

REPÚBLICA DE PANAMÁ



ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y LABORAL

Panamá, seis (6) de abril de dos mil quince (2015).

VISTOS:

El licenciado Aurelio Alí García, actuando en su propio nombre y representación, ha interpuesto demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción con la finalidad que se declare nulo, por ilegal, el Resuelto N° 185 de 9 de julio de 2009, emitido por la Directora General de la Autoridad Nacional de Aduanas, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

La demanda fue admitida por la Sala Tercera mediante Auto de veintitrés (23) de octubre de 2009, en el que igualmente se ordenó correr traslado de la misma a la Procuraduría de la Administración.

LA PRETENSIÓN Y SU FUNDAMENTO.

En la demanda se formula una petición dirigida a la Sala Tercera para que ésta declare la nulidad por ilegal de el Resuelto N° 185 de 9 de julio de 2009, emitido por la Directora General de la Autoridad Nacional de Aduanas. En este acto administrativo se resolvió lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO: Se destituye del cargo a:

AURELIO ALÍ GARCÍA Jefe de Sección de Servicios Administrativos, posición N° 0042, salario mensual de B/.2,250.00, cédula de

identidad personal N° 8-390-388. **Partida N° 1.09.0.1.001.01.00.001**

ARTÍCULO SEGUNDO:

Por tratarse del uso de la facultad discrecional de la Autoridad Nominadora, de nombrar y remover libremente, contra este Resuelto, solamente puede interponerse Recurso de Reconsideración ante la Dirección General de la Autoridad Nacional de Aduanas, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

PARÁGRAFO:

Para los efectos fiscales, este Resuelto rige, a partir del 1° de julio de 2009.

FUNDAMENTO DE DERECHO:

Artículo 186 de la Constitución Política de la República de Panamá; Artículo 794 del Código Administrativo; Ley 9 de 20 de junio de 1994; Ley N° 38 de 31 de julio de 2000.

Asimismo, se observa que la parte demandante solicita se ordene su reintegro a la posición en las mismas condiciones con que se venía desempeñando antes de la emisión del acto Administrativo atacado. De igual manera, solicita que se ordene el pago de los salarios dejados de percibir desde el 1 de julio del 2009 hasta que se haga efectivo su reintegro; las vacaciones resueltas antes de la emisión del acto impugnado y las que se originen en el período comprendido entre el 1 de julio de 2009 hasta que se haga efectivo su reintegro; los décimos terceros meses que se originen en el período comprendido entre el 1 de julio de 2009 hasta que se haga efectivo su reintegro; y los incentivo que se den a los funcionarios de la Autoridad Nacionalidad de Aduanas, conocidos como sellos, y que se hayan repartido entre el 1 de julio de 2009 hasta cuando se haga efectivo dicho reintegro; significando esto, el restablecimiento de sus derechos subjetivos lesionados.

En cuanto a las normas que se estiman infringidas, sostiene la parte actora que el acto impugnado ha vulnerado los artículos 22 y 156 del Decreto Ejecutivo N° 47 de 25 de junio de 2009; el artículo 4 de la Ley N° 59 de 28 de diciembre de 2005, el artículo 36 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, el artículo 199 del Código Judicial y el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Panamá. Sobre esta

norma constitucional, vale aclararle al demandante que a la Sala Tercera le compete el control de la legalidad de los actos administrativos, mas no el control de la constitucionalidad, atribuido al Pleno de esta Corporación de Justicia; por tanto, el Tribunal Contencioso Administrativo no puede por razones de competencia material conocer de la infracción de normas de jerarquía constitucional.

Las normas que se estiman transgredidas son del siguiente tenor literal:

Decreto Ejecutivo N° 47 de 25 de junio de 2009.

Artículo 22: No serán considerados como servidores públicos aduaneros adscritos a la carrera aduanera los siguientes casos:

a) El Director o Directora General de la Autoridad, el Subdirector o Subdirectora General Técnico y el Subdirector o Subdirectora General Logístico. Los servidores aduaneros adscritos a la Carrera Aduanera que sean designados en dichos puestos, mantendrán su categoría de adscritos a la Carrera y una vez sean removidos del cargo deberán ser reintegrados dentro de la estructura de la Autoridad Nacional de Aduanas.

b) Servidores públicos en período de prueba: aquellos que al entrar en vigencia el presente Reglamento todavía no han cumplido el período de prueba, en cuyo caso podrán ingresar a la carrera aduanera a partir del momento en que cumpla con dicho periodo de prueba en forma satisfactoria.

c) Servidores públicos en funciones: aquellos que al entrar en vigencia el presente Reglamento ocupan un cargo en el servicio aduanero nacional, definido como permanente pero no están en propiedad, debiendo someterse al concurso respectivo y ser seleccionado.

d) Servidores públicos eventuales: son aquellos que cumplen funciones en puestos aduaneros temporales.

Estos funcionarios serán considerados de libre nombramiento y remoción.

Artículo 156: Siempre que ocurran hechos que puedan producir la destitución directa del servidor público aduanero, se le formularán cargos por escrito. Es responsabilidad de la Oficina de Recursos Humanos realizar una investigación sumaria que no durará más de (15) días hábiles, en la que se le dará al servidor público aduanero la oportunidad de defensa y se le permitirá estar acompañado por un abogado de su libre elección. Concluida la investigación, el informe será enviado al Director General de la Autoridad de Aduanas para que resuelva dentro de un plazo de hasta (30) treinta días. El documento que señale o certifique la destitución debe incluir la causal de hecho y de derecho por la cual se ha procedido a la destitución y los recursos legales que le asisten al servidor público destituido. El incumplimiento del procedimiento de destitución originará la nulidad de lo actuado.

Ley N° 59 de 28 de diciembre de 2005.

Artículo 4: Los trabajadores afectados por las enfermedades descritas en esta Ley, solo podrán ser despedidos o destituidos de sus puestos de trabajo por causa justificada y previa autorización judicial de los Juzgados Seccionales de Trabajo o, tratándose de funcionarios adscritos a la Carrera Administrativa, le corresponderá a la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, invocando para ello alguna causa justa prevista en la Ley, de acuerdo con los procedimientos correspondientes. Aquellos servidores públicos que no se encuentren bajo la protección de la Carrera Administrativa, solicitarán su reintegro a través de la vía ordinaria. Los servidores públicos incorporados a los regímenes especiales harán su solicitud de conformidad con la legislación especial vigente.

Ley N° 38 de 31 de julio de 2000.

Artículo 36: Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos.

Código Judicial.

Artículo 199: Son deberes en general de los magistrados y jueces:

1. ...
8. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso y obrar en éste con legalidad y seguridad.

En cuanto a la supuesta vulneración del artículo 22 del Decreto Ejecutivo N° 47 de 2009, señala el demandante que su posición en la Autoridad Nacional de Aduanas no correspondía a ninguna de las enunciadas en este artículo, el cual establece cuáles funcionarios son considerados de libre nombramiento y remoción. Indica que cumplía, de acuerdo al Manual de Clasificación de Cargos, con todos los requerimientos exigidos para el cargo que ocupaba, "cumpliendo de esta forma con el ingreso a la Carrera del servicio aduanero según lo establecido en el capítulo XVIII de las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales en su Artículo Transitorio 1 del Decreto Ejecutivo 47 de 25 de junio de 2009". Respecto a la violación del artículo 156 de la misma excerta legal, estima la parte actora que

contrario a lo establecido en la norma, no se produjo un proceso disciplinario que brindara las garantías para una legítima defensa y no se estableció una causal disciplinaria, dejándolo en estado de indefensión.

Por su parte, considera que también se ha infringido el artículo 4 de la Ley 59 de 2005, toda vez que siendo un paciente de hipertensión arterial, al acto administrativo se emitió alejado del procedimiento establecido por la Ley 59 de 2005, para la destitución de un paciente de enfermedad crónica. Anota que la facultad discrecional de la autoridad nominadora, se ve afectada en el presente caso por una ley especial que protege a las personas que tiene enfermedades crónicas, y directamente les brinda estabilidad laboral.

En adición, el licenciado Alí García estima vulnerado el artículo 36 de la Ley 38 de 2000, pues indica que la decisión adoptada por la Autoridad Nacional de Aduanas atenta contra la propia ley que crea la Autoridad Nacional de Aduanas, el Decreto Ejecutivo que crea el Servicio de la Carrera Aduanera y la Resolución que adopta el Manual de Clasificación de Cargos; normas estas que consagran los principios y procedimientos rectores de la Institución Estatal.

Finalmente, supone el demandante que el acto administrativo contenido en el Resuelto N° 185 de 9 de julio de 2009, "es sustantivamente ilegal y... que desde el punto de vista adjetivo la AUTORIDAD NACIONAL DE ADUANAS, como ente superior del Estado al actuar de esa forma antijurídica y desigual" vulneró el artículo 199 del Código Judicial.

INFORME EXPLICATIVO DE CONDUCTA.

Mediante Nota N° 904-01-681-OAL de 27 de octubre de 2009, la Directora General de la Autoridad Nacional de Aduanas, presentó informe explicativo de conducta en los siguientes términos:

...
El Licenciado Aurelio Alí García fue nombrado en el Ministerio de

Economía y Finanzas por el Decreto de Personal N° 69 de 1 de junio de 2006 y luego trasladado a la Dirección General de Aduanas, según Nota N° 701-01-1557-DGA de 6 de septiembre de 2007 para formar parte del equipo de trabajo de la administración anterior, formalizándose a través del MEMORANO (sic) identificado como el DAYF-OIRH-No 2015 de 10 de septiembre de 2007, ingresando a la Autoridad por un mero traslado y no por concurso que acredite su estatus como alega, y el día 13 de julio de 2009 fue notificado del resuelto, atacado por el Recurso de Reconsideración y negado por nuestra Administración.

...

En conclusión, el señor Aurelio Alí no cuenta con el Certificado de Servidor Público de Carrera Administrativa o del Servicio Aduanero, por lo que no goza de sus beneficios ni de la estabilidad, tal como lo señala el artículo 136 de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, por lo que es potestativo del Órgano Ejecutivo el nombramiento y remoción del funcionario citado, esto es una facultad discrecional de la Autoridad Nominadora, en este caso de la Directora General de esta Autoridad, el nombrar y remover libremente al personal subalterno que no haya ingresado a la Carrera Administrativa o la Carrera Aduanera. Al constituirse la Dirección General de Aduanas en Autoridad Nacional de Aduanas, el señor Aurelio Alí queda bajo dicha potestad discrecional.

CONTESTACIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Por su parte, la Procuraduría de la Administración contestó la demanda mediante Vista N° 342 de 7 de abril de 2010, y solicita se declare que no es ilegal el Resuelto N° 185 de 9 de julio de 2009, emitido por la Directora General de la Autoridad Nacional de Aduanas ni su acto confirmatorio, y que en consecuencia se desestimen las pretensiones de la demandante. En lo medular, en dicho documento la Procuraduría de la Administración indicó que el acto administrativo impugnado se ajustó a lo establecido en el numeral 15 del artículo 31 del decreto ley 1 de 13 de febrero de 2008, el cual faculta a la autoridad nominadora para ordenar la destitución del demandante.

Indica que la parte actora no ha comprobado que está amparado bajo la ley de carrera del servicio aduanero o que está acreditado como servidor público de carrera administrativa. De igual manera, señala la Procuraduría que el demandante no ha acreditado en debida forma que padezca una condición de salud de aquellas que se encuentran amparadas bajo la ley 59 de 28 de diciembre de 2005 (hipertensión

arterial), ya que sólo ha presentado un certificado médico simple, a pesar de que la norma dispone que la persona que padece de una enfermedad crónica, involuntaria y/o degenerativa debe presentar una certificación expedida por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin.

DECISIÓN DE LA SALA.

Verificados los trámites establecidos por Ley, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo procede a resolver la presente controversia.

Observa esta Superioridad, que el acto impugnado resuelve destituir al licenciado Aurelio Alí García, del cargo como Jefe de Sección de Servicios Administrativos en la Autoridad Nacional de Aduanas.

De la lectura del expediente administrativo y de las pruebas aportadas, quienes suscriben alcanzan las siguientes consideraciones:

Primeramente, corresponde entrar a determinar el ordenamiento jurídico que alcanza el tema de la Carrera del Servicio Aduanero. Así, debemos señalar que nuestra Carta Magna hace referencia en su Título XI, Capítulo 3 "Organización de la Administración de Personal", a las carreras en la función pública e indica que las mismas se establecen conforme a los principios del sistema de méritos. Al respecto, consideramos adecuado transcribir lo estipulado en el artículo 305 de nuestra Constitución Política:

Artículo 305: Se instituyen las siguientes carreras en la función pública, conforme a los principios del sistema de méritos:

1. La Carrera Administrativa
2. La Carrera Judicial
3. ...
4. ...
5. ...
6. ...
7. ...
8. ...
9. Las otras que la Ley determine.

La Ley regulará la estructura y organización de estas carreras de conformidad con las necesidades de la Administración.

Por su parte, tenemos que mediante el Decreto Ley N° 1 de 13 de febrero de 2008, se crea la Autoridad Nacional de Aduanas y se dictan disposiciones concernientes al régimen aduanero; y específicamente en su Título XIV "Recursos Humanos" se crea la Carrera del Servicio Aduanero; misma que ha sido reglamentada mediante el Decreto Ejecutivo N° 47 de 25 de junio de 2009.

Observa este Tribunal Colegiado, que los argumentos de la parte actora se cimientan en aseverar que se ha producido la violación del procedimiento establecido para la destitución de funcionarios de la Autoridad Nacional de Aduanas, aunado al hecho de que es un funcionario que padece una enfermedad crónica de aquéllas protegidas por la Ley 59 de 2005. Afirma el demandante que "la actuación de la Administración es contraria a las normas que la regulan...".

En el libelo de demanda se observa que la parte actora alega una vulneración del artículo 22 del Decreto Ejecutivo N° 47 de 2009, ya que no era funcionario de libre nombramiento y remoción de aquellos enumerados en dicha norma, sino que era un funcionario en propiedad, que formaba parte de la Carrera del Servicio Aduanero y cumplía con los requisitos para el cargo según el Manual de Clasificación de cargos. Al respecto, observa la Sala que el propio artículo 22 señala como servidores públicos en funciones a aquellos que ocupan un cargo en el servicio aduanero nacional, definido como permanente, pero que no están en propiedad, debiendo someterse al concurso respectivo y ser seleccionado. De lo anterior se colige que para ocupar un cargo en propiedad, es necesario someterse a concurso para tal cargo y haber sido seleccionado. Sobre el tema debemos señalar que el artículo 10 de la misma excerta legal establece ciertamente que para ingresar a la carrera aduanera es requisito primordial el reclutamiento, según el procedimiento de selección mediante concurso.

De ello, reparamos en que la posición del señor Alí García como servidor público se enmarca dentro de este tipo de funcionarios (servidores públicos en funciones), toda vez que si bien servía de manera permanente en un cargo en el Servicio Aduanero Nacional, no estaba en propiedad, pues no hay evidencia en el expediente que el señor Alí García haya participado en concurso alguno para la posición que ocupaba ni consta documento que certifique su selección para el cargo de Jefe de Sección de Servicios Administrativos. Tampoco existe constancia en el expediente administrativo de alguna documentación emitida por el órgano administrador, donde se de fe de que el funcionario cumplía con los requisitos exigidos en el reglamento de carrera del servicio aduanero; esto en atención a lo establecido en el artículo 9 literal b) del Decreto Ejecutivo N° 47 de 2009.

En concordancia, vale advertir que el artículo 156 del Decreto Ley 1 de 13 de febrero de 2008 procuraba la opción, a los funcionarios que gozaban de los beneficios de la Carrera Administrativa, de elegir si se acogían a la Carrera del Servicio Aduanero o se mantenían en aquélla. No obstante, la parte demandante tampoco ha demostrado su acreditación a la carrera administrativa. Es más, se aprecia a foja 52 del expediente judicial una certificación por parte de la Directora General de la Dirección General de Carrera Administrativa donde se indica que el señor Aurelio Alí García no está acreditado como Servidor Público de Carrera Administrativa.

Todo lo anterior, nos lleva a la conclusión que el señor Alí García no debe ser considerado como servidor público aduanero adscrito a la carrera aduanera, dado que es un servidor público en funciones; y por tanto, según el artículo 22 del Decreto Ejecutivo N° 47 de 2009, debe ser considerado funcionario de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, podemos afirmar que al licenciado Aurelio Alí García, como funcionario de libre nombramiento y remoción, le era aplicable lo establecido en la

parte final del artículo 155 del Decreto Ejecutivo N° 47 de 2009, que a la letra dice:

Artículo 155: Procede la destitución cuando se ha hecho uso progresivo de las sanciones establecidas en el régimen disciplinario o de los recursos de orientación, capacitación o del Programa de Recuperación del Empleado (PRE), o en atención a la gravedad de la falta en cuyo caso no se aplicará el uso progresivo de sanciones. También procede la destitución de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, a criterio de la Autoridad Nacional de Aduanas y sin ninguno de los procedimientos antes mencionados. (lo subrayado es nuestro)

Es decir, que contrario a lo alegado por la parte actora, no era necesaria la aplicación de un proceso disciplinario conforme a lo establecido en el artículo 156 de la misma excerta legal, sino que su destitución por parte de la Autoridad Nacional de Aduanas procedía sin procedimiento alguno. En razón de lo antes expuesto, estima este Tribunal que no se ha producido la invocada vulneración del artículo 156 del Decreto Ejecutivo N° 47 de 2009 y del artículo 36 de la Ley 38 de 2000.

En otro punto, estima el demandante que se ha vulnerado el artículo 199 del Código Judicial que enumera los deberes en general de los Magistrados y Jueces, ya que la Autoridad Nacional de Aduanas actuó de manera antijurídica y desigual. Debemos indicarle que la norma hace referencia a los deberes de los administradores de justicia cuando sus actuaciones son de carácter jurisdiccional, y el caso bajo estudio, por tratarse de una destitución, se enmarca como una actuación de carácter administrativo llevada a cabo por la Directora General de la Autoridad Nacional de Aduanas, atendiendo a su facultad discrecional como autoridad nominadora, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 31 del Decreto Ley N° 1 de 2008, por lo tanto la norma no es aplicable.

Finalmente, opina el demandante que se ha infringido el artículo 4 de la Ley N° 59 de 28 de diciembre de 2005 que se refiere a las formalidades para la destitución de personas que padecen enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, ya que es un paciente que padece de hipertensión arterial.

Al respecto, la Sala estima que el demandante se encuentra amparado por 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" (G.O. # 25,457 de 4 de enero de 2006), a pesar de no haber acreditado ante la entidad demandada la condición de paciente con enfermedad crónica, a través del certificado previsto en el artículo 5 de dicha Ley, reformado por el artículo 11 de la Ley 4 de 25 de febrero de 2010 "Que reforma la Ley 12 de 1998, que desarrolla la Carrera del Servicio Legislativo y dicta otras disposiciones" (G.O.# 26477-C de 25 de febrero de 2010), el cual debe ser expedido por una comisión interdisciplinaria para tal fin, sino a través de la certificación emitida el 21 de mayo de 2009 (f.6) en la que el doctor Víctor Valderrama, cardiólogo y médico internista, legitima que el señor Aurelio Alí es paciente hipertenso. Dicha disposición es del tenor siguiente:

"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 expedida la certificación de la que trata este artículo no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta Ley."

Lo anterior es así, ya 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 es la consecuencia de la inactividad de la administración al no nombrar a la Comisión Interdisciplinaria que debe expedir dicha certificación.

Con respecto al tema de la inactividad de la administración el autor Pablo Esteban Perrino, expuso lo siguiente:

"...

De modo tal que para que medie inactividad administrativa deben reunirse las siguientes tres condiciones:

a. La existencia de una obligación de obrar normativamente impuesta. Es preciso que la omitida sea una obligación, un deber concreto, y no un deber que opere en forma genérica o difusa.

Si bien corresponde al legislador y a la propia Administración dictar las normas que fijen las pautas o criterios a los que ella debe someterse y cuyo quebrantamiento generará su deber de responder, ello no siempre es así.

La ausencia de regulaciones específicas y concretas que fijen la forma en que la Administración deberá llevar a cabo su quehacer como también los niveles mínimos del servicio, ocasiona un delicado problema para los jueces al momento de evaluar si el comportamiento administrativo fue regulador o irregular y, por ende, configuró una falta de servicio.

En tales casos, la Administración responderá cuando transgreda o no alcance los estándares medios y comparativos de actuación que deberán ser fijados por los tribunales, lo cual trae aparejado un serio riesgo, pues si se fijan ficticiamente los niveles de normalidad de los servicios por encima de lo que acontece en la realidad se producirá la admisión generalizada de la responsabilidad estatal, y si, por el contrario, el parámetro se determina muy por debajo del rendimiento real, la responsabilidad pasará a ser algo excepcional.

Por tal motivo, para la determinación de estos estándares de rendimiento medio del servicio deben ponderarse factores que varían en cada época según el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de los servicios públicos.

Es evidente, entonces, que no existe una pauta fija y única aplicable en todos los tiempos y lugares.

b. El incumplimiento de la actividad debida por la autoridad administrativa, lo cual puede deberse a la total pasividad de la Administración (omisión absoluta), como al carácter deficiente o insuficiente del obrar administrativo (omisión relativa).

c. Que la actividad que la Administración omitió desarrollar era materialmente posible, pues como dice Nieto: "el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible". Para que nazca el deber de responder es preciso que la Administración haya podido evitar la producción del daño mediante el ejercicio de sus funciones de policía. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa."

(<http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Perrino/responsabilidad%20ente%20regulador%20servicios%20Austral%20final.pdf>)

Por su parte, el jurista Fabián O. Canda, en la obra "Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público" (Ediciones RaP, Argentina, 2008, p.147), expone lo siguiente:

"Así existirá responsabilidad estatal por omisión cuando el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, omita antijurídicamente la realización de actos o hechos que, de haberse llevado a cabo, hubieren resultado razonablemente idóneos para evitar el daño en definitiva sucedido."

En atención a lo anterior, la Sala reitera que la falta de presentación 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, toda vez que el Estado no ha nombrado a la Comisión Interdisciplinaria que debe expedir dicha certificación.

Dentro de la litis planteada, esta Superioridad considera que se configuró lo que la doctrina considera buena fe, desde que la parte actora tenía la legítima confianza que se encontraba amparado por un régimen especial de estabilidad para el trabajador discapacitado y que solo podía ser despedido mediante la comprobación de una causa legal que amerite su remoción.

El tratadista español Jesús González Pérez al referirse a la importancia del Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, expresa lo siguiente:

“La aplicación del principio de buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en caso se persiga: Y que no le va ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales u sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando solo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Ni en un lugar en que, razonablemente, no cabía esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos ni cuando ya no era concebible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va a adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones...” (El PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Civitas, Cuarta Edición, Madrid, 2004, Pág. 116)

La Sala Tercera ha recogido el principio de buena fe, en incontables Sentencias, siendo una de ellas, la Sentencia de 16 de diciembre de 2010, en la que se expuso lo siguiente:

“En este punto, la Sala debe referirse a uno de los principios que rigen las actuaciones administrativas: el principio de buena fe. En ese sentido, el mismo es uno de los criterios rectores de las actuaciones administrativas, toda vez que las acciones entre los particulares y la Administración deben desarrollarse con apego a los

principios de objetividad y buena fe.

La noción de la buena fe como patrón orientador de la conducta de la Administración y los particulares ha recibido y recibe un categórico reconocimiento en la jurisprudencia sentada por ésta Sala, la cual ha reclamado su aplicación al momento de valorar la validez legal de las actuaciones administrativas.

El respeto a éstos valores que deben orientar en todo momento la conducta de las autoridades administrativas, obligan a que éstas cñan su proceder a la rigurosa observancia de los imperativos de confianza, probidad, decoro y credibilidad, de suerte que los particulares puedan cifrar su confianza en que la Administración no va a defraudarles en su detrimento ora mediante la alteración súbita de las condiciones en que se ha desarrollado la relación, ora dictando decisiones que infrinjan sus propios actos precedentes. (Sentencia de 19 de enero de 2009)

El principio de la buena fe que representa el fundamento de las relaciones jurídicas en todos los ámbitos, comprende también la protección de la confianza legítima y el respeto por el acto propio.”

La Sala considera necesario señalar que, dentro del marco de la legalidad, el acto impugnado ha sido emitido sin tomar en cuenta la regulación que en materia de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad ha adoptado el Estado Panameño y que obligan a las diferentes instituciones a considerar las mismas, al momento de tomar medidas como las que han sido aplicadas en este caso.

El artículo 1 de la Ley N° 42 de 27 de agosto de 1999, (G.O.# 23876 de 31 de agosto de 1999), “Por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad”, en concordancia con el artículo 1 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”, pertenecen al grupo de disposiciones que establecen de forma precisa la política de Estado de garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en el ámbito de salud, educación, trabajo, vida familiar, recreación, deportes, cultura, entre otros, obligando al mismo y a la sociedad a ajustarse a los derechos, necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad.

En este sentido, es necesario destacar que el numeral 4 del artículo 3 de la Ley 42

de 27 de agosto de 1999, define discapacidad en los siguientes términos:

“Artículo 3. Para los efectos de la presente Ley, en los siguientes términos se definen así:

1.

...

4. Discapacidad. Alteración funcional, permanente o temporal, total o parcial, física, sensorial o mental, que limita la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal en el ser humano.”

De esta definición anterior, se colige claramente que las personas que sufren enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas son personas que padecen de discapacidad.

Por otro lado, el artículo 8 de la Ley N° 42 de 1999, crea para las instituciones del Estado la responsabilidad de garantizar dentro de sus competencias “...el pleno goce de los derechos a las personas con discapacidad ...”. Este artículo es concordante con el artículo 17 de la Constitución Nacional que establece la obligación que tienen las autoridades de la República de proteger la vida, honra y bienes de las personas; de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.

En virtud de lo antes expuesto, la Sala considera que es deber de las autoridades de la República y de quienes ejercemos el control de su actividad, asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales. Por lo tanto, a juicio de la Sala, al señalar el último párrafo del artículo 5 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, reformado por el artículo 11 de la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, que mientras la comisión interdisciplinaria, no expedida la certificación de la que trata este artículo no es obligación de la institución pública reconocer la protección que brinda esta Ley, incumple con este deber consagrado tanto en la ley como en la Constitución.

En este sentido, en fallo dictado por la Sala Tercera, fechado el día 10 de junio de 2005, se manifestó lo de lugar:

“...

Esta Sala ya ha interpretado el contenido de esta disposición legal, reconociéndola como “un régimen especial de estabilidad para el

trabajador discapacitado, de forma tal que proteja no sólo al funcionario que ingresa al cargo con algún grado de discapacidad, sino también a aquel que sufre por enfermedad o accidente, algún menoscabo de sus facultades que lo coloca en situación de discapacidad. En ambos casos, y como en cualquier otro régimen de estabilidad establecido por Ley, el trabajador así protegido sólo puede ser despedido mediante la comprobación de una causa legal que amerite su remoción”.

...

Con respecto a este tema de la obligación del Estado de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, el Pleno de la Corte Suprema en fallo de 11 de octubre indicó lo siguiente:

“El Pleno es del criterio que, como bien se señala en los Considerando del Decreto Ejecutivo N° 88 de 12 de noviembre de 2002, “Por medio del cual se reglamenta la Ley N° 42 de 27 de agosto de 1999, por la cual se establece la Equiparación de Oportunidades para las personas con “discapacidad”, para que esa efectiva equiparación de oportunidades ocurra “...todos los sistemas del Estado y la sociedad deben ajustarse a los derechos, necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad”.

Ello crea para las instituciones del Estado la responsabilidad de garantizar dentro de sus competencias “...el pleno goce de los derechos a las personas con discapacidad ...”, como lo indica el artículo 8 de la Ley N° 42 de 1999, lo cual es consecuente con el contenido del artículo 17 de la Constitución Nacional que establece la obligación que tienen las autoridades de la República de proteger la vida, honra y bienes de las personas; de asegurar los derechos y deberes individuales y sociales y cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes.

Es cierto que existe un principio procesal, conforme al cual las partes en un proceso tienen la carga de probar los hechos que sustentan sus pretensiones y excepciones, según sea el caso. Ello, a pesar de que el artículo 17 de la Constitución Nacional dispone el deber de las autoridades de asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales. Sin embargo, tratándose de un caso de discapacidad, si bien la parte que la alega debe procurar acreditar tal extremo, la ausencia de actividad probatoria por parte de dicha persona no releva a la autoridad del deber especial de tutelar a las personas que padezcan una discapacidad, lo que se traduce en la obligación de la autoridad de practicar, de oficio, las respectivas evaluaciones, cuando exista un indicio de la discapacidad.

La Corte es del criterio que en el presente caso, recaía sobre el Órgano Ejecutivo, por conducto del Director del Ministerio de Obras Públicas, la carga de ordenar lo conducente a fin de determinar si el amparista era o no discapacitado, antes de proceder a confirmar su destitución, tomando en cuenta que el mismo advirtió a la autoridad nominadora que padece una discapacidad a causa de un accidente laboral y que en su expediente de personal reposan múltiples certificados de incapacidad que evidencian el haber sufrido una lesión a causa de accidente laboral (Cfr. fojas 13 a 25 de los antecedentes).

Esa es la manera como en este caso se debía cumplir con la exigencia

prevista en el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución, consistente en el deber que tienen las autoridades de la República de asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales.

En ese sentido, la respuesta de la Caja de Seguro Social comunicada a esta Superioridad mediante la Nota DENSYPS-ST-1751-2010 de 30 de julio de 2010, en la que responde que el Señor ALFONSO MONTOYA padece de una condición que lo ubica dentro de la categoría de personas amparadas por la Ley 42 de 1999 y que padecía de la misma para el 5 de agosto de 2009, deja claro que la potestad discrecional de la autoridad nominadora para remover de su cargo a los servidores públicos (sin que medie causa disciplinaria alguna), no era aplicable en el caso del amparista, pues dicho funcionario se encontraba amparado por el régimen especial de estabilidad, contenido en el artículo 43 de la Ley 42 de 1999, por su condición de discapacitado

Debe tenerse presente que la protección legal que se establece en el artículo 43 de la Ley N° 42 de 27 de agosto de 1999, responde al "principio de no discriminación" consagrado en el artículo 19 de la Norma Fundamental, que preceptúa que "...no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas". (Subraya la Corte). Esta norma, si bien protege prima facie el derecho subjetivo de toda persona a recibir la misma protección y trato de parte de las autoridades y crea para el Estado el deber de no tratar de manera diferente a unas personas en relación con el trato que se brinda a otras en iguales circunstancias, refiere también una serie de factores que el constituyente consideró capaces de generar tratos desiguales, a saber: (a) la raza, (b) el sexo, (c) la discapacidad, (d) la clase social, (e) la religión y (f) las ideas políticas.

Se entiende entonces que, frente a cada uno de esos factores, surgen categorías de personas que, en una determinada situación, quedan en posiciones de ventaja o desventaja frente a otras. Esto es lo que se conoce como categorías sospechosas, sobre las que existe un mayor riesgo de que se produzcan tratos discriminatorios o desiguales motivados por circunstancias sociales, históricas y/o culturales.

Es por ello que la protección especial a favor de los discapacitados se ubica dentro de lo que doctrinalmente se conoce como garantías legislativas diferenciadas, que son aquellas que se establecen "...a favor de los más débiles (favor debilis)..." ^[2] y son una modalidad de las denominadas acciones positivas moderadas que buscan, mediante la diferenciación de trato, reducir o eliminar las desigualdades existentes entre distintos grupos o géneros de la sociedad. ^[3]

De allí que, ante la inexistencia de otra causa legal que justifique la destitución del señor ALFONSO MONTOYA PINILLO del cargo de Promotor Comunal del Ministerio de Obras Públicas, este Tribunal de Amparo es del criterio que la autoridad demandada, al desconocerle al amparista ALFONSO MONTOYA la diferenciación de trato establecida por el artículo 43 de la Ley 42 de 1999 -por su condición de discapacitado- afectó sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, con la consecuente afectación de su dignidad humana, causada por la privación de su fuente de empleo y la imposibilidad de sufragar sus necesidades básicas y las de su familia."

De igual forma, la Sala considera que el acto impugnado también vulnera el artículo 27 de la Ley 25 de 10 de julio de 2007 "Por la cual se aprueba la

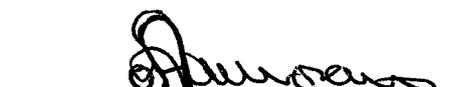
Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, adoptados en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006", que obliga al Estado Panameño a mantener una conducta enmarcada en el reconocimiento de esos derechos y principios consagrados en esa Convención a favor de las personas con discapacidad.

En virtud de lo antes expuesto, la Sala estima que le es dable acceder a la pretensión de declarar ilegal el acto impugnado y ordenar el respectivo reintegro del demandante; sin embargo, el pago de salarios caídos debe ser negado por cuanto no es posible reconocer este derecho, en vista de que el demandante no se encontraba amparado por la Carrera Administrativa o Aduanera, siendo esta la única condición en la que es posible reconocer la exención reclamada al respecto. Por consiguiente, 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 ES NULO, POR ILEGAL**, el acto administrativo contenido en el Resuelto N° 185 de 9 de julio de 2009, emitido por la Directora General de la Autoridad Nacional de Aduanas. Asimismo, **ORDENA EL REINTEGRO** del señor Aurelio Alí al puesto que ocupaba en la Autoridad Nacional de Aduanas al momento de su destitución o a otro de igual jerarquía y remuneración.

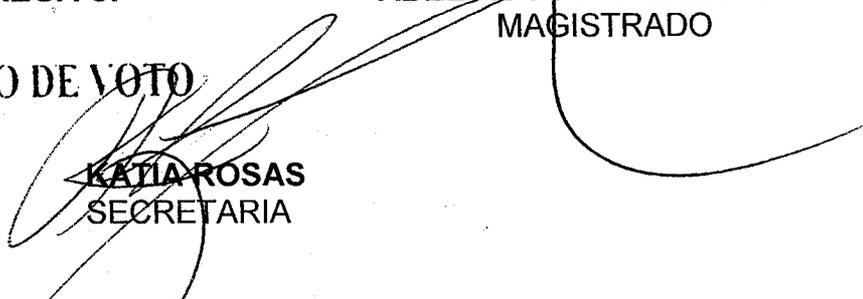
Notifíquese,


VÍCTOR L. BENAVIDES P.
MAGISTRADO


LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
MAGISTRADO


ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO

CON SALVAMENTO DE VOTO


KATIA ROSAS
SECRETARIA

SALVAMENTO DE VOTO DEL

MGDO. LUIS RAMÓN FÁBREGA S.

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR EL LCDO. AURELIO ALI GARCÍA, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL RESUELTO NO.185 DE 9 DE JULIO DE 2009, DICTADO POR LA AUTORIDAD NACIONAL DE ADUANAS.

Con el respeto y consideración acostumbrado, planteo los argumentos que me motivan a salvar mi voto.

En ese sentido, debo manifestar que soy del criterio que para que opere la protección especial del funcionario que padece de enfermedades degenerativas, involutivas o crónicas, el mismo debe haber puesto en conocimiento de la autoridad demandada el padecimiento de dicha enfermedad y que la misma cause discapacidad laboral.

Podemos observar que los certificados médicos visibles a fojas 6 y 7, certifican que el señor Aurelio Ali García es paciente hipertenso en tratamiento y mantiene buen control de su presión arterial, por ende no se cumple con el requisito de acreditar discapacidad laboral.

Al respecto me permito citar un extracto del fallo de 11 de marzo de 2014, bajo la ponencia de este Despacho:

“...
En vista que la autoridad demandada al momento de emitir el acto impugnado desconocía que el demandante padece de Psoriasis y Diabetes Mellitus Tipo 2, y toda vez que no se acreditó que las mismas producen discapacidad laboral; así como el hecho de que en el presente proceso no se acreditó el ingreso del señor Pedro Escobar De Gracia, al régimen de Carrera Administrativa, esta Sala considera que no se puede someter a revisión de ilegalidad los artículos 154, 155 y 158 del Texto Único de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, el artículo 141 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, reformado por la

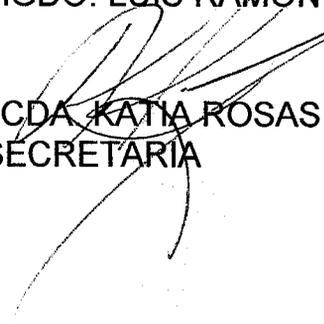
Ley 43 de 2009 y el artículo 4 de la Ley 59 de 28 de diciembre de 2005, y en consecuencia se procederá a declarar que no es ilegal la resolución impugnada.”.

Son por las razones aquí explicadas, que respetuosamente **SALVO**

EL VOTO.

Fecha ut supra.


MGDO. LUIS RAMÓN FÁBREGA S.


LCDA. KATIA ROSAS
SECRETARÍA