mínimo de cinco años, gozará de estabilidad y no podrá ser cesado más que por causas establecidas en la Ley o en el Reglamento Interno, debidamente comprobadas.** Para los efectos de esta disposición, se computarán los servicios prestados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley.

Para determinar la situación de estabilidad de sus servidores, **la Contraloría realizará un examen del estado de estos y expedirá los certificados de estabilidad respectivos a los que cumplan con los requisitos legales,** dentro de los seis meses siguientes a la promulgación de la presente Ley.” (El resaltado es de la Procuraduría)

Resulta evidente que la situación laboral de la actora es ajena a la descrita en la norma reproducida, lo que facultó al Contralor General de la República para removerla en cualquier momento de la posición que ocupaba en la entidad, tal como lo ha señalado la Sala Tercera en la Sentencia de 13 de marzo de 2004, dictada al decidir sobre el fondo de un proceso similar al que se analiza; fallo que en su parte pertinente es del siguiente tenor:

“Por consiguiente, la señora ... **no adquirió el derecho a la estabilidad de que trata el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Los requisitos para adquirir la estabilidad están claramente definidos en el artículo 9 en comento, y en el reglamento de la institución, por lo que deben ser llenados a satisfacción todos estos**

requisitos. El requisito de antigüedad o tiempo de servicio necesario para adquirir la estabilidad es tan importante y necesario como los de idoneidad, que están claramente acreditados en el expediente; no obstante, el mismo no es plenamente aplicable al momento del nombramiento de la recurrente.

Ante el desamparo de la señora ... por el derecho a la estabilidad, queda en la condición de funcionaria pública de libre nombramiento y remoción, dependiente directamente de la voluntad discrecional de la Autoridad nominadora.

Al fundamentarse la destitución en la discrecionalidad de la Autoridad nominadora, que en este caso lo es el Contralor General de la República, que entre las atribuciones del mismo se encuentran las de nombrar y remover al personal de la Institución, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes (artículo 55, literal b de la Ley 32 de 1984), **no es necesario que la destitución se haga a través de un proceso disciplinario o investigación de cargos levantados.** Sobre esta consideración no se entienden vulnerados el artículo 8 de la Ley Orgánica, que establece la investigación como requisito para la destitución ni los artículos 136-B y 87 del Reglamento Interno de la Contraloría General de la República.

El decreto de destitución es un acto de carácter particular, y va dirigido directamente a definir el estatus laboral de la demandante, y en el cual entiende afectados sus derechos subjetivos, y **se dicta fundamentándose en el hecho de que la funcionaria no se amparaba en el beneficio de la estabilidad concedido a los funcionarios de dicha Institución.** Dicho fundamento, que es el que se cuestiona, no entra en contradicción con la decisión adoptada, ya que recordemos que la remoción del personal que se ordena está condicionada a la necesidad del servicio, el perfil académico y el ejercicio efectivo de las funciones, con lo cual, luego de evaluarse estas situaciones, puede bien adoptarse la medida de destitución al no contar con estabilidad.

Por consiguiente, al dictarse el acto administrativo demandado en cumplimiento de las facultades asignadas por el artículo 55, literal b, al Contralor General de la República, de 'nombrar, sancionar, remover y cesar al personal de la institución, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes;', no puede tacharse de ilegal, ya que no contraviene norma jurídica alguna.' (... vs Contralor General de la República)"(El resaltado es de la Procuraduría).

Conforme se desprende del criterio señalado por la Sala Tercera en esta materia, para proceder a la remoción de **Ixchell Keilly Águila Gutiérrez** del cargo que ocupaba en la Contraloría General de la República, no era necesario invocar alguna causal específica ni agotar ningún

procedimiento interno, que no fuera otro que notificarla de la resolución recurrida y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, posibilitándole con ello la impugnación del acto a través del correspondiente recurso de reconsideración, tal como ocurrió en la vía gubernativa, de ahí que la decisión adoptada por el Contralor General de la República encontrara sustento en la atribución que le faculta el literal b del artículo 55 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, el cual establece la discrecionalidad para “Nombrar, sancionar, remover y cesar al personal de la institución, con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes” (Cfr. foja 17 del expediente judicial).

Por otra parte, la accionante sostiene que la entidad demandada le desconoció su condición de servidora pública con discapacidad; ya que sufre de una enfermedad crónica, involutiva, y/o degenerativa; sin embargo, dentro del expediente judicial **no consta que la actora haya acreditado ante la Contraloría General de la República, en los términos que contempla la Ley 59 de 2005, modificada por la Ley 4 de 2010, alguna prueba idónea que permita demostrar la enfermedad crónica que dice padecer**, tal como lo indica la Resolución confirmatoria número 38-Leg. de 21 de enero de 2015, emitida por la entidad, que dice: “...no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta Ley, y en el expediente de la señora IXCHELL KEILLY AGUILA GUTIERREZ, no consta dicha certificación” (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

De lo expresado, se infiere que en el proceso en estudio 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**, el cual requiere de la existencia de una certificación en la que conste que el servidor público que pretenda ampararse bajo los efectos de dicha ley, sufra de alguna de las enfermedades a las que ésta se refiere; misma que debe ser expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin.

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, la actora 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 jurisprudencia al pronunciarse en 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 una comisión interdisciplinaria a la que se refiere dicho cuerpo normativo. El pronunciamiento de la Sala Tercera 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.

...”

Conforme es posible colegir de este criterio judicial, al no mediar en el caso de **Ixchell Keilly Águila Gutiérrez** la presentación de la certificación a la que se refiere la Ley 59 de 2005, luego de su modificación por la Ley 4 de 2010, la entidad demandada podía removerla en cualquier momento, de la posición que desempeñaba, puesto que ésta no gozaba de la protección laboral que brinda la ley al no cumplir con los requisitos que ésta exige para acogerse a dicha protección, situación que nos permite establecer que el cargo de infracción que aduce el recurrente en relación con los artículos 1, 2 (numeral 2), 4 y 5 de la citada Ley 59, carecen de sustento jurídico, por lo que deben ser desestimados por la Sala Tercera.

Por las consideraciones antes expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Señores Magistrados que integran la Honorable Sala Tercera, se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL** la **Resolución 5-DDRH de 2 de enero de 2015**, emitida por el Contralor General de la República, y en consecuencia, se denieguen las demás pretensiones de la demandante.

IV. Pruebas: Con el objeto que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental, la copia debidamente autenticada del expediente de personal de **Ixchell Keilly Águila Gutiérrez**, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

V. Fundamento de Derecho. Negamos el invocado en la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretario General