

Esta Sala es del criterio que, la pérdida de información contable de sus operaciones financieras, no es una causa justificada para no presentar la información requerida por la entidad reguladora, aunado al hecho que el Acuerdo 5-2003 "Por el cual se reglamentan las normas de conducta, registro de operaciones e información de tarifas", en sus anexos estipula en la Regla Cuarta que las casas de valores y asesores de inversiones deben organizar y controlar sus medios de forma responsable, y en consecuencia, deberán establecer los procedimientos administrativos y contables necesarios para el adecuado control de sus actividades y de sus riesgos.

De lo anterior se desprende que, es obligación del asesor de inversión evitar la pérdida de la información, lo cual constituye una falta de capacidad administrativa y técnica.

Por otra parte, la documentación que debe sustentar los estados financieros, SAAM INVESTMENTS Inc, indicó que a finales de 2006 e inició de 2007 se le extravió la caja que contenía los soportes físicos contables, no obstante, registró adecuadamente sus informes de revisión contables según los resultados de la auditoría realizada por la firma RSM Bustamante & Bustamante, quienes no hacen mención a dicha pérdida, sino señalan que se encuentra bien presentados.

Por tales razones, el asesor de inversiones no cumplió con las normas contables estipuladas en los Acuerdos No. 2-2000, Acuerdo 8-2000 que adoptan el sistema de normas internacionales de información financiera, como base para la presentación de información contable, porque existió una inadecuada revelación de los estados financieros auditados.

Por último el demandante, alega que el acto impugnado viola el contenido de los artículos 44 del Decreto Ley No. 1 de 8 de julio de 1999, y el numeral 2 del artículo 7 del Acuerdo 9-2001 de 6 de agosto de 2001, modificado por el Acuerdo 1-2004, la Sala no podrá realizar un análisis del mismo, toda vez que el demandante no explicó el concepto de infracción de dichas normas.

En consecuencia, es evidente que el acto administrativo impugnado no ha sido expedido en violación de la legislación, sino con apego a la misma. Por tanto, estima la Sala considera demostrada la legalidad de la Resolución No. 357-09 del 19 de noviembre de 2009.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES ILEGAL la Resolución No. 357-09 del 19 de noviembre de 2009, dictada por la Comisión Nacional de Valores, y niega el resto de las pretensiones.

Notifíquese,

ABEL AUGUSTO ZAMORANO
VICTOR L. BENAVIDES P. -- LUIS RAMÓN FÁBREGA SÁNCHEZ
KATIA ROSAS (Secretaria)

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN INTERPUESTA POR LA LICENCIADA ELEONORE MASCHKOWISKI, EN REPRESENTACIÓN DE ROLANDO ARTURO HOQUEE FRANCO, PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN N°0633 DE 30 DE JUNIO DE 2011, EMITIDA POR EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, LOS

ACTOS CONFIRMATORIOS Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. PONENTE: ABEL AUGUSTO ZAMORANO. PANAMÁ, DOCE (12) DE MAYO DE DOS MIL QUINCE (2015).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente: Abel Augusto Zamorano
Fecha: 12 de mayo de 2015
Materia: Acción contenciosa administrativa
Plena Jurisdicción
Expediente: 677-11

VISTOS:

La licenciada Eleonore Maschkowski, apoderada especial de Rolando Arturo Hoquee Franco, ha presentado Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°0633 de 30 de junio de 2011, expedida por el Viceministro y Presidente de la Comisión de Disciplina de la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, así como sus actos confirmatorios materializados en la Resolución No.0654 de 8 de julio de 2011 y Resolución No.0747 de 2 de agosto de 2011, y para que se hagan otras declaraciones.

I. ANTECEDENTES

Mediante el acto impugnado, la Comisión de Disciplina de la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, resolvió sancionar a Rolando Arturo Hoquee Franco a 30 días de suspensión, por comportamiento inapropiado e irrespetuoso al orden jerárquico de la Dirección de Organismos y Conferencias Internacionales y por reincidencia en faltas leves o comisión de faltas graves, lo cual le impide el ejercicio del cargo sin goce de salario por los días no laborados.

En la parte motiva del acto cuya ilegalidad se demanda se estableció que, el licenciado Rolando Arturo Hoquee Franco, en el desempeño como funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores, ha presentado un patrón de conducta en el cual ha cometido de manera reiterada la comisión de distintas faltas administrativas contempladas en el Decreto 135 de 27 de julio de 1999, lo cual ha llevado a amonestarlo de manera verbal y escrita. Se agrega que, luego de la investigación del incidente ocurrido con la señora Araminta Torres, quedó establecido que el licenciado Rolando Arturo Hoquee Franco se comprobó la causal disciplinaria, situación que motivó la decisión adoptada.

La referida resolución, fue recurrida en reconsideración y en apelación siendo confirmada en todas sus partes, mediante las resoluciones No.0654 de 8 de julio de 2011 y No.0747 de 2 de agosto de 2011, respectivamente, las cuales detallan que, el artículo 39 de la Ley 28 de 7 de julio de 1999 establece que la falta administrativa de desobediencia de las instrucciones del superior inmediato, conlleva la sanción de amonestación o suspensión y, en virtud de la gravedad de la falta cometida por el licenciado Rolando Hoquee Franco, quien incurrió en reiterados desconocimientos de las instrucciones a él impartidas, por lo que la Comisión de Disciplina procedió a la aplicación de la sanción de mayor gravedad.

La parte actora solicita sea declarado nulo el acto demandado, Resolución No.0633 de 30 de junio de 2011, emitida por la Comisión de Disciplina de la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, así como sus actos confirmatorios y la nulidad de todo lo actuado en el proceso disciplinario, y en consecuencia, se retire del expediente de personal toda documentación relativa al proceso disciplinario efectuado en su contra, así como las amonestaciones ilegítimas señaladas y que se ordene el pago de los

salarios dejados de percibir en ocasión de la sanción.

Fundamenta su pretensión en que el acto demandado infringe de manera directa por omisión el artículo 175 del Decreto Ejecutivo 135 de 27 de julio de 1999, que reglamenta el Título II de la Ley 28 de 7 de julio de 1999, por la cual se dicta la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y se establece la Carrera Diplomática y Consular. El cargo de violación se sustenta en que se tomaron en cuenta cinco memorandos con amonestaciones hechas a Rolando Hoquee Franco, de los cuales cuatro no eran aplicables y uno fue producto del ejercicio del derecho que le asiste como miembro de la Carrera Consular de recurrir contra el acto administrativo que dispuso su traslado y el cual considera que dio origen a la sanción

En esa línea de ideas señala que se violaron los numerales 1, 3, 4 y 5 de dicho artículo 175, porque no hubo denuncia formal en su contra de parte de un funcionario o tercero que manifestara taxativamente la comisión de una falta grave o muy grave que diera lugar a la convocatoria de la Comisión de Disciplina; sino que, es la Directora General de la Carrera Diplomática y Consular quien inicia el proceso a través del Informe de 16 de diciembre de 2010, en cuyo asunto señala, "Traslado de Lic. Rolando Hoquee Franco, Tercer Secretario" y, en el cual solicita al Director General de la Carrera Diplomática, llamarlo a la Comisión de Disciplina, y no es hasta el 27 de junio de 2011 que se reúne dicha comisión, es decir, seis meses después. Agrega que, se omitió notificarlo de que estaba siendo investigado, para ejercer su derecho a defensa.

También alega la infracción, en concepto de violación directa por comisión, del artículo 37 de la Ley 28 de 1999, Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y establece la Carrera Diplomática y Consular, disposición esta que establece cómo se conforma la Comisión de Disciplina, para conocer de las faltas cometidas por los funcionarios del Servicio Exterior.

Dicha infracción se sustenta en que, dos de los miembros de la Comisión, la licenciada Deus Navarro y el licenciado Tomás Guardia habían manifestado abierta y ampliamente su falta de imparcialidad en informes de 16 de diciembre de 2010 y de 1 de febrero de 2011, por razón del recurso de reconsideración interpuesto contra su traslado y una parcialidad manifiesta, a favor de la señora Araminta Torres por ser una funcionaria de mayor tiempo en la institución, con quien protagonizó un incidente; por lo que, éstos funcionario debían inhibirse de participar en la Comisión.

Otra norma que estima como violada de manera directa por comisión es el artículo 118 de la Ley 38 de 2000, que establece el procedimiento administrativo general, en sus numerales 12 y 16, norma ésta que establece las causales de impedimento de la autoridad encargada de decidir el proceso y, que en lo particular señala como causales "el haber intervenido la autoridad encargada de decidir, en la formación del acto o negocio objeto del proceso y, el hecho de ser el superior cónyuge o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del inferior cuya decisión tiene que revisar".

Este cargo de violación viene fundamentado en que, la licenciada Deus Navarro, el licenciado Tomás Guardia y el licenciado Giancarlos Candanedo, integrantes de la Comisión, fueron quienes formaron los actos preparatorios que dieron sustento a la motivación de la Resolución No.0633 de 30 de junio de 2011 demandada. Con respecto al licenciado Tomás Guardia, señala actor que, también se encontraba impedido por razón de lo establecido en el numeral 16 del artículo 118 citado, al ser su superior directo.

De igual manera se denuncia la violación directa por comisión e interpretación errónea del artículo 171 del Decreto Ejecutivo 135 de 27 de julio de 1999, que establece la clasificación de las faltas y sus sanciones de acuerdo con la gravedad. Sobre el particular expone el actor que, el último párrafo de los considerandos del acto administrativo demandado es contrario y lesivo a lo establecido en la norma, pues la actuación de la Comisión de Disciplina rebasa los límites establecidos en ella, y que constituye una guía obligada para la aplicación de las sanciones, obviándose la progresividad y proporcionalidad.

Finalmente se anuncia la violación directa por comisión del artículo 39 de la Ley 28 de 7 de julio de 1999, que establece las causales de amonestación o suspensión de los miembros del Servicio Exterior hasta por treinta días sin goce de sueldos, al utilizarse para justificar la sanción de dos faltas inexistentes que fueron aclaradas, es decir los memorandos DGCD-C-DG-154-10 de 17 de diciembre de 2010 y DGOIC/DG/073/2011 de 25 de enero de 2011, con base en las cuales se genera luego la determinación de suspenderlo por treinta días sin goce de salario.

II. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD DEMANDADA

De la demanda instaurada se corrió traslado al Presidente de la Comisión de Disciplina de la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que rindiera un informe explicativo de su actuación, el cual fue aportado el día 15 de noviembre de 2011, en el cual se expone básicamente que, mediante Memorando DGOIC/DG/099/2011, de 1 de febrero de 2011, la Dirección General de Organismos y Conferencias Internacionales solicitó la convocatoria de la Comisión de Disciplina, según lo dispuesto en el artículo 175 del Decreto Ejecutivo 135 de 27 de julio de 1999, debido a los acontecimientos suscitados entre el licenciado Rolando Arturo Hoquee Franco y la licenciada Araminta Torres, y además por los constantes llamados de atención por ausencias injustificadas e incumplimiento de trabajos asignados por su superior jerárquico, memorando que reposa como solicitud de una investigación y, con base en los Memorandos de 24 y 26 de enero de 2011, donde se presentan las alegaciones de los funcionarios en cuanto a los sucesos ocurridos, se estimó conducente la solicitud de investigación.

Se señala que se convocó a audiencia a la Comisión de Disciplina y se notifica de ello al licenciado Rolando Arturo Hoquee Franco, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 175 de Decreto Ejecutivo 135 de 27 de julio de 1999, notificación ésta que se confirma por actos posteriores realizados por el funcionario en desacuerdo con el llamado a la Comisión de Disciplina.

Agrega que la Comisión de Disciplina para la citada audiencia fue conformada por los funcionarios que en ese momento ocupaban los cargos enlistados en el artículo 37 de la Ley 28 de 7 de julio de 1999, que incluyó a los licenciados Tomás Guardia, Deus Navarro y Giancarlo Candanedo, quienes debieron ser recusados por el licenciado Rolando Arturo Hoquee Franco, si consideraba que los mismos se encontraban impedidos para conocer del procedimiento seguido en su contra, como se establece en el artículo 124 de la Ley 38 de 2000.

Explica que realizada la audiencia, donde el licenciado Rolando Hoquee Franco tuvo la oportunidad de presentar sus alegaciones y descargos, la Comisión de Disciplina emitió la Resolución No.0633 de 30 de junio de 2011, mediante la cual establece la sanción de suspensión por treinta días.

Dicha decisión fue objeto de los recursos de reconsideración y de apelación, siendo confirmada en toda sus partes, mediante la Resolución No.0654 de 8 de julio de 2011 y la Resolución No.0747 de 2 de agosto de 2011, respectivamente. Una vez se notificó la decisión al funcionario, el 10 de agosto de 2011, se ejecutoria el acto administrativo y mediante Memorando DGOIC/DG/1193/11 de 28 de octubre de 2011, notificado ese mismo día, se le comunicó la ejecución de la sanción a partir del 1 de noviembre de 2011.

Se añade en el informe que la sanción impuesta se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 39 de la ley 28 de 1999, que regula los supuestos que conllevan las sanciones de amonestación o suspensión; y en el artículo 5 de la Resolución N°0581 de 16 de junio de 2011, que regula el procedimiento de la Comisión de

Disciplina, en virtud de la gravedad de la falta cometida. Conforme a esta decisión, manifiesta que se hizo efectiva la sanción a partir del 1 de noviembre de 2011, por el término establecido en la ley.

IV. OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN.

Mediante Vista N° 046 de 20 de enero de 2012, el Procurador de la Administración encargado, solicita a la Sala, que declare que se ha producido el fenómeno jurídico denominado Sustracción de Materia, dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción interpuesto, en virtud de que no considera procedente entrar a analizar los cargos de violación de las normas, porque el acto administrativo demandado ya surtió sus efectos jurídicos al haber transcurrido el término de la sanción de suspensión impuesta a Rolando Arturo Hoquee Franco, que de acuerdo con el informe de conducta de la entidad demandada, empezó a correr desde el 1 de noviembre de 2011, encontrándose cumplida la medida, pues el actor no solicitó la suspensión del acto atacado y en consecuencia el mismo ya agotó sus efectos jurídicos, con lo cual desapareció el objeto procesal que motivó la presentación de la demanda que nos ocupa.

Al respecto, aduce que esta Sala ha señalado en fallos anteriores que el pago de salarios caídos y otras concesiones reconocidas a favor de los funcionarios al servicio del Estado, deben estar consagradas en leyes formales que los fijen, determinen y regulen, tal como lo dispone el artículo 302 de la Constitución Política que establece que, los deberes y derechos de los servidores públicos serán determinados por la Ley. En ese sentido se observa que, el artículo 42 de la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores dispone el reconocimiento de los salarios caídos solo en el evento que el miembro del servicio exterior haya sido suspendido en el ejercicio de su cargo por estar sujeto a proceso por delito doloso y fuera declarado absuelto, lo cual no es el caso del licenciado Rolando Hoquee Franco, por lo que la solicitud de salarios caídos es improcedente.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, promovida contra los actos administrativos, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 97 numeral 1 del Código Judicial.

2. Legitimación activa y pasiva

En el presente proceso, la parte demandante, lo es Rolando Hoquee Franco, como persona natural que recurre en defensa de sus derechos e intereses, contra la Resolución No.0633 de 30 de junio de 2011, dictada por la Comisión de Disciplina del Ministerio de Relaciones Exteriores, y sus actos confirmatorios, razón por la cual se encuentra legitimado para promover la acción examinada.

El acto principal demandado fue emitido por el Viceministro y Presidente de la Comisión de Disciplina del Ministerio de Relaciones Exteriores con fundamento en la Ley No.28 de 7 de julio de 1999 y el Decreto Ejecutivo No.135 de 27 de julio de 1999, lo cual lo legitima como sujeto pasivo en el presente proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción.

La Procuraduría de la Administración en la demanda de plena jurisdicción, por mandato del numeral 2 del artículo 5 de la Ley No.38 de 2000, actúa en interés y defensa de la Administración.

3. Problemas Jurídicos a resolver en la presente controversia

La nulidad de la Resolución No. 0633 de 30 de junio de 2011, dictada por la Comisión Disciplinaria del Ministerio de Relaciones Exteriores, se solicita por infracción de los artículos 37 y 39 de la Ley 28 de 1999, Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y se establece la Carrera Diplomática y Consular; artículo 118 de la Ley 38 de 200, sobre el procedimiento general administrativo; y los artículos 171 y 175, numerales 1, 3, 4 y 5, del Decreto Ejecutivo 135 de 27 de julio de 1999, que reglamenta el Título II de la Ley 28 de 1999, referente al Servicio Exterior y a la Carrera Diplomática. Las normas hacen referencia a la conformación de la Comisión Disciplinaria, las causales de amonestación, las causales de impedimentos, clasificación de las faltas y sanciones, y el procedimiento disciplinario, respectivamente.

Los cargos de violación son sustentados por la parte actora, esencialmente, alegando faltas al debido proceso disciplinario, relacionados a: la ausencia de denuncia formal en su contra; ausencia de formulación y notificación de los cargos disciplinarios imputados, situación que no le permitió ejercer su defensa; la parcialidad de algunos miembros de la Comisión de Disciplina; el incumplimiento de cuadro de sanciones, en cuanto a la progresividad y proporcionalidad; y la atribución de sanciones por faltas inexistentes de hechos debidamente justificados, utilizados para evidenciar la reincidencia.

Para resolver el fondo de los cuestionamientos planteados, procedemos a revisar la normativa vigente y aplicable al caso concreto en materia de procedimiento disciplinario dentro del Ministerio de Relaciones Exteriores y del procedimiento administrativo general, a fin de analizar y determinar si los cargos de violación contenidos en el libelo de la demanda son procedentes.

4. Cuestión Previa

Antes de adentrarnos al análisis de los cargos de violación esta Corporación de Justicia considera necesario pronunciarse respecto a la solicitud de sustracción de materia alegada por el Procurador de la Administración, quien considera que se ha producido en virtud de que el acto administrativo demandado ya surtió sus efectos jurídicos al haber transcurrido el término de treinta (30) días de suspensión al que fue sancionado Rolando Arturo Hoquee Franco, toda vez que, el mismo empezó a transcurrir el día 11 de noviembre de 2011, de acuerdo con lo expuesto por la Autoridad Administrativa en su informe de conducta.

No obstante lo anterior, la sustracción de materia como un medio anormal de extinción del proceso, esta constituido por circunstancias en que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal, por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el Tribunal emitir un pronunciamiento de mérito sobre la pretensión planteada.

En el caso que nos ocupa, la pretensión del actor es que sea declarado nulo el acto a través del cual se le impuso una sanción administrativa de suspensión del cargo, y como consecuencia de la misma solicita la restitución de los salarios dejados de percibir al ejecutarse la sanción, y que se elimine de su expediente de personal la misma, entre otras peticiones. Ante las pretensiones solicitadas no puede invocarse el fenómeno de sustracción de materia, en virtud de que es necesario que esta Superioridad emita un pronunciamiento sobre la legalidad del acto administrativo, el cual ha sido demandado, ya que, de encontrarse acreditada la ilegalidad del acto, el funcionario tendría derecho a que se elimine de su expediente laboral todo cuanto haga referencia al proceso sancionador llevado a cabo en su contra.

5. Procedimiento administrativo sancionador

En el presente caso, la situación jurídica planteada es la falta del debido procedimiento administrativo

sancionador, que dio como resultado la sanción de suspensión del cargo por el término de 30 días.

Dentro de la Administración, el Derecho Sancionador tiene como finalidad mantener el orden del sistema y sancionar aquellas conductas que incurran en la inobservancia de las acciones u omisiones que son impuestas por el ordenamiento normativo administrativo.

Para tal fin se sigue el procedimiento sancionador cuyo objeto es esclarecer y verificar de legalidad de la conducta administrativa, probar los hechos y determinar las responsabilidades susceptibles de sanción, garantizando los derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona investigada, procurando la observancia y protección tanto del orden legal como de los derechos del individuo, cuya participación en el procedimiento es esencial en procura del ejercicio de su derecho de defensa.

Por tanto, dentro del presente proceso se necesario no sólo observar la potestad sancionadora que tiene el ente estatal, sino confrontar sus actuaciones dentro del procedimiento administrativo sancionador y que las mismas se constituyan en una verdadera garantía a favor de la persona que se investiga, evitando actuaciones arbitrarias y la imposición de sanciones que no correspondan a las conductas supuestas a sanción.

En el caso que particularmente nos ocupa, merece importancia hacer énfasis que se trata de un procedimiento administrativo sancionador de carácter disciplinario, dirigido a sancionar la conducta infractora de un funcionario, que mantiene una relación laboral subordinada al poder disciplinario del Estado, que se encuentra llamado a ejercer desde el cargo que ocupa una función pública, de conformidad con las competencias requeridas en cumplimiento de los deberes inherentes de su cargo, y de los deberes y obligaciones establecidos.

En la revisión de la jurisprudencia constitucional, se aprecia que en Sentencia de 18 de febrero de 2004, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia hace referencia algunas definiciones doctrinales relativas a la potestad disciplinaria de la Administración, expresando lo siguiente:

“La facultad sancionadora de la administración no es una potestad reconocida solamente en la legislación panameña, sino que la doctrina internacional ha dedicado parte de su estudio, al tema en cuestión. Lo expuesto, se puede verificar en las citas que a continuación se detallan:

"Doctrinalmente se entiende por poder o potestad disciplinaria-llamada también punitiva o sancionadora- la capacidad o competencia que tiene la Administración para exigir obediencia y disciplina, mediante el ejercicio del mando, a los servidores públicos, en cuanto al ejercicio de la función pública que éstos desempeñan.

....

También la Administración Pública exige disciplina a los particulares. Para distinguirla, la doctrina la llama potestad correccional. Se ejerce en desarrollo del llamado 'poder de policía'.....

Tal potestad está instituida por razones de disciplina y de eficiencia en el servicio público y en el ejercicio de la función administrativa". (RODRÍGUEZ ,R Gustavo Humberto. Derecho Administrativo General, edición actualizada, Santa Fe de Bogotá, 1995).

Agrega la doctrina:

"La potestad sancionadora de la Administración es la atribución que le compete a ésta para interponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por acción de éstos contrarios a lo ordenado por la Administración.....

De lo expuesto deriva que a la potestad sancionadora se le subdivide en correctiva y disciplinaria, respectivamente según que ella se dirija al administrador o al funcionario o empleado. La potestad sancionadora, en su aspecto correctivo, es de carácter externo.....

El fundamento de la potestad sancionadora es fácilmente comprensible: la compleja labor de la Administración no podría cumplirse sin la existencia de una fuerte disciplina externa e interna; de lo contrario la Administración hallaría indefensa y condenada al desorden". (MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Quinta Edición, Buenos Aires). (Sentencia de 18 de febrero de 2004 del Pleno de la Corte Supremas de Justicia de Panamá - Advertencia De Inconstitucionalidad Presentada Econo-Finanzas, S. A. contra el artículo N36 de la Ley 59 de 29 de julio de 1996, dentro de las quejas presentadas por Melva Beitia Morales, Dario Espitia Rodríguez y otros ante la Superintendencia de Seguros y Reaseguros)

En tal sentido, se hace imprescindible que el procedimiento administrativo disciplinario se desarrolle en observancia de los principios que le son inherentes, tales como el de legalidad, tipicidad, debido proceso, proporcionalidad y congruencia de la sanción, entre otros, y siendo que el control jurisdiccional que debe ejercer esta Corporación va dirigido a revisar la actuación de la Administración, y su legitimidad, en contraste con los cargos que la parte actora ha alegado.

6. Proceso Disciplinario Establecido

En cumplimiento del principio de tipicidad, el cual exige que se establezcan normativamente las conductas que constituyen faltas e infracciones en las que puede incurrir un sujeto, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, se observa en el proceso que nos ocupa, que el marco legal del régimen disciplinario a seguir en dicha institución se encuentra regulado en la Ley 28 de 1999, Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y que establece la carrera diplomática y consular, Título II, Capítulo VI, denominado "De las Sanciones", que va del artículo 37 al 45, mismo que se encuentra reglamentado, en el Decreto de Gabinete N°135 de 27 de julio de 1999, título VIII, denominado "Régimen Disciplinario", contenido del artículo 164 al 176.

Dentro de este cuerpo normativo se dispone, en el artículo 37 de la Ley 28 de 1999, que el organismo competente para conocer de las faltas cometidas por los funcionarios del Servicio Exterior es la Comisión de Disciplina, conformada de la siguiente forma:

1. El Viceministro de Relaciones Exteriores, quien la presidirá.
2. El Director General de Relaciones Bilaterales o Multilaterales, según el caso.
3. El Director General de la Carrera Diplomática y Consular.
4. El Director de la Academia Diplomática, quien fungirá como Secretario.
5. Un miembro de la Carrera Diplomática y Consular, que tenga el mismo rango del funcionario afectado.

De la misma forma, en el artículo 44 del mismo cuerpo legal dispone las reglas a las que se deben sujetar la suspensión, cesación de funciones o destitución, realizadas en el Ministerio de Relaciones Exteriores,

siendo regulado el procedimiento a través del artículo 175 del Decreto Ejecutivo 135 de 27 de julio de 1999. El tenor de estas normas es el siguiente:

“Artículo 44. La suspensión, cesación de funciones o destitución las realizará el Ministerio de Relaciones Exteriores, con sujeción a las siguientes reglas:

1. La Comisión de Disciplina ordenará el inicio de las investigaciones sobre los hechos la cual no excederá de treinta días calendarios.
2. Si, con el informe, la Comisión de Disciplina estima que existen méritos para adoptar alguna de las medidas disciplinarias indicadas, deberá formular cargos al funcionario que se investiga, y le otorgará el término de cinco días hábiles para que se presente sus descargos y para que adjunte al escrito de contestación las pruebas que estime conducentes.
3. Una vez recibida la contestación, se señalará fecha de una audiencia para analizar las alegaciones y pruebas que presente el funcionario, quien podrá ser acompañado y asistido por un asesor.
4. Concluida la audiencia, la Comisión de Disciplina presentará al Ministro las recomendaciones sobre la sanción que corresponda, o propondrá el archivo del expediente si no hubiese mérito para ella.”

“Artículo 175. Del Procedimiento Disciplinario. Las faltas graves y muy graves que conlleven a las sanciones de suspensión, disponibilidad sin sueldo o destitución serán de conocimiento de la Comisión de Disciplina con las modalidades que a continuación se detallan:

1. Las denuncias contra un funcionario del Servicio Exterior deberán formalizarse por escrito y estar fundamentadas ante el Director General de la Carrera Diplomática y Consular quien procederá a recabar la información pertinente para determinar si proceden o no.
2. En caso de existir causal suficiente, se trasladará el caso a la Comisión de Disciplina, a fin de que se evalúe el problema y tome una decisión. De ser necesario, se ordenará una más profunda investigación por parte de la Dirección General de la Carrera Diplomática y Consular.
3. Una vez terminada la investigación, cuyo proceso no deberá exceder las dos semanas, se presentarán los resultados a la Comisión de Disciplina, la cual contará con diez días para emitir su decisión. De considerarlo conveniente la Comisión autorizará la participación de un asesor legal de la Chancillería.
4. Si procede, la Comisión notificará al funcionario de los cargos y este podrá hacerse representar legalmente, presentando por escrito pruebas o argumentos en su defensa, dentro de los ocho días siguientes a su notificación. De encontrarse en el Servicio Exterior, puede llamársele en Comisión de Servicio, si se considera pertinente. De requerir mayor tiempo para presentar elementos en su defensa, el funcionario puede solicitarlo a la Comisión de Disciplina, quien decidirá sobre el tiempo prudencia que se requiera.
5. Culminada la fase de investigación y aportadas todas las pruebas a favor o en contra, se fijará fecha para una audiencia, donde se procederá a escuchar al inculcado o a su asesor legal.
6. Concluida la audiencia, la Comisión de Disciplina contará con tres días hábiles para tomar una decisión.
7. El funcionario contará con el derecho de interponer un recurso de reconsideración ante

dicha Comisión, dentro de los siguientes cinco días hábiles.

8. En este caso, la Comisión tendrá que resolver el recurso y notificar al respecto dentro de los siguientes tres días hábiles”.

Se desprende de las normas transcritas que el procedimiento disciplinario se encuentra ampliamente regulado, disponiéndose: el organismo competente; la formalización de la denuncia contra el funcionario, por escrito; la fase de investigación y la presentación de los resultados de la investigación a través de un informe de la Comisión Disciplinaria quien deberá determinar si hay mérito para continuar con el procedimiento; la formulación de cargos y el periodo para descargos; la realización de una audiencia; la emisión de una decisión; y la oportunidad de recurrir la decisión a través de los recursos de reconsideración y apelación.

Con relación a las conductas que constituyen faltas disciplinarias, la clasificación de las faltas y las sanciones que pueden aplicarse y la asignación de las mismas a las respectivas conductas, se observan en los artículos 38, 39, 41 y 43 de la Ley 28 de 1999; reglamentados por los artículos 170 a 174 del Decreto Ejecutivo 135 de 1999.

7. Cargos de violación

Como se menciona en líneas anteriores los cargos de violación que aduce la parte actora, giran en torno a la violación al debido proceso, ante la ausencia de denuncia formal en su contra, a la ausencia de formulación y notificación de los cargos disciplinarios imputados la parcialidad de algunos miembros de la Comisión de Disciplina, el incumplimiento de cuadro de sanciones, y la atribución de sanciones por faltas inexistentes de hechos debidamente justificados, utilizados para evidenciar la reincidencia.

De la revisión de la resolución demandada, visible a foja 23 de expediente, en la parte motiva se observa que la sanción impuesta es sustentada en dos aspectos:

“Que el Licenciado ROLANDO HOQUEE FRANCO, en su desempeño como funcionario de este Ministerio ha presentado un patrón de conducta en el cual ha cometido de manera reiterada la comisión de distintas faltas administrativas contempladas en el Decreto No.135 de 27 de julio de 1999, situación que ha llevado a que se le realicen amonestaciones verbales y escritas.

Que luego de la investigación correspondiente al incidente ocurrido con la señora Araminta Torres quedo (sic) establecido que el Licenciado ROLANDO HOQUEE FRANCO se comportó de manera inapropiada e irrespetó el orden jerárquico de la Dirección General de Organismos y Conferencias Internacionales, por lo que se procedió a hacerle un llamado de atención sobre ese hecho durante la sesión de la Comisión de Disciplina.” (lo resaltado es nuestro)

Posteriormente, se hace un recuento de las sanciones que se le han aplicado al señor Hoquee y se señala que son consideradas para la determinación de la sanción, imponiéndose 30 días de suspensión, luego de manifestar que la Comisión de Disciplina fue convocada “para evaluar la conducta del funcionario”. Se aprecia que las conductas atribuidas son comisión reiterada de distintas faltas, comportamiento inapropiado e irrespeto al orden jerárquico.

Revisado el expediente administrativo que sirve de antecedente, se aprecia a foja 214, que el Director General de Organismos y Conferencias Internacionales, mediante Memorando DGOIC/DG/099/2011 de 1 de febrero de 2011, somete a consideración del Director General de la Carrera Diplomática y Consular Encargado, la necesidad de elevar el caso del funcionario Rolando Hoquee Franco a la Comisión de Disciplina, por razón de

una situación acontecida entre éste y la licenciada Araminta Torres y por los constantes llamados de atención por ausencias injustificadas e incumplimiento de trabajos asignados por su superior jerárquico, lo cual puede considerarse como denuncia formal instaurada en contra del actor, tal como lo exige el numeral 1 del artículo 175, cuya violación se alega. En dicho memorando, el Director General de Organismos y Conferencias Internacionales, presenta sus consideraciones sobre los incidentes entre Hoquee y Torres, señalando que “Respecto de las acusaciones vertidas en contra de la licenciada Torres las considero inmerecidas, la gran experiencia profesional de las señora Torres, ha sido demostrada durante tantos años de experiencia en esta Cancillería, a la cual calificaría de una persona confiable, trabajadora, que en momento de tensión agobiante ha demostrado control, firmeza y siempre respeto” (Cfr. Foja memorando que se encuentra entre fojas 221 y 222, sin foliar)

Sin embargo, en este punto es necesario observar, con relación al incidente ocurrido entre el licenciado Hoquee y la señora Araminta Torres, que quien reporta el incidente, denunciando que fue objeto de trato irrespetuosos, ante el Director General del Organismo y Conferencias Internacionales es el señor Hoquee, mediante memorando de fecha 24 de enero de 2011, presentando sus descargos la señora Torres mediante memorando de fecha 26 de enero de 2011, la cual presenta su versión de los hechos y señala igualmente trato irrespetuoso por parte del señor Hoquee. (Cfr. Fojas 196-200 del expediente administrativo)

No se aprecia en el expediente, a parte de los memorando citado, investigación alguna ni informe realizado por la Comisión Disciplinaria respecto al incidente entre Hoquee y Torres, máxime que en los memorandos relacionados se hace mención de la presencia de otras persona cuando ocurrieron los hechos.

En relación con el supuesto de infracción disciplinaria sobre el irrespeto al orden jerárquico al Director General del Organismo y Conferencias Internacionales, tampoco hay un informe elaborado por la Comisión Disciplinaria al respecto, aunque consta en el expediente, y fueron citados en la resolución dos memorandos de amonestación, numerados DGCDyD-CD-154-10 de 17 de diciembre de 2010 y DGCDyD-CD-071-2011, de 25 de enero de 2011, por las conductas descritas como negarse a cumplir la instrucción de traslado y la de incumplimiento de tareas asignadas, respectivamente, visibles en foja 189 y 212 del expediente administrativo, relacionados con una situación de traslado y la presentación de un informe, constando en el expediente que la situación de traslado había sido recurrida por el licenciado Hoquee y que había aclarado la presentación del informe de manera oportuna, situaciones que ameritaban investigación.

Tampoco consta en el expediente documento alguno mediante el cual la Comisión de Disciplina haya formulado los cargos al Licenciado Hoquee, de comisión reiterada de distintas faltas, comportamiento inapropiado e irrespeto al orden jerárquico, señalándole el término para contestar los mismos.

Consta en el expediente administrativo que el señor Hoque remite al Vice Ministro de Relaciones Exteriores, quien preside la Comisión Disciplinaria, nota fechas el 20 de junio de 2011, presentada ese mismo día, en respuesta a nota DGCDyC-DC-004/2011 de 13 de junio de 2011, que refiere le fue notificada el 16 de junio, donde se le invita a una reunión el 27 de junio de 2011 en su Despacho, señalándole que en esa reunión “se dará consideraciones al incidente suscitado en la Dirección General de Organismos y Conferencias Internacionales con la licenciada Araminta Torres y sobre la respuesta de la funcionaria a la denuncia presentada” por su él el 24 de enero de 2011; y que “de conformidad con lo establecido en el artículo 173 del Decreto Ejecutivo 173 del Decreto Ejecutivo 135 e 27 de julio de 1999, que la Comisión de Disciplina ha decidido hacer una evaluación completa de mi expediente en vista de que en el mismo reposan denuncias

contra mi persona por faltas cometidas y ausencias injustificadas, entre otras.” Cabe resaltar, que la nota DGCDyC-DC-004/2011 de 13 de junio de 2011, mediante la cual se cita al señor Hoquee a una reunión el 27 de junio de 2011, no consta en el expediente administrativo, y la misma no puede ser considerada como una formulación de cargos. (Cfr. Expediente administrativo, la nota no se encuentra foliada)

En el expediente administrativo, sin número de folio, consta el Acta de Reunión de la Comisión de Disciplina con relación al Licenciado Rolano Hoquee Franco, Tercer Secretario de Carrera Diplomática y Consular, realizada el 27 de junio de 2011, en donde se señala que se lleva a cabo “con la finalidad de evaluar las quejas que se han presentado contra el licenciado ROLANO HOQUEE FRANCO...” Con respecto a la presencia del señor Hoque en la reunión, pese a ser citado, se señala que “la Comisión dio cortesía de sala al señor ROLANDO HOQUEE FRANCO” y “le solicita que sea respetuoso y le explica las motivaciones de otorgarle cortesía de sala para que explique las ausencias y conflictos con compañeros que han sido reportados por distintas unidades administrativa de la Chancillería en las que ha laborado.”

En este punto es de lugar hacer mención, que de forma alguna la reunión realizada el día 27 de junio de 2011 puede ser considerada como una audiencia, en primer lugar, porque no se le formularon cargos al licenciado Hoquee de los cuales pudiera presentar sus descargos previamente y alegar y ejercer defensa en dicha reunión; y en segundo lugar, porque en la reunión se le señala al licenciado Hoquee que se le está dando una cortesía de sala, situación que denota no fue citado a presentar descargos y ejercer su defensa. Llama la atención, que en el incidente con la señora Torres, pese a ser el señor Hoquee quien presenta la queja contra la funcionaria, la responsabilidad de lo sucedido le es imputada a él y la señora Torres es citada sólo como testigo.

Finalmente, la Comisión delibera, decide la sanción y se ordena la confección de la resolución respectiva, que corresponde al acto demandado. En el acta el licenciado Tomás Guardia solicita que se haga constar que la convocatoria se había realizado por la reincidencia de conflictos y quejas que existían. No se fundamenta legalmente ni se motiva la sanción a aplicar, sólo se menciona que “Sobre la sanción a imponer, Tomás Guardia señala que se debe considerar la sanción de 30 días sin derecho a pago que sugiere la Dirección General de Asuntos Jurídicos”.

En este orden de ideas, se aprecia en la parte motiva de la resolución demandada que se hace referencia a comisión reiterada de distintas faltas, al comportamiento de manera inapropiada e irrespetó el orden jerárquico, con relación al incidente ocurrido con la señora Torres, y en el Acta de la Reunión se le solicita explique sobre sus ausencias y conflictos con sus compañeros, y su jefe solicita que se conste en acta que fue citado por quejas en su contra y ausencias injustificadas. Dichas conductas podrían asimilarse a los siguientes supuestos tipificados en el cuadro de faltas y sanciones dispuesto en el artículo 171 del Decreto Ejecutivo 135 de 1999: “trato irrespetuoso y descortés”, “Ausencias injustificada” y “Desobediencia a las instrucciones del jefe de misión o del superior inmediato siempre y cuando no contravengan las disposiciones legales o supongan la comisión de un ilícito”.

No obstante, para que estas conductas sean calificadas como graves y poder tener una sanción de suspensión debe haber un número de reincidencia en cada una de ellas, y no todas son objeto de 30 días de suspensión. Veámos:

1. Trato irrespetuoso y descortés: a la séptima vez que ocurre la conducta es que puede ser sancionado hasta por 30 días de suspensión.

2. Ausencias injustificada: a la sexta vez que ocurra la conducta es que puede ser sancionado hasta 10 días de suspensión. Es el máximo de suspensión.
3. Desobediencia a las instrucciones del jefe de misión o del superior inmediato siempre y cuando no contravengan las disposiciones legales o supongan la comisión de un ilícito: a la cuarta vez que ocurre la conducta es que puede ser sancionado hasta por 30 días de suspensión.

Por consiguiente, de los antecedentes expuesto, de haberse formulado los cargo y comprobados los mismos, la sanción aplicable no podía ser la que se le impuso de 30 días de suspensión, de conformidad al cuadro de faltas y sanciones que se encuentra regulado en el artículo 171 del Decreto Ejecutivo 135 de 1999, ya que de las reincidencias en faltas leves, utilizadas para justificar la gravedad fueron por las siguientes conductas:

- Memorandos DGCD y C-DG-055-10 de 15 de junio de 2010: abandono temporal del puesto durante horas de trabajo sin autorización del jefe inmediato .
- Memorandos DGCD y C-DG-138-10 de 22 de noviembre de 2010, ausencia injustificada.
- Memorandos DGCD y C-DG-154-10 de 17 de diciembre de 2010, negarse a cumplir instrucción de traslado.
- Memorandos DGOC/DG/071/2011 de 25 de enero de 2011, ausencia injustificada.
- Memorandos DGOC/DG/071/2011 de 25 de enero de 2011. incumplimiento de tareas asignadas en relación con presentación de informe.

En atención a los hechos expuestos y el contexto legal aplicable al caso, y el análisis de situación realizado, esta Sala debe concluir que las actuaciones de la Comisión Disciplinarias no se ajustaron al procedimiento legal establecido, siendo acreditados los cargos de violación de los artículos 171 y 175, numerales 3, 4 y 5, del Decreto Ejecutivo N°135 de 27 de julio de 1999, ante la ausencia informe de investigación por parte de la Comisión Disciplinaria, ausencia de formulación de cargos, ausencia de periodo para descargos, no realizarse la audiencia, y aplicaciones de sanciones que no corresponden a las establecidas, en razón de la gravedad, progresividad y proporcionalidad.

Acreditados los cargos de violación que anteceden, no se hace necesario que la Sala entre en los cargos de violación restantes, debiendo verificar la procedencia del resto de las pretensiones solicitadas por el actor, consistentes en la declaratoria de nulidad de todo el proceso disciplinario seguido, el retiro del expediente de personal del licenciado Hoquee de toda la documentación relativa a este proceso disciplinario efectuado en su contra y de las amonestaciones ilegítimas señaladas en la demanda, y el reintegro de los salarios dejados de percibir producto de la suspensión del cargo por 30 días que fue determinada por la resolución demandada.

Con respecto a la solicitud de que se retiren de su expediente la documentación relativa a las amonestaciones que estiman son ilegítimas, y que se refieren a actos distintos al demandado, debe aclarársele al actor que el objeto de la presente acción lo constituye la revisión de legalidad de la Resolución N°0633 de 30 de junio de 2011 emitida por la Comisión Disciplinaria y sus actos confirmatorios, a la luz de los cargos imputados por la parte actora; es decir, la legalidad del resto de las amonestaciones no son objeto del presente

caso, por lo cual no se puede acceder a dicha pretensión.

En cuanto a la solicitud del retiro del expediente de personal del licenciado Hoquee de toda la documentación relativa a este proceso disciplinario efectuado en su contra, se le advierte que el efecto de la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado es su invalidez, por lo que el procedimiento para su preparación sigue la misma suerte, no siendo necesario hacer algún señalamiento sobre la nulidad del procedimiento.

La pretensión del pago de los salarios dejados de percibir durante el tiempo de suspensión impuesto a Rolando Hoquee Franco, en atención a lo jurisprudencialmente establecido por esta Sala, debe determinarse su viabilidad en cuanto a que el pago de salarios caídos a los servidores públicos sólo procede cuando así lo disponga una Ley formal, conforme el artículo 302 de la Constitución Política.

En ese sentido, la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores, no contempla el pago de salarios caídos sino sólo en el caso expresamente establecido en el artículo 42 de la Ley 28 de 1999, que hace referencia a la suspensión sin derecho a remuneración que se aplica al miembro del Servicio Exterior que, sujeto a proceso por delito doloso cometido en Panamá o en el país en el que cumple su misión, se le cubre el total de los salarios dejados de percibir en caso de ser absuelto, por lo que, en la situación planteada, no procede el pago de los mismos.

Por lo antes expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, en la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción presentada por la licenciada Eleonore Maschkowski, apoderada especial de Rolando Arturo Hoquee Franco, DECLARA QUE ES NULA, POR ILEGAL, la Resolución No.0633 de 30 de junio de 2011, expedida por el Viceministro y Presidente de la Comisión de Disciplina de la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, así como sus actos confirmatorios y, NIEGA el resto de las pretensiones.

Notifíquese.

ABEL AUGUSTO ZAMORANO
VICTOR L. BENAVIDES P. -- EFRÉN C. TELLO C.
KATIA ROSAS (Secretaria)

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR EL LCDO. JAVIER E. SHEFFER TUÑÓN, EN REPRESENTACIÓN DE DANIEL SAMUEL LÓPEZ, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL DECRETO DE PERSONAL N°118 DE 18 DE ABRIL DE 2007, EMITIDO POR CONDUCTO DE LA MINISTRA DE GOBIERNO Y JUSTICIA, EL ACTO CONFIRMATORIO Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. PONENTE: ABEL AUGUSTO ZAMORANO. PANAMÁ, TRECE (13) DE MAYO DE DOS MIL QUINCE (2015).

Tribunal:	Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala:	Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente:	Abel Augusto Zamorano
Fecha:	13 de mayo de 2015