

REPÚBLICA DE PANAMÁ



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Vista Número 042

Panamá, 14 de enero de 2016

**Proceso Contencioso Administrativo
de Plena Jurisdicción**

Contestación de la demanda.

El Licenciado Francisco Rodríguez Robles, actuando en nombre y representación de **Nayra Gisela Fernández Ruíz**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución 811-A de 13 de mayo de 2015, emitida por la **Procuraduría General de la Nación**, el acto confirmatorio y que se hagan otras declaraciones.

Señor 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 el propósito 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.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 28-30 del expediente judicial).

II. Disposiciones que se aducen infringidas.

El apoderado judicial de la actora aduce la infracción de las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 44 y 348 del Código Judicial, que señalan que los Magistrados y Jueces no serán depuestos ni suspendidos o trasladados en el ejercicio de sus cargos sino en los casos y con las formalidades que disponga la Ley; y que, entre las atribuciones especiales del Procurador General de la Nación, se encuentra la de nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia, de acuerdo con la Ley (Cfr. fojas 7-10 del expediente judicial);

B. Los artículos 1 y 2 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, los que disponen que los servidores públicos al servicio del Estado nombrados de forma permanente o eventual, ya sea transitorio, contingente o por servicios especiales, con dos (2) años de servicios o más, sin que se encuentren acreditados en alguna de las carreras que establece el artículo 305 de la Constitución Política de la República, gozarán de estabilidad en su cargo y no podrán ser despedidos sin que medie alguna causa justificada prevista por la ley según las formalidades de ésta; y los funcionarios a los que no se les aplica esa (Cfr. fojas 10-13 del expediente judicial);

C. El artículo 34 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, relativo a los principios que informan al procedimiento administrativo general (Cfr. fojas 13-16 del expediente judicial);

D. El artículo 4, numeral 4, de la Ley 1 de 6 de enero de 2009, que describe a los servidores públicos que están excluidos de la Carrera del Ministerio Público (Cfr. fojas 16-17 del expediente judicial);

E. Los artículos 1 y 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, que guardan relación con el derecho que tiene todo trabajador, nacional o extranjero, a quien se le detecte enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, a mantener su puesto de trabajo en igualdad de condiciones a las que tenía antes del diagnóstico médico; y las causas por las cuales éstos pueden ser despedidos (Cfr. fojas 17-20 del expediente judicial);

F. El artículo 185, numeral 3, del Texto Único de la Ley 9 de 1994, sobre Carrera Administrativa, que establece que sólo podrán ser destituidos, por las causales previstas en la ley, hasta tres miembros de las asociaciones en formación, hasta el otorgamiento de su personería jurídica (Cfr. foja 20 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.

Según las constancias procesales, mediante la Resolución 811-A de 13 de mayo de 2015, la Procuradora General de la Nación resolvió remover del cargo de Fiscal Superior, en la Fiscalía Especializada en Delitos Contra la Propiedad Intelectual y Seguridad Informática, a la Licenciada **Nayra Gisela Fernández Ruíz**, medida que le fue notificada el 20 de mayo de 2015 (Cfr. fojas 23-24 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con la decisión anterior, la interesada presentó un recurso de reconsideración que fue resuelto mediante la Resolución número 51 de 25 de junio de 2015, que confirmó en todas sus partes la Resolución 811-A de 13 de mayo de 2015, de destitución. El acto confirmatorio le fue notificado a la actora el 17 de julio de 2015, con lo que quedó agotada la vía gubernativa (Cfr. fojas 25-27 y 28-30 del expediente judicial).

Producto de las decisiones descritas en los párrafos precedentes, la demandante **Nayra Gisela Fernández Ruíz**, ha acudido a la Sala Tercera, el 14 de septiembre de 2015, a interponer la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare nula, por ilegal, la Resolución 811-A de 13 de mayo de 2015, a través de la cual la Procuradora General de la Nación resolvió removerla del cargo de Fiscal Superior, en la Fiscalía Especializada en Delitos Contra la Propiedad Intelectual y Seguridad Informática, lo mismo que su acto confirmatorio; y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la entidad demandada que la reintegre al cargo que ocupaba, con el correspondiente pago de los salarios y demás prestaciones económicas dejadas de percibir desde el momento de su destitución hasta que se produzca el restablecimiento del derecho lesionado (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, el apoderado judicial de la recurrente afirma que la Procuraduría General de la Nación desconoció que los Fiscales tienen las mismas prerrogativas que los Magistrados y Jueces; y que, por consiguiente, esa entidad debió ceñirse a las formalidades que establece la ley, particularmente, la de Carrera del Ministerio Público y el Código Judicial, en lugar de fundamentar su decisión en el hecho que su representada se encontraba bajo el estatus de libre

nombramiento y remoción, sin que se le siguiera un procedimiento disciplinario (Cfr. fojas 7-9 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, la recurrente sostiene que el cargo de Fiscal Superior, en la Fiscalía Especializada en Delitos Contra la Propiedad Intelectual y Seguridad Informática, no es una posición que está adscrita a la inmediata dependencia de la Procuradora General de la Nación y, por tanto, no es de libre nombramiento y remoción (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

Igualmente sostiene, que la entidad demandada pasó por alto el fuero especial que protege a los trabajadores públicos y privados que padecen enfermedades crónicas; ya que le aqueja Lupus Eritematoso Sistémico- LES (Cfr. foja 15 del expediente judicial).

Dado que se encuentran relacionadas, este Despacho procede a analizar de manera conjunta las alegadas infracciones de las normas invocadas en la demanda, como sigue.

Esta Procuraduría se opone a los cargos de ilegalidad expresados en la acción en estudio, puesto que de la lectura de la resolución acusada de ilegal se infiere que la recurrente, **Nayra Gisela Fernández Ruíz**, no ingresó al servicio público mediante un concurso de méritos, ni accedió al cargo de Fiscal Superior, en la Fiscalía Especializada en Delitos Contra la Propiedad Intelectual y Seguridad Informática, mediante dicho mecanismo, puesto que su designación en dicha posición se fundamentó en el artículo 348, numeral 7, del Código Judicial que dice: *“Son atribuciones especiales del Procurador General de la Nación: ... Nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia, de acuerdo con la Ley...”* (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

En ese sentido, conviene destacar que la parte motiva del acto objeto de reparo es claro al señalar: *“Que la licenciada **NAYRA FERNÁNDEZ RUÍZ**, no es funcionaria reconocida de Carrera Judicial, por lo que su cargo es de libre nombramiento y remoción, cuya facultad es discrecional de la autoridad nominadora.”* (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

La resolución en estudio también indica: *“Que la licenciada **NAYRA FERNÁNDEZ RUÍZ**, mantiene la calidad de servidor en funciones, tal como lo establece el artículo 6 de la Ley N°1 de 6 de enero de 2009, que a la letra dice: ‘Son servidores en funciones quienes, al entrar en vigencia la presente Ley, ocupan un cargo definido como permanente, hasta que adquieran mediante los*

procedimientos establecidos la condición de servidores públicos de Carrera del Ministerio Público o se les separe de la función pública.’...” (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

Tal como se desprende de la lectura del artículo 348, numeral 7, del Código Judicial, la potestad que detenta la Procuradora General de la Nación como máxima autoridad de esa entidad, la faculta para “*remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia*”, particularmente, aquéllos cuyos cargos sean de libre remoción.

Del contenido de las normas citadas, se advierte que la demandante, **Nayra Gisela Fernández Ruíz**, no formaba parte del régimen de Carrera del Ministerio Público; por consiguiente, carecía de estabilidad en el cargo que ocupaba, por lo que estaba sujeta, en cuanto a su remoción, a la potestad de la autoridad nominadora.

Por tal motivo, para desvincular del cargo a la citada ex servidora pública no era necesario invocar causal alguna ni el agotamiento previo de ningún trámite o procedimiento de carácter disciplinario; 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 la Sentencia de 3 de mayo de 2011, señaló lo siguiente:

“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...**

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.**

...” (El resaltado es de este Despacho).

Siendo ello así, los cargos de ilegalidad relacionados con los artículos 44 y 348 del Código Judicial; el artículo 34 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; y el artículo 4, numeral 4, de la Ley 1 de 6 de enero de 2009, deben ser desestimados por la Sala Tercera.

Este Despacho observa que la actora también ha invocado el artículo 185, numeral 3, del Texto Único de la Ley 9 de 1994, sobre Carrera Administrativa, que establece que sólo podrán ser destituidos, por las causales previstas en la ley, hasta tres miembros de las asociaciones en formación, hasta el otorgamiento de su personería jurídica (Cfr. foja 20 del expediente judicial).

En relación con este tema, la Procuradora General de la Nación, en su Informe de Conducta, manifestó lo siguiente: "Respecto, a la aseveración de que **NAYRA GISELA FERNÁNDEZ RUÍZ**, se encuentra dentro de los supuestos establecidos por el artículo 185 del Texto Único de la Ley de Carrera Administrativa, relativo a la presunta existencia de un fuero para los miembros de las organizaciones de los servidores públicos, observo que es precisamente a través de esta norma, que se establece el deber de notificar o hacer entrega de los nombres de los directivos de la Asociación de Servidores a la Dirección de Carrera Administrativa; información, que según certificación de la Dirección de Recursos Humanos de la cual forma parte el Departamento de Carrera, no consta en sus archivos, ni fue aportada junto al recurso de reconsideración, certificación alguna que acredite el cargo que aduce ostentar la demandante." (Cfr. foja 48 del expediente judicial).

En nuestra opinión, lo indicado por la Procuradora General de la Nación deja sin sustento el cargo de ilegalidad fundamentado en el artículo 185, numeral 3, del Texto Único de la Ley 9 de 1994.

Por otra parte, la accionante sostiene que la entidad demandada le desconoció su condición de servidora pública que sufre de una enfermedad crónica, involutiva, y/o degenerativa, particularmente, Lupus Eritematoso Sistémico- LES; sin embargo, dentro del expediente judicial **no consta que la actora haya acreditado en la Procuraduría General de la Nación, antes de la emisión de la resolución de destitución, en los términos que contempla la Ley 59 de 2005, modificada por la Ley 4 de 2010, alguna prueba idónea que permita demostrar que la enfermedad crónica que dice padecer le causa discapacidad laboral.**

Cabe agregar, que la certificación emitida por el Doctor Antonio Cachafeiro Vilar fue emitida doce (12) días después de la confección de la resolución de destitución de **Nayra Gisela Fernández Ruíz** y la misma tampoco señala que la enfermedad crónica que la recurrente dice padecer le causa discapacidad laboral (Cfr. fojas 23 y 42 del expediente judicial).

Al respecto, el Informe de Conducta emitido por la entidad, dice, cito; *“En lo concerniente, a la supuesta existencia del amparo establecido por la Ley 59 de 3 de diciembre de 2005, que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, advierto que según lo establecido en su artículo 5, la servidora pública tenía el deber de aportar certificación médica que acreditase tal condición, así como la consecuencia laboral que genera tal padecimiento.”* (Cfr. fojas 47-48 del expediente judicial).

En dicho informe, también se indica lo siguiente: “Sin embargo, no consta en los archivos de Recursos Humanos que **NAYRA GISELA FERNÁNDEZ RUÍZ**, haya informado o aportado a su expediente, certificación médica alguna que acredite que presenta ‘Lupus Eritomatoso Sistémico (LES)’ o que al menos, haya acompañado con el recurso de reconsideración, documentación idónea donde se haga constar que presenta algún padecimiento que pudiese afectar su buen desenvolvimiento laboral, por lo que no probó oportunamente tal afirmación.” (Cfr. foja 48 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 de la Sala Tercera al pronunciarse en la 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 del Tribunal 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 ... de 7 de agosto de 2009, emitida por el Gerente General del ..., 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 **Nayra Gisela Fernández Ruíz** 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 la actora no gozaba de la protección laboral que brinda la ley al no cumplir con los requisitos que ésta exige para acogerse a dicha protección.

El escenario previamente descrito, nos permite establecer que los cargos de infracción que aduce la recurrente en relación con los artículos 1 y 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, carecen de sustento jurídico, por lo que deben ser desestimados por la Sala Tercera.

En otro contexto, esta Procuraduría considera oportuno aclarar que si bien la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, establece que los funcionarios de carácter eventual o permanente, aún aquéllos cuyos nombramientos hayan sido transitorios, con dos (2) años de servicios continuos, gozarán de estabilidad laboral en su cargo; sin embargo, **estimamos que dicha norma no puede concedérsele un alcance de carácter retroactivo**, según lo que establece el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Panamá, por no tratarse de una ley de orden público o de interés social. **Siendo que la mencionada Ley 127 de 2013 entró a regir el día 1 de abril de 2014, es a partir de entonces que debe empezar a generarse la acumulación de tiempo que le concedería a la funcionaria el derecho otorgado en su normativa**; es decir, el derecho de estabilidad por haber cumplido dos (2) años ininterrumpidos de servicios prestados por parte de los funcionarios, según lo establece el artículo 1 de la mencionada Ley 127 de 2013.

De lo anteriormente expuesto, queda claro que al no tener el tiempo requerido para tener derecho a la estabilidad aducida, la institución podía remover a **Nayra Gisela Fernández Ruíz** en cualquier momento, puesto que no estaba amparada bajo la ley invocada. En consecuencia, a nuestro criterio, no resultan aplicables al presente caso los derechos consagrados en los artículos 1 y 2 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, de ahí que dichos cargos de ilegalidad deben ser desestimados.

En virtud de lo anterior, este Despacho solicita a la Sala Tercera se sirva declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución 811-A de 13 de mayo de 2015, emitida por la Procuraduría General**

de la Nación, ni su acto confirmatorio; en consecuencia, solicitamos se desestimen las pretensiones de la actora.

IV. Pruebas: Se **aduce** como prueba documental de esta Procuraduría, la copia autenticada del expediente de personal de **Nayra Gisela Fernández Ruíz**, que ya consta en la Secretaría de la Sala Tercera.

V. Derecho: No se acepta el invocado por la demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 649-15