

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 896

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 22 de septiembre de 2020

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Contestación de la demanda.

La Licenciada Deika Nieto Villar, quien actúa en nombre y representación de **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega**, solicita que se declare nulo, por ilegal, la Resolución de Personal 965 de 24 de octubre de 2019, emitida por la **Fiscalía General Electoral**, 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 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.

II. Normas que se aducen infringidas.

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

A. Los artículos 127, 160 y 163 del Texto Único de la Ley de Carrera Administrativa, adoptado junto con las modificaciones aprobadas por la Ley 23 de 2017 y ordenado sistemáticamente por el Decreto Ejecutivo 696 de 28 de diciembre de 2018, los cuales señalan respectivamente, los casos en que el servidor público quedará retirado de la administración; las conductas que admiten destitución directa; y que el documento que señale o certifique la acción de destitución, debe incluir la causal de hecho y de derecho por la cual se ha procedido a la destitución y los recursos legales que le asisten al servidor público destituido (Cfr. fojas 4-6 del expediente judicial); y

B. El artículo 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, modificados por la Ley 25 de 20 de abril de 2018, el cual indica que los trabajadores afectados sólo podrán ser despedidos o destituidos de sus puestos de trabajo por causa justificada y previa autorización judicial de los Juzgados Seccionales de Trabajos, o tratándose de servidores públicos, invocando para ello alguna causa prevista en la Ley (Cfr. foja 6 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.

De acuerdo con las constancias procesales, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a que se declare nula, por ilegal, la Resolución de Personal 965 de 24 de octubre de 2019, dictada por la Fiscalía General Electoral, mediante la cual declaró insubsistente y se dejó sin efecto el nombramiento de **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega**, del cargo de Trabajadora Manual I (Cfr. foja 31 del expediente judicial).

El citado acto administrativo fue impugnado a través del correspondiente recurso de reconsideración y confirmado mediante la Resolución de Personal 988-B de 6 de

noviembre de 2019, expedida por la entidad demandada, la cual le fue notificada a la accionante el 19 de noviembre de 2019 (Cfr. fojas 32-34 del expediente judicial).

En virtud de lo anterior, el 20 de enero de 2020, **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega**, por conducto de su apoderado judicial, se presentó a la Sala Tercera para interponer la demanda que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare nula, por ilegal, la Resolución de Personal 965 de 24 de octubre de 2019 y su acto confirmatorio, 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 que haya dejado de percibir durante el período de remoción (Cfr. foja 2 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, la abogada de la prenombrada manifiesta, que entre las normas infringidas se ha violado de manera directa por omisión el artículo 160 del Texto Único de la Ley de Carrera Administrativa, adoptado junto con las modificaciones aprobadas por la Ley 23 de 2017 y ordenado sistemáticamente por el Decreto Ejecutivo 696 de 28 de diciembre de 2018, toda vez que ninguna de las causales establecidas en dicho artículo, fueron alegadas para destituir a **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega** (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

Además, señala la parte actora, que de igual forma se ha violado de manera directa por omisión, el artículo 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, modificado por la Ley 25 de 20 de abril de 2018, pues la institución demandada al tener conocimiento, que **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega**, padecía de diabetes mellitus e hipertensión arterial, debió aplicar dicha norma, sin embargo, la Fiscalía General Electoral, lo que hizo fue ratificarse de la decisión de separarla definitivamente de su cargo (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

Como quiera que estos cargos de infracción están estrechamente relacionados, pasamos a contestar los mismos en forma conjunta, según se expone a continuación.

Este Despacho se opone a los argumentos expresados por la recurrente, puesto que de acuerdo con las evidencias que reposan en autos, **su remoción se basó en la facultad**

discrecional que le está atribuida a la autoridad nominadora para nombrar y remover libremente a los funcionarios que carezcan de estabilidad en el cargo por no haber ingresado al servicio público mediante un concurso de méritos o encontrarse bajo la protección de alguna ley especial; condición en la que se ubicaba la ex servidora de la Fiscalía General Electoral (Cfr. foja 30 del expediente judicial).

En ese contexto, es pertinente indicar que de la lectura de las constancias procesales, se infiere que a lo largo del procedimiento administrativo previo, **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega**, no acreditó que estuviera amparada en el régimen de Carrera Administrativa o de alguna ley especial, de ahí que fuera desvinculada del cargo que ocupaba con sustento en el artículo 134 del Código Electoral, en cuanto a las acciones de destitución de los funcionarios que laboran en la Fiscalía General Electoral, según el cual estas acciones solamente requerirán para su trámite una resolución motivada por dicha institución (Cfr. foja 31 del expediente judicial).

En este orden de ideas, igualmente es preciso indicar lo señalado en la Resolución de Personal 988-B de 6 de noviembre de 2019, confirmatoria del acto objeto de controversia “...*Por lo cual, independientemente de que el servidor público se encuentre ocupando una posición permanente, esto no le otorga estabilidad en el cargo, ya que, lo único que brinda dicha estabilidad es la Ley de carrera Administrativa y/o Leyes especiales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 300 de la Constitución Política de la República de Panamá y el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo y la propia ley que regula la Carrera Administrativa con sus modificaciones...*” (La negrita es de la institución demandada) (Cfr. foja 33 del expediente judicial).

Las normas señaladas en el párrafo previo disponen:

“**Artículo 300:** Los servidores públicos serán de nacionalidad panameña sin discriminación de raza, sexo, religión o creencia y militancia política...

Los servidores públicos se regirán por el sistema de méritos; y **la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio.**” (Lo resaltado es nuestro).

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

...
18. Remover los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución o las leyes dispongan que no son de libre remoción.” (Lo destacado corresponde a este Despacho).

Por tal motivo, es evidente que para desvincular del cargo a la ex servidora pública **no era necesario invocar causal alguna**; ya que bastaba con notificarla de la resolución recurrida 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, con lo que se agotó la vía gubernativa.

Al pronunciarse en una situación similar a la que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera en su Sentencia de 22 de julio de 2015, señaló lo siguiente:

“... ”

Por lo que, **al ocupar un cargo de status permanente, pero sin estar amparado por un régimen de estabilidad, tenía la condición de servidor público en funciones, pudiendo ser cesado su nombramiento en cualquier momento por la autoridad nominadora**, que es aquella que tiene entre sus funciones formalizar los nombramientos y las destituciones de servidores públicos, conforme a la Ley que los rige.

...Es importante esclarecer que la condición de permanencia en un cargo público no acarrea necesariamente la adquisición del derecho a la estabilidad, ya que ambas condiciones no pueden tratarse como sinónimos. **El funcionario nombrado con carácter ‘permanente’, implica que se encuentra ocupando una posición de la estructura institucional, sin que su nombramiento tenga fecha de finalización, hasta tanto adquiriera la condición de servidor de carrera, o sea desvinculado de la posición.**

Por ende, la Sala ha dicho que si **el servidor público no se encuentra amparado por el derecho a la estabilidad en el cargo, la Administración puede ejercer la facultad de resolución ‘ad nutum’; es decir, la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.**” (La negrita es nuestra).

De igual manera, vale la pena aclarar que la recurrente no gozaba de estabilidad laboral porque no era una funcionaria de carrera administrativa, siendo esto la condición tradicional que le otorga la estabilidad laboral al servidor público, una vez haya cumplido con los procedimientos individuales de ingreso, ordinarios o especiales, que le permita su eventual acreditación al puesto de carrera, incorporándose de manera ordenada y gradual y se hayan ponderado las destrezas, habilidades, competencias y necesidad de la Administración Pública.

Dentro del contexto anteriormente expresado, estimamos pertinente señalar lo indicado por la Sala Tercera en la Sentencia de 24 de julio de 2015, que dispone lo siguiente:

“Resumido el recorrido procesal de la presente causa, revisado y analizado el caudal probatorio aportado por las partes, esta Sala considera que la Resolución OIRH-082-12 de 15 de noviembre de 2012, ha desatendido **la garantía de la motivación del acto administrativo**, infringiéndose así el debido proceso administrativo. Esto es así en virtud de **que la actuación de la autoridad demandada carece de la debida explicación o razonamiento**, pues:

1. Omite motivar por qué se le aplica una causa disciplinaria al señor Renzo Sánchez, estableciendo los motivos de hecho y de derecho, que llevaron a la Administración a tomar la decisión de destituirlo, luego de comprobarse la falta en un procedimiento disciplinario, en el que se observaran las garantías procesales que le amparan.

2. Omite hacer una **explicación jurídica acerca de la facultad que dispone la autoridad para ejercer la potestad discrecional en caso de oportunidad y conveniencia** y;

3. Obvia señalar los **motivos fácticos-jurídicos que apoyan la decisión.**” (Lo resaltado es nuestro).

En abono a lo anterior, esta Procuraduría estima necesario señalar que en el caso bajo análisis **se cumplió con el principio de racionalidad y con los presupuestos de motivación consagrados en la ley y que deben caracterizar todas las actuaciones administrativas**, puesto que en **el considerando** del Decreto de Personal 965 de 24 de octubre de 2019, que constituye el acto acusado, **se establece de manera clara y precisa la**

justificación de la decisión adoptada por la institución; es decir, que la autoridad nominadora **sustentó a través de elementos fácticos jurídicos** que la desvinculación de la hoy demandante **no fue producto de la imposición de una sanción, sino de la facultad discrecional que la ley le otorga;** por lo que mal puede alegar que la resolución de personal acusada no se encuentra motivada y deviene en ilegal.

Sobre este punto, observamos que la apoderada judicial de la recurrente afirma en el hecho quinto de la demanda que *“La resolución cuya nulidad demandamos ordena declarar insubsistente y dejar sin efecto el nombramiento de mi cliente, acción de recursos humanos que no está prevista en la legislación vigente pues la misma no se incluye como causal de desvinculación de los servidores públicos, por lo que debe entenderse que trata de una destitución y como tal, no cumple con los requisitos legales para que se realice la misma pues como se ha iniciado, se trata de una servidora pública protegida por la Ley y en segundo lugar, porque no se siguieron procedimientos de investigación previa ni se le acusó, ni mucho menos se probó, que ella incurrió en alguna causa justa de despido. Tampoco se solicitó autorización previa para efectuar la destitución (Cfr. foja 3 del expediente judicial).*

Respecto a tal argumentación, consideramos de suma importancia recalcar que el acto administrativo objeto de reparo **se encuentra sustentado en la facultad discrecional de la autoridad nominadora,** que hemos desarrollado en párrafos precedentes, y no en una causal disciplinaria (Cfr. foja 31 del expediente judicial).

Al pronunciarse en una situación similar a la que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera en su Sentencia de 15 de octubre de 2015, señaló lo siguiente:

“... ”

Como queda visto, en cuanto al tema de la estabilidad, la jurisprudencia reiterada de la Sala, expone que **el derecho a la estabilidad del servidor público está comprendido como un principio básico inherente al funcionario investido por una carrera de la función pública,** regulada por una ley formal de carrera o por una ley especial que consagre los requisitos de ingreso y ascenso dentro del sistema, basado en mérito y competencia del recurso humano. **Si no es así, la disposición del cargo**

queda bajo la potestad discrecional de la Administración, y no está sujeto a un procedimiento administrativo sancionador.

Así las cosas, el cargo público quedaba a disposición de la autoridad nominadora, por lo que la Administración puede ejercer la facultad de resolución ‘*ad nutum*’, es decir, la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad. En este caso, la Administración se encuentra representada por la autoridad nominadora, quién por conducto del entonces Ministro de Obras Públicas, removió al funcionario, fundamentándose en la facultad discrecional que le atribuye la Ley; **no requiriendo la realización de un procedimiento disciplinario para ello**, reiteramos, cuando el funcionario no se encuentra bajo el amparo del derecho a la estabilidad.” (La negrita es nuestra).

En otro orden de ideas, **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega**, señala que padece de diabetes mellitus e hipertensión arterial, sobre lo cual esta Procuraduría debe advertir que el fuero laboral al que se refiere ésta en su escrito de demanda, es aquel que ampara al servidor público por razón del padecimiento de una enfermedad crónica y/o degenerativa que le produzca discapacidad laboral, la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, *“Que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involuntarias y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral.”*

Del precepto legal citado, se infiere de manera clara **la instauración de un fuero laboral para aquellos trabajadores diagnosticados con una enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa que le produzcan una discapacidad laboral**; no obstante, este Despacho advierte que en el presente negocio jurídico la accionante, si bien es cierto presentó una certificación posterior al acto acusado de ilegal, alegando que padece de hipertensión arterial y diabetes mellitus, lo cierto es que no aportó documentación demostrando que a **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega** dicha enfermedad **le produce una discapacidad laboral**; es decir, **que dicho estado de salud limite su capacidad de trabajo**.

En el marco de lo antes indicado, consideramos relevante aclarar la importancia que tiene que quien estime encontrarse amparado por el fuero laboral en comento, **acredite en debida forma los presupuestos que la misma ley consagra**, entre éstos, **la discapacidad laboral**, resaltando que este deber impuesto al funcionario de probar tales condiciones tiene por objeto determinar que, en efecto, tal padecimiento requiere de **una supervisión médica frecuente o constante de la que se pueda inferir que la accionante se encuentre mermada en el desenvolvimiento de su rutina diaria y que con el tratamiento para el control del mismo, no pueda llevar una calidad de vida normal**, siendo ésta la importancia que tiene acreditar el factor limitante para poder acceder a la protección laboral invocada.

Lo anterior nos permite concluir que en el expediente judicial **no consta que la recurrente haya acreditado ante la entidad demandada, antes que se dejara sin efecto su nombramiento y en los términos que contempla el artículo 5 de la Ley 59 de 2005, modificada por la Ley 4 de 2010, alguna prueba idónea que permita demostrar como lo hemos explicado en el párrafo que precede, que la enfermedades crónicas que dice padecer le causen discapacidad laboral.**

En efecto, el artículo 5 de la Ley 59 de 2005, modificado por la Ley 25 de 19 de abril de 2018, establece:

“**Artículo 5:** La certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, así como insuficiencia renal crónica, que produzca discapacidad laboral, será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin o por el dictamen de dos médicos especialistas idóneos del ramo. La persona mantendrá su puesto de trabajo hasta que dicha comisión dictamine su condición.”

En la situación en estudio, se observa que no existía constancia de dos (2) médicos idóneos que acreditaran la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas o degenerativas, **previa a la emisión del acto acusado de ilegal.**

En ese sentido, resulta evidente que **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega**, no presentó a la Fiscalía General Electoral, antes de la Resolución de Personal 965 de 24 de octubre de 2019, objeto de controversia, ninguna prueba que acreditara la enfermedad crónica que alega en su libelo.

De igual forma, es importante resaltar, que lo expresado en líneas anteriores, en cuanto a la enfermedad crónica que padece la actora, no guarda relación con la destitución de **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega**, ya que su cargo era de libre nombramiento y remoción (Cfr. foja 31 del expediente judicial).

Por otro lado, en cuanto al reclamo que hace la recurrente 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 **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega**, 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 el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto en los párrafos precedentes, para proceder con la remoción de la demandante, no era necesario invocar alguna causal específica ni agotar ningún procedimiento interno que no fuera otro que notificarlo 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 allí que los cargos de infracción alegados por **Kathia Elizabeth Bernal González de Ortega** deben ser desestimados por la Sala Tercera; ya que la autoridad demandada cumplió a cabalidad con

el procedimiento de rigor y de estricta legalidad, permitiéndole al accionante hacer uso de todos los recursos que le corresponden por ley.

Por todos los anteriores señalamientos, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirva declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución de Personal 965 de 24 de octubre de 2019, emitida por la Fiscalía General Electoral**, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

IV. Pruebas:

4.1. Se **objeta** por inconducente e ineficaz de acuerdo al artículo 783 del Código Judicial, el documento visible a foja 13, ya que el mismo fue presentado posterior a la emisión del acto acusado de ilegal.

4.2. Se **aduce** como prueba documental de esta Procuraduría, la copia autenticada del expediente administrativo relativo al presente caso que reposa en la institución demandada.

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

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General