

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 832

Panamá, 8 de agosto de 2016

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Alegato de Conclusión.

El Licenciado Virgilio Vásquez Pinto, quien actúa en nombre y representación de **Gladys Rafaela Ábrego Vernaza**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución Administrativa 385 de 17 de junio de 2015, emitida por la **Lotería Nacional de Beneficencia**, su acto confirmatorio y 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 artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior; oportunidad procesal que nos permite reiterar lo expresado en nuestro escrito de contestación de la demanda, al afirmar que no le asiste la razón al actor en lo que respecta a su pretensión.

Antes de emitir nuestro alegato, consideramos prudente detallar los antecedentes del proceso.

I. Antecedentes.

De acuerdo con las constancias procesales, la acción contencioso administrativa bajo examen está dirigida a obtener la declaratoria de nulidad, por ilegal, la Resolución Administrativa 385 de 17 de junio de 2015, emitida por la Lotería Nacional de Beneficencia, mediante el cual se destituyó a **Gladys Abrego**

del cargo de Jefa de Archivo I, con funciones de Jefe de Sección de Servicios Administrativos (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

Debido a su disconformidad con lo anterior, la recurrente interpuso el correspondiente recurso de reconsideración, mismo que fue decidido a través de la Resolución 2015-115 de 13 de julio de 2015, que mantuvo en todas sus partes el acto original, agotándose la vía gubernativa. Esta resolución le fue notificada al accionante el 10 de agosto de 2015 (Cfr. fojas 19 a 20 y su reverso del expediente judicial).

Razón por la cual la actora ha acudido a la Sala Tercera a interponer la acción contencioso administrativa que ocupa nuestra atención, con el objeto que se declare que es nula, por ilegal, la resolución objeto de reparo, así como su acto confirmatorio; sea integrada al cargo que ocupaba en la Lotería Nacional de Beneficencia y, por ende, se ordene el pago de los salarios que haya dejado de percibir desde su destitución hasta que se haga efectivo el reintegro (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

II. Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción.

Al sustentar su pretensión, el abogado de la recurrente indica que el despido se ejecutó sin previo levantamiento de una investigación disciplinaria, que la entidad no tuvo en cuenta que su mandante padece de diabetes mellitus tipo 2, hipertensión arterial y dislipidemia, enfermedades terminales que no le impiden trabajar pero requieren mucho cuidado y no podía ser removida del puesto que ocupaba en la Lotería Nacional de Beneficencia (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Luego de agotada la mayor parte de las etapas de este proceso, mantenemos sin mayor variante la opinión expresada en nuestra Vista 1292 de 15 de diciembre de 2015, la cual contiene la contestación de la demanda, en cuanto a

que, de las constancias procesales que reposan en autos, se observa que el acto administrativo objeto del presente análisis se dictó conforme a Derecho, por lo que los argumentos ensayados por la actora con la finalidad de demostrar su ilegalidad, carecen de sustento.

Debido a la íntima relación entre los demás cargos de infracción formulados en contra del acto acusado, esta Procuraduría se permite dar contestación a los mismos de forma conjunta, indicando, a manera de introducción, que los argumentos utilizados por la demandante como fundamento de su demanda carecen de asidero legal, según se explica a continuación.

Este Despacho observa que los argumentos expuestos por la actora no resultan viables, en razón que según las constancias en Autos la demandante se había acogido a una pensión de vejez normal, **por lo que a la entidad le correspondía aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley 43 de 2009, que modificó el artículo 134 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, la cual tiene efectos retroactivos y que establece: “...el servidor público de Carrera Administrativa que se acoja a su jubilación o pensión será desacreditado de dicho Régimen...”** (Cfr. fojas 9, 19 - 20 del expediente judicial).

En ese sentido, no hay que perder de vista que si bien **Gladys Rafaela Ábrego Vernaza** se encontraba adscrita bajo el amparo de una normativa especial; no puede olvidarse que ésta posee una fuente supletoria en el Texto Único de la Ley 9 de 1994, de ahí que resultara viable la adopción de la medida descrita en el párrafo precedente.

Lo anterior, permite establecer que la demandante quedó desacreditada de pleno derecho del régimen especial al cual pertenecía, perdiendo así el estatus de estabilidad que había adquirido como funcionaria en la entidad demandada,

ubicándola a partir de ese momento en una servidora pública de libre nombramiento y remoción.

Como quiera que bajo tales circunstancias la actora se encontraba sujeta, en cuanto a su nombramiento y remoción, a la potestad discrecional de la autoridad nominadora, en este caso la Lotería Nacional de Beneficencia, representada por su Director General, queda claro que su destitución se encuentra debidamente sustentada en la atribución que la ley pone en manos de este servidor público para adoptar este tipo de decisiones, **según lo dispone el ordinal 4 del artículo vigésimo cuarto del Decreto de Gabinete 224 de 16 de julio de 1969, para, cito: “Nombrar, trasladar y destituir a los empleados de la Institución...”**

Al pronunciarse sobre una situación similar a la que nos ocupa, la Sala Tercera en su Sentencia de 31 de enero de 2014 señaló lo siguiente:

“... ”

Por otro lado, respecto a la violación del artículo 2 de la Ley 18 de 2008, considera la Sala que tampoco se encuentra infracción alguna, ya que en ningún momento la autoridad demandada ha exigido a la demandante que renuncie al cargo que ocupaba por motivo de su jubilación, sino que **se sustenta en la facultad nominadora que posee la demandada de remover al personal de acuerdo a las disposiciones legales pertinentes, que en el caso en estudio fue el artículo 134 del texto único de la ley 9 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 43 de 30 2009 (sic), que como señalamos anteriormente, es fuente supletoria de las normas aplicables a los funcionarios de la Contraloría General.**

De igual manera, debemos señalar que el acto impugnado no ha infringido el artículo 79 en su numerales c y h del Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, **ya que como hemos señalado la demandante al acogerse a la jubilación quedaba sujeta a la aplicación de la norma contenida en el texto único de la Ley 9 de 1994, y por tanto estaba sujeta a la potestad discrecional de remoción conferida a la Contralora General.**

Por otra parte, consideramos que no se ha infringido el contenido del artículo 48 de la Ley 38 de 2000, toda vez que **en el caso en estudio la desacreditación de la demandante del régimen especial al cual pertenecía originó la pérdida de la estabilidad que tenía en la entidad demandada y pasó a ser una funcionaria de libre nombramiento y remoción, lo que permitió a la autoridad demandada emitir el acto impugnado tomando en cuenta dicha condición.**

Finalmente debemos expresar que, no se observa violación a los artículos 134 y 141 numeral 15 de la Ley 9 de 1994, toda vez que, como hemos manifestado en párrafos anteriores, en virtud del contenido del artículo 5 del texto único de **la referida normativa legal, la misma se aplicará de manera supletoria a las instituciones públicas que se rijan por leyes especiales, y por tanto era aplicable lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 43 de 2009, que modificó el artículo 134 del texto único de la ley 9 de 1994** por el cual se dejó sin efecto el nombramiento de la señora ..., en la Contraloría General de la República.

Aunado a lo antes expuesto, consideramos que es importante resaltar que **ante la ausencia del derecho a la estabilidad que amparase a la demandante, el funcionario nominador no estaba obligado a iniciar un procedimiento administrativo para demostrar que ésta había incurrido en una causal de destitución**, bastando en todo caso adoptar esa decisión en virtud de la facultad de libre nombramiento y remoción que le confiere el artículo 55 de la Ley 32 de 1984.

En consecuencia, la Sala conceptúa que no se han producido las infracciones de los preceptos que se citaron como violados, razón por la cual procede negar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL**, el Decreto Número 538-DDRH de 25 de agosto de 2011, dictado por la Contraloría General de la República, así como niega las demás pretensiones.” (El resaltado es de la Procuraduría de la Administración).

Todo lo anteriormente expuesto, permite establecer que para proceder con la remoción de **Gladys Rafaela Ábrego Vernaza** del cargo que ocupaba en la Lotería Nacional de Beneficencia, no era necesario que la Administración invocara

alguna causal específica ni agotara ningún procedimiento interno, que no fuera otro que notificarla de la resolución recurrida y brindarle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, posibilitándole con ello la impugnación del acto objeto de reparo, a través del correspondiente recurso de reconsideración, tal como ocurrió en la vía gubernativa; ya que la misma había sido desacreditada del régimen especial por haberse acogido al derecho de jubilación, de allí que los cargos de infracción alegados deben ser desestimados por el Tribunal.

En otro orden de ideas y frente a lo anotado por **Gladys Rafaela Ábrego Vernaza** en sustento de su pretensión, esta Procuraduría debe advertir que el fuero laboral al que se refiere la accionante, es aquel que ampara al servidor público por razón del padecimiento de una enfermedad crónica y/o degenerativa que le produzca discapacidad laboral, tal como lo dispone el artículo 1 de la Ley 59 de 2005, el cual expresa lo siguiente:

“Artículo 1. Todo trabajador, nacional o extranjero, a quien se le detecten enfermedades crónicas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, tiene derecho a mantener su puesto de trabajo en igualdad de condiciones a las que tenía antes del diagnóstico médico” (Lo destacado es nuestro).

A juicio de este Despacho, cuando se dejó sin efecto el nombramiento de **Ábrego Vernaza** como funcionaria de la Lotería Nacional de Beneficencia, **no reunía las condiciones para ser considerada como una persona con discapacidad**, tal como lo describe la norma antes citada; ya que, a pesar que afirma que *padece hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo 2 y dislipidemia*, **estos padecimientos no se encontraban acreditados al momento de su separación y que tales enfermedades la hayan colocado en una condición que limitara su capacidad para realizar alguna actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal en el ser humano.**

Por otra parte, este Despacho considera oportuno aclarar que en el Informe de Conducta suscrito por el Director General de la institución demandada, se señaló lo que a continuación se transcribe:

*“Además, de conformidad con la reforma al Artículo 5 de la ley precitada realizada mediante Ley 4 de 25 de febrero de 2010, la señora **Gladys Rafaela Ábrego Vernaza** no ha presentado la certificación de su condición física expedida por la comisión interdisciplinaria para estos fines y por tanto no es obligación de nuestra institución reconocer la protección que brinda esta ley.*

‘Artículo 11. El Artículo 5 de la Ley 59 de 2005 queda así:

‘Artículo 5: la certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas 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 destacado es de la entidad).

Cabe señalar en primera instancia que esta modificación no ha sido derogada por parte de la Asamblea Nacional ni declarada inconstitucional por parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por lo que se mantiene vigente a la fecha.

...”

Tal y como ya hemos visto en párrafos precedentes, para proceder a la remoción de **José A. Osorio Cedeño** no era necesario invocar alguna causal específica ni agotar ningún procedimiento interno, de allí que los cargos de infracción alegados por la demandante en relación con los artículos 134 del Texto Único de 29 de agosto de 2008, el artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, el artículo 170 de la Ley 38 de 2000, el artículo 141 (numeral 17) de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, el artículo 5 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005 y el artículo 5 del Código Civil, deben ser descartados.

IV. Actividad Probatoria.

En cuanto a la actividad probatoria del presente proceso, es necesario destacar **la escasa efectividad de los medios ensayados por la demandante** para demostrar al Tribunal la existencia de las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho en que sustenta su acción de plena jurisdicción.

En tal sentido, se observa que a través del **Auto de Pruebas 22 de 20 de enero de 2016**, se admitieron como **pruebas documentales de la demandante**, las **copias autenticadas de los siguientes documentos**: la copia autenticada de la Resolución Administrativa 385 de 17 de junio de 2015, emitida por el Director General de la Lotería Nacional de Beneficencia; la copia autenticada de la notificación de la acción de personal de destitución firmada por Gladys Ábrego Vernaza, el 22 de junio de 2015; la copia autenticada del recurso de reconsideración presentado por Gladys Ábrego Vernaza, contra la Resolución Administrativa 385 de 17 de junio de 2015; la copia autenticada de la Resolución 2015-115 de 13 de julio de 2015, emitida por el Director General de la Lotería Nacional de Beneficencia; la copia de la Nota de fecha 25 de junio de 2015, expedida por la Doctora Sharon Smith Salmon, Médico General del Departamento de Salud Laboral de la Lotería Nacional de Beneficencia; la copia autenticada de la Nota DM PJJVZ 960-2015 de 13 de agosto de 2015, expedida por la Doctora Holanda Vergara, Médico General de la Policlínica "Dr. Joaquín J. Vallarino Z."(Cfr. fojas 9 y 10; 11-18; 19 y 20; 21; y 23 del expediente judicial).

De igual manera, se advierte que por conducto de la citada resolución, el Tribunal admitió **la siguiente prueba de informe, dirigida a la Lotería Nacional de Beneficencia, mediante Oficio 1777 de 7 de julio de 2016**, a fin de que remitiera copia autenticada de todo el expediente laboral de la señora Gladys Ábrego Vernaza, **y que fue respondida a través de Nota 2016(9-01)2655 de 22 de julio de 2015** (Cfr. fojas 66 y 67 del expediente judicial).

De las constancias procesales, se desprende que **de ninguna manera se logra acreditar lo señalado por Gladys Ábrego Vernaza en sustento de su pretensión**, de ahí que este Despacho estima que el demandante no asumió en forma alguna **la carga procesal a la que se refiere el artículo 784 del Código Judicial que obliga a quien demanda a acreditar los hechos que dan sustento a su pretensión**; deber al que se refirió esa alta Corporación de Justicia en su Sentencia de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo, lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos...** Adicional a ello, consta en el expediente, **que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.**

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (El subrayado corresponde a esta Sala).

Al respecto del artículo transcrito, **es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *‘en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’.* (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *‘la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor’.* (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fé,

Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...” (Lo resaltado es nuestro).

De la lectura de los precedentes judiciales reproducidos, **se infiere la importancia que tiene que la actora de cumplir con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante la Sala Tercera**, por lo que, en ausencia de mayores elementos de prueba que den sustento a la demanda presentada por **Gladys Ábrego Vernaza**, esta Procuraduría reitera respetuosamente su solicitud a los Honorables Magistrados para que se sirvan declarar **NO ES ILEGAL la Resolución Administrativa 385 de 17 de junio de 2015**, emitido por la Lotería Nacional de Beneficencia, y en consecuencia, se desestimen las demás pretensiones de la demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 709-15