



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 8 de agosto de 2016.
C-83-16

Licenciado
Irene Gallego
Ministro de Gobierno, encargado.
E. S. D.

Señor Ministro:

Me dirijo a usted, en atención a su Nota No. 1178-DAJTL-16, por la cual nos consulta si durante el período en que una funcionaria se encuentra haciendo uso de la licencia por gravidez, el cargo que ésta ocupaba al momento de acogerse a la misma (Directora Nacional) podía ser ocupado por otro servidor público de manera permanente; y si el Ministerio de Gobierno debió cancelar las prestaciones laborales reclamadas por la aludida funcionaria en concepto de salario, vacaciones y gastos de representación, generadas durante el año posterior a su reincorporación, en base al salario correspondiente a la posición y cargo de Directora Nacional, que ocupaba al momento de acogerse a dicha licencia especial.

En respuesta a las interrogantes planteadas este Despacho opina que durante el período en el cual la funcionaria estaba amparada por el fuero de maternidad, el Ministerio de Gobierno no podía nombrar de manera permanente a otra persona en el cargo que aquella ocupaba al momento de acogerse a la licencia por gravidez; de allí que igualmente seamos del criterio que dicha entidad ministerial debe cancelar las prestaciones laborales reclamadas por la aludida servidora pública (salarios, vacaciones y gastos de representación), generados durante el año en que ésta estaba amparada por el fuero de maternidad, en base al salario correspondiente a la posición y cargo de Directora Nacional.

En nuestro país el fuero de maternidad se encuentra consagrado en el artículo 72 de la Constitución Política de la República, como una garantía de orden constitucional, consagrada a favor de la mujer trabajadora, el cual es del siguiente tenor:

“Artículo 72. Se protege la maternidad de la mujer trabajadora. La que esté en estado de gravidez no podrá ser separada de su empleo público o particular por esta causa. Durante un mínimo de seis semanas precedentes al parto y las ocho que le siguen, gozará de descanso retribuido del mismo modo que su trabajo y conservará el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato. Al reincorporarse la madre trabajadora a su empleo no podrá ser despedida por el término de un año, salvo los casos

La Procuraduría de la Administración vive en Panamá, le vive a ti.

especiales previstos en la ley, la cual reglamentará además, las condiciones especiales de trabajo de la mujer en estado de preñez.”

Se infiere de la disposición transcrita, que el fuero de maternidad es el derecho que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la mujer trabajadora antes, durante y después del parto, que le permite durante un mínimo de seis semanas precedentes al parto y las ocho posteriores al mismo, gozar de un descanso retribuido del mismo modo que su trabajo y **conservar su empleo, al igual que todos los derechos derivados de la relación laboral, durante ese período y el año posterior a su reingreso.**

No obstante, en el caso específico que nos ocupa, de acuerdo con la información remitida a este Despacho, el Ministerio de Gobierno (en adelante, MINGOB) concedió a la funcionaria en cuestión una licencia por maternidad, a través del Resuelto 786 de 18 de agosto de 2014 (no remitido a este Despacho, pero citado en el Resuelto 843 de 2014), revocado mediante el Resuelto 843 de 29 de agosto de 2014, que le concedió la licencia solicitada **del 26 de julio al 31 de octubre de 2014.**¹

Consta asimismo que la aludida servidora pública ocupaba, al momento de acogerse a la licencia por maternidad, el cargo de Directora Nacional del Instituto de Estudios Interdisciplinarios del Ministerio de Gobierno, en virtud de nombramiento realizado mediante Decreto de Personal Núm. 29 de 10 de enero de 2012, del cual tomó posesión el 16 de enero de 2012;² y que, **mediante Decreto de Personal 417 de 11 de agosto de 2014 el Ministro de Gobierno nombró en dicho cargo a otra persona, la cual tomó posesión el 16 de agosto de 2014, pese a que la funcionaria previamente nombrada en el mismo se encontraba en goce de la licencia por gravidez concedida mediante el aludido Resuelto 843.**

¹ Esta Procuraduría estima oportuno advertir que en la documentación aportada no consta que la licencia por maternidad hubiere sido otorgada por la autoridad nominadora. Igualmente es preciso observar que el Resuelto 843 fue emitido por la Directora Institucional de Recursos Humanos; no así por la autoridad nominadora, como lo indica el Manual de Procedimientos Técnicos de Acciones de Recursos Humanos aprobado por la Dirección General de Carrera Administrativa, mediante Resolución 017 de 30 de agosto de 1998. Además, la revocación del Resuelto 786 se dio de oficio y sin invocarse causal alguna, al margen del procedimiento establecido por el artículo 62 de la Ley 38 de 2000 para la revocatoria de los actos administrativos que reconocen derechos subjetivos, por la misma autoridad que los dictó. Sobre el particular estimamos oportuno aclarar que el “error” en el apellido de la beneficiaria, que se adujo como justificación, era susceptible de rectificación conforme al artículo 999 del Código Judicial, aplicable en los procedimientos administrativos por virtud del artículo 202 de la mencionada Ley 38 de 2000.

² Según pudo constatar este Despacho, de acuerdo a la documentación remitida, el nombramiento de la funcionaria en el cargo de Directora Nacional, antes señalado, no se hizo con carácter temporal. No obstante, la institución pretendió atribuirle esa naturaleza posteriormente, mediante el Resuelto 025 de 12 de enero de 2012, por el cual se le “designó” como “Directora Nacional, (...), Encargada”, “a partir del 13 de enero de 2012” y sin indicar fecha de finalización de la asignación, pese a que dos días antes había sido nombrada en propiedad en dicho cargo. No obstante, el mencionado Resuelto 025 de 22 de enero 2012, es un acto administrativo en firme, revestido de presunción de legalidad.

No obstante, según las constancias remitidas a este Despacho, el 25 de noviembre de 2014, una vez vencida la licencia por maternidad concedida a la funcionaria, ésta notificó mediante el formulario correspondiente su reincorporación al cargo de Abogada I, posición 1222, a partir del 1 de noviembre de 2014, como sería lo procedente si dicha servidora pública no hubiera estado amparada por el fuero de maternidad durante el año posterior al vencimiento de su licencia por maternidad; tal y como se desprende del contenido de la Resolución 991 de 3 de octubre de 2014 (que prorrogó retroactivamente, hasta el inicio de la licencia por gravidez, una licencia sin sueldo previamente prorrogada mediante el Resuelto 1555 de 27 de diciembre de 2012, que se encontraba vencida)³ y del ya mencionado Resuelto 025 de 12 de enero de 2012, por el cual se le “designó” como “Directora Nacional, (...), Encargada”, “a partir del 13 de enero de 2012”, que como ya se ha indicado se encuentra revestido de presunción de legalidad.

Sobre el alcance del fuero por maternidad, la jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera reiterada que esta protección especial, si bien no alcanza el carácter de fuero intocable, implica que, por todo el tiempo del fuero de maternidad, la funcionaria adquiere estabilidad laboral y sólo podrá ser despedida mediante una justa causa prevista en la Ley, aunque la posición que ocupe sea de libre nombramiento y remoción, de conformidad con el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo.

En este sentido, en sentencia de sentencia de 28 de mayo de 2014, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, expresó lo siguiente:

“ (...)

Como se observa, el artículo 72 de la Carta Magna establece una protección especial en favor de la mujer y la maternidad, que en el campo laboral se conoce como fuero de maternidad y que comprende, entre otros, los siguientes derechos y garantías:

1. El derecho a no ser separada de su empleo público o particular por causa del embarazo.

³ También es preciso advertir que dicha Resolución 991 se expidió de manera irregular: 1) Extemporánea pues se adoptó el 3 de octubre de 2014, nueve meses después del vencimiento de la prórroga de la licencia sin sueldo que pretendía modificar, confiriéndole así una suerte de efecto retroactivo, del 15 de enero de 2013 al 26 de julio de 2014; 2) Al margen del procedimiento establecido, es decir, en violación del principio de irrevocabilidad de los actos administrativos, que el caso de las licencias, se rige por la regla especial contenida en el Procedimiento Técnico de Ausencias Justificadas, aprobado por la DIGECA, conforme al cual éstas sólo podrán ser revocadas por el que las concede: 1. A solicitud del servidor público; 2. Cuando la institución compruebe que ha desaparecido la causa que motivó la licencia; o 3. Si se obtuvo en base a documentación falsa. En el presente caso, no consta en el legajo que la funcionaria la hubiere solicitado previamente. No obstante, la presunción de legalidad de dicho Resuelto 991 de 2 de octubre 2014 no fue rebatida oportunamente en sede jurisdiccional por la servidora pública afectada, y además, sus efectos ya se consumaron.

2. El derecho a descanso forzoso, retribuido del mismo modo que su trabajo, por un mínimo de seis semanas precedentes al parto y las ocho semanas que le siguen a dicho evento.
3. **El derecho a conservar el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato.**
4. El derecho a no ser despedida por el término de un año, luego de incorporarse la madre trabajadora a su empleo, salvo en los casos especiales previstos por la Ley.
5. El derecho a gozar de condiciones especiales de trabajo, reguladas por la Ley.

Ello es así pues, conforme al artículo 72 de la Norma Fundamental antes citado, la mujer que trabaje para la empresa privada o al servicio del Estado, **goza de una protección especial a causa de la maternidad.**

En el caso de las servidoras públicas, esta protección especial, si bien no alcanza el carácter de fuero intocable, implica que, **por todo el tiempo del fuero de maternidad, la funcionaria sólo podrá ser despedida mediante una justa causa prevista en la Ley**, aunque la posición que ocupe sea de aquellas que de ordinario se consideran de libre nombramiento y remoción, de conformidad con el numeral 18 del artículo 629 del Código Administrativo.

Esta postura ha sido sostenida por esta Superioridad desde más de cincuenta años, como se puede constatar de la lectura de los fallos de 17 de agosto de 1960 y 18 de enero de 1979, en los que el Pleno expresó:

‘...Una correcta exégesis del art. 71 garantiza, sin duda, que la mujer en estado de gravidez, no podrá ser despedida de su empleo por causa de su estado. También le garantiza descanso forzoso por un número preciso de semanas, la estabilidad de su empleo y demás prestaciones laborales’. (Cfr. Sentencia del Pleno de 17 de agosto de 1960, Jurisprudencia Constitucional, Tomo I, Publicado por la Universidad de Panamá, Sección de Investigación Jurídica, 1967, p. 323.[3]) .

‘Consta en autos que la señora C. Q. S. se encontraba en estado de gravidez cuando fue separada del cargo que desempeñaba en el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, motivo por el cual en ese momento gozaba de la estabilidad que le confiere dicha norma constitucional, y no podía ser destituida como los empleados de ese Ministerio que no están incorporados aún en la carrera administrativa, es decir, aquéllos cuyos nombramientos, sin previa comprobación de la falta prevista en la Ley, pueden ser declarados insubsistentes mediante un resuelto o decreto ejecutivo, como ocurrió en el presente caso’. (Cfr. Sentencia del Pleno de 18 de enero de 1979, Jurisprudencia Constitucional, Tomo III, Publicado por la Universidad de Panamá, Sección de Investigación Jurídica, 1985, p. 63.)[4].

El fuero de maternidad ha sido igualmente reafirmado mediante las Sentencias de 27 de febrero de 1997 y de 25 de febrero de 2002, en las que el Pleno sostuvo que:

‘...la mujer encinta por la protección del fuero de maternidad como derecho constitucional, en el sistema de libre nombramiento y remoción,

inmediatamente adquiere estabilidad, por el tiempo del fuero por esa gravidez y sólo podrá ser despedida por justa causa legal que demuestre que no se le despide por estar embarazada..., entendiéndose como tal '...la conducta, eficiencia, habilidad, capacidad física y mental de la trabajadora, aunado a otros de carácter económico del empleador que configuran causales generadoras del despido las cuales deben invocarse y eventualmente acreditarse' (Vid. Sentencias del Pleno de 17 de mayo de 1996 y 18 de septiembre de 1998)". (Resaltado del Despacho).

Como se aprecia, de conformidad con la jurisprudencia constitucional citada, **la mujer embarazada goza, por el sólo hecho del embarazo, de estabilidad en su empleo y demás prestaciones laborales.**

Si bien es cierto que dicha garantía constitucional implica que la funcionaria embarazada o que ya ha dado a luz, no puede ser destituida de su cargo durante el periodo en que está en goce de la licencia por maternidad, ni durante el año posterior a su reingreso, sino en virtud de causa justa prevista en la Ley; a juicio de este Despacho, en adición a lo indicado, dicha protección también le impide al empleador **adoptar medidas distintas a la destitución, que produzcan efectos semejantes, en tanto impliquen la separación o el traslado de la funcionaria, de la posición en la cual fue nombrada de manera permanente, a otra, en situación desventajosa;** como lo es en el caso bajo análisis, el nombramiento de otra persona en el puesto que ésta ocupaba al momento de acogerse a la licencia por maternidad, mientras se encontraba haciendo uso de la misma, lo que le impide reintegrarse al mismo al culminar dicho período de descanso obligatorio.

También es claro que, al vencimiento de la licencia especial correspondiente, la funcionaria amparada en el fuero de maternidad **tendrá derecho a percibir las mismas prestaciones laborales que conforme a su contrato o acción de nombramiento le corresponden.**

Siendo que en el presente caso, la funcionaria fue nombrada en propiedad en el cargo de Directora Nacional del Instituto de Estudios Interdisciplinarios del Ministerio de Gobierno, en virtud de nombramiento realizado mediante Decreto de Personal Núm. 29 de 10 de enero de 2012, del cual tomó posesión el 16 de enero de 2012; esta Procuraduría estima que es en base al salario correspondiente a esta posición que dicha entidad ministerial debe reconocerle el pago de las prestaciones laborales reclamadas (salarios, vacaciones y gastos de representación), generadas durante año posterior a su reincorporación; periodo en el cual, se encontraba amparada por el fuero por maternidad.

En virtud de las consideraciones anotadas, este Despacho concluye, en respuesta sus interrogantes, que durante el período en el cual la funcionaria a la que alude su consulta estaba amparada por el fuero de maternidad, el Ministerio de Gobierno no podía nombrar de manera permanente a otra persona en el cargo que aquella ocupaba; por lo que igualmente opinamos que dicha entidad ministerial debe cancelar las prestaciones laborales reclamadas por la aludida servidora pública en concepto de salarios, vacaciones y gastos de representación, generados durante el año posterior a su reingreso, en base al salario

correspondiente a la posición y cargo de Directora Nacional.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/

