

REPÚBLICA DE PANAMÁ



ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LABORAL

Panamá, cinco (5) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

El licenciado Raúl Alexis Cortés Barrios, en nombre y representación de LEYLA BARNETT BARRIOS ha interpuesto demanda contencioso administrativa de Plena Jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° SMV-152-17 de 31 de marzo de 2017, dictada por la Superintendencia del Mercado de Valores, su acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

La presente demanda fue admitida por medio de la resolución de 26 de julio de 2017; en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 33 de 1946, se solicita informe explicativo de conducta, a la Superintendencia del Mercado de Valores y también, se le corre traslado a la Procuraduría de la Administración, quien interviene en este proceso en defensa de los intereses de la institución pública demandada.

I. LA PRETENSIÓN

El procurador judicial de la señora LEYLA BARNETT BARRIOS solicita a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° SMV-152-17 de 31 de marzo de 2017, dictada por la Superintendencia del Mercado de Valores y su acto confirmatorio, y en

consecuencia, se ordene su reintegro y el pago de los salarios caídos con motivo de su ilegal destitución.

II. **NORMAS LEGALES INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

El demandante estima que la resolución administrativa censurada infringe las siguientes disposiciones legales:

1. El artículo 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, “Que adopta normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral”, el cual señala, entre otros aspectos, que los funcionarios adscritos a la Carrera Administrativa solo podrán ser despedidos previa autorización de la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa.

En cuanto al concepto de la violación el actor señala que es directa, por omisión, ya que las entidades del Estado deben brindarle efectiva tutela a las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas.

2. El artículo 43 de la Ley 42 de 27 de agosto de 1999, “Por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad”, el cual contempla que al trabajador con discapacidad que le haya sido diagnosticada una discapacidad por autoridades competentes tendrá derecho a permanecer en su puesto de trabajo.

En lo que respecta al concepto de la infracción, el demandante estima que es directa, por omisión, porque a pesar que en el expediente de personal de la señora LEYLA BARNETT BARRIOS, constan las incapacidades y los certificados emitidos por la Caja de Seguro Social, que acreditan su condición médica, la Superintendencia del Mercado de Valores argumentó que no tenía conocimiento, pues no existe certificación de su condición de discapacidad otorgada por la Secretaria Nacional de Discapacidad (SENADIS).

3. El artículo 15 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009, “Que reforma la Ley 9 de 1994, que desarrolla la Carrera Administrativa, y la Ley 12 de 1998, que desarrolla la Carrera de Servicio Legislativo y dicta otras disposiciones”, en cuyo numeral 17, contiene la prohibición para despedir a los servidores públicos que se encuentren padeciendo enfermedades terminales, que están en proceso de recuperación o tratamiento de estas y que tienen discapacidad de cualquier índole.

El apoderado judicial de la señora LEYLA BARNETT BARRIOS, argumenta que el concepto de la violación es directa, por omisión, porque “la facultad discrecional de terminar la relación laboral de un funcionario de la Superintendencia del Mercado de Valores, ésta por encima de las protecciones que brindan las normas que se denominan de orden público e interés social, como lo es en este caso, las normas de aplicación general a todas las entidades, tanto públicas como privadas, en cuanto a la equiparación de oportunidades para las personas con DISCAPACIDAD”. (F. 9).

III. INFORME EXPLICATIVO DE CONDUCTA

A través de la Nota No. SMV-30791-JUR-05 de 3 de agosto de 2017, la Superintendente del Mercado de Valores rinde informe explicativo de conducta en relación con la demanda interpuesta por el apoderado judicial de la señora LEYLA BARNETT BARRIOS de la cual destacamos los siguientes aspectos:

“En el caso particular de la señora Leyla Barnett Barrios, esta Superintendencia, procedió a su destitución considerando en estricta legalidad, las disposiciones legales que rigen a los Funcionarios de Carrera del Mercado de Valores, ya que al momento de su destitución, no constaba en su expediente personal, ninguna certificación o acreditación del padecimiento de alguna enfermedad crónica, involutiva y /o degenerativa que como resultado de su padecimiento produjera alguna discapacidad laboral expedida por una Comisión Interdisciplinaria, conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 59 de 2005, así como tampoco el diagnóstico de algún facultativo que acreditase la afectación al buen desenvolvimiento laboral, producto del padecimiento de una de estas enfermedades, siendo importante que la acreditase, para los efectos de aplicar el régimen especial que reconoce el artículo 4 de la Ley 59 de 2005...

La Superintendencia del Mercado de Valores, no se vio en las circunstancias de considerar y/o aplicar los reconocimientos de derechos especiales consagrados en esta Ley –Ley 42 de 1999- ya que la señora Leyla Barnett Barrios, no se encontraba acreditada como paciente de alguna discapacidad o enfermedad que se la generara y mucho menos consta en su expediente de personal, certificación emitida por la Autoridad Competente, que en este caso sería la Secretaría Nacional de Discapacidad (SENADIS) que acreditara tal condición...

...esta Superintendencia debe reiterar lo señalado con anterioridad, en el sentido de que, al momento de la destitución, no se encontraba acreditado en el expediente de personal de Leyla Barnett Barrios, que la misma tuviera algún padecimiento, que estuviera en proceso de recuperación o tratamiento ni se encontraba evidenciado que tuviera una discapacidad de cualquier índole, por lo que, esta institución únicamente consideró su condición de Funcionaria de Carrera del Mercado de Valores, aplicando las disposiciones especiales que regulan la materia en el Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, específicamente el artículo 47, que permite la destitución sin causa justificada de un funcionario de carrera, siempre y cuando se le indemnice..." (Fs. 24-30).

IV. DEFENSA DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

El Procurador de la Administración, en defensa de los intereses de la institución pública demandada, suscribe la Vista 1270 de 9 de noviembre de 2017, en la que niega los hechos y el derecho invocado por el apoderado judicial de la señora LEYLA BARNETT BARRIOS; por consiguiente, considera que es legal la Resolución N° SMV 152-17 de 31 de marzo de 2017, emitida por la Superintendencia del Mercado de Valores.

En cuanto al pago de los salarios caídos que reclama la demandante, el Procurador de la Administración externa la siguiente consideración:

"Por lo anteriormente expuesto, estimamos no viable lo peticionado por **Leyla Barnett**, puesto que, no sería cónsono **que una vez ésta haya recibido los pagos por despido sin causa justificada**, tal como lo contempla la Ley del Mercado de Valores, requiere a esa Alta Corporación de Justicia, un reintegro alegando que su destitución fue injustificada, cuando claramente se desprende de las constancias que reposan en autos que su destitución se dio de esa manera; razón por la cual le fueron reconocidos los derechos laborales adquiridos a los que hemos hecho referencia (Cfr. fojas 11, 12, 34 a 37 del expediente judicial)". (F. 45).

V. EXAMEN DE LA SALA TERCERA

Cumplido con los trámites que la ley establece para este tipo de procesos y encontrándose el negocio en estado de fallar, procede esta Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia a resolver la controversia planteada, de conformidad con la atribución otorgada por el numeral 2, del artículo 206 de la Constitución Política y el artículo 97 del Código Judicial.

En el caso bajo estudio, el acto administrativo censurado es la Resolución N° SMV-152-17 de 31 de marzo de 2017, dictada por la Superintendencia del Mercado de Valores, quien con fundamento en el artículo 47 del Texto Único de la Ley del Mercado de Valores, que establece que el funcionario de Carrera, a pesar del derecho a la estabilidad, podrá ser cesado de su cargo por el Superintendente, en cualquier momento y por cualquier causa, de manera que adopta la siguiente decisión:

“PRIMERO: DESTITUIR, sin causa justificada al servidor público **LEYLA BARNETT**, con cédula de identidad personal No. 2-103-29, que ocupa el puesto de **ASISTENTE ADMINISTRATIVO I**, con la posición 48, con salario mensual de B/.1,400.00, en la Dirección de Administración y Finanzas, en atención a lo establecido en el artículo 47 del Texto Único del Mercado de Valores”.

Sobre el particular, es importante precisar que cesar en el cargo a una persona se distingue del concepto de destituir, ya que este se emplea cuando un funcionario ha cometido una falta disciplinaria previamente identificada en la Ley o en el reglamento interno de la institución y se le aplica esta sanción disciplinaria de carácter administrativo con la finalidad de desvincularlo de la función pública; mientras que la cesación o remoción en el cargo, alude más bien a la facultad discrecional y unilateral de la autoridad nominadora para nombrar y remover el personal que se le encuentra adscrito, atendiendo a la conveniencia y oportunidad de dicha decisión.

En reiteradas ocasiones, esta Corporación de Justicia se ha pronunciado sobre las diferencias entre ambos conceptos, de los cuales nos permitimos citar el siguiente:

“La Sala estima oportuno reiterar que la destitución y la insubsistencia no son conceptos idénticos, pues, entre ellos se dan una serie de rasgos distintivos que permiten identificar la naturaleza jurídica de cada uno de estos conceptos.

Pese a que comúnmente ambas expresiones son utilizadas como sinónimos, existen claras diferencias entre ambos conceptos, las cuales ya han sido destacadas por la jurisprudencia sentada por la Sala. Así en el fallo de 26 de agosto de 1996, la Corte, citando al Administrativa Younes Moreno, destacó lo siguiente:

“Es precisamente la connotación disciplinaria de la destitución, su carácter de verdadera pena administrativa de máxima sanción aplicable a los empleados, lo que permite distinguirla de la insubsistencia, que como se vio, no tiene características sancionadoras ni disciplinarias. **La insubsistencia es, por el contrario, una medida que se ejerce sobre los funcionarios de libre nombramiento y remoción, como desarrollo de una atribución discrecional,** o como resultado de deficientes calificaciones de servicio, negativas evaluaciones del desempeño, tratándose de empleados vinculados a la carrera administrativa. Es decir, la insubsistencia para empleados que no están amparados por un fuero tiene como base su propia condición de empleados **de libre nombramiento y remoción...**

La destitución, por el contrario, apareja una censura a la ética o a la probidad de la conducta del empleado destituido (énfasis nuestro)”.

Resumiendo los conceptos expuestos, como los demandantes no probaron su ingreso por concurso de méritos, no gozaban de estabilidad en sus cargos, y por tanto, no estaban amparados por la Ley de Carrera Administrativa. Al ser funcionarios de libre nombramiento y remoción, podían ser declarados insubsistentes en cualquier momento por la autoridad nominadora. De allí que carece de asidero jurídico el cargo de infracción del artículo 10 de la comentada ley. (Sentencia de 10 de mayo de 2000). (Abel Pitti Lescure y otros, -vs- Decreto Ejecutivo de 18 de 8 de abril de 1997, dictado por el MIDA).

Efectuada esta aclaración con respecto al acto administrativo impugnado, resolveremos la pretensión de la demandante, como se expone a continuación:

Al revisar el expediente administrativo de la señora LEYLA BARNETT BARRIOS, a foja 168, consta un documento con fecha de marzo de 2015, en el que la aseguradora de la Superintendencia del Mercado de Valores efectúa una exclusión permanente a esta funcionaria por los gastos que directa o indirectamente estén relacionados con diagnósticos, accidentes y/o tratamientos (incluyendo

procedimientos quirúrgicos) por: enfermedad hipertensiva y cerebrovascular, tumores benignos de la hipófisis, enfermedades de la pituitaria o hipófisis y enfermedades relacionadas o a consecuencia de cirugía de adenoma hipofisiario.

De igual manera, en este expediente se observa que desde el 2015, esta funcionaria asistió a citas médicas y a otras diligencias relacionadas con su salud, a la Caja de Seguro Social; y por la regularidad de estas citas, este Tribunal infiere que la condición médica de la señora LEYLA BARNETT BARRIOS no era del total desconocimiento de las autoridades administrativas. (Cfr. Fs. 1-105).

Por otro lado, a través de la prueba de informe, decretada por esta Magistratura a través del Auto de Pruebas N°456 de 27 de diciembre de 2017, se incorporó a este proceso, el expediente administrativo de la señora LEYLA BARNETT BARRIOS de la Secretaría Nacional de Discapacidad (SENADIS), donde consta que el 24 de enero de 2017, la Dirección Nacional de Certificaciones le otorgó un cupo a la señora BARNETT para que la Junta Evaluadora efectuase la correspondiente evaluación de su condición de salud.

La Junta Evaluadora de la Discapacidad, según lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 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 aprobado mediante Decreto Ejecutivo N°36 de 11 de abril de 2014", con un equipo interdisciplinario evaluó y valoró a la señora LEYLA GRACIELA BARNETT BARRIOS, la cual determinó que: "presenta deficiencias moderadas y grave en funciones corporales, y grave en estructuras corporales tomando en cuenta el calificador de la extensión y se encuentra un 63.6% de limitación en el componente de actividad y participación en el calificador de capacidad. Con base a esto aplicamos el criterio número (2) de Discapacidad mental en adultos; por lo que certifica por un período de 03 años".

Entonces, mediante la Resolución N° 1443-18 de 26 de enero de 2018, la Secretaría Nacional de Discapacidad resuelve otorgar certificación de la discapacidad a la señora LEYLA GRACIELA BARNETT BARRIOS, con el expediente N°3873 de la Dirección Nacional de Certificaciones de la Secretaría Nacional de Discapacidad. Esta certificación tiene una validez de tres (3) años y vence el 24 de enero de 2021.

De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal es del criterio que la señora LEYLA GRACIELA BARNETT BARRIOS ha logrado acreditar, de forma oportuna, que se encuentra amparada por las leyes que otorgan estabilidad a los trabajadores que tengan alguna discapacidad, pues si bien la decisión de su remoción en el cargo público se encuentra fechada 31 de marzo de 2017, la señora BARNETT, en enero de ese mismo año, había iniciado las gestiones ante la Secretaría Nacional de Discapacidad (SENADIS), para que se reconociese su condición médica; por lo que su desvinculación de la función pública solo puede producirse luego del cumplimiento del procedimiento administrativo disciplinario y no fundamentarse en la discrecionalidad de la autoridad nominadora.

El hecho que la Superintendencia del Mercado de Valores no cuente con una comisión interdisciplinaria que certifique la condición que refrende la condición física o mental de las personas que padezcan de enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas no exonera el deber que tiene la institución de brindar el amparo que contempla la Ley 59 de 2005.

En relación con la comisión interdisciplinaria, que contempla el artículo 5 de la Ley 59 de 2005, esta Sala Tercera, en sentencia de 9 de febrero de 2015, indica:

"Transcrita la norma anterior, corresponde advertir categóricamente, que el incumplimiento de la presentación de la certificación expedida por la Comisión Interdisciplinaria que refrende la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, no le es atribuible al demandante, pues tal circunstancia es la consecuencia de la pésima inactividad de la administración, al no nombrar y/o constituir de manera pronta y efectiva, la

Comisión Interdisciplinaria ut supra citada, que es la obligada a expedir tan importante y necesario documento (la certificación).

Con respecto al tema de la inactividad de la administración, esta judicatura considera ineludible hacer las siguientes consideraciones, por la importancia del tema objeto del presente proceso:

A lo primero que aludiremos, será al significado conceptualmente hablando de lo que debemos entender por: "la inactividad de la administración pública". Así las cosas, el término *inactividad*, en contraposición al de *actividad*, equivale a "carencia de ésta".

Se infiere luego entonces a prima facie, que la inactividad administrativa conlleva primordialmente, la obligación del Estado de resolver expresamente cuantas solicitudes o situaciones surjan dentro del contexto de su relación con un tercero afectado en su derecho subjetivo, así como los procedimientos iniciados de oficio cuya instrucción y resolución afectase a los ciudadanos, la cual debía llevarse a cabo dentro de los plazos máximos tolerables que no violen ni afecten el debido proceso ni mucho menos se aparten del principio de legalidad debidamente constituido en nuestro Texto Fundamental (véase artículo 18)..."

Entonces, la Sala estima que es viable acceder a la pretensión de declarar ilegal el acto impugnado; por tanto, al configurarse la violación al artículo 5 de la Ley 59 de 2005, la Sala se abstiene de efectuar consideraciones con respecto al resto de las violaciones alegadas.

En cuanto al pago de los salarios caídos, se advierte que en la Resolución N° SMV-152-17 de 31 de marzo de 2017, la Superintendencia del Mercado de Valores, de igual manera, reconoció a la señora LEYLA BARNETT BARRIOS las prestaciones económicas a que tenga derecho según la Ley del Mercado de Valores y los Reglamentos.

Sobre este pago, el artículo 47 del Texto Único sobre el Mercado de Valores de la República de Panamá y la Superintendencia del Mercado de Valores, señala lo siguiente:

Artículo 47. "Indemnización por despido sin causa justificada. El funcionario de Carrera, a pesar del derecho a la estabilidad, podrá ser cesado de su cargo por el superintendente, en cualquier momento y por cualquiera causa, siempre que se le pague, sin perjuicio del pago del bono por antigüedad, una indemnización calculada a razón de una semana de salario por cada año de trabajo hasta un máximo equivalente a diez meses de salario. En caso de

que el funcionario no complete el último año, el cálculo se hará en forma proporcional para dicho periodo.

Se reconocerá al funcionario el tiempo de servicio continuo en la Superintendencia y se tomará como base para el cálculo la última remuneración devengada.

La Superintendencia cancelará esta indemnización por despido sin causa justificada en un término no mayor de sesenta días laborables, desde que se produzca el derecho”.

Así, mediante el Resuelto de Personal N° 105/2017 de 24 de mayo de 2017, la Superintendencia del Mercado de Valores, reconoció a la señora LEYLA BARNETT, la suma de mil cuatrocientos cincuenta y cinco balboas con 48/100 (B/.1,455.48), que representa 4 años, 5 meses y 14 días de indemnización por despido sin causa justificada, calculado a razón de una semana de salario por cada año laborado y en el caso de no completar el año, la parte proporcional que corresponda, hasta un máximo de doce meses de salario por haber cesado la relación laboral con la Superintendencia del Mercado de Valores siempre tomando en consideración la última remuneración devengada por el funcionario.

Ahora bien, en relación con la solicitud de pago de salarios caídos, el Texto Único sobre el Mercado de Valores y la Superintendencia del Mercado de Valores, no contiene norma específica que disponga el pago de los mismos. Y es que la Sala ha señalado el criterio que respecto al pago de salarios caídos a favor de aquellos funcionarios que han sido reintegrados a sus cargos, ciertamente deben ser viables jurídicamente, es decir, que dicho pago corresponde únicamente en los casos en que la propia Ley así lo disponga.

De este modo, la viabilidad de la pretensión que en relación a este punto intente hacerse efectiva contra el Estado, solo prospera en el caso que exista una norma con rango de Ley formal, que de manera directa y expresa, así lo disponga y este no es el caso en el que se encuentra la señora LEYLA BARNETT BARRIOS.

Por consiguiente, esta Magistratura concluye que es ilegal la decisión administrativa contenida en la Resolución N°SMV-152-17 de 31 de marzo de 2017, ya que viola el artículo 4 de la Ley 59 de 2005; por tanto, al acreditarse este

presupuesto, se produce debe reintegrar a la señora LEYLA BARNETT BARRIOS a la Superintendencia del Mercado de Valores.

VI. PARTE RESOLUTIVA

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA:**

1. **QUE ES NULA, POR ILEGAL**, la Resolución N°SMV-152-17 de 31 de marzo de 2017, dictada por la Superintendencia del Mercado de Valores y su acto confirmatorio;
2. **ORDENAR EL REINTEGRO** inmediato de la señora LEYLA BARNETT BARRIOS, al cargo que desempeñaba al momento en que se hizo efectivo su cese o a otro cargo de igual jerarquía y salario de acuerdo con la estructura de la Superintendencia del Mercado de Valores.

Notifíquese y Cúmplase,



CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO



LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
MAGISTRADO



ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO



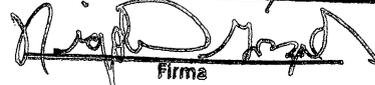
KATIA ROSAS
SECRETARIA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia

NOTIFIQUESE HOY 8 DE febrero DE 20 19

A LAS 10:36 a.m. DE LA mañana

A Grabador de la Administración.



Firma