REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, cuatro (04) de agosto de dos mil veintidós (2022).

VISTOS:

El Licenciado Luiggi Colucci, actuando en nombre y representación de **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**, presentó Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. 364 de 1 de agosto de 2019, dictada por el Servicio Nacional de Migración, así como su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

I. LA PRETENSIÓN Y SU FUNDAMENTO.

El Actor acude ante esta instancia jurisdiccional solicitando se declare la nulidad, por ilegal, de la Resolución No. 364 de 1 de agosto de 2019, proferida por el Servicio Nacional de Migración, a través de la cual se resolvió lo siguiente:

"**RESUELVE:**

PRIMERO: ***DEJAR SIN EFECTO*** la Resolución No. 958 de 16 de diciembre de 2016, mediante la cual se le reconoce al servidor público su incorporación en Carrera Migratoria.

SEGUNDO: ***CANCELAR*** el cargo y el reconocimiento del Servidor Público incorporado al Régimen Especial de Ingreso a la Carrera Migratoria de acuerdo al artículo, 140, numeral N°3 del Decreto Ejecutivo N°138 del 04 de mayo de 2015:

..."

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del Acto Administrativo antes citado, el Accionante solicita que la Sala restablezca la vigencia de la Resolución N° 958 de 16 de diciembre de 2016; y que ordene al Servicio Nacional de Migración que se le reintegre como servidor público de Carrera Migratoria en la posición de Supervisor de Migración III, junto con el pago de las prestaciones laborales y salariales dejadas de percibir.

Entre los hechos y omisiones fundamentales de la Acción, el apoderado judicial de **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ** señala que su mandante, fue miembro de la Policía Nacional y durante el desempeño de ese cargo fue asignado a prestar labores de apoyo en el Servicio Nacional de Migración desde el 28 de julio de 2011, ejerciendo funciones en distintos departamentos y unidades de operación migratoria.

En este sentido, expone que por medio del Resuelto de Personal N° 201 de 17 de junio de 2015, expedido por el Ministerio de Seguridad Pública, se resolvió pasar al prenombrado al estado de jubilación, cumplidos los treinta (30) años de servicios continuos, en el rango de Mayor.

Posteriormente, a través del Decreto de Personal N°481 de 3 de agosto de 2015, proferido por el Ministerio de Seguridad Pública, se nombra formalmente a **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ** en el Servicio Nacional de Migración, en la posición de Asistente Ejecutivo I; y, posteriormente, fue reconocido como servidor de Carrera Migratoria en el cargo de Supervisor de Migración III, por medio de la Resolución N° 958 de 16 de diciembre de 2016, suscrita por el Sub Director y la Jefa de Unidad de Recursos Humanos.

No obstante, continúa señalando que, de manera oficiosa, mediante la Resolución N° 364 de 1 de agosto de 2019, la actual Dirección General del Servicio Nacional de Migración dejó sin efecto su incorporación al Régimen de Carrera Migratoria, basándose única y exclusivamente en su condición de jubilado, lo que conlleva a la pérdida de la condición de funcionario de Carrera Migratoria, de

conformidad con lo establecido en el artículo 140 (numeral 3) del Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015.

Finaliza exponiendo, que, contra la precitada decisión, su mandante presentó oportunamente Recurso de Reconsideración; lo que dio origen a la Resolución N° 395 de 26 de agosto de 2019, mediante la cual se mantuvo en todas sus partes lo dispuesto en el acto principal; resultando ambas viciadas de nulidad.

II. DISPOSICIONES LEGALES INVOCADAS COMO INFRINGIDAS POR LA PARTE ACTORA.

El apoderado judicial de **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**, indica se han conculcado las siguientes normas:

- Los artículos 77, 128, y 140 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, *"que reglamenta el Título X del Decreto Ley 3 de 22 de febrero de 2008, que crea el Servicio Nacional de Migración y la Carrera Migratoria y deroga el Decreto Ejecutivo 40 de 16 de marzo de 2009 y el Decreto Ejecutivo 112 de 24 de febrero de 2014"*, que, en su orden, indican que el servidor público de Carrera Migratoria que se acoja a jubilación o pensión, no será considerado como personal en servicio activo y será desacreditado de dicho régimen; los cargos de servidores públicos que no pueden solicitar el ingreso a la Carrera Migratoria; y las causas por las cuales se pierde la condición de servidor público de Carrera Migratoria; y

- Los artículos 36, 47, 52 (numeral 4), 62 y 155 (numeral 1) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, *"Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales"*, que establecen, respectivamente, que 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; la prohibición de establecer requisitos o trámites que no se encuentren previstos en las disposiciones legales; que se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados con omisión de trámites fundamentales que impliquen violación al Principio del Debido Proceso; los casos en que las entidades públicas

pueden revocar o anular de oficio una Resolución en firme en la que se reconozcan derechos a favor de terceros; y de la motivación de los actos administrativos que afecten derechos subjetivos.

III. INFORME DE CONDUCTA.

La Directora General del Servicio Nacional de Migración, por medio de la Nota SNM-DG-842-19 de 8 de noviembre de 2019, remitió a esta Superioridad el Informe Explicativo de Conducta, visible a fojas 25-29 del Expediente, en el que indicó que el Consejo de Ética y Disciplina, mediante Nota fechada 15 de julio de 2019, pone en conocimiento de la Dirección General del Servicio Nacional de Migración que de una revisión del proceso de acreditación de **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**, el mismo se dio en contravención de lo dispuesto en los artículos 127 y 140 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 4 de mayo de 2015.

En ese sentido, indica que, de conformidad con la referida normativa, el estatus de Carrera Migratoria se pierde por jubilación, pensión por vejez e invalidez permanente; por consiguiente, no podía ser incorporado al régimen de Carrera Migratoria; ya que al señor **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**, se le concedió pasar del servicio activo de la Policía Nacional al estado de jubilación, mediante el Resuelto de Personal N° 201 de 17 de junio de 2015, dictado por el Ministro de Seguridad Pública.

Por lo anterior, ante la existencia del Informe del Consejo de Ética y Disciplina, se procedió a dejar sin efecto la Resolución N° 958 de 16 de diciembre de 2016, por medio de la cual se acreditó al demandante en el Régimen de Carrera Migratoria, decisión contra la cual el actor interpuso un Recurso de Reconsideración, sin embargo, se mantuvo el contenido del acto administrativo principal, puesto que el accionante ostentaba la condición de personal de confianza, por lo que su posición era de libre nombramiento y remoción.

IV. OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

El señor Procurador de la Administración, mediante la Vista N°004 de 3 de

110

enero de 2022, solicita a la Sala Tercera que se declare que no es ilegal la Resolución No. 364 de 1 de agosto de 2019, emitida por el Servicio Nacional de Migración, ni su acto confirmatorio; y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones del Accionante.

Manifiesta el Representante del Ministerio Público que el acto objeto de controversia tuvo su fundamento en la Nota de 15 de julio de 2019, suscrita por el Consejo de Ética y Disciplina del Servicio Nacional de Migración, organismo garante de la transparencia del proceso especial y ordinario de ingreso al Régimen de Carrera Migratoria; comunicación en la que informó a la Dirección General de la Entidad que la acreditación de **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ** se dio en contravención de lo dispuesto en los artículos 127 y 140 del Decreto Ejecutivo No. 138 de 4 de mayo de 2015.

En adición a lo anterior, aclara que si bien la frase *"jubilación"* del numeral 3 del artículo 140 del Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015, fue declara inconstitucional por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante pronunciamiento de 28 de octubre de 2020, no debemos perder de vista que las decisiones proferidas en materia constitucional, no tienen efecto retroactivo, tal como lo advierte el artículo 2573 del Código Judicial.

Por lo anterior, esgrime el Procurador que al Accionante se le respetaron las garantías del Debido Proceso y Derecho de Defensa, así como también se cumplió con el Principio de Debida Motivación (Cfr. fojas 72-80 del Expediente Judicial).

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante la Vista Número 619 de 22 de marzo de 2022, el Procurador de la Administración, mantiene la opinión expresada en la Vista N° 004 de 3 de enero de 2022, y, sin mayores variantes, insiste en la declaratoria de legalidad de los actos administrativos impugnados (Cfr. fojas 101-103 del Expediente Judicial).

Por su parte, el apoderado judicial de **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**, no presentó Alegatos de Conclusión.

111

VI. DECISIÓN DE LA SALA.

Luego de surtidas las etapas procesales, procede la Sala a realizar un examen de rigor.

- **Competencia del Tribunal.**

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 206 (numeral 2) de la Constitución Política de Panamá, en concordancia con el artículo 97 (numeral 1) del Código Judicial, se establece como competencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento de los Decretos, Órdenes, Resoluciones o cualesquiera Actos, sean generales o individuales, que se acusen de ilegales, sustento jurídico que le permite a esta Corporación conocer de la Demanda bajo estudio.

- **Acto Administrativo Objeto de Reparo.**

El Acto Administrativo que se impugna, lo constituye la Resolución No. 364 de 1 de agosto de 2019, dictada por el Servicio Nacional de Migración, a través de la cual se resolvió dejar sin efecto la Resolución No. 958 de 16 de diciembre de 2016, que le reconoció a **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**, su incorporación en Carrera Migratoria y le canceló dicho estatus laboral al prenombrado.

- **Sujeto Procesal Activo.**

En el negocio jurídico en estudio, el Licenciado Luiggi Colucci, comparece al Tribunal actuando en nombre y representación de **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**, cuyas generales se encuentran descritas en el poder conferido.

- **Sujeto Procesal Pasivo.**

Lo constituye la Directora General del Servicio Nacional de Migración, representada por el Procurador de la Administración, quien en ejercicio del rol consagrado en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, actúa en defensa de la legalidad del acto administrativo impugnado.

- **Problema Jurídico Planteado por el Accionante.**

Esta Magistratura advierte que el apoderado judicial del Demandante censura de ilegal el acto administrativo, alegando que la revocatoria de oficio

efectuada por la entidad demandada no se sustentó en ninguna de los cuatro (4) supuestos señalados en el artículo 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, lo cual es una contravención al Principio de Irrevocabilidad de actos administrativos que garantiza la seguridad jurídica de las actuaciones administrativas y al Principio de Motivación del acto administrativo.

A su vez, realiza mayor hincapié en el hecho que el estatus de jubilación especial adquirido por su mandante, se dio en su condición de miembro activo de la Policía Nacional; es decir, antes de acreditarse y ejercer funciones como servidor público de Carrera Migratoria, supuesto que no se encuentra contemplado en el Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015.

A fin de dilucidar la controversia jurídica sometida a escrutinio de este Tribunal Colegiado, consideramos menester efectuar una revisión minuciosa del historial laboral de quien acciona.

- **Ingreso y Desacreditación de la Carrera Migratoria.**

Adentrándonos al análisis de los cargos de ilegalidad esgrimidos por el Actor, observa el Tribunal que, de conformidad con las piezas que conforman el expediente de personal, por medio del Decreto de Personal No. 481 de 3 de agosto de 2015, **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**, fue nombrado, eventual, en el cargo de Asistente Ejecutivo I en el Servicio Nacional de Migración, del cual tomó posesión el 16 de octubre de 2015 (Cfr. fojas 62 y 64 del expediente administrativo).

Luego de ello, consta que a través de la Resolución No. 958 de 16 de diciembre de 2016, el Sub Director General de Migración, en conjunto con la Jefa de la Unidad de Recursos Humanos, le reconocieron a **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**, su condición de servidor público incorporado al Régimen de Carrera Migratoria, en el cargo de Supervisor de Migración III (Cfr. fojas 106 y 107 del expediente administrativo).

Seguidamente, mediante el Decreto de Personal No. 558 de 20 de diciembre de 2016, se le reconoció a **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**

su estatus de eventual a servidor público permanente, en el cargo de Supervisor de Migración III, del cual se posesionó el 20 de diciembre de 2016 (Cfr. fojas 108 y 109 del expediente administrativo).

Finalmente, por medio de la Resolución No. 364 de 1 de agosto de 2019, la Directora General del Servicio Nacional de Migración dejó sin efecto la Resolución No. 958 de 16 de diciembre de 2016, y ordenó cancelar su reconocimiento como funcionario de Carrera Migratoria, con base en lo preceptuado en el artículo 140 (numeral 3) del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015 (Cfr. fojas 15 y 16 del expediente judicial).

Contra esta última decisión, consta que el Accionante presentó un Recurso de Reconsideración, resuelto por medio de la Resolución No. 395 de 26 de agosto de 2019, que confirmó la desacreditación de **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ** como servidor público de Carrera Migratoria (Cfr. fojas 17-18 y 19-21 del expediente judicial).

Al analizar las posturas de quienes intervienen dentro de la controversia que nos ocupa, la Sala concluye que le asiste la razón al actor, por las razones que a continuación exponemos.

Adentrándonos al examen de legalidad que nos corresponde, tenemos que el Decreto Ley No. 3 de 22 de febrero de 2008, *"que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y otras disposiciones"*, en sus artículos 99 y 100 establece lo siguiente:

> "**Artículo 99.** Se crea la Carrera Migratoria para los servidores públicos del Servicio Nacional de Migración, con el propósito de establecer un régimen laboral especial fundado en los criterios de igualdad, mérito, honestidad, transparencia, capacidad y eficiencia.
>
> Los requisitos y procedimientos para los nombramientos, ascenso, traslados, suspensiones y destituciones, serán establecidos por el reglamento del presente Decreto Ley."

> "**Artículo 100.** El ingreso de los servidores públicos a la Carrera Migratoria estará condicionado a procedimientos de selección según su capacidad, competencia profesional, mérito, moral pública, igualdad de oportunidades y condiciones psicofísicas, aspectos todos que se comprobarán mediante instrumentos válidos, idóneos y pertinentes de medición, previamente establecidos en el reglamento del presente Decreto Ley."

Con la finalidad de desarrollar el marco regulatorio relativo a la Carrera Migratoria y promover un régimen laboral basado en la eficiencia y el mérito, el Ministerio de Seguridad Pública expidió el Decreto Ejecutivo No. 138 de 4 de mayo de 2015, *"que reglamenta el Título X del Decreto Ley 3 de 22 de febrero de 2008, que crea el Servicio Nacional de Migración y la Carrera Migratoria y Deroga el Decreto Ejecutivo 40 de 16 de marzo de 2009 y el Decreto Ejecutivo 112 de 24 de febrero de 2014"*.

En ese contexto, el mencionado cuerpo reglamentario establece dos (2) sistemas de incorporación a la Carrera Migratoria, a saber:

- El Procedimiento Ordinario de Ingreso, dispuesto en los Títulos III y IV del Decreto Ejecutivo No. 138 de 4 de mayo de 2015, diseñado para aquellos aspirantes potencialmente calificados para ocupar puestos de Carrera Migratoria, previa aprobación de un procedimiento de reclutamiento y selección; y
- **El Ingreso Excepcional a la Carrera Migratoria**, establecido en el Título VII del Decreto Ejecutivo No. 138 de 4 de mayo de 2015, aplicable a todos aquellos servidores públicos en funciones o nombrados en el Servicio Nacional de Migración, antes de la entrada en vigencia del mencionado cuerpo reglamentario, **siendo éste el sistema de acreditación especial aplicado a DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**.

Ahora bien, tenemos que en el Considerando de la Resolución No. 364 de 1 de agosto de 2019, censurada de ilegal, el Servicio Nacional de Migración indica lo siguiente:

> "...
> Que el artículo 140, numeral N° 3 del Decreto Ejecutivo N°138 del 04 de mayo del 2015, señala que la condición de servidor público de Carrera Migratoria se perderá por jubilación, pensión por vejez e invalidez permanente y estatus se encuentra enmarcado dentro de la condición de jubilado, por lo que esto nos conlleva a dejar sin efecto la acreditación al Régimen de Carrera Migratoria, que había sido aprobada mediante la Resolución No. 958 del 16 de diciembre de 2016, No obstante, continuará ejerciendo las funciones habituales que ha venido desempeñando." (Cfr. fojas 15 y 16 del expediente judicial).

Se desprende de la parte motiva del acto administrativo impugnado, que el Servicio Nacional de Migración dejó sin efecto el reconocimiento otorgado

previamente a **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ** como servidor público de Carrera Migratoria, tomando como fundamento la causal contemplada en el artículo 140 (numeral 3) del Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015, que puntualiza:

> "**Artículo 140**. La condición de servidor público de Carrera Migratoria se perderá por las siguientes causas:
>
> 1- Renuncia voluntaria manifestada por escrito y aceptada expresamente.
>
> 2- Resultado positivo de prueba de consumo de drogas ilícitas, luego de permitirle un proceso de rehabilitación del uso de drogas por el término de dos (2) años.
>
> 3- Jubilación, pensión por vejez e invalidez permanente.
>
> 4- Condena con motivo de delito doloso, impuesta mediante sentencia ejecutoriada."

Bajo este marco de ideas, se tiene que el artículo 140 del Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015, estipula los supuestos por los cuales el funcionario incorporado al régimen de Carrera Migratoria perderá su condición, entre éstos, que el servidor público se acoja a la jubilación, siendo éste el invocado en la causa bajo estudio.

En este contexto, de conformidad con las piezas procesales que obran en el Expediente Administrativo, se tiene que mediante el Resuelto de Personal No. 201 de 17 de junio de 2015, expedido por el Ministro de Seguridad Pública, se le concedió a **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ** el derecho de jubilación especial como miembro juramentado de la Policía Nacional, en virtud de haber cumplido treinta (30) años de servicios continuos (Cfr. foja 50 del expediente administrativo).

Ahora bien, consideramos importante acotar para el examen de legalidad que nos corresponde, señalar que la frase *"jubilación, pensión por vejez"* contenida en el numeral 3 del artículo 140 del Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015 (fundamento de derecho del acto acusado), fue declarada inconstitucional por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia de 28 de octubre de 2020, cuya parte medular establece:

"Vemos entonces, que **la carrera migratoria otorga a los servidores públicos que a ella ingresen, previo cumplimiento en el proceso de reclutamiento y selección de los procedimientos y requisitos requeridos para tal fin**, una serie de derechos, obligaciones y también determina cuales son las prohibiciones en el ejercicio de sus cargos.

Queda claro que el ingreso a la carrera migratoria se fundamenta al igual que las otras carreras públicas, en el sistema de méritos, el que excluye a los servidores públicos con este estatus, de la discrecionalidad de libre nombramiento y remoción de la autoridad nominadora.

En este contexto, cabe manifestar que **uno de los derechos que le asiste al funcionario de carrera migratoria, es la estabilidad laboral** (artículo 43, numeral 1 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015), siendo ésta, la protección que brinda la ley frente a la terminación de la relación laboral, de allí, que solo es posible la destitución o aplicación de alguna otra medida disciplinaria, cuando medie causa prevista en la ley y siempre que se cumpla con el procedimiento o formalidades que la misma dispone.

Para esta Superioridad es de relevancia referirse al derecho a la estabilidad en el cargo, porque es un aspecto que guarda conexión con el análisis que realizamos del artículo 77 y del numeral 3 del artículo 140 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, toda vez que estos preceptos normativos demandados, con la exclusión y desacreditación planteada, colocan al servidor público de carrera migratoria que se acoja al derecho adquirido de jubilación o pensión por vejez, bajo la discrecionalidad de la autoridad nominadora.

De forma diáfana podemos afirmar, que la inamovilidad en el cargo de los funcionarios de carreras públicas está supeditada a la supremacía de la Constitución Política, al establecerse en el artículo 300 que la misma se encuentra sujeta a la competencia, lealtad y moralidad en el ejercicio de los cargos públicos.

Resulta evidente para este Tribunal Constitucional la lesión devenida de la reglamentación contemplada en el artículo 77 y numeral 3 del artículo 140 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, al desatender los parámetros y límites fijados en la norma suprema, que refieren a los principios rectores del sistema de méritos.

Así las cosas, de ninguna manera puede concebirse que al ejercerse el derecho a jubilarse o pensionarse por vejez, siendo éstos derechos adquiridos, implique la pérdida de la condición de funcionario de carrera pública, que ha sido reconocida previo cumplimiento de los requisitos exigidos para tales efectos, lo que además tiene como consecuencia, la afectación de la estabilidad en el cargo.

Queda claro que esta exclusión y desacreditación dispuestas en las normas que se examinan, rebasa el límite determinado por la norma superior, siendo ésta la que vincula el desarrollo del ordenamiento jurídico y los actos de todo servidor público, al ser la fuente suprema de la ley que impone la obligatoriedad de cumplir con sus preceptos, así también ordena los poderes del Estado y determina los límites en el ejercicio del poder.

Por otra parte, los preceptos legales acusados vulneran además el artículo 307 de la Constitución Política, toda vez que incorporan a través de la reglamentación, una condición de servidor público, es decir, a los jubilados y pensionados por vejez (que decidan seguir laborando), como aquellos que no pueden formar parte de las carreras públicas.

...

Luego de este análisis, esta Superioridad ha evidenciado que además de lo esbozado, la norma y frase demandadas son lesivas a la prohibición de no discriminación contemplada en el artículo 19 de la Constitución Política, al crear una distinción que no es proporcional ni razonable, entre los funcionarios que han ingresado a la carrera migratoria por el sistema de méritos y aquellos que, siendo parte de esta carrera pública deciden acogerse al derecho a la jubilación

o pensión por vejez, pero siguen ejerciendo sus cargos en el Servicio Nacional de Migración.

Lo anterior denota de manera diáfana un trato diferenciado y discriminatorio entre iguales, es decir, entre todos aquellos servidores públicos que son parte de la carrera migratoria, al establecer la jubilación o pensión por vejez como causal de desacreditación de la carrera y para dejar de ser considerado como parte del personal activo del Servicio Nacional de Migración, aun cuando todos cumplieron con los requisitos, procedimientos y formalidades para adquirir la condición de funcionarios adscritos a dicha carrera pública.

En este sentido, las causales para poder ser desacreditado, deben ser aplicadas en igualdad de condiciones a todos los servidores públicos de carrera migratoria que se encuentren como parte del personal activo, indistintamente que sea jubilado o pensionado por vejez.

...

En mérito de lo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE SON INCONSTITUCIONALES el artículo 77 y la frase 'jubilación, pensión por vejez' del artículo 140, numeral 3, del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015**." (Lo resaltado es nuestro).

Sobre este punto, debemos precisar que, si bien los efectos de la Sentencias de Inconstitucionalidad no tienen efecto retroactivo, y que la Sentencia de 28 de octubre de 2020, es posterior a la emisión de la Resolución No. 364 de 1 de agosto de 2019, resulta de vital trascendencia explicar que aun encontrándose vigente el numeral 3 del artículo 140 del Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015, al momento de emisión del acto administrativo acusado de ilegal, perdería propósito que esta Judicatura le reconozca efectos jurídicos a disposiciones que contravienen nuestro Estatuto Fundamental.

Con respecto al alcance y aplicabilidad de una norma declarada inconstitucional, aun encontrándose vigente al momento de determinada actuación administrativa, este Tribunal Colegiado ha explicado lo siguiente:

"Al ser declarado inconstitucional el Decreto de Gabinete No. 344 de 31 de octubre de 1969, fundamento de derecho de la resolución impugnada distinguida con el No. 36 y dictada el 1o. de noviembre de 1988, **esta debe ser declarada ilegal porque las normas en que se fundamenta son nulas, carecen de validez legal y no pueden ser aplicadas aun cuando hayan estado vigentes al momento en que se dictó la resolución, y en consecuencia debe declararse ilegal el acto confirmatorio de la mencionada resolución**.

En relación con los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los preceptos legales la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del Magistrado Arturo Hoyos, en sentencia de 8 de junio de 1992, ha expresado:

'La norma inconstitucional es nula y no puede ser aplicada por el juez, aunque estuviese vigente al momento en que se produjo el hecho cuyos efectos ahora se determinan ...

La norma inconstitucional no puede tener ultra actividad (eficacia ulterior a su pérdida de vigencia para regular las situaciones nacidas bajo su imperio) como sí la puede tener una norma derogada (en ausencia de

una ley derogatoria retroactiva) porque no se dan iguales supuestos: la esencia de la derogación no consiste en hacer desaparecer todos los efectos de la ley o el reglamento sino en 'delimitar la eficacia o aplicabilidad de las leyes en el tiempo, estableciendo una ordenada sucesión de las mismas' (Diez-Picazo, op. cit., pág. 235) mientras que **lo que persigue la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley o del reglamento es hacer efectiva la supremacía de la Constitución, ya que, en palabras de Hans Kelsen 'una Constitución que carezca de la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria'** (artículo citado, pág. 150). **Sería contrario a este propósito continuar aplicando una norma reglamentaria incompatible con la Constitución, ésta sería verdaderamente la norma suprema**.

Igualmente, en fallo posterior del 3 de septiembre de 1992, bajo la ponencia del Magistrado Edgardo Molino Mola la Sala reitera este criterio al expresar:

'al declararse inconstitucional el Decreto de Gabinete No. 344 de 1969, ... lo hace inaplicable al presente caso, a pesar de que el mismo estaba vigente al momento en que se presentó la demanda para el pago de indemnización por incumplimiento del contrato de agencia...'.

Es por lo anterior que no concebimos el hecho de que por encontrarse el Decreto de Gabinete No. 344 de 1969, vigente a la fecha de interpuesta la demanda de indemnización, por cancelación unilateral del Contrato de Agencias..., deba seguirse con el procedimiento allí establecido, aún anulado el Decreto de Gabinete 344 de 1969."[1]

"Analizada la Sentencia citada, la Sala advierte que la palabra 'retiro' contenida en el artículo 2 del Reglamento de Pensión de Vejez de la Caja de Seguro Social, implicaba la exigencia por parte de la administración de dicha institución del certificado de cese de labores a los asegurados a quienes le concedía su pensión de vejez. A juicio del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dicha exigencia restringía, limitaba, impedía o prohibía el libre ejercicio del derecho al trabajo, en detrimento de lo consagrado en el artículo 60 de la Constitución Nacional, de ahí su declaratoria de inconstitucionalidad.

Ahora bien, este Tribunal estima necesario señalar que aun cuando en el momento que el señor JULIO CÉSAR RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, solicitó su pensión de vejez, estaba vigente la Resolución Nº 2177-85. J.D. de 20 de junio de 1985 de la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, que remitía a la aplicación del artículo 2 del Reglamento para el Cálculo de las Pensiones de Invalidez, Vejez y Muerte; **la declaratoria de inconstitucionalidad de la palabra 'retiro' que formaba parte del parágrafo de dicho artículo y que sustentaba el requerimiento de la presentación del cese de laborales para que el asegurado tuviese derecho al pago de su pensión de vejez, impide que se pueda aplicar dicha palabra al caso en estudio**. Veamos por qué.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se ha manifestado en reiteradas ocasiones sobre los efectos que produce la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley y los efectos que produce la derogación de una ley. Específicamente, en Sentencia de 8 de junio de 1992, este Tribunal, se pronunció sobre los efectos que produce la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición legal así:

'Es imperativo puntualizar que el Decreto No. 6 de 1987 fue declarado inconstitucional mediante la sentencia de 13 de marzo de 1991 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Esto lo hace inaplicable a la presente controversia a pesar de que se encontraba vigente al momento en que el demandante fue destituido ..., la declaratoria de inconstitucionalidad produce la nulidad (ex-nuc en Panamá) de la norma legal o reglamentaria.

...

...**La norma inconstitucional es nula y no puede ser aplicada por el juez, aunque estuviese vigente al momento en que se produjo el hecho cuyos efectos ahora se determinan**...

...

La norma inconstitucional no puede tener ultraactividad (eficacia ulterior a su pérdida de vigencia para regular las situaciones nacidas bajo su imperio) como sí la puede tener una

[1] Sentencia de 7 de junio de 1993 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral.

> norma derogada (en ausencia de una ley derogatoria retroactiva) porque no se dan iguales supuestos...'
>
> Como vemos, la declaratoria de inconstitucionalidad del término 'retiro' a que hacía alusión el artículo 2 del Reglamento para el Cálculo de las Pensiones de Vejez, Invalidez y Muerte, produce su desaparición del ordenamiento jurídico sin efectos ultraactivos. En consecuencia, **a pesar de haberse utilizado por la Comisión de Prestaciones de la Caja de Seguro Social, para concederle la pensión de vejez al señor CÉSAR RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, -por estar en vigor para el 10 de febrero de 1998-, no puede aplicarse al caso en estudio ni considerarse en su contexto como fundamento legal para que entre en vigencia la pensión de vejez del prenombrado.**"[2]

Lo anterior, guarda estrecha armonía con el Principio de Supremacía Constitucional, noción acogida en la mayoría de los países latinoamericanos, encaminada al reconocimiento y valor supremo de la Constitución como fundamento del ordenamiento jurídico; es decir, que constituye un referente obligatorio para determinar la validez de las demás normas jurídicas y actos de los poderes públicos; garantía que definitivamente descansa en el Poder Judicial, siendo deber del Juez aplicarla.

Así las cosas, debemos aclarar que esta Sala no busca atentar contra el Principio de Seguridad Jurídica ni estabilidad del acto administrativo; no obstante, en la causa bajo estudio, por las particularidades que revisten este caso, no podemos obviar que el fundamento de derecho del acto administrativo impugnado versa sobre una norma reglamentaria **declarada inconstitucional**, y, al ser la Constitución Política la norma primaria, la misma deviene en la fuente de creación de todo el sistema jurídico y mandata al operador de Justicia a resguardar su carácter normativo superior, esencial para mantener un Estado Social de Derecho.

Y es que, menoscabar el derecho a la estabilidad laboral de un servidor público desacreditando su incorporación a la Carrera, fundamentado en que se acogió a su jubilación equivaldría a desmeritar su trayectoria laboral, compendio de conocimientos, evaluación de aptitudes y desconocer su derecho al trabajo; **siendo estos los aspectos sobre los cuales se basa el ingreso a la Carrera Migratoria**, al tenor de lo preceptuado en el artículo Decreto Ley No. 3 de 22 de febrero de 2008, ya citado.

---

[2] Sentencia de 25 de julio de 2006 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral.

120

Tomando en consideración lo anterior, el marco jurídico sobre el cual se basa la Resolución No. 364 de 1 de agosto de 2019, **para cancelar de oficio** el reconocimiento conferido a **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ** como servidor público de Carrera Migratoria, **no es procedente para revocar de oficio** un acto administrativo dictado previamente, que se encontraba debidamente ejecutoriado, y que concedía un derecho a favor de un tercero.

La figura de la revocatoria de los actos administrativos se caracteriza porque, de acuerdo a su naturaleza jurídica, constituye siempre un acto voluntario y unilateral que lleva a cabo la Administración Pública, con la finalidad de rectificar o corregir los errores en la que pudo haber incurrido con anterioridad al emitir un acto administrativo.

Respecto a la revocatoria de oficio que pueden ejercer las entidades públicas sobre sus propios actos administrativos, se ha señalado que *"consiste en la potestad que la ley confiere a la administración para que, en cualquier tiempo, de manera directa, de oficio o a pedido de parte y mediante un nuevo acto administrativo modifique, reforme, sustituya o extinga los efectos jurídicos de un acto administrativo conforme a derecho, aun cuando haya adquirido firmeza debido a que su permanencia ha devenido-por razones externas al administrado- en incompatible con el interés público tutelado por la entidad."*[3]

En nuestra legislación, el artículo 62 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, estipula de forma diáfana y restrictiva las causales y el procedimiento por las cuales una Entidad pública puede revocar de oficio una resolución en firme, que haya reconocido derechos a favor de terceros, disposición que en su contenido expresa:

> "**Artículo 62.** Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:
>
> 1. Si fuese emitida sin competencia para ello;
>
> 2. Cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla;

[3] MORÓN URBINA, Juan Carlos. La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 2011, no 67, p. 425.

3. Si el afectado consiente en la revocatoria; y

4. Cuando así lo disponga una norma especial.

En contra de la decisión de revocatoria o anulación, el interesado puede interponer, dentro de los términos correspondientes, los recursos que le reconoce la ley.

La facultad de revocar o anular de oficio un acto administrativo no impide que cualquier tercero interesado pueda solicitarla, fundado en causa legal, cuando el organismo o funcionario administrativo no lo haya hecho."

De la norma citada, se desprende con claridad que la potestad de revocatoria o anulación de oficio opera bajo supuestos específicos y recae exclusivamente sobre la Autoridad que emitió el Acto Administrativo, a fin de evitar, por una parte, que las Instituciones del Estado incurran en decisiones arbitrarias que vulneren o desconozcan injustificadamente derechos adquiridos por terceros, tal como es el reconocimiento del ingreso a la Carrera Migratoria que le otorgaba estabilidad laboral a **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ**.

Frente a la realidad procesal del negocio jurídico que ocupa nuestra atención, este Tribunal estima que, tal como lo ha planteado el apoderado judicial de la parte actora, la actuación desplegada por el Servicio Nacional **no se compadece con ninguno de los supuestos que establece el artículo 62 de la Ley 38 de 2000**, para haber revocado de oficio la Resolución que otorgó el reconocimiento a **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ** como funcionario de Carrera Migratoria.

Es por ello, que esta Superioridad considera que **de haber estimado la Entidad demandada que hubo algún vicio en el Procedimiento Administrativo de Acreditación surtido**, en este caso, que el Accionante en razón de su condición de jubilado no podía ingresar a la Carrera Migratoria, **le correspondía entablar las acciones recursivas pertinentes contra dicha actuación**, mas no así emitir un acto administrativo de oficio en menoscabo de los derechos reconocidos al activador jurisdiccional.

Cabe agregar que, al remitirnos al artículo 128 del Decreto Ejecutivo N° 138 de 4 de mayo de 2015, no se advierte que quien goce de una jubilación

especial anticipada se encuentre exceptuado de poder solicitar su ingreso a la Carrera Migratoria, quedando supeditado únicamente a cumplir los lineamientos de incorporación y evaluaciones de desempeño, lo cual es cónsono con el sistema de méritos que rige en la Administración Pública; norma que estipula lo siguiente:

> "**Artículo 128**. No podrán solicitar su ingreso a la Carrera Migratoria, a través del proceso especial de ingreso, aquellos servidores públicos que ocupen cargos de secretaria ejecutiva, asistente ejecutivo, asesores, los cuales serán de libre nombramiento y remoción."

En abono a lo expresado, deseamos plantear a manera de reflexión, que, ciertamente esta Corporación de Justicia ha trazado una línea de criterio respecto a los servidores públicos jubilados y su derecho a la estabilidad laboral, resaltando que la jubilación no debe ir en desmedro del derecho al trabajo y demás derechos adquiridos; máxime tomando en cuenta que en el caso que nos ocupa, estamos ante un servidor cuya jubilación se dio de forma especial, por los treinta (30) años de servicios prestados a la Policía Nacional, y, posteriormente, su incorporación al régimen de Carrera Migratoria se efectuó previo cumplimiento del proceso de reclutamiento correspondiente. Veamos:

> "...
> En la actualidad, llegar a la edad para acogerse a la jubilación o pensión por vejez es un requisito establecido en la Ley para alcanzar dicha condición, pero ello no quiere decir que las personas que la adquieren no continúen siendo productivas, pues llegar a la jubilación o pensión por vejez, no debe ser una condición para prohibir o limitar el derecho al trabajo.
> ...
> Ahora bien, al analizar el literal demandado, de la redacción de la interpretación de esta, se aprecia que se ha querido variar y hasta despistar al guardián de la Constitución, respecto a la limitación sobre el derecho al trabajo por acogerse a la jubilación o pensión por vejez.
>
> El contenido demandado supone un subterfugio, al pretender disfrazar como causal de terminación de la relación de trabajo el acogerse a la jubilación o pensión por vejez, y más aún que para adquirir dicha condición es necesario cumplir con el requisito de la edad, vulnerándose así no solo el derecho al trabajo, sino que se limite además por razón de su edad; dado que, como hemos explicado anteriormente, adquirir la categoría de jubilado o pensionado por vejez se encuentra íntimamente relacionado con el requisito de cumplir una edad determinada por la Ley.
>
> A la jubilación se le está dando una característica de incompatibilidad para laborar y, por tanto, una causal de la terminación de la relación laboral; generando así una limitación para seguir laborando, convirtiéndose en una suerte de discriminación para aquellos que se acogen a su derecho de jubilación o pensión por vejez.
>
> La jubilación, no es un doble salario; es un derecho adquirido, un derecho constitucional irrenunciable, una recompensa por los servicios prestados a lo largo de los años."[4]

---

[4] Sentencia de 6 de diciembre de 2019 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

123

En mérito de lo expuesto, esta Corporación de Justicia es del criterio que se ha configurado la violación que se alega del artículo 62 de la Ley 38 de 2000; por consiguiente, la Sala se abstiene de efectuar consideraciones con relación al resto de las violaciones invocadas en la demanda.

Por último, acerca de la solicitud contenida en el libelo sobre el pago de los salarios caídos, estima la Sala que el mismo no puede derivarse de la pretensión invocada por el Accionante, toda vez que ésta circunscribe su causa de pedir a que se le reincorpore a su estatus de servidor público de Carrera Migratoria; por consiguiente, no es viable resolver esta petición en función de lo estructurado en la pretensión.

En consecuencia, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE ES ILEGAL** la Resolución N° 364 de 1 de agosto de 2019, emitida por el Servicio Nacional de Migración, al igual que su acto confirmatorio; y, en consecuencia, se **ORDENA** al Servicio Nacional de Migración se le restablezca a **DENIS EDUARDO CABALLERO JIMÉNEZ** su reconocimiento como servidor público de Carrera Migratoria en la posición en la que fue acreditado.

NOTIFÍQUESE,

CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES
MAGISTRADO

CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

MARÍA CRISTINA CHEN STANZIOLA
MAGISTRADA

KATIA ROSAS
SECRETARIA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia

NOTIFIQUESE HOY 11 DE agosto DE 20 22

A LAS 8:35 DE LA mañana

A Procurador de la Administración

Firma

Para notificar a los interesados de la resolución que antecede, se ha fijado el Edicto No. 2240 en lugar visible de la Secretaría a las 4:00 de la Tarde de hoy 5 de agosto de 20 22

SECRETARIA