

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 170

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 19 de enero de 2022

Proceso Contencioso
Administrativo de
Pena Jurisdicción.
Expediente 860842021

El Licenciado Luis Rolando González González actuando en nombre y representación de Libanessa Itzela González, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal No. 472 de 13 de abril de 2021, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Salud, su acto confirmatorio y para 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 No. 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 15 y 16 del expediente judicial).

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

II. Normas que se aducen infringidas.

La demandante aduce que el acto administrativo cuya declaratoria de nulidad solicitada, infringe las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 34, 35, 52 (numeral 4) y 155 (numeral 1) de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000; normas que se refieren, respectivamente, a los principios que comprenden

al procedimiento administrativo general; la manera en que se dicten las decisiones y demás actos que celebren o adopten las entidades públicas; las causales en vicio de nulidad, en especial si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de tramites fundamentales que implique violación al debido proceso; y la necesidad de motivar los actos administrativos que afecten derechos subjetivos (Cfr. fojas 4 a 7 del expediente judicial).

B. Los artículos 43 y 45-A de la Ley No. 42 de 27 de agosto de 1999, adicionado por la Ley No. 15 de 31 de mayo de 2016, que establece entre otras cosas 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 u ocupacional; así como 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. foja 8 del expediente judicial);

C. El artículo 27 de la Ley N°25 de 10 de julio de 2007, por la cual se adoptan la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptados en Nueva York, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, el cual dispone que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre otras (Cfr. foja 9 y 10 del expediente judicial).

III. Breves antecedentes del caso.

La lectura del expediente que ocupa nuestra atención, permite establecer que mediante el Decreto de Personal No.472 de 13 de abril de 2021, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Salud, se dejó sin efecto el nombramiento de Libanessa Itzela Caballero, del cargo de Promotor Comunal que ocupaba en esa entidad (Cfr. fojas 13 y 14 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el mencionado acto administrativo, la actora interpuso el correspondiente recurso de reconsideración el cual fue decidido mediante la Resolución Administrativa No.532 de 12 de julio de 2021, misma que mantuvo en todas sus partes el acto objeto de reparo y que le fue notificada a la demandante el 15 de julio de 2021 (Cfr. fojas 15 y 16 del expediente judicial).

El 2 de septiembre de 2021, Libanessa Itzela Caballero, 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 No.472 de 13 de abril de 2021, su acto confirmatorio contenido en la Resolución Administrativa No.532 de 12 de julio de 2021; que su mandante sea reintegrada al cargo que ocupaba en esa entidad; y se le paguen los salarios dejados de percibir, así como cualquier otro emolumento al que tenga derecho desde su desvinculación hasta el momento en que se haga efectivo su restitución (Cfr. fojas 3 y 12 del expediente judicial).

IV. Argumentos de la actora.

Al sustentar su pretensión, el abogado de la recurrente manifiesta que, a su juicio, la entidad previo a su desvinculación, estaba obligada a cumplir con las normas que constituyen el debido proceso legal y el principio de estricta legalidad; así como la motivación del acto impugnado y que se debió detallar las verdaderas razones por las cuales se le deja sin efecto su nombramiento, imposibilitándole poder armar su defensa, ni mucho menos preparar sus

argumentos fácticos jurídicos lo que conlleva a la violación del Principio de Defensa (Cfr. fojas 4 a 6 del expediente judicial).

De igual manera, indica la actora que el Ministerio de Salud tenía la obligación de motivar la resolución mediante la cual se dejó sin efecto su nombramiento, afectando así derechos subjetivos, como el derecho a un trabajo digno y el derecho a recibir una remuneración por la determinada actividad que desarrollaba, poder adquirir los medicamentos de su dependiente y cumplir con los controles médicos necesarios para las enfermedades que padece su madre (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Por otro lado, señala la accionante que la autoridad demandada infringió el contenido del artículo 45 A de la Ley 15 de 31 de mayo de 2016, que reforma la Ley 42 de 1999, que establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, procediendo a desvincularla haciendo caso omiso que su madre se encuentra amparada por esta norma (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial).

V. Descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.

Luego de analizar los argumentos expuestos por Libanessa Itzela Caballero, con el objeto de sustentar los cargos de ilegalidad formulados en contra del acto acusado, este Despacho advierte que no le asiste la razón, como a continuación se expone.

5.1. Potestad discrecional y análisis sobre la desvinculación de la actora.

No compartimos los argumentos expuestos por la actora, puesto que tal como se observa, la entidad manifestó en su Nota No.2699-DMS-OAL-PJ de 19 de octubre de 2021, que: *“...la decisión de dejar sin efecto el nombramiento de la señora Libanessa Itzela Caballero, se enmarcó principalmente dentro de los funcionarios que no pertenecen a la Carrera Administrativa y durante el tiempo que desempeñó el cargo asignado en el Ministerio de Salud, no existe constancia en el expediente que demuestre que haya participado en alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 55 de la Ley No. 9 de 20 de junio*

de 1994; por lo tanto, según el glosario contenido en el artículo 2, numeral 47, su estatus dentro de la institución era de 'servidor público que no son de carrera', específicamente en la denominación de libre nombramiento y remoción, que según el numeral 49 de la misma excerta legal se define como: aquellos que trabajan como personal de secretaría, asesoría, asistencia o de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera y que, por la naturaleza de su función, están sujetos a que su nombramiento esté fundado en la confianza acarree la remoción del puesto que ocupan..." (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

En ese sentido, se señala en el acto confirmatorio contenido en la Resolución Administrativa No.532 de 12 de julio de 2021, que la desvinculación de la señora Libanessa Itzela Caballero, *se apegó a la estricta legalidad, toda vez que se fundamentó en el numeral 18 del artículo 629 y el artículo 794 del Código Administrativo*" (Cfr. foja 113 del expediente judicial).

Así también, destacamos lo ya dicho por la autoridad nominadora en su Informe de Conducta, cuando indica que: *"...En ese sentido, para adquirir el grado de estabilidad en un cargo dentro de la administración pública, es necesario haber concursado a través del sistema de méritos u oposiciones, para lo cual la entidad deberá someter a concurso determinado cargo público, con la finalidad de que el servidor compita con otras personas también interesadas, quienes deben cumplir con el procedimiento establecido por la Ley."*; *"...En el caso particular, la señora Libanessa Itzela Caballero, desde la fecha que ingresó a la institución a la fecha en que fue desvinculada (sic), no aportó al expediente de personal pruebas que acrediten que se encuentra amparada por alguna Ley Especial o que pertenezca a la Carrera Administrativa, por lo cual su categoría es de un servidor público de libre nombramiento y remoción"* (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

En esa línea de pensamiento y tal como se aprecia de las constancias procesales, en el caso de la actora Libanessa Itzela Caballero, la justificación legal establecida por el artículo

2 (numeral 47) del Texto Único de la Ley No. 9 de Junio de 1994, que regula la Carrera Administrativa, modificada por la Ley 23 de 12 de mayo de 2017, le es aplicable a la accionante, por tratarse de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, potestad que encuentra su sustento en el artículo 300 de la Constitución Política de Panamá, por ser la recurrente una servidora pública que no pertenece a ninguna carrera. Dicha norma lo establece, lo siguiente:

“Artículo 300. Los servidores públicos serán de nacionalidad panameña sin discriminación de raza, sexo, religión o creencia y militancia política. Su nombramiento y remoción no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto dispone esta Constitución. 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.” (El destacado es nuestro).

"Artículo 2. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario.

...

47. **Servidores Públicos que no son de carrera:** Son los servidores públicos no incluidos en la carrera pública establecida en la Constitución Política o creadas por la ley, y en particular los excluidos en las carreras públicas por la Constitución Política.

Los Servidores públicos que no son de carrera, se denominan así;

1. De elección popular.
2. De libre nombramiento y remoción.
3. De nombramiento regulado por la Constitución Política.
4. De selección.
5. En periodo de pruebas.
6. Eventuales.

49. **Servidores públicos de libre nombramiento y remoción.** Aquellos que trabajan como personal de secretaría, asesoría, asistencia o de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera y que, por naturaleza de su función están sujetos a que su nombramiento esté fundado en la confianza de sus superiores y a que la pérdida de dicha confianza acarree la remoción del puesto que ocupan.

...” (La negrita es nuestra).

Adicional a los artículos citados, debemos indicar que en el acto acusado de ilegal, se desprende que Libanessa Itzela Caballero, no aportó elementos que pudieran demostrar que el cargo que ejercía en el **Ministerio de Salud**, pertenecía al régimen de Carrera Administrativa, por lo tanto, no estaba amparada bajo ninguna ley de carrera; de allí, que se infiere que, repetimos, era una servidora pública de libre nombramiento y remoción, razón por la que la entidad demandada, dejó sin efecto el puesto que ocupaba en esa institución.

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 adquiera 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).

En esa misma línea, advierte este Despacho, que el acto demandado fue emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Salud, en el que se destaca que la

desvinculación se sustentó en el hecho que el Presidente de la República, quien en su calidad de máxima autoridad administrativa, se encuentra facultado para dirigir la acción administrativa nombrando y removiendo sus agentes, por lo que en ese sentido, remover o destituir a los servidores públicos de su elección, cuyos cargos sean de libre nombramiento y remoción, sin que tal situación implique la infracción de los principios del debido proceso y estricta legalidad, según se desprende del artículo 629 (numerales 3 y 18) y 794 del Código Administrativo, que establece lo que citamos a continuación:

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

...

3. Dirigir la acción administrativa nombrando y removiendo sus agentes, reformando o revocando los actos de éstos y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración.

...

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

“Artículo 794. La determinación del periodo de duración de un empleado no coarta en nada la facultad del empleado que hizo el nombramiento para removerlo, salvo expresa prohibición de la Constitución o de la ley” (Lo destacado corresponde a este Despacho).

Tal como hemos advertido y de las constancias procesales se desprende que, al momento en que fue expedido el Decreto de Personal No.472 de 13 de abril de 2021, a través del cual se resuelve dejar sin efecto el nombramiento de Libanessa Itzela Caballero, del cargo de Promotor Comunal, esta no poseía el estatus de servidora pública incorporada a la Carrera Administrativa, como alega en su demanda, de ahí que ante la ausencia del derecho a la estabilidad que amparase a la hoy demandante, el funcionario nominador no estaba obligado a iniciar un procedimiento administrativo para demostrar que la actora había incurrido en una causal de destitución, bastando en todo caso adoptar esa decisión en virtud de la facultad de libre nombramiento y remoción; lo que permitió al ministro poder emitir el acto impugnado.

Por tal motivo, para desvincular a la recurrente no era necesario invocar causal alguna, tampoco que concurrieran determinados hechos o el agotamiento de ningún trámite disciplinario; ya que bastaba con notificarla del decreto recurrido 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, y así poder acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, ya que, reiteramos, en este caso la remoción de la ahora demandante encuentra sustento en la facultad discrecional de la autoridad nominadora sobre los funcionarios que carezcan de estabilidad en el cargo, sin que ello, de ninguna manera, constituya una violación a sus garantías judiciales; por lo que solicitamos que los cargos de infracción sean desestimados por el Tribunal.

El ejercicio de la potestad que el numeral 6 del artículo 184 de la Constitución Nacional de Panamá, otorga al Presidente de la República, con la participación del ministro del ramo, ha sido objeto de numerosa jurisprudencia del Tribunal, ello, en concordancia con el artículo 629 del Código Administrativo. Tal como se quedó estipulado en la Sentencia de 25 de mayo de 2021, en la cual la Sala Tercera se manifestó en los términos que a continuación se citan:

“Cabe agregar que, en este caso, este Tribunal observa que entre las funciones que ejerce el Presidente de la República con el Ministro del ramo, se encuentra la estipulada en el artículo 184 (numeral 6) de la Constitución Política que los 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.

Así las cosas, le compete a la autoridad nominadora no solo el nombramiento, sino también su remoción, según lo dispone el artículo 629 (numeral 18) del Código Administrativo.

...

En atención a lo dispuesto en la citada norma, el Presidente de la República, en conjunto con la Ministra de Desarrollo Social, se encontraban en la plena facultad para expedir el Decreto de Personal N 0244 de 14 de octubre de 2019, por medio del cual se dejó sin efecto el nombramiento de ... del cargo de Psicóloga I que ocupaba en dicho Ministerio.

En igual línea de pensamiento, esta Superioridad ha sostenido en reiterada jurisprudencia, que todo servidor público que ingrese a las diversas dependencias del Estado, sin concurso de méritos o carrera administrativa, con excepción de los fueros o protecciones laborales que la ley reconoce, son de libre nombramiento y remoción; razón por la cual, en el caso bajo examen, el Señor Presidente de la República con el refrendo de la Ministra de Desarrollo Social, ejerció la facultad conferida por la Constitución Política y la Ley correspondiente.” (Lo destacado es nuestro).

Por otro lado, 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 Decreto de Personal No.472 de 13 de abril de 2021, 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 el decreto de personal acusado no se encuentra motivado y deviene en ilegal.

Al pronunciarse en una situación similar a la que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera en su Sentencia de 13 de diciembre de 2019, señaló lo siguiente:

“...

La decisión de la autoridad administrativa se encuentra motivada en que el cargo que ocupa... es de confianza, sujeto al libre nombramiento y remoción; por tanto, no es susceptible que se inicie un proceso administrativo disciplinario para desvincularlo de la función pública, de manera que no se configuran los alegados cargos de ilegalidad a los artículos citados del Texto Único de Carrera Administrativa.

Sobre la motivación del acto administrativo y el debido proceso, esta Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 4 de enero de 2017, expresa:

‘Ahora bien, con respecto a las violaciones al debido proceso alegadas por el demandante, se advierte que, el Decreto de Personal N°323 de 19 de agosto de 2014, emitido por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas se encuentra debidamente motivado,

estableciendo las causas de su conveniencia y oportunidad en las que se fundamenta la acción de personal impugnada, al señalar que el servidor público es de libre nombramiento y remoción, de conformidad con el Artículo 2 de la Ley 9 de 20 de junio de 1994 y por tanto, está sujeto a la remoción discrecional de la autoridad nominadora, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 629, numeral 18. Por lo que no están llamados a prosperar los cargos de violación contra las disposiciones mencionadas.

Luego del análisis realizado sobre estatus del funcionario público demandante y establecido el hecho de que no gozaba del derecho a la estabilidad en el cargo, se debe indicar que el proceso disciplinario que la parte alega fue omitido, en este caso, no es necesario seguirlo, toda vez que la desvinculación del cargo no se hace en virtud de alguna causa disciplinaria, sino en el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, por tanto, tal procedimiento no era requerido. Razón por la cual, tampoco están llamados a prosperar los cargos de violación de los artículos 156 y 157 del Texto Único de la ley 9 de 1994, relativos al procedimiento disciplinario.'

..." (La negrita es nuestra).

En esa línea de pensamiento, debemos recalcar que la motivación del acto administrativo consiste en el deber que tiene la Administración Pública de exponer los elementos fácticos jurídicos necesarios que respalden la legitimidad y validez de sus decisiones, en este caso particular, la desvinculación de Libanessa Itzela Caballero, la cual, reiteramos, estuvo debidamente sustentada en la facultad discrecional de la autoridad nominadora, de ahí que contrario a lo esbozado por la apoderada judicial de la accionante, el uso de la potestad que la ley le confiere al regente de la entidad para disponer del personal subalterno que no goza de estabilidad laboral en nada vulnera sus garantías o derechos, por lo que no se han producido las infracciones de los preceptos que se citaron como violados, máxime cuando se cumplió con el debido proceso y se le garantizó el derecho a la defensa, a probar e impugnar a través de los recursos correspondientes, de modo que no se ha configurado ninguno de los cargos de infracción alegados por la demandante.

5.2. Análisis sobre el fuero por discapacidad que manifiesta la actora al tener bajo su cuidado un familiar con discapacidad.

Por otro lado, cuando indicamos que alguien es responsable de una persona que tiene discapacidad, como es el caso de su madre que sufre o padece de enfermedad renal crónica y sordera (Hipoacusia Neurosensorial Bilateral), ya sea que tenga un minusvalía física, auditiva, visual, mental, intelectual o visceral, según lo consagrado la Ley No. 42 de 27 de agosto de 1999, en la misma se señala que para acreditar dicha condición en un individuo, la Secretaría Nacional de Discapacidad emite una certificación detallando el tipo de discapacidad y demás parámetros exigidos, tal como lo determina el artículo 2 del Decreto Ejecutivo No.74 de 14 de abril de 2015, que modifica el reglamento del procedimiento de conformación y funcionamiento de las Juntas Evaluadoras de la Discapacidad, los baremos nacionales y el procedimiento para la evaluación, valoración y certificación de la discapacidad, norma que en su contenido dispone lo siguiente:

“Artículo 2. El artículo 3 del Reglamento de las Juntas Evaluadoras de la Discapacidad queda así:

Artículo 3. La certificación de la discapacidad es el acto administrativo mediante el cual la SENADIS acredita que una persona tiene discapacidad, ya sea física, auditiva, visual, mental, intelectual o visceral; de conformidad con los parámetros y pautas establecidas en los baremos nacionales, los criterios y procedimientos legalmente establecidos.” (La negrita es nuestra).

Con respecto a lo planteado, resulta pertinente traer a colación el contenido del artículo 13 del Decreto Ejecutivo N°333 de 5 de diciembre de 2019, que reglamenta, la Ley 15 de 31 de mayo de 2016, que reforma la Ley No.42 de 1999, por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 13. Las Oficinas de Recursos Humanos de las instituciones públicas o empresas privadas, acreditarán dentro del expediente el nombre del padre, madre, cónyuge, conviviente en unión de hecho o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor o persona autorizada

por el representante legal de la persona con discapacidad, que hará uso de los permisos arriba descritos. La persona acreditada en el expediente, acompañará a la persona con discapacidad en sus citas, tratamientos, terapias, o actividades educativas relacionadas a su condición de discapacidad, que propendan a mejorar su calidad de vida y/o potenciar sus capacidades.

Se acreditarán los vínculos familiares, mediante certificados de nacimiento o certificaciones de árboles genealógicos, de igual manera, en caso de las tutelas, que deben ser otorgadas por autoridad judicial y posteriormente inscritas en el Registro Civil del Tribunal Electoral. En ese sentido, las Oficinas o Direcciones de Recursos Humanos de las instituciones públicas o empresas privadas, solicitarán al Registro Civil, las debidas certificaciones, incluso especificar la situación económica, dado el caso de requerir exoneración en la expedición de los mismos, para hacer uso oficial.

...” (El resaltado es nuestro).

Con fundamento en el principio de legalidad, la competencia por razón de la materia, desarrollada procedimentalmente en la disposición precedente, se encuentra consagrada en los numerales 9 y 10 del artículo 13 de la Ley No. 23 de 28 de junio de 2007, que crea la Secretaría Nacional de Discapacidad, a saber: "Diseñar y actualizar los baremos nacionales para la certificación de discapacidad...;" y "Valorar la discapacidad con base en los baremos nacionales, y expedir en consecuencia la acreditación correspondiente”.

Así pues, la entidad ministerial en el acto confirmatorio contenido en la Resolución Administrativa No. 532 de 12 de julio de 2021, determinó que: *“pese a que con el Recurso de Reconsideración el Apoderado Legal de la servidora pública LIBANESSA CABALLERO, manifestó que la madre de su representada, presenta problemas de Enfermedad Renal Crónica, aportando certificación Médica, calendada 23 de abril de 2021, expedida por el Médico Internista-Nefrólogo, Dr. Ernesto Alvarado, de la Policlínica Dr. Horacio Díaz Gómez, quien certifica que la señora González es una paciente trasplantada y debe asistir a citas de control con el Servicio de Nefrología; la misma no acreditó que posea la tutela o representación legal de su progenitora, o que sea la persona responsable de proveer y brindarle los cuidados a esta última.”; “Que esta aseveración, se realiza en virtud de lo*

dispuesto en el artículo 150 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyan el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...” (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 16 del expediente judicial).

En virtud a lo anterior, esta Procuraduría considera necesario destacar que de los documentos que fueron presentados por Libanessa Itzela González, relacionados con la supuesta condición que dice padecer su madre, se aprecia que en las nota de 13 de mayo de 2021 emitida por el Doctor Ernesto Alvarado, Nefrólogo Jefe de la Policlínica Dr. Horacio Díaz Gómez y la Nota de 18 de junio de 2021 emitida por la Doctora Ariadna Platañiotis C. del Centro Hospitalario Dr. Luis “Chicho” Fábrega, aunque las mismas hacen referencia a la condición de enfermedad renal crónica y al trasplante recibido, no cumplen con la formalidad establecida, en lo anteriormente descrito en los numerales 9 y 10 del artículo 13 de la Ley No. 23 de 28 de junio de 2007, que crea la Secretaría Nacional de Discapacidad es decir, certificación expedida por un médico especialista, expedida por la Secretaría Nacional de Discapacidad (SENADIS) para acreditar científica y jurídicamente su condición de discapacidad, bien sea de carácter físico, auditivo, visual, mental, intelectual o bien visceral. Elemento probatorio que tampoco sustentó y presentó durante el ejercicio de la vía gubernativa, ni forma parte de las pruebas documentales aducidas y presentadas por la accionante (Cfr. foja 17 y 18 del antecedente administrativo).

Así también, el actor presentó un Formulario DVISC-01 Resumen del Historial Clínico para personas con condición de salud de origen visceral, emitida por la Dirección Nacional de Certificaciones de la Secretaría Nacional de Discapacidad, sin embargo, debemos resaltar que la misma fue emitida a petición de parte; es decir, no fue emitida por una Comisión Evaluadora sobre el estado de discapacidad de la madre de la recurrente; como tampoco se observa la certificación de que el demandante mantiene la tutela o representación de su hijo otorgada por autoridad judicial, que pudiera servir de base para establecer su permanencia en su puesto de trabajo, según los términos de la Ley 42 de 1999 y sus

reglamentos; exigencia que resulta indispensable para poder acceder a la protección laboral que brinda el referido texto legal, lo que nos permite concluir que los cargos de infracción carecen de sustento jurídico, por lo que deben ser desestimados por la Sala Tercera.

En atención a lo plasmado en el párrafo anterior, no podemos interpretar tener el cuidado de un familiar con la tutela, ya que el término “cuidador familiar” se utiliza para describir a aquellas personas que habitualmente se encargan de ayudar en las actividades básicas de la vida diaria a mayores, enfermos o discapacitados que no pueden desempeñar estas funciones por sí mismas; normalmente, se trata de un familiar cercano, sin embargo, la tutela, requiere de una certificación médica para nombrar a un tutor, y como lo hemos señalado en líneas anteriores es otorgada por autoridad judicial y posteriormente inscrita en el Registro Civil del Tribunal Electoral.

En ese sentido, lo cierto es que en el caso que nos ocupa, la demandante no presentó documentación alguna que legitimara la certificación de la condición de discapacidad de su madre.

Debemos destacar lo señalado por la entidad mediante Nota No.2699-DMS-OAL-PJ de 19 de octubre de 2021, cuando hace alusión a lo alegado por la accionante según lo dispuesto en la Ley No. 42 de 1999, modificada por la Ley No. 15 de 2016, indicando que:

“ ...

En cuanto a lo expuesto por la demandante, respecto a la condición de salud de su madre, la Ley 15 de 31 de mayo de 2016, que reforma la Ley 42 de 1999, ‘Que establece la Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad’, mediante el artículo 54, adiciona el artículo 45-A a la Ley 42 de 1999, el cual señala lo siguiente:

‘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, salvo que el empleador o superior acredite con antelación una causal establecida en la ley que justifique la terminación de la relación laboral...’

De lo anterior se desprende que, la precitada ley, garantiza la estabilidad laboral a las personas con discapacidad, padres, madres, tutor o el representante legal de la persona con discapacidad; entendiéndose inicialmente que se debe acreditar dicha discapacidad, así como el ejercicio de la tutela respecto el discapacitado.

En consecuencia, en el caso de la señora LIBANESSA CABALLERO, no acreditó con las correspondientes pruebas, ninguno de los presupuestos enumerados en la mencionada norma, es decir, en su expediente de personal no hay constancia de que ejerza la tutela de la señora Elixia Itzela González González de Caballero, de quien indica mantiene bajo sus cuidados, por lo tanto, mal pudiéramos reconocer un derecho que no ha comprobado.

Para reforzar este planteamiento, hacemos referencia al contenido del artículo 92 de La Resolución Administrativa No.026 REC./HUM./DAL de 19 de marzo de 2001, 'Que adopta el Reglamento Interno del Ministerio de Salud', por el cual se establecen deberes de los servidores públicos, específicamente el numeral 6, que establece: *'Informar de inmediato, cualquier accidente o daño a la salud que sobrevenga durante la ejecución del trabajo, o en relación a este, así como los que puedan causar riesgo a la seguridad o salud.'*; lo anterior lo destacamos, toda vez que, era deber de la servidora pública LIBANESSA CABALELRO, poner en conocimiento del Ministerio de Salud, oportunamente, en el caso de mantener alguna condición de salud.

..." (La negrita, subrayada y cursiva es de la entidad) (Cfr. fojas 29 y 30 del expediente judicial).

VI. Pago de salarios caídos.

En ese sentido, este Despacho se opone a todos los argumentos planteados por el apoderado judicial de la actora, en virtud que el artículo 302 de la Constitución Política de la República instituye expresamente lo siguiente:

"Artículo 302: Los deberes y derechos de los servidores públicos, así como los principios para los nombramientos, ascenso, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones serán determinados por la Ley.

..." (La negrita es nuestra).

Dentro del contexto anteriormente expresado, se colige que los derechos de los servidores públicos deben ser determinados a través de la Ley, de tal suerte que el Estado sólo puede reconocer el derecho a recibir el pago de salarios caídos, cuando ello se

encuentre expresamente establecido en una ley formal; puesto que de lo contrario estaría infringiendo el principio de estricta legalidad, al cual deben ceñirse todas las actuaciones administrativas que realicen las entidades públicas.

Al pronunciarse en una situación similar a la que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera al dictar su Sentencia de 17 de septiembre de 2019, que en su parte pertinente dice así:

“...
Del examen integro de todas las circunstancias y elementos que rodean el negocio, la Sala Tercera debe señalar, en ejercicio de sus facultades legales, que en este caso en particular se circunscribe a determinar el alcance correcto de un acto de la administración con el fin prioritario de proteger de manera preventiva al principio de legalidad en los actos administrativos, que al no existir norma legal alguna que permita el pago de los salarios dejados de percibir a funcionarios de la Zona Libre de Colón y luego reintegrados a sus cargos, dicha institución no está obligada al pago de los salarios caídos en esas circunstancias y en particular en el caso del acto administrativo cuyo sentido y alcance se ha solicitado.

Como hemos podido observar en el presente caso no se cuenta con una ley que autorice este tipo de situaciones, razón por la cual este Tribunal Colegiado no puede acceder al pago de los salarios caídos que solicita la parte actora...” (Lo resaltado es nuestro).

En atención a lo indicado en la jurisprudencia antes citada, el reclamo que hace la accionante en torno al pago de los salarios caídos, no resulta viable; ya que para que ese derecho pudiera ser reconocido a favor de Libanessa Itzela González, 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.

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL el Decreto de Personal No.472 de 13 de abril de 2021, emitido el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Salud, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la accionante.

VII. Pruebas.

7.1. Se **objetan** las pruebas documentales aportadas y visibles a fojas 17-19, 22-23 del expediente judicial y la copia del expediente médico de la Caja de Seguro Social, por inconducentes al tenor del artículo 783 del Código Judicial.

7.2. Se **objetan** como pruebas documentales, las visibles a fojas 20 y 21 del expediente judicial, ya que las mismas no tienen fecha de emisión, siendo así inconducentes al caso que nos ocupa, y contrarias a lo estipulado en el artículo 783 del Código judicial.

7.3. Se **objeta** la prueba denominada de oficio a foja 12 del expediente judicial, por ser contraria a lo establecido en el artículo 784 del Código Judicial.

7.4. Se **aduce** como prueba documental de esta Procuraduría, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso.

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

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto Gonzalez Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General