



**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

Panamá, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

VISTOS:

La Licenciada Cinthya del Carmen Patiño Martínez, actuando en nombre y representación de **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, ha interpuesto Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción para que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal No. 1063 de 1 de noviembre de 2019, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

I. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Como ya hemos adelantado, la parte actora solicita mediante la Demanda visible de fojas 2 a 17 del Expediente Judicial, que se declare nulo, por ilegal, el acto contenido en el Decreto de Personal No. 1063 de 1 de noviembre de 2019, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se resolvió medularmente lo siguiente:

“ ARTÍCULO PRIMERO: Dejar sin efecto el nombramiento del servidor público **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, con cédula de identidad personal No. 8-206-2029, en el cargo de **INSPECTOR DE MIGRACIÓN II**, Código N°8032032, Posición N°2277, Salario Mensual de B/.900.00 con cargo a la Partida N°G.001820401.001.001., contenido en el Decreto de Personal No.442 del 28 de diciembre de 2010 y Decreto de Personal No. 157 del 17 de mayo de 2016.

...”

De igual manera, el demandante solicita la declaratoria de nulidad del Resuelto N°041 de 21 de enero de 2020, también expedido por el Ministerio de Seguridad Pública, que confirma el contenido de acto administrativo primigenio.

Finalmente, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos impugnados, peticiona que se ordene a la Entidad demandada su reintegro en la posición que ocupaba antes de la desvinculación, con el respectivo pago de los salarios dejados de percibir y las demás prestaciones a las que tenga derecho.

II. FUNDAMENTO DE LA DEMANDA.

A. Antecedentes y hechos fácticos de la Demanda.

La apoderada judicial de **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, inicia señalando que mediante Decreto de Personal N°442 de 28 de diciembre de 2010, se nombró al demandante en el cargo de Inspector de Migración II en el Ministerio de Seguridad Pública.

Prosigue manifestando, que el accionante es paciente del servicio de consulta externa de la Policlínica del Seguro Social Presidente Remón desde septiembre de 2014, donde se atiende por diagnósticos de Lumbalgia Aguda, Hipertensión Arterial y Enfermedad Renal Crónica. Del mismo modo, indica que **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN** posee desde enero de 2019, diagnóstico por Glaucoma Crónico.

Del mismo modo, indica que su representado era funcionario del Servicio Nacional de Migración reconocido en Carrera Migratoria mediante la Resolución

No. 703-A del 18 de abril de 2018; sin embargo, fue ilegalmente desacreditado de dicha Carrera, motivo por el cual interpuso ante la Sala Tercera Demanda Contencioso Administrativa en contra del acto administrativo en cuestión, misma que a la fecha de presentación de la Acción se encuentra en los trámites procesales previos a su resolución de fondo.

Continúa relatando, que pese a los padecimientos de salud sufridos por el recurrente y a pesar de su condición de funcionario de Carrera Migratoria, el Ministerio de Seguridad Pública a través del Decreto de Personal No. 1063 de 1 de noviembre de 2019, decidió desvincularlo de la Entidad.

En este sentido, afirma que disconforme con el Decreto de Personal que resolvió su desvinculación, **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN** interpuso Recurso de Reconsideración, el cual fue decidido por conducto del Resuelto N°041 de 21 de enero de 2020, también expedido por el Ministerio de Seguridad Pública, que confirmó en todas sus partes la decisión primigenia.

B. Normas que se estiman violadas y el concepto de la violación.

La petición de declaratoria de ilegalidad se sustenta en la violación de las normas siguientes:

1. Artículo 1 de la Ley 25 de 2007, que aprueba la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Manifiesta la violación de la Norma, de manera directa por omisión, toda vez que aunque en el Expediente de Personal reposan pruebas que acreditan las enfermedades crónicas padecidas por el demandante, la Entidad demandada decidió desvincularlo contrariando compromisos internacionales que al respecto adquirió la República de Panamá.

2. Artículo 43 de la Ley 42 de 1999, que establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad.

Plantea la transgresión de este artículo de manera directa por omisión, en virtud que, tal y como afirma, pese a que consta en el Expediente de Personal de **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, innumerables pruebas médicas que acreditan la enfermedad discapacitante que padece, la autoridad nominadora procedió con su destitución.

3. Artículo 4 de la Ley 59 de 2005, que establece un régimen de protección laboral para personas con enfermedades crónicas.

Denuncia la violación de la excerta de manera directa por omisión, dado que, desde su perspectiva, el acto administrativo desvinculatorio se profirió desatendiendo el procedimiento establecido en la Ley 59 de 2005, pues, previo a la emisión de dicho acto, no se realizó Procedimiento Disciplinario alguno, máxime si se toma en cuenta que la Entidad tenía conocimiento de las enfermedades crónicas que padecía el demandante, las cuales lo ubicaban en un régimen de protección laboral.

4. Artículo 155 y numeral 1 de del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo en general, así como el numeral 4 del Capítulo Segundo de la Carta Iberoamericana de los Derechos del Ciudadano en Relación con la Administración Pública

Considera que las normas en cuestión han sido transgredidas de forma directa por omisión, toda vez, que si bien, estas plantean la obligación de motivar los actos administrativos que afectan derechos subjetivos con sucinta referencia de los hechos y fundamento de derecho, afirma que el Decreto de Personal impugnado carece de explicación o razonamiento, pues no hace aunque sea brevemente una relación sobre los hechos que dieron lugar a la desvinculación del demandante.

5. Artículo 6 de la Ley 21 de 22 de octubre de 1991, “Por la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador”.

Indica que la Norma se violó de manera directa por omisión, ya que, según anota, *“la entidad gubernamental no salvaguardó el derecho del trabajo y por el contrario omitió de manera deliberada las medidas de protección que debía emplear para garantizar su pleno derecho al trabajo que desempeñaba el demandante.”*

III. INFORME DE CONDUCTA DE LA ENTIDAD DEMANDADA.

De foja 68 a 71 del Expediente Judicial, figura el Informe Explicativo de Conducta, rendido por el Ministerio de Seguridad Pública, remitido por medio de la Nota No.0464/OAL-20 de 24 de junio de 2020.

En dicho Informe, la Entidad requerida manifiesta medularmente que luego que **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN** fue notificado del acto administrativo que resolvió su desvinculación, presentó Recurso de Reconsideración bajo el argumento que padecía de las enfermedades crónicas Glaucoma, Hipertensión Arterial e Insuficiencia Renal Crónica, motivo por el cual solicitó la protección laboral establecida mediante la Ley 59 de 2005; sin embargo, una vez realizado el respectivo análisis, se determinó que no proporcionó las certificaciones para justificar el amparo alegado. De ahí que se determinase a través del Resuelto No. 041 de 21 de enero de 2020, confirmar en todas sus partes el acto primigenio.

Del mismo modo, justifica la medida desvinculatoria en el hecho que el accionante no forma parte de un régimen especial de Carrera, motivo por el cual su nombramiento y desvinculación estaba sujeta a la facultad discrecional de la Autoridad Nominadora.

En virtud de lo expuesto, considera que el acto administrativo impugnado no reviste las características de ilegalidad que permitan la declaratoria de nulidad peticionada por la parte demandante.

IV. OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

El Procurador de la Administración, mediante su Vista Fiscal No. 740 de 26 de agosto de 2020, visible de fojas 72 a 81 del Expediente Judicial, solicita a los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que declaren que no es ilegal el Decreto de Personal No. 1063 de 1 de noviembre de 2019, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública y, en consecuencia, se denieguen las restantes pretensiones de la demandante.

Para ilustrar a la Sala sobre su posición, el Representante del Ministerio Público manifiesta básicamente que el ingreso del actor a la Institución se realizó de forma discrecional. En esos términos, también indicó que el actor tampoco se encontraba incluido en la Carrera Migratoria, ni en ninguna otra de las reguladas por Ley, por consiguiente, al no haber acreditado estar amparado por algún régimen especial en materia laboral o por fuero alguno que le garantizara estabilidad laboral, resulta claro que **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN** era un funcionario de libre nombramiento y remoción.

V. ANÁLISIS DE LA SALA.

Evacuados los trámites procesales pertinentes, procede la Sala a realizar el examen de rigor.

A. Determinación del problema jurídico.

Las constancias que reposan en el Expediente Judicial en estudio, revelan que mediante el Decreto de Personal No. 1063 de 1 de noviembre de 2019, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública ¹, notificado a **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, el día 18 de noviembre de 2019, se le

¹ Ver foja 18 del Expediente Judicial.

desvinculó del cargo que ocupaba como Inspector de Migración II, bajo la motivación que era un funcionario que no se encontraba amparado con la estabilidad en el cargo y que, por lo tanto, era de libre nombramiento y remoción.

Disconforme con dicha decisión, observamos que el hoy ensayante interpuso Recurso de Reconsideración, el cual fue decidido por conducto del Resuelto N°041 de 21 de enero de 2020, también expedido por el Ministerio de Seguridad Pública ², que le fue notificado el 29 de enero de 2020, mediante el cual se confirmó en todas sus partes el contenido de la decisión primigenia.

Luego de ello, y como quiera que aún existe discordancia del demandante con el criterio que sirvió de fundamento para el perfeccionamiento de su desvinculación, presentó la Demanda Contencioso Administrativa que hoy nos ocupa.

En esa dirección, al revisar el libelo de la Acción promovida, se desprende que los cargos de infracción de los artículos invocados como conculcados, descansan medularmente en que, desde la óptica del actor, el Decreto de Personal No. 1063 de 1 de noviembre de 2019, y su acto confirmatorio, ambos emitidos por el Ministerio de Seguridad Pública, que resuelven su desvinculación, fueron proferidos sin que se tomara en cuenta lo siguiente:

1. Que era un servidor público perteneciente al Régimen de Carrera Migratoria, a la cual ingresó mediante la Resolución No.703-A de 18 de abril de 2016, y pese a que fue desacreditado, desde a su juicio de manera ilegal, interpuso Demanda Contencioso Administrativa en contra de dicha actuación, misma que a la fechas de interposición de la Demanda estaba en trámite; y,

² Ver fojas 19 a 26 del Expediente Judicial.

2. Que se encontraba amparado con el Fuero por Enfermedad contemplado en la Ley 59 de 2005, en virtud del padecimiento de las enfermedades crónicas Hipertensión Arterial, Enfermedad Renal Crónica y Glaucoma Crónico.

Por su parte, observamos que el Ministerio de Seguridad Pública, mediante los referidos actos administrativos desvinculatorios, dejó sin efecto el nombramiento del recurrente, aduciendo en su parte motiva que éste, al momento de su desvinculación, no pertenecía a la Carrera Migratoria ni a ninguna otra.

Aunado a lo anterior, consignó que no constaba en el Expediente de Personal pruebas que acreditaran las enfermedades que afirmó padecer, situación que le impedía acceder al Fuero por Enfermedad, motivo por el cual consideró que era un funcionario de libre nombramiento y remoción, ya que según manifiesta el Ente Ministerial, el servidor público no se encontraba amparado por el derecho a la estabilidad en el cargo, el cual es inherente a los funcionarios de Carrera y a aquellos a los que una Ley especial se los asegura.

Por lo tanto, se desprende de las pretensiones de la Demanda presentada por la Licenciada Cinthya del Carmen Patiño Martínez, actuando en nombre y representación de **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, de las normas que invocara, así como de la posición externada por la Procuraduría de la Administración y por el Ministerio de Seguridad Pública, que **el problema jurídico planteado va encaminado a determinar lo siguiente:**

- 1) Si la desvinculación del funcionario en cuestión atendió los parámetros legales que rigen la materia o si por el contrario, el demandante gozaba de alguna condición que aseguraba su estabilidad en el cargo que ocupaba.

B. Sobre el Fondo de la controversia.

1. Sobre la condición de libre nombramiento y remoción del actor por su falta de acreditación en algunas de las Carreras de la Función Pública.

En estos términos, el atento estudio tanto del Expediente Judicial, como de las copias autenticadas del Expediente Administrativo puestas a nuestro conocimiento, ponen de relieve que **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, al momento de su desvinculación, ocupaba el cargo de Inspector de Migración II, en el Ministerio de Seguridad Pública.

En este sentido, es importante señalar que si bien, mediante la Resolución No. 703-A de 18 de abril de 2016, éste fue acreditado a la Carrera Migratoria, la realidad es que mediante la Resolución No. 469 de 19 de septiembre de 2019, dictada por el Servicio Nacional de Migración se dejó sin efecto la referida Resolución 703-A de 18 de abril de 2016, y como consecuencia de ello, se canceló el cargo y reconocimiento de **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN** en la Carrera Migratoria.

Así mismo, se debe anotar que dicho acto administrativo fue objeto del control de legalidad por parte de esta Sala, Cuerpo Colegiado que por conducto de la Resolución de 13 de mayo de 2022, determinó que no era ilegal la Resolución No. 469 de 19 de septiembre de 2019, en virtud de ello, queda de manifiesto que el hoy accionante no se encontraba acreditado con la Carrera Migratoria o con alguna de las Carreras determinadas en la Ley.

Sobre el particular, este Tribunal ha apuntado en abundante jurisprudencia³ **que el derecho a la estabilidad del servidor público está comprendido como un principio básico inherente al funcionario investido por una Carrera de la Función Pública, regulada por una Ley Formal de**

³ Ver fallos de 13 de diciembre de 2019, de 20 de mayo de 2019, de 2 de enero de 2019, entre otras más.

Carrera, o se adquiere a través de una Ley Especial que consagre los requisitos de ingreso y ascenso dentro del sistema, basado en mérito y competencia del recurso humano. **Si no es así, la disposición del cargo público queda bajo la potestad discrecional de la Administración, y no está sujeta a un Procedimiento Administrativo Sancionador.**

En esta línea de pensamiento, debemos indicar, a modo de docencia y sin ánimos de realizar un Control de Constitucionalidad del acto atacado (lo cual correspondería en todo caso al Pleno de la Corte Suprema de Justicia), que nuestra Norma Fundamental aborda lo referente a la estabilidad laboral de los servidores públicos, en su Título XI, denominado "LOS SERVIDORES PÚBLICOS", indicando en sus artículos 300 y 302 lo citado a continuación:

"Artículo 300: Los servidores públicos serán de nacionalidad panameña sin discriminación de raza, sexo, religión o creencia y militancia política. Su nombramiento y remoción no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto dispone esta Constitución.

Los servidores públicos se regirán por el sistema de méritos; y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio." (El resaltado es nuestro).

"Artículo 302: Los deberes y derechos de los servidores públicos, así como los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantías y jubilaciones serán determinados por la Ley.

Los nombramientos que recaigan en el personal de carrera se harán con base en el sistema de méritos.

Los servidores públicos están obligados a desempeñar personalmente sus funciones a las que dedicarán el máximo de sus capacidades y percibirán por las mismas una remuneración justa." (El resaltado es nuestro).

En concordancia, destacamos que nuestra Carta Magna en su artículo 305 instituye las siguientes Carreras en la función pública conforme a los Principios del Sistema de Méritos:

1. La Carrera Administrativa

2. La Carrera Judicial.
3. La Carrera Docente.
4. La Carrera Diplomática y Consular.
5. La Carrera de las Ciencias de la Salud.
6. La Carrera Policial.
7. La Carrera de las Ciencias Agropecuarias.
8. La Carrera del Servicio Legislativo.
9. Las otras que la Ley determine.

De igual forma, estipula que la Ley regulará la estructura y organización de estas Carreras de conformidad con las necesidades de la Administración.

Lo hasta aquí expuesto, nos permite concluir que **todo servidor público que ingrese a las diversas dependencias del Estado, a través de un mecanismo distinto al concurso de méritos, o, que una vez ingresado, no se haya incorporado a alguno de los regímenes de Carrera contenidos en la Ley, no goza de estabilidad en el cargo, salvo que existiese alguna condición especial prevista en la Ley que les asegurara dicha estabilidad.**

Por otra parte, resulta importante esclarecer que **sistemáticamente esta Sala ha dicho que la condición de permanencia en un cargo público no acarrea necesariamente la adquisición al derecho de estabilidad**, ya que ambas condiciones no pueden tratarse como sinónimos, y es que, **el nombramiento con carácter de permanente implica que el funcionario público va a ocupar una posición dentro de la Estructura Institucional, sin que el nombramiento tenga fecha de finalización, hasta tanto adquiera la condición de Carrera, o sea desvinculado de la posición**, pues si el funcionario no se encuentra amparado con la estabilidad en el cargo, bien sea por régimen de Carrera o por alguna Ley especial, la Administración puede ejercer la facultad de revocar el acto de nombramiento del servidor.

En este sentido, la remoción y desvinculación del cargo del demandante se fundamenta, tal como se observa en los actos administrativos demandados, en el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad nominadora, ya que el referido funcionario no se encontraba amparado por el derecho a la estabilidad en el cargo, derecho inherente de los Servidores Públicos de Carrera. En estos casos, la Administración puede ejercer la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en su propia voluntad y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.

Con el objeto de tener un mayor alcance sobre lo anteriormente planteado, nos permitimos traer a colación, entre otras, la Sentencia de 3 de julio de 2019, proferida por esta Sala Tercera, que en un caso muy similar al que ocupa nuestra atención, señaló medularmente lo citado a continuación:

“Procede la Sala a verificar los antecedentes del caso en estudio y las pruebas admitidas en el proceso, con la finalidad de determinar si le asiste la razón a la parte actora y nos hemos percatado que la señora Vanessa Maruby Rodríguez Castillo, al momento de su destitución era una funcionaria de libre nombramiento y remoción, ya que no consta certificación alguna que lo acredite como un funcionario público de carrera, ni mucho menos que haya ingresado a la entidad demandada mediante concurso o sistema de méritos, además la apoderada judicial de la **parte actora no aportó ningún documento que confirmara sus argumentos en cuanto al tema del ingreso a la carrera, en el Ministerio Público.**

En cambio esta Colegiatura no puede desconocer, que en los antecedentes de este proceso si hemos podido comprobar que **se cumplió a cabalidad con lo normado en el artículo 348 numeral 7 del Código Judicial, en concordancia con lo establecido en el artículo 4 numeral 4 de la Ley 1 de 6 de enero de 2009; ya que el demandante estaba excluido de la Carrera del Ministerio Público, por ello, era un funcionario de libre nombramiento y remoción y la autoridad nominadora estaba facultada para prescindir de su cargo, tal y como quedo establecido en el acto demandado de ilegal.**

Descartado los argumentos en cuanto a la estabilidad laboral que supuestamente gozaba la señora Vanessa Maruby Rodríguez Castillo, procedemos a verificar si la Resolución No. 50 de 13 de febrero de 2017, a criterio de la Sala cumplió con la debida motivación y para ello procedemos a transcribir un extracto de la misma, veamos:

...PRIMERO: Remover del cargo de SECRETARIO JUDICIAL III, las FISCALIAS ESPECIALIZADAS EN DELITOS RELACIONADOS CON DROGAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, posición N°968, código de cargo N° 8014103, con un sueldo mensual de MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO BALBOAS CON 00/100 (B/1,225.00), a la señora VANESSA MARUBY RODRÍGUEZ CASTILLO, con cedula de identidad de personal N° 8-716-1253.

SEGUNDO: En consecuencia, se deja sin efecto el Decreto de Personal N° 90 del 22 de agosto de 2013, por el cual se nombró a la señora VANESSA MARUBY RODRÍGUEZ CASTILLO, como SECRETARIO JUDICIAL III, en las FISCALIAS ESPECIALIZADAS EN DELITOS RELACIONADOS CON DROGAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la Resolución No. 169 del 31 de agosto de 2016, donde se le asignan funciones como FISCAL ADJUNTO.

TERCERO: Reconózcase todas las pretensiones laborales a las que tiene derecho.

CUARTO: La presente Resolución rige a partir de su notificación.

QUINTO: Esta Resolución es susceptible de Recurso de Reconsideración.

Del extracto en mención y de la revisión íntegra de la Resolución No. 50 de 13 de febrero de 2017, podemos concluir que la misma estuvo debidamente motivada, pues contiene los siguientes supuestos: 1) se hace una breve relación sobre los hechos que dieron lugar a que el funcionario se encontrara desprovisto de los derechos que otorga el régimen de Carrera en el Ministerio Público; 2) se hace una explicación jurídica acerca de la facultad que dispone la autoridad para ejercer la potestad discrecional; y 3) se señalan los motivos fácticos-jurídicos que apoyan la decisión y los recursos que tenía a su alcance la funcionaria para impugnar la decisión de la entidad que emitió el acto hoy atacado de ilegal.

...

Por ende, la Sala concluye que la Resolución N°50 de 13 de febrero de 2017, ni su acto confirmatorio, infringen el artículo 4 de la Ley 1 de 6 de enero de 2009, alegada por la demandante, al haber quedado comprobado fehacientemente en el expediente judicial y en los antecedentes de este proceso (expediente administrativo), que la accionante no era funcionaria de carrera en el Ministerio Público, por lo que solo nos resta declarar la legalidad del acto demandado, y negar el resto de las pretensiones de la parte actora, a lo que nos avocamos."

Así las cosas, **como quiera que ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN, no demostró ser un funcionario que ingresó a su cargo mediante un concurso de méritos, ni tampoco formaba parte de alguna de las Carreras enunciadas en párrafos anteriores, en principio, no gozaba del derecho a la estabilidad en el cargo, inherente a los funcionarios de Carrera, a no ser que hubiere logrado acreditar una condición especial prevista en la Ley que impidiera que su desvinculación se diera por la facultad discrecional que posee la autoridad nominadora.**

En estos términos, resta evaluar otro aspecto abordado por el accionante y que guarda estrecha relación con el hecho que, según afirma, la Autoridad acusada no tomó en consideración que padece de las enfermedades crónicas que le aquejaban, las cuales, desde su perspectiva, le otorgaban el Fuero por Enfermedad concebido en la Ley 59 de 2005.

2. Sobre el Fuero por Enfermedad que ampara al actor, en virtud de las enfermedades crónicas que padece.

Al respecto, cabe acotar que de acuerdo a la Ley 59 de 2005, modificada por la Ley 25 de 2018 y adicionada por la Ley 151 de 2020, el denominado Fuero por Enfermedad, es una garantía laboral o protección que gozan los trabajadores de no ser despedidos injustificadamente por el empleador por razón del padecimiento de alguna enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa, que produzca discapacidad laboral.

Al igual que otros fueros, como el de la maternidad, el sindical o el dado por discapacidad, el trabajador amparado por el Fuero por Enfermedad (en virtud del padecimiento de alguna enfermedad crónica que produzca discapacidad laboral), no podrá ser despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo, sin causa justificada. Es decir, que ante este amparo la destitución solo procede, siempre y cuando quien goce del fuero sea destituido

luego de llevado a cabo un Procedimiento Disciplinario, en el que se compruebe la comisión de una falta cuya sanción sea dicha medida.

Como vemos, esta disposición, si bien protege a *prima facie* el derecho subjetivo de toda persona a recibir la misma protección y trato de parte de las autoridades, y consigna al 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; se refiere también a una serie de factores que el Constituyente consideró capaces de generar tratos desiguales, entre las que se encuentra "la discapacidad".

Se entiende entonces que, frente a estos factores, surgen categorías relacionadas con la condición de salud de las personas que, en una determinada situación, quedan en posición de desventaja frente a otras. Es por ello, que la protección especial a favor de los que poseen enfermedades crónicas que produzcan discapacidad laboral se ubica dentro de lo que doctrinalmente se conoce como garantías diferenciadas que, de acuerdo al autor Gerardo Pisarello⁴ *"son aquellas que se establecen a favor de los más débiles 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."*

Para el destacado autor David Jiménez Glück⁵ *"son aquellas normas que diferencian entre colectivos socialmente beneficiados y desfavorecidos y tienen como finalidad luchar contra la situación de desigualdad material de estos últimos. Las tres características principales de este tipo de medidas son: a) la medida divide a la sociedad en colectivos cuya desigualdad se manifiesta desde un punto de vista grupal, esto es, tiene como fundamento la igualdad material*

⁴ En su obra "Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción", Editorial Trotta, Madrid, p. 118.

⁵ JIMÉNEZ GLÜCK, David, "Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional", Editorial Bosch, Barcelona, 2004, f. 316.

entre colectivos; b) la medida tiene como finalidad compensar la desigualdad material que los beneficiados por la norma sufren desde un punto de vista colectivo; y c) el rasgo que determina la diferenciación es la característica que los cohesiona como colectivo y por la que se identifica y discrimina socialmente a los miembros del mismo (ej.: el sexo, la raza, etc.), característica que explícita o implícitamente...se recoge en la Constitución como rasgo especialmente sospechoso".

Así las cosas, debe indicarse que a lo largo del Libelo de Demanda, la apoderada judicial del ensayante señala que su representado padecía enfermedades crónicas y que la Entidad demandada tenía conocimiento de su condición de salud, lo cual apoya sus argumentaciones con relación a la supuesta infracción del Procedimiento contenido en la Ley N° 59 de 2005.

Ahora bien, con relación a la circunstancia acotada por la parte actora, relacionada con la desatención de la Autoridad demandada, de las condiciones médicas del servidor público accionante, que le brindaban una protección que impedía que su desvinculación de la Administración Pública se diera por la facultad discrecional que posee la Autoridad Nominadora, este Máximo Tribunal Constitucional debe resaltar que este Fuero Especial por Enfermedad no se configura de forma automática; sino que el mismo se encuentra condicionado al cumplimiento de algunos requisitos comprendidos en la **Ley N° 59 de 2005 y sus modificaciones**, la cual fue concebida como un mecanismo para la protección laboral de aquellas personas que padecen de enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas.

En ese sentido, los artículos 1, 4 y 5 del referido Cuerpo Legal establecen lo siguiente:

"Artículo 1: Todo trabajador, nacional o extranjero, a quien se le detecte enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, así como insuficiencia renal crónica, que produzcan discapacidad laboral, **tiene derecho a mantener su**

puesto de trabajo en igualdad de condiciones a las que tenía antes del diagnóstico médico.” (El resaltado es del Pleno).

“**Artículo 4.** Los trabajadores afectados por las enfermedades descritas en la 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 servidores públicos, invocando para ello una causal justa prevista en la ley**, de acuerdo con los procedimientos correspondientes.” (Lo resaltado es del Tribunal).

“**Artículo 5.** La certificación de la condición física o mental de las personas que padezcan enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas, así como insuficiencia renal crónica, que produzcan discapacidad laboral, **será expedida** por una comisión interdisciplinaria nombrada para tal fin **o por el dictamen de dos médicos especialistas idóneos en el ramo.** La persona mantendrá su puesto hasta que dicha comisión dictamine su condición.” (El resaltado es de esta Corporación de Justicia).

Las normas citadas, evidencian el establecimiento de un régimen especial de estabilidad para el trabajador que padezca de alguna enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa que produzca discapacidad laboral, situación que implica que quien se vea beneficiado con dicho fuero, gozará de estabilidad laboral y no podrá ser removido del puesto ocupado.

En este punto, resulta oportuno destacar que este Tribunal ha destacado en previos pronunciamientos que las disposiciones legales citadas en párrafos anteriores, eliminan la discrecionalidad de la Autoridad Nominadora con relación a la destitución de servidores públicos -que no estén incorporados a Carreras Públicas, y a su vez padezcan de una enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa-, y mantiene a los mismos en sus puestos de trabajo, hasta el momento en que una Comisión Interdisciplinaria o el dictamen de dos (2) médicos especialistas del ramo, certifiquen que el trabajador sufra de alguno de dichos padecimientos.

Lo anterior, como se ha destacado, es sin perjuicio de la posibilidad que el servidor público sea cesado de su puesto de trabajo como consecuencia de

una causal justificada, de conformidad con las normas disciplinarias sustantivas y adjetivas que resulten pertinentes.

De esta forma, esta Corporación de Justicia ha interpretado que, para que el trabajador o servidor público encuentre amparo en la Ley N° 59 de 2005 y sus modificaciones, respecto a la estabilidad en el cargo, **es necesario que, oportunamente haya informado a la Autoridad Nominadora sobre el padecimiento de alguna enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa, y que dicha comunicación haya sido puesta en conocimiento de la Entidad Pública con antelación a su desvinculación del cargo** (o de los Actos Administrativos que deciden sobre los medios de impugnación promovidos contra la destitución).

El cumplimiento de las circunstancias anteriores, en el ámbito de la legalidad, dentro de Procesos Contenciosos Administrativos, se da con la presentación del original o la copia de dos (2) Certificaciones Médicas suscritas por médico idóneo en la que se consigne el padecimiento de una enfermedad crónica por parte del funcionario público afectado. Ello, como hemos mencionado, genera una presunción de su condición clínica que le permite ser beneficiado con el régimen de estabilidad consignado en la Ley N° 59 de 2005, hasta tanto la Autoridad Nominadora conforme la Comisión Interdisciplinaria u obtenga el dictamen de dos (2) médicos especialistas del ramo, a efectos de comprobar la condición clínica del trabajador.

Para mayor alcance de lo hasta aquí expuesto, resulta oportuno traer a colación algunos Pronunciamientos que sobre el tema ha planteado nuestra Máxima Corporación de Justicia. Así, resaltamos el contenido de la Sentencia de 18 de mayo de 2021, cuya parte medular es del siguiente tenor:

“En este contexto, queda claro para este Pleno, que la autoridad acusada conoció la afectación crónica del señor Mariano Solanilla Segura antes de dictar el acto objeto de esta acción; además, luego de interponerse el recurso de

reconsideración y antes de su resolución, se aportó otra constancia que también hace referencia al padecimiento del accionante, máxime cuando este último fue expedido por el Doctor Arturo Nava, Médico General de la Clínica del propio Ministerio de Seguridad Pública.

Así las cosas, a la autoridad demandada le correspondía corroborar a través de la Comisión Interdisciplinaria nombrada para tales efectos o con el dictamen de los galenos especialistas idóneos del ramo, la condición de salud del señor Solanilla Segura, es decir, si la enfermedad o patología que padece origina una discapacidad laboral, tal como lo estipula el artículo 5 lex cit., que expresa:

...

Esta consideración encuentra sustento, en el criterio reiterado de esta Superioridad, que sostiene que la autoridad nominadora es la que tiene el deber de comprobar si las enfermedades crónicas, involutivas, degenerativas o la insuficiencia renal que padece el servidor público han originado o pudieran dar lugar a una discapacidad, luego que se dé a conocer dicha condición de salud, por esta razón, no es posible que se le delegue esta responsabilidad a la persona salvaguardada por ley."

Por su parte, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2021, también emitida por este Pleno, se destacó lo siguiente:

"Por lo expuesto, queda claro que desde el momento en que PABLO ISAC ACOSTA presentó las certificaciones médicas sobre su posible padecimiento de Artritis Reumatoidea, Hipertensión Arterial y Diabetes Mellitus tipo 2, surgió la obligación de la Caja de Seguro Social, como autoridad nominadora, de activar el mecanismo de verificación consagrado en el artículo 5 de la Ley en examen, con el propósito de establecer, previo a la consideración sobre su remoción o destitución, si las condiciones médicas de las cuales dio noticia el funcionario, son de las que constituyen el objeto de protección de la Ley 59 de 2005.

Al efectuar la revisión de las piezas procesales que integran el expediente constitucional, se determina que la autoridad demandada infringió el procedimiento del que trata el artículo 5 de la Ley 59 de 2005, modificado por la Ley 25 de 2018 y, a su vez, el fuero de estabilidad laboral provisional reconocido en esa misma disposición legal en favor de todo servidor público que ha informado a la institución nominadora el padecer de alguna enfermedad crónica, involutiva o degenerativa, antes de su desvinculación definitiva del cargo, en virtud que no se acopiaron el presente cuaderno, elementos que informen que la Caja de Seguro Social conformó una comisión interdisciplinaria o haya buscado las vías para constatar, mediante la experticia de dos médicos especialistas: a) el padecimiento de la enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa y b) si dicho padecimiento le produce discapacidad laboral."

El bloque jurisprudencial invocado, pone de relieve que es a la autoridad nominadora a quien le corresponde oficiar ante la Comisión Interdisciplinaria, conforme al trámite previsto en el Decreto Ejecutivo 45 del 2022, o nombrar dos (2) médicos especialistas, a efectos de verificar la condición médica de un servidor público que se siente protegido por el Fuero por Enfermedad previsto en la Ley 59 de 2005, siempre que el servidor público presente ante la Autoridad, previo a su desvinculación definitiva, entendiéndose esta con la emisión del acto confirmatorio, prueba que establezca que padece de alguna enfermedad crónica, involutiva o degenerativa de aquellas amparadas en la Ley 59 de 2005, **lo cual se logra, reiteramos, con la presentación del original o la copia de dos (2) Certificaciones Médicas suscritas por médico idóneo en la que se consigne el padecimiento de una enfermedad crónica por parte del funcionario público afectado.**

Bajo esa perspectiva, verifica la Sala que el Ministro de Seguridad Pública, al rendir el informe solicitado, aseguró, respecto de la condición de salud que manifiesta padecer **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, lo siguiente:

“Al momento de sustentar su recurso de reconsideración, la parte recurrente manifestó dentro de sus alegatos, padecer de glaucoma, hipertensión arterial, insuficiencia renal y problemas de columna, invocando la protección laboral establecida mediante 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’, sin embargo, una vez realizado el respectivo análisis a las constancias probatorias dentro del expediente de personal del recurrente, nos percatamos que el mismo no proporcionó las correspondientes certificaciones debidamente validadas o

autenticadas por las autoridades de salud correspondientes para invocar el amparo alegado”

No obstante lo anterior, se advierte que mediante Nota No. 0462-OAL-2022 de 22 de diciembre de 2022, el Ministro de Seguridad remitió el Expediente de Personal Autenticado de **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, de cuyo examen es posible concluir la existencia de dos (2) certificaciones presentadas por el demandante antes que se perfeccionara su desvinculación, la primera de ellas consta a foja 362 y a foja 63 del Expediente Judicial, y es la Certificación Médica de 25 de octubre de 2019, expedida por el Doctor Juan Agurto, a través de la cual se consignan los padecimientos de Enfermedad Renal Crónica e Hipertensión Arterial que aquejaban al demandante.

Del mismo modo, reposa a foja 360 del Expediente de Personal la Certificación de 2 de octubre de 2019, suscrita por la Doctora Tania Brandaris, en la que se determinó que el hoy demandante padece de la enfermedad Glaucoma Crónico de ángulo Estrecho en ambos ojos, en estado avanzado.

Sin perjuicio de lo anterior, tenemos que también radica a foja 329 del Expediente de Personal del demandante, la Certificación Médica de 16 de marzo de 2019, expedida por el Médico Rodolfo Yi, presentadas incluso antes del acto administrativo desvinculatorio primigenio, en la que se estableció el padecimiento de la Enfermedad Crónica Hipertensión Arterial, así como las afecciones en sus ojos.

Todo lo anterior, revela que el Ministerio de Seguridad Pública tenía conocimiento de la condición médica del ensayante, respecto al posible padecimiento de sus enfermedades crónicas, previo al perfeccionamiento de su desvinculación, es decir, antes que fuese decidido el recurso impugnativo en contra del el Decreto de Personal No. 1063 de 1 de noviembre de 2019, por cuanto es evidente que las Certificaciones que establecían la presunción del

padecimiento ya habían sido presentadas; circunstancia que, reiteramos, fue admitida por el propio Ente Ministerial en el Informe de su actuación rendido ante esta Superioridad.

En este sentido, el Ministerio de Seguridad Pública debió realizar las comprobaciones de la condición de salud de **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, previo a resolver el medio impugnativo. Por lo tanto, no podía disponer la desvinculación del referido servidor público hasta tanto dictaminara, por conducto de la Comisión Interdisciplinaria o por el dictamen de dos (2) médicos especialistas, de conformidad con lo establecido en la Ley.

En este punto, resulta pertinente recordar que la alegación documentada del padecimiento de alguna enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa, solo genera protección provisional al funcionario durante el tiempo en que se encuentre en estado de verificación por la autoridad del padecimiento que se alegue, pues lo que hace que el servidor público quede amparado de forma definitiva con el Fuero por Enfermedad contemplado en la Ley 59 de 2005, es que se haya certificado que el padecimiento de la enfermedad crónica, involutiva y/o degenerativa produzca discapacidad laboral, de acuerdo al procedimiento estipulado en el artículo 5 de la referida excerta.

De esta suerte, ha quedado acreditado que **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN** presentó ante el Ministerio de Seguridad Pública, previo al perfeccionamiento de su desvinculación en la Vía Gubernativa, tres (3) Certificaciones Médicas que daban luces sobre su posible padecimiento de enfermedades crónicas; no obstante, como quiera que la Institución demandada procedió con su desvinculación sin llevar a cabo los mecanismos de verificación establecidos en el artículo 5 de la Ley 59 de 2005, a los que nos hemos referido anteriormente, resulta evidente que contrarió procedimiento contenido en la excerta.

Por consiguiente, lo procedente es decretar Nulo, por ilegal, el Decreto de Personal No. 1063 de 1 de noviembre de 2019, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, que resolvió la desvinculación de **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, así como su acto confirmatorio, y en esos términos nos pronunciaremos.

Sobre la imposibilidad del pago de salarios caídos.

Finalmente, en cuanto a la solicitud del pago de los salarios dejados de percibir por el demandante, consideramos que es improcedente debido a que, si bien es cierto, mediante Ley N° 151 de 2020 de 24 de abril de 2020, se adicionó el artículo 4-A a la Ley 59 de 2005, que establece el pago de los salarios dejados de percibir en favor de las personas padecientes de enfermedades crónicas cuyo reintegro es ordenado, tal es el caso que nos ocupa, no menos cierto es que la propia Ley indica en su artículo "3" que esta comenzará a regir a partir del día siguiente al de su promulgación.

Siendo ello así, y como quiera que la Ley fue promulgada y publicada en la Gaceta Oficial No. 29010-A, el 24 de abril de 2020, es decir, en una fecha posterior a la notificación del perfeccionamiento de la desvinculación de **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, no posee efectos sobre este acto administrativo, toda vez que la referida Ley no se encontraba vigente al momento en que se dieron los hechos.

En este punto, resulta oportuno traer a colación lo contenido en el artículo 46 de Nuestra Constitución Política, en cuanto a la retroactividad de las leyes, que a su letra dice:

"ARTICULO 46. Las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto las de orden público o de interés social cuando en ellas así se exprese. En materia criminal la Ley favorable al reo tiene siempre preferencia y retroactividad, aún cuando hubiese sentencia ejecutoriada." (El resaltado es nuestro).

Del artículo recién citado, se desprende, por una parte, que las leyes no tienen de manera intrínseca efectos retroactivos, exceptuando las de orden público o de interés social, y por la otra, que es un requisito indispensable para que adquiera tal condición que en ella se deje consignado expresamente su carácter público o de interés social.

Con esto, queda de manifiesto que, por regla general, las normas tienen un efecto hacia futuro o ultractivo, salvo que, como hemos mencionado, la propia Ley establezca su aplicación retroactiva por motivos de Orden Público e Interés Social, en aras de amparar situaciones jurídicas en favorabilidad del interesado o derechos que podrían haber sido exigidos y se hayan consolidado de manera previa a la emisión de una Ley que los reconozca.

Sobre este punto, nuestra Máxima Corporación de Justicia ha dejado sentado un criterio jurisprudencial uniforme, señalado que para que la Ley adquiera el "carácter retroactivo" así debe estar expresado en ella, por lo cual consideramos conveniente traer a colación algunas de estas Sentencias, en las que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al pronunciarse sobre el Principio de Retroactividad de la Ley, estableció oportunamente, lo ulterior:

Sentencia de 28 de agosto de 2012

"Respecto al tema de la ultractividad y retroactividad de la ley, debemos manifestar que en el primer caso las normas que regulan esta materia establecen claramente que este principio deberá ser aplicado ante hechos o situaciones que iniciaran al momento de encontrarse vigente la ley que posteriormente ha sido derogada y los mismos deberán ser resueltos aplicando la ley que se encontraba vigente al momento en que hayan sido originados, lo que no ocurre en el presente caso, toda vez que al momento de solicitarse el incentivo fiscal, la ley aplicable a dicha solicitud había sido derogada; y en cuanto a la retroactividad de la ley, compartimos la opinión vertida por el Procurador de la Administración, que señala que para aplicar el efecto de retroactividad de la ley, las mismas deberán ser de orden público o de interés social y estar así expresamente establecido en la ley, lo cual tampoco ocurre en el caso en estudio, por lo cual no se pueden aplicar dichos efectos en el presente proceso."

Sentencia de 12 de octubre de 2004:

"... Cabe señalar que la disposición legal que modifica el artículo 1 de la Ley No.61 de 1998, no establece que la misma tenga efectos retroactivos por ser de orden público o de interés social, tal como lo

preceptúa el artículo 43 de la Constitución Nacional (hoy 46 de la Carta Magna) que establece el principio de irretroactividad de las leyes."

Sentencia de 2 de diciembre de 2004

"...se puede observar que la norma impugnada no establece expresamente su carácter retroactivo, tal como lo preceptúa, dispone y ordena el artículo 43 de la Constitución Nacional, por lo que mal podría argumentarse que la misma posee dicho carácter."

Sentencia de 27 de marzo de 2002:

"Sobre el particular, la norma legal que modifica el artículo 1 de esta Ley no expresa que tiene efectos retroactivos, ya sea por ser de orden público o Interés social, tal cual lo ordena la Constitución de la República en su artículo 43 (actual artículo 46), que no huelga decir, establece el principio de irretroactividad de las Leyes, importantísimo en cuanto pilar del Estado de Derecho, que se traduce en esa confianza para la sociedad que genera la seguridad y certeza jurídica en la vida de relación y situaciones públicas y privadas reguladas por el Derecho."

Sentencia de 14 de julio de 2000:

"...

Esta interpretación de la Sala es conforme con el artículo 43 de la Constitución Política, que consagra el conocido 'principio de irretroactividad de las leyes'. De acuerdo con este principio constitucional, las leyes, por regla general, surten efectos hacia el futuro, es decir, que se dictan para regular o normar situaciones jurídicas acaecidas después de su entrada en vigencia. Empero, excepcionalmente, pueden regular y afectar situaciones ocurridas antes de su promulgación, esto es, pueden tener efectos retroactivos, para lo cual deben cumplirse los presupuestos consignados en dicho precepto, es decir, debe tratarse de leyes o normas de orden público o de interés social y su carácter retroactivo debe estar expresamente previsto."

Sentencia de 27 de diciembre de 1993:

"En este sentido debe hacerse énfasis en que estas disposiciones contemplan como principio genérico la no retroactividad de las leyes, salvo las excepciones que pueden ser contempladas por una ley, en que se autorice la retroactividad por razones de orden público, o en materia penal si éstas son favorables al reo."

Lo anteriormente expuesto, pone de manifiesto que la Ley 151 de 24 de abril de 2020, no reúne la condición constitucional necesaria para que esta pudiese ser consideradas con efectos retroactivos, pues reiteramos, el propio artículo 3 del Cuerpo Legal plantea con meridiana claridad que sus efectos son a futuro y, por ende, no comprenden aquellos hechos generados con anterioridad a su promulgación

Como consecuencia de lo anterior, y dada la revocatoria del Acto Administrativo atacado, lo procedente es el reintegro de **ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN**, al cargo que ocupaba en el Ministerio de Seguridad Pública al momento de su destitución, a menos que acepte otra posición análoga en jerarquía, funciones y remuneración, sin el reconocimiento de los salarios que dejara de percibir.

Por consiguiente, 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** el Decreto de Personal No. 1063 de 1 de noviembre de 2019, así como el Resuelto N°041 de 21 de enero de 2020, ambos actos administrativos emitidos por el Ministerio de Seguridad Pública, por lo tanto, **ORDENA EL REINTEGRO DE ARNOLDO ALFREDO TULLOCH PERSEN** al cargo que ocupaba en dicho Ente Ministerial al momento de su destitución, a menos que acepte otra posición análoga en jerarquía, funciones y remuneración y **NO ACCEDE** al pago de salarios caídos.

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 16 DE mayo

DE 20 23 A LAS 8:43 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. 865 en lugar visible de la

Secretaría a las 4:00 de la tarde

de hoy 10 de enero de 20 23


SECRETARIA

SALA III DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NOTIFICASE HOY DE

DE LA A LAS

FIRMA