

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 537

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 20 de julio de 2020

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Roberto Rivera Concepción, actuando en nombre y representación de **Ernesto Marcelo Tristán De Gracia**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 717 de 5 de septiembre de 2019, emitido por el **Ministerio de la Presidencia**, 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 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: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 14-15 del expediente judicial).

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.

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado del demandante manifiesta que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 1, 4 y 5 de la Ley 59 de 2005, modificados por la Ley 25 de 19 de abril de 2018, que señalan, respectivamente, que todo trabajador, nacional o extranjero, a

quien se le detecte enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, así como insuficiencia renal crónica, que produzcan discapacidad laboral, tiene derecho a permanecer en su puesto de trabajo; que los trabajadores afectados por las enfermedades descritas en esta ley, solo podrán ser despedidos o destituidos de sus puestos de trabajo por causa justificada; y que la certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, será expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin o por el dictamen de dos (2) médicos especialistas idóneos del ramo (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial);

B. El artículo 45-A de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, adicionado por la Ley 15 de 31 de mayo de 2016, que indica que 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 (Cfr. fojas 9-10 del expediente judicial); y

C. Los siguientes artículos de la Ley 38 de 2000:

c.1. El artículo 34, que se refiere a los principios que informan al procedimiento administrativo general (Cfr. fojas 10-11 del expediente judicial);

c.2. El artículo 155 (numeral 1), que dispone que los actos que serán motivados, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho cuando afecten derechos subjetivos (Cfr. foja 11 del expediente judicial); y

c.3. El artículo 201 (numeral 1) modificado por la Ley 45 de 27 de noviembre de 2000, que establece el significado de acto administrativo (Cfr. fojas 11-12 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.

La lectura del expediente que ocupa nuestra atención, permite establecer que mediante el Decreto de Personal 717 de 5 de septiembre de 2019, emitido por el Ministerio de la Presidencia, se procedió a dejar sin efecto el nombramiento de **Ernesto Marcelo**

Tristán De Gracia del cargo de Asistente Administrativo I, que ocupaba en esa entidad (Cfr. fojas 41-42 del expediente judicial).

Contra el acto antes descrito, el recurrente hizo uso de su derecho de defensa, presentando en tiempo oportuno un recurso de reconsideración, el cual fue objeto de la Resolución 314 de 15 de octubre de 2019, por cuyo conducto se confirmó en todas sus partes el contenido del acto inicial; decisión que le fue notificada el 30 de octubre de 2019 (Cfr. fojas 49-51 del expediente judicial).

Agotada la vía gubernativa en los términos expresados, el 26 de diciembre de 2019, **Ernesto Marcelo Tristán De Gracia**, 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 nulo, por ilegal, el Decreto de Personal 717 de 5 de septiembre de 2019; y que su representado sea reintegrado al cargo que ocupaba en el Ministerio de la Presidencia (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, la representación judicial del recurrente manifiesta que su mandante padece de insuficiencia renal crónica, enfermedad que le causó discapacidad laboral, por lo que tenía derecho a mantener su puesto de trabajo y de esto la entidad demandada tenía conocimiento (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial).

Igualmente, sostiene el abogado de **Ernesto Marcelo Tristán De Gracia**, que el acto acusado de ilegal, no contiene los hechos por los cuales se dejó sin efecto su nombramiento en el Ministerio de la Presidencia (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

Luego de analizar los argumentos expuestos por **Ernesto Marcelo Tristán De Gracia**, con el objeto de sustentar los cargos de ilegalidad formulados en contra del acto acusado, esta Procuraduría demostrará con hechos y en Derecho que no le asiste la razón. Veamos.

De acuerdo al contenido del Decreto de Personal 717 de 5 de septiembre de 2019, objeto de controversia; de la Resolución 314 de 15 de octubre de 2019, confirmatoria de aquélla; y del Informe de Conducta suscrito por el Director Administrativo del Ministerio de

la Presidencia, **no consta en el expediente de personal de Ernesto Marcelo Tristán De Gracia, que el mismo estuviese certificado como servidor público de Carrera Administrativa**, motivo por el cual el cargo que ocupaba en dicha entidad era de libre nombramiento y remoción, condición que nos permite establecer que no estaba protegido por una ley especial que le diera estabilidad (Cfr. fojas 41-42, 49-51 y 56-57 del expediente judicial).

En ese sentido, **Ernesto Marcelo Tristán De Gracia**, no aportó elementos que pudieran demostrar que el cargo que ejercía en el Ministerio de la Presidencia pertenecía al régimen de Carrera Administrativa, por lo tanto, no estaba amparado bajo ninguna ley de carrera; de allí, que se infiere que, repetimos, era un servidor público de libre nombramiento y remoción, razón por la que la entidad demandada, dejó sin efecto el puesto que ejercía en esa institución fundamentando tal decisión en el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, en el cual se consagra la facultad del Presidente de la República para remover, en cualquier momento, a los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución Política o las leyes dispongan que no son de libre remoción, circunstancia en la que de manera alguna se encontraba el accionante, de ahí que los cargos de infracción invocados carecen de sustento jurídico y deben ser desestimados por la Sala Tercera.

El ejercicio de la potestad que el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo otorga al Presidente de la República, con la participación del ministro del ramo, ha sido objeto de numerosa jurisprudencia del Tribunal. Ejemplo de la misma es la Sentencia de 29 de diciembre de 2009, en la cual la Sala Tercera se manifestó en los términos que a continuación se citan:

“Con relación al numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo, relativos a las atribuciones del Presidente de la República, debe ser desestimada toda vez que las funciones que ejerce el Presidente de la República con el Ministro del Ramo, en este caso con el Ministro de Economía y Finanzas, se encuentra señalada en el numeral 6 del artículo 184 de la Constitución Política.

En ese sentido, el precitado artículo lo faculta para nombrar, con arreglo a lo dispuesto en el Título XI, a las

personas que deban desempeñar cualesquiera cargos o empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otro funcionario o corporación, razón por la cual se constituyen en la autoridad nominadora a la que le compete no sólo su nombramiento, sino también su destitución, según lo que dispone el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo que dice:

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

1. ...

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

En atención a lo dispuesto en las citadas normas, el Presidente de la República con el Ministro de Economía y Finanzas tenían competencia plena para expedir el Decreto de Personal N° 44 de 21 de abril de 2008, por medio del cual se dispuso dejar sin efecto el nombramiento de la señora... del cargo de Jefe de Departamento de Servicios Técnicos que ocupaba en dicho Ministerio.

Esta Superioridad ha sostenido en situaciones como las que nos ocupa, que todo servidor público que ingrese a las diversas dependencias del gobierno, sin concurso de méritos o carrera administrativa son de libre nombramiento y remoción; razón por la cual, en el caso bajo examen, el Señor Presidente de la República con el refrendo del señor Ministro de Economía y Finanzas ejerció la facultad conferida por la Constitución Política.

En ese sentido, como hemos señalado en líneas anteriores, la señora... **no gozaba de estabilidad en su cargo, ya que no logró demostrar en el expediente que haya ingresado a su cargo mediante un concurso de mérito que es lo que otorgaría estabilidad en su cargo** por ser funcionario de carrera. De manera pues, que al haber sido nombrada libremente, y al no estar su estabilidad sujeta a una Ley de Carrera Administrativa, o de una ley especial en relación con funciones públicas, es potestad discrecional de la autoridad nominadora el libre nombramiento y remoción de sus miembros.

De allí entonces, que este Tribunal es del criterio que no se ha demostrado tampoco la violación de la norma invocada.” (Lo destacado es nuestro).

En este escenario, vale la pena destacar que para remover a **Ernesto Marcelo Tristán De Gracia**, del cargo que ejercía en el Ministerio de la Presidencia no era necesario recurrir a ningún procedimiento interno que no fuera otro que el de notificarle de la resolución

acusada de ilegal, y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa, permitiéndole, como en efecto se hizo, la presentación del respectivo medio de impugnación (Cfr. fojas 16-20 del expediente judicial).

De igual manera, esta Procuraduría estima necesario señalar que en el caso sub júdice **se cumplieron con los presupuestos de motivación consagrados en la ley; puesto que en la resolución acusada, 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 remoción del ahora 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 el acto administrativo objeto de reparo, no está debidamente motivado.**

En otro orden de ideas, **Ernesto Marcelo Tristán De Gracia**, señala que la actuación de la entidad demandada vulnera lo dispuesto en la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, “*Que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral*”, modificada por la Ley 25 de 19 de abril de 2018, cuerpo legal que en su artículo 1 establece lo siguiente:

“**Artículo 1:** El artículo 1 de la Ley 59 de 2005 queda así:

Artículo 1. Todo trabajador, nacional o extranjero, **a quien se le detecte enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas**, así como insuficiencia renal crónica, **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).

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, esta Procuraduría advierte que si bien el accionante aportó las copias autenticadas de las certificaciones médicas emitidas por Doctores de la Caja de Seguro Social que señalan que

el mismo padece de insuficiencia renal crónica, no se puede perder de vista que ninguno de esos documentos indican que dicha enfermedad, como explicamos, le cause **discapacidad laboral**.

En ese sentido, es importante señalar que en el Informe de Conducta suscrito por el Director Administrativo del Ministerio de la Presidencia, se dejó constancia de lo siguiente: *“...Asimismo, consta dentro del expediente nota de Salud Ocupacional de la Dirección Nacional de Salud y Seguridad Ocupacional, donde se certifica que el demandante es médicamente apto para laborar”* (Lo destacado y subrayado es nuestro) (Cfr. foja 57 del expediente judicial).

De lo anotado, se hace necesario destacar que si bien se estableció que **Ernesto Marcelo Tristán De Gracia**, padece, supuestamente de insuficiencia renal crónica, lo cierto es que esa enfermedad no le imposibilita laborar, o sea, que **no limita la capacidad de trabajo del actor**, por lo tanto, el hoy ex servidor público no puede reclamar el fuero que otorga la referida excerpta legal.

En el marco de lo antes indicado, consideramos relevante aclarar la importancia que tiene que quien estime encontrarse amparado por el fuero laboral en referencia, **acredite en debida forma y de manera previa, los presupuestos que la misma ley consagra**, resaltando que este deber impuesto al funcionario de probar tales condiciones tiene por objeto determinar que, en efecto, tales padecimientos requieren de **una supervisión médica frecuente o constante de la que se pueda inferir que el actor se encuentre mermado en el desenvolvimiento de su rutina diaria y que con el tratamiento para el control de las mismas, no pueda llevar una calidad de vida normal**.

No interpretar el reconocimiento de la protección laboral que brinda la referida ley, de la forma que hemos expuesto, conllevaría a que **cada persona trataría de acceder a dicha protección laboral de manera desmesurada**, con el pretexto de padecer de alguna enfermedad crónica, degenerativa y/o involutiva, desconociendo así la verdadera finalidad de tal disposición legal, la cual tiene por objetivo resguardar la igualdad de condiciones

laborales y el derecho al trabajo de aquellos particulares que se encuentren mermados para realizar alguna actividad en la forma o dentro del margen que se considera habitual en el ser humano.

Sobre este punto, la Sala Tercera ha sido enfática respecto a la importancia de acreditar el presupuesto de discapacidad laboral, tal como lo explicó en la Sentencia de 18 de mayo de 2018, cuyo contenido medular señala lo siguiente:

“... ”

Del contexto antes expuesto, queda claro que para obtener el fuero laboral reconocido por el artículo 1 de la Ley 59 de 2005, era imperante que la actora aportara los documentos que estimara convenientes para acreditar a la Sala que sufría de Hipertensión Arterial Crónica y una Enfermedad Degenerativa Discal **y que éstas la colocaron en un estado de discapacidad, lo cual sólo podía ser acreditado a través de sendas certificaciones emitidas por las autoridades competentes y por médicos idóneos**, ya que no basta con alegar tales padecimientos sino que éstos deben ser acreditados en el juicio. Por consiguiente, ante la ausencia de ese material probatorio es imposible que esta Corporación de Justicia acceda a lo pedido por la demandante.” (La negrita es nuestra).

Lo anterior nos permite concluir que en el expediente judicial **no consta que el recurrente haya acreditado ante la entidad demandada, antes que se dejara sin efecto su nombramiento y en los términos que contempla la Ley 59 de 2005, modificada por la Ley 25 de 19 de abril de 2018, alguna prueba idónea que permita demostrar como lo hemos explicado en los párrafos que preceden, que la enfermedad crónica que dice padecer le cause discapacidad laboral.**

Dentro de este contexto, debemos observar que no se puede perder de vista que ha quedado claro que **la destitución de Ernesto Marcelo Tristán De Gracia, obedeció al hecho que el mismo ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción y no porque el accionante padezca supuestamente de insuficiencia renal crónica, como afirma su abogado.**

Respecto a lo anotado en los párrafos anteriores, es decir, a la alegada enfermedad que supuestamente padece **Ernesto Marcelo Tristán De Gracia**, nos permitimos transcribir

la parte medular de la Sentencia de 14 de noviembre de 2018, dictada por la Sala Tercera, en la cual señaló:

“...

Consideramos que no es ilegal el acto demandado, pues, estima que aun cuando el señor...**debe probarse que la misma produce discapacidad y este hecho no fue probado ante la autoridad administrativa.**

Es conveniente destacar los aspectos y las diferencias de incapacidad y discapacidad, siendo ésta última la salvaguardada (sic) en la Ley 59 de 2005, la discapacidad laboral es ‘la incapacidad de procurarse o realizar un trabajo de acuerdo a su sexo, edad, formación y capacitación, que le permite obtener una remuneración equivalente a la que le correspondería a un trabajador no discapacitado en situación análoga’. También se define la discapacidad laboral como: ‘la pérdida de la capacidad del trabajador para desarrollar tareas de una profesión u oficio, o la imposibilidad para permanecer ocupando en cualquier empleo remunerado, debido a las propias limitaciones funcionales que causa la enfermedad’ (Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Madrid: Espasa Calpe, 1970).

...

La discapacidad laboral a la que hace referencia la norma no se refiere a padecimiento de la enfermedad, sino a la consecuencia laboral que genera el padecimiento, resulta necesario indicar que a pesar que el señor...padece una enfermedad crónica, que **no fue debidamente acreditada dentro del expediente y no consta en el expediente la pérdida de la capacidad laboral del demandante.**

Entonces, al no encontrarse amparado por la Ley 59 de 2005, el señor...era un funcionario de libre nombramiento y remoción..., siendo la potestad discrecional de la entidad nominadora que permite remover de sus cargos a los funcionarios públicos.

El fallo de esta Superioridad de 28 de enero de 2014, destaca lo siguiente:

‘Si bien es cierto, la demandante ha invocado el fuero por enfermedad crónica establecido en la Ley 59 de 2005, quedando acreditado que la misma padece de hipertensión arterial crónica, en el expediente no existe constancia probatoria alguna que acredite que dicha enfermedad le provoca discapacidad laboral’.

...

La discapacidad que ampara la Ley 59 de 2005, deber ser comprobada y en este caso no ha sucedido así. Entonces, con esta diligencia se demuestra que la incapacidad no es lo mismo que discapacidad y para que una persona se encuentre amparada en la Ley 59 de 2005, debe acreditarse la discapacidad (La negrita es nuestra).

En el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto en los párrafos precedentes, este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Decreto de Personal 717 de 5 de septiembre de 2019**, emitido por el Ministerio de la Presidencia y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones del recurrente.

IV. Pruebas.

A. Se **objeta** la admisión de los documentos visibles a fojas 28-29, 30, 31, 32 y 33 del expediente judicial, **por ineficaces** al tenor de lo dispuesto en el artículo 783 del Código Judicial; **ya que se emitieron, con fecha posterior a la desvinculación de Ernesto Marcelo Tristán De Gracia del cargo que ocupaba en el Ministerio de la Presidencia.**

En un caso similar al que se analiza, el Tribunal en el Auto de Prueba de 25 de mayo de 2016, se pronunció de la siguiente manera:

"...

No se admiten como pruebas documentales presentadas por la parte actora, de conformidad con los artículos 833 y 835 del Código Judicial las siguientes que figuran en el libelo de demanda:

...

Del escrito de pruebas presentado por el Licdo. NODIER ABDIEL POLANCO SAMUDIO (Cfr. f. 59-62 del expediente judicial):

A.-DOCUMENTALES:

1.- **No se admite la certificación médica expedida por la Caja de Seguro Social, de fecha 1 de diciembre de 2015** (Cfr. f. 63 del expediente judicial) **en donde se pretende demostrar la enfermedad crónica de la que padece el demandante, por ser posterior a la emisión del acto objeto de impugnación."**

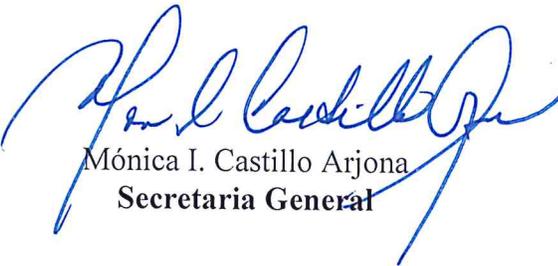
...(La negrita es de la Sala Tercera).

B. Se **aduce** como prueba de esta Procuraduría, el expediente de personal de **Ernesto Marcelo Tristán De Gracia**, que guarda relación con este caso, cuya copia autenticada aportó la entidad demandada junto con el Informe de Conducta.

V. Derecho. No se acepta el invocado por el accionante.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 1161-19