

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 186

Panamá, 20 de enero de 2022

Proceso Contencioso  
Administrativo de  
Plena Jurisdicción.

Contestación de la demanda.

El Licenciado Augusto Alfredo Berrocal Berrocal actuando en nombre y representación de **Itzela Mc Bean** solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal No. 34 de 4 de febrero de 2021, emitido por el **Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Comercio e Industria**, 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 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 los 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:** No es un hecho; por tanto, se niega.

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

**Décimo Primero:** Es cierto como viene expuesto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 23 a 25 del expediente judicial).

**Décimo Segundo:** Es cierto como viene expuesto; por tanto, se acepta (Cfr. fojas 29 a 30 del expediente judicial).

**Décimo Tercero:** No es un hecho; por tanto, se niega.

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

**Décimo Quinto:** No es un hecho; por tanto, se niega.

**Décimo Sexto:** No es un hecho; por tanto, se niega.

**Décimo Séptimo:** No es un hecho; por tanto, se niega.

## **II. Normas que se aducen infringidas.**

El apoderado judicial de la demandante sostiene que el acto acusado de ilegal infringe las siguientes normas:

**A.** Los artículos 127, 153, 161 y 162 del Texto Único de la Ley No. 9 de 20 de junio de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, modificado por la Ley No. 23 de 2017, adoptado y ordenado por el Decreto Ejecutivo No. 696 de 28 de diciembre de 2018, los que indican respectivamente: los casos en los cuales quedará el servidor público retirado de la administración; el tiempo en que prescribe la persecución de las faltas administrativas; el procedimiento para recurrir al uso de las sanciones establecidas en el régimen disciplinario; señala además que la formulación de los cargos deberá ser por escrito siempre que ocurran hechos que puedan producir la destitución directa del servidor público y la presentación de un informe a la autoridad nominadora una vez concluida la investigación (Cfr. fojas 9 a 12 del expediente judicial).

**B.** Los artículos 34 y 155 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, que establecen normas que se refieren, respectivamente, a los principios que comprenden al procedimiento administrativo general; la necesidad de motivar los actos administrativos que afecten derechos subjetivos (Cfr. fojas 13 y 14 del expediente judicial).

**C.** Los artículos 172 y 182 del Decreto Ejecutivo No. 222 de 12 de septiembre de 1997, que reglamenta la Ley 9 de 1994, los que indican que la aplicación de una sanción disciplinaria

deberá ser el resultado final de un procedimiento administrativo y que no se aplicaran las mismas en los casos bajo cumplimiento de los deberes y en el ejercicio de los derechos reconocidos por ley (Cfr. foja 14 del expediente judicial).

**D.** Los artículos 88, 98 (literal d), 102 (numeral 6), 103, 104 y 105 del Reglamento Interno de Trabajo del Ministerio de Comercio e Industrias, los cuales indica la manera en que se aplicará la destitución como medida disciplinaria al servidor público de carrera administrativa; los tipos de sanciones en la comisión de faltas administrativas; los casos en que aplica la destitución por falta de máxima gravedad; así como también señala la investigación que precede a la aplicación de sanciones disciplinarias y del proceso e informe sobre la misma (Cfr. fojas 16 a 18 del expediente judicial).

**E.** El artículo 45-A de la Ley No. 42 de 27 de agosto de 1999, reformado por la Ley No. 15 de 31 de mayo de 2016, que establece 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 18 y 19 del expediente judicial)

### **III. Breves antecedentes y descargos legales de la Procuraduría de la Administración en representación de los intereses de la institución demandada.**

Según las constancias procesales, mediante el Decreto de Personal No. 34 de 4 de febrero de 2021, emitido por el **Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Comercio e Industria**, resolvió dejar sin efecto el nombramiento de **Itzela Mc Bean** del cargo que ocupaba como Secretaria Ejecutiva III, en esa entidad. Dicho acto administrativo le fue notificado a la recurrente el día 18 de febrero de 2021 (Cfr. fojas 21 y 22 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con el acto administrativo en referencia, la actora presentó un recurso de reconsideración, el cual fue decidido mediante la Resolución No. 070 de 4 de marzo de 2021, que confirma en todas sus partes el contenido de la decisión recurrida, quedando así agotada la vía gubernativa. Esta resolución le fue notificada a la recurrente el 9 de marzo de 2021 (Cfr. fojas 28 a 30 del expediente administrativo).

Una vez agotada la vía gubernativa en la forma antes descrita, la ex servidora pública ha promovido, el **22 de abril de 2021**, ante la Sala Tercera la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare que es nulo, por ilegal, el acto administrativo a través del cual se le destituyó a **Itzela Mc Bean**, del cargo que ocupaba en el **Ministerio de Comercio e Industria**, así como su acto confirmatorio, y que, como consecuencia de tal declaratoria, se ordene a la institución el reintegro al cargo que ocupaba en esa entidad; y se ordene el pago de los salarios caídos que ha dejado de percibir desde el día de su desvinculación hasta la fecha de su reintegro (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial).

#### **IV. Argumentos de la actora.**

A juicio del apoderado judicial de la recurrente, la entidad demandada incurrió en una infracción a la norma ya que para poder destituir a la hoy accionante, ésta debió haber cometido alguna causal de destitución que fuera previamente comprobada mediante un proceso disciplinario que le permitiera el derecho a la defensa y así garantizar que se cumpliera con el debido proceso (Cfr. fojas 9-12 del expediente judicial).

También, destaca la actora que el acto atacado de ilegal, dictado por la entidad debió ser emitido basado en el principio de legalidad ya que ésta estaba obligada a respetar el hecho de que la demandante mantenía una relación laboral con una antigüedad mayor de seis (6) años, por lo que se vieron afectados sus derechos subjetivos como lo son el percibir una remuneración y a ser informada de las razones de hecho y derecho por las cuales se ordenó la destitución (Cfr. fojas 13 y 14 del expediente judicial).

En esa línea, también indica la demandante que al emitirse el acto administrativo objeto de reparo, se incurrió en una violación ya que no le era dable a la autoridad nominadora aplicar la destitución puesto que esta sanción disciplinaria se da solo en el supuesto de incumplimiento a sus deberes de funcionario o alguna falta administrativa (Cfr. fojas 15-17 del expediente judicial).

Por último, reclama la demandante que ha sido violado de manera directa por omisión, el contenido del artículo 45-A de la Ley No. 42 de 1999, reformada por la Ley No. 15 de 31 de mayo de 2016, sobre la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, toda vez que no

puede ser destituida una persona bajo esta condición, salvo que previamente el empleador haya acreditado alguna causal reconocida por ley, sobretodo cuando es madre y tutora de una hija discapacitada por padecer cáncer, razón por la cual la ley la ampara (Cfr. fojas 18 y 19 del expediente judicial).

#### V. Descargos de la Procuraduría.

Luego de analizar los argumentos expuestos por el apoderado especial de **Itzela Del Carmen Mc Bean**, 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 de la desvinculación de la demandante.

Según se desprende del Decreto de Personal No. 34 de 4 de febrero de 2021, acto acusado de ilegal, la demandante, ocupaba el cargo de Secretaria Ejecutiva III, en el **Ministerio de Comercio e Industrias** y en el mismo se indicó que: *“Que el artículo 2 del Texto Único de la Ley 9 de junio de 1994, que regula la Carrera Administrativa, contiene dentro de su texto el concepto de servidor público de libre nombramiento y remoción”; “Que de acuerdo con el expediente de personal del servidor público **Itzela Del Carmen Mc Bean**..., que reposa en esta entidad gubernamental, ésta no ha sido incorporado a la Carrera Administrativa, ni posee ninguna otra condición legal que le asegure estabilidad en el cargo.”* (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

En ese sentido, se observa que en la Resolución No. 070 de 4 de marzo de 2021, acto confirmatorio, se dejó plasmado lo siguiente: *“...efectuado el análisis del expediente de personal de recursos humanos de la señora **ITZELA MC BEAN**, se corrobora que no obra en su expediente ningún documento de la Dirección de Carrera Administrativa que acredite el ingreso de la señora **MC BEAN**, al cargo, a través de algún proceso ordinario o especial de ingreso, en virtud del cual haya adquirido la condición de servidor público de carrera administrativa y en consecuencia su nombramiento era de libre nombramiento y remoción, tal como lo establece el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo...”* (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

Igualmente, de la Resolución No. 070 de 4 de marzo de 2021, a la que nos hemos referido en el párrafo que precede, se desprende, cito: "... que la condición de permanente es inherente a los puestos públicos de conformidad con el numeral 36 del artículo 2 del Decreto No. 696 de 28 de diciembre de 2018 "Que adopta el Texto Único de la Ley 9 de 1994..., que en atención a la temporalidad de la necesidad del servicio clasifica los cargos de la estructura de personal del Estado, en permanentes y temporales; **sin embargo ocupar determinado cargo público permanente no confiere, por sí solo, estabilidad en dicho puesto, ya que la estabilidad está concebida como un derecho inherente del que goza determinado servidor público porque ostenta la categoría de funcionario de carrera o carrera administrativa, la cual es un mecanismo regulado mediante ley ordinaria o especial que establece los requisitos de ingreso y ascenso dentro del sistema, basado en el mérito y la competencia del recurso humano...**" (Cfr. foja 29 del expediente judicial).

En esa línea de pensamiento y tal como se aprecia de las constancias procesales, en el caso de la prenombrada **Itzela Del Carmen Mc Bean**, la justificación legal establecida por el **artículo 2 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 recurrente ya que es facultad discrecional de la autoridad nominadora, al no tratarse de un servidora de carrera administrativa y por lo tanto no está sujeta a un procedimiento administrativo sancionador.

Lo señalado en el párrafo que antecede, encuentra su sustento el **artículo 300 de la Constitución Política de Panamá**, por ser una servidora pública que no está adscrita a ninguna carrera, tal como la norma lo establece y así fue recogido en el acto administrativo, cito:

**"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.**"

De la norma constitucional arriba citada es importante resaltar el principio de administración de personal recogido en el artículo 300 de la Constitución Política cuando señala que "...Los

servidores públicos se registrarán por el sistema de méritos...". Es fundamental señalar, que este principio alcanza a todos los servidores públicos sin excepción, que formen parte de las distintas carreras públicas instituidas por la Constitución o la Ley y así lo reconoce el artículo 305 del mismo cuerpo de normas superiores, cuando establece o crea algunas carreras públicas y señala expresamente que éstas se rigen "conforme a los principios del sistema de méritos".

En esa misma línea, el Texto Único de la Ley 9 de junio de 1994, "Que regula la Carrera Administrativa" en su artículo 2, numerales 47 y 49, establece las diferentes clasificaciones de un servidor público, al servicio de los tres órganos del Estado, lo citamos a continuación:

"**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 resaltar que en el acto acusado de ilegal, se desprende que **Itzela Del Carmen Mc Bean**, no aportó elementos que pudieran demostrar que el cargo que ejercía en el **Ministerio de Comercio e Industrias**, 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 cual la entidad demandada, dejó sin efecto el puesto que ocupaba en esa institución, indicando en el acto confirmatorio lo siguiente:

“ ...

Aunado a lo anterior, efectuado el análisis del expediente de personal de recursos humanos de la señora **ITZELA MC BEAN**, se corrobora que no obra en su expediente ningún documento de la Dirección de Carrera Administrativa que acredite el ingreso de la señora **MC BEAN**, al cargo, a través de algún proceso ordinario o especial de ingreso, en virtud del cual haya adquirido la condición de servidor público de carrera administrativa y en consecuencia su nombramiento era de libre nombramiento y remoción,

...” (Cfr. foja 28 y 29 del expediente judicial).

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 Comercio e Industrias**, 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).

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 Política de la República 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**, que establece:

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

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

...

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).

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).

De la jurisprudencia citada, se desprende que si bien la ex funcionaria ocupaba un cargo permanente dentro de la entidad ministerial, no obstante, esto no acarrea por sí solo la estabilidad laboral, por lo cual podía ser destituido en base al criterio discrecional de la entidad nominadora; y agrega que para obtener dicha condición es necesario formar parte del régimen de carrera administrativa, ya sea por concurso de méritos, ingreso automático o cualquier otra forma de ingreso que establezca la ley.

En abono a lo anterior, esta Procuraduría estima necesario señalar que en el caso bajo análisis, **se cumplió con el principio de legalidad 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. 34 de 4 de febrero 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.

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

**5.2.1.** En otro orden de ideas, la actora hace referencia a que es **madre y tutora de una hija discapacitada que padece de cáncer** y por otro lado que es **responsable de su madre que sufre de diabetes** según lo descrito en el hecho décimo quinto de la demanda y en el recurso de reconsideración por lo que, a su juicio, estaba amparada por la Ley 42 de 1999 (Cfr. foja 8 y 18 del expediente judicial).

Al respecto de lo anterior señalado por la recurrente, esta Procuraduría advierte que la misma confunde el contenido de la Ley No.59 de 2005, modificada por la Ley No. 25 de 19 de abril de 2018, que establece **el fuero laboral para aquellos funcionarios diagnosticados con una enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa que le produzcan una discapacidad laboral,** con el contenido del artículo 45-A de la Ley 42 de 1999 modificada por la Ley 15 de 2016, cuando hace referencia a 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; lo que resulta incongruente ya que mezcla la condición de su hija (discapacitada que padece de cáncer) y luego señala que es responsable de su madre (que sufre de diabetes), amparándose en ambos por una misma norma; es decir Ley 42 de 1999.

**5.2.2.** Por otro lado, **cuando indicamos que alguien es responsable de una persona que tiene discapacidad,** (como es el caso de su madre), 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 N°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).

En el marco de lo antes indicado, este Despacho debe advertir que la actora no aportó junto con **el recurso de reconsideración**, ningún informe médico sobre el diagnóstico del supuesto padecimiento de diabetes que alega tiene su madre y que le produzca discapacidad, así como

tampoco presentó la certificación de que ella mantiene la tutela de la misma, **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 que ella era la tutora de su hija ni tampoco la certificación de la condición de discapacidad de su madre.

Debemos destacar también lo señalado por la entidad mediante Nota DM-N° 480-2021 de 27 de julio 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 al argumento planteado por el apoderado legal de la señora ITZELA MC BEAN, referente a la protección laboral que confiere la Ley 42 de 1999, **al ser su madre dependiente de ella, ya que sufre una enfermedad crónica, al respecto, tal condición, no estaba acreditada en el expediente de personal, al momento de la desvinculación, ni apporto documentación alguna en la presentación del recurso de reconsideración, y no existe certificación emitida por la Oficina de Igualdad de Oportunidades y Equiparación de este Ministerio, que es la competente para evaluar este tipo de casos.**

..." (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 47 del expediente judicial).

### 5.3. 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 **Itzela Del Carmen**, 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.

En atención a las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL el Decreto de Personal No. 34 de 4 de febrero de 2021**, emitido por el **Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Comercio e Industria**, ni su acto confirmatorio y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de accionante.

IV. Pruebas: Se **aduce** como prueba documental de la Procuraduría de la Administración en representación de la entidad ministerial, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con este caso y que reposa en los archivos de la institución demandada.

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

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

  
Rigoberto González Montenegro  
Procurador de la Administración

  
María Lilla Urriola de Ardila  
Secretaria General

Expediente 366392021