



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 11 de enero de 2019
C-002-19

Doctor
Julio M. García Valarini
Director General de la
Caja de Seguro Social
E. S. D.

Ref.: Notificación de Acciones de Personal durante Ausencias Justificadas.

Señor Director General:

Damos respuesta a su Nota D.G. N° 1735-2018 de 8 de octubre de 2018, recibida en esta Procuraduría el 8 de noviembre de 2018, mediante la cual recurre a este Despacho peticionando emitir una consideración legal con respecto a la normativa aplicable en los casos de que los servidores públicos a notificar, se encuentren en ejercicio de sus derechos, tales como vacaciones, incapacidad por enfermedad o licencias con y sin sueldo; así como indicar si existe alguna norma contraria a lo expuesto por esta Procuraduría en Consulta C-156 de 20 de julio de 1999.

En relación con la interrogante planteada, esta Procuraduría, de acuerdo con la facultad consultiva establecida en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, es de la opinión que las acciones de personal deben salvaguardar el debido proceso, para lo cual las notificaciones deben realizarse de manera **personal** y, excepcionalmente cuando se agote dicho mecanismo, por cualquier otro medio que consagre la normativa procesal administrativa o judicial (como norma supletoria) en tanto la persona que deba ser notificada pueda hacer valer sus garantías procesales.

Nuestro criterio, previamente esbozado, se ciñe a las normas contenidas en nuestro Derecho Positivo y consideraciones, que pasamos a detallar.

Los deberes y derechos de los servidores públicos, así como los principios para las acciones de personal se encuentran determinados, por mandato constitucional, en leyes como el Texto Único de la Ley N° 9 de 1994¹, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa, como fuera reglamentado por el Decreto Ejecutivo N° 222 de 12 de septiembre de 1997; el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos que laboran en las entidades del Gobierno Central que fuera dictado mediante Decreto Ejecutivo N° 246

¹ Texto Único de 29 de agosto de 2008, ordenado por la Asamblea Nacional, que comprende la Ley 9 de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa; la Ley 24 de 2007, que modifica y adiciona artículos a la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, y las reformas incluidas en la Ley 14 de 2008.

de 15 de diciembre de 2004, y los reglamentos internos de las instituciones que componen la Administración Pública.

El Texto Único de la Ley N° 9 de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa, como fuera reordenado en agosto de 2008 y modificado por la Ley N° 23 de 12 de mayo de 2017, desarrolla los capítulos 1 a 4 del Título XI de la Constitución Política, relativo a los servidores públicos, regulando sus derechos y deberes, y estableciendo un sistema de administración de recursos humanos para estructurar los procedimientos y las normas que les son aplicables. Así, el artículo 112 del Decreto Ejecutivo N° 222 de 1997, que reglamenta el precitado Texto Único, establece que todo servidor de la Administración Pública, cualquiera fuera su condición laboral, está sujeto a los derechos, deberes y obligaciones y prohibiciones determinadas por la Ley de Carrera Administrativa y el propio Decreto Ejecutivo N° 222.

Por consiguiente, el Texto Único en comento, en su artículo 142, dispone que el servidor público está sujeto al régimen disciplinario establecido en la Ley y en los reglamentos especiales, teniendo en cuenta que el proceso administrativo disciplinario es el resultado de un proceso investigativo que debe realizarse en concordancia con el Texto Único de la Ley N° 9 de 1994, y que en los vacíos que éste presente, se aplicarán las normas contenidas en la Ley N° 38 de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General; todo ello con el fin de garantizar el debido proceso legal, y con objetividad y apego al principio de estricta legalidad que debe revestir a todas las actuaciones administrativas, como señala el artículo 34 de la Ley N° 38 de 2000.

De esta forma, este modificado Texto Único de la Ley N° 9 de 1994, en su condición de fuente de Derecho Administrativo, enmarca las normas respecto a la persecución de las faltas administrativas, su prescripción, la formulación de cargos, la realización de la investigación, la oportunidad de defensa, entre otros, sin ser específica en cuanto a los procedimientos de situaciones especiales como la consultada. Es por ello que se recurre a la normativa de la Ley N° 38 de 2000 que regula el procedimiento administrativo general. Así, su Título VII hace referencia a las Notificaciones y Citaciones, indicando, en el artículo 91, que la primera resolución que se dicte en todo proceso debe ser notificada personalmente, máxime por tratarse de una resolución que pone en conocimiento de la presunta infractora la existencia de un proceso en el cual ella es parte.

Al respecto, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en resolución del 5 de octubre de 2006², ha señalado lo siguiente:

“...la notificación es por excelencia el mecanismo mediante el cual se hacen valer las garantías procesales de los interesados en el proceso, constituyéndose en pieza fundamental para que la parte afectada pueda hacer uso de los recursos que la ley establece y así poder atacar el acto mediante el cual considera se ha vulnerado su derecho; para tales fines la ley establece las formas de notificación

² Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el Licenciado Tomás Morales Miranda, en representación de Walkiria Castillo, para que se Declare Nula por Ilegal, la Resolución No. 5963-2004, del 8 de noviembre de 2004, dictada por el Director de la Caja de Seguro Social, el Acto Confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones.

que proceden ante las diferentes circunstancias, cuyo principal objetivo es que las partes concurren al proceso y de existir disconformidad puedan hacer valer su derecho a oponerse.”

Es importante señalar, que tanto el precitado Texto Único de la Ley N° 9 de 1994, con su modificación por la Ley N° 23 de 12 de mayo de 2017 en lo que respecta al régimen disciplinario, como el Decreto Ejecutivo N° 222 de 12 de septiembre de 1997, que reglamenta la Ley N° 9 de 1994, y el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos que laboran en las entidades del Gobierno Central que fuera dictado mediante Decreto Ejecutivo N° 246 de 15 de diciembre de 2004 y adoptado por la Caja de Seguro Social a través de Resolución N° 39,301-2006-J.D. de 28 de diciembre de 2006, son concurrentes en señalar que la aplicación de sanciones disciplinarias deben ser el resultado final de un procedimiento administrativo, exhaustivo e imparcial, donde se hayan investigado los hechos, y donde el servidor público investigado tendrá garantizado el derecho a la defensa y el debido proceso.

En cuanto a lo consultado sobre la notificación, estimamos que es aplicable lo contenido en el artículo 91 de la Ley N° 38 de 2000, que establece que la primera resolución que se dicte en todo proceso debe ser notificada personalmente, sobre todo por tratarse de un acto administrativo que puede citar a una persona para que rinda declaración de parte y ejerza su derecho a la defensa, o bien sea la notificación de la resolución que le impone una sanción como resultado de las investigaciones por la comisión de una falta disciplinaria. Aunado a ello, resulta oportuno señalar que la notificación edictal, como forma supletoria de notificación, encuentra su fundamento legal en el artículo 94 de la Ley 38 de 2000, que dicta lo siguiente:

"Artículo 94. Si la parte que hubiere de ser notificada personalmente no fuere hallada en horas hábiles en la oficina, habitación o lugar designado por ella, en dos días distintos, será notificada por edicto, que se fijará en la puerta de dicha oficina o habitación y se dejará constancia en el expediente de dicha fijación, firmando el Secretario o Secretaria o el notificador o quien haga sus veces. Una vez cumplidos estos trámites, quedará hecha la notificación, y ella surte efectos como si hubiere sido efectuada personalmente.

Los documentos que fuere preciso entregar en el acto de la notificación, serán puestos en el correo el mismo día de la fijación del edicto, circunstancia que se hará constar con recibo de la respectiva administración de correo."

Al respecto surgen dos situaciones que hay que diferenciar: la primera es la notificación del inicio del proceso disciplinario donde se requiere que el funcionario concurre a ejercer su derecho a la defensa, en donde se le debe notificar personalmente, agotando los medios para ello; y la segunda, cuando lo que se va a notificar es la resolución que impone la sanción, y donde el artículo 181 del Decreto Ejecutivo N° 222 de 12 de septiembre de 1997 ha claramente estipulado que no se puede sancionar al servidor que se encuentre en ausencia justificada, siendo del contenido siguiente:

“**Artículo 181.** No se podrá sancionar al servidor público que, justificadamente, se encuentra ausente por cualquiera de las causas previstas en el artículo 82 de la Ley N° 9 de 20 de junio de 1994.”

Así, de los artículos en comento, se aprecia una variación en la legislación que se encontraba vigente al momento de que fuera proferida la Consulta C-156 de 20 de julio de 1999, por lo que el criterio de la notificación personal que expusiera la entonces Procuradora de la Administración, Licenciada Alma Montenegro de Fletcher, también tuvo una variación, como fuera expresado en la Consulta C-259 de 2 de noviembre de 2001, que señala lo siguiente:

“Esta Procuraduría, antes de la entrada en vigencia de la Ley 38 de 2000, al respecto, no dudaba en afirmar que no existe reparo u obstáculo legal alguno para que un funcionario que esté en ejercicio de su derecho de vacaciones, licencias o incapacidad por enfermedad pudiera ser notificado de actos administrativos de destitución o suspensión.

Sin embargo, hoy en día con la aprobación de la Ley 38 de 2000 y nuevos criterios de la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte suprema de Justicia y de esta Procuraduría, hemos variado el criterio. Esta forma nueva y garantista de ver las cosas, se puede enunciar desde dos razones básicas: una de Derecho fundamental y otra de Derecho Procesal.

Desde un punto visual jurídico, son dos razones esenciales que no permiten se continúen con la práctica de destituir a los funcionarios, durante el ejercicio de sus vacaciones. La primera de estas razones es por la naturaleza misma del derecho al descanso, y la otra, por exigencias de carácter procesal administrativo, para garantizar el derecho de defensa del funcionario.

....

La Corte Suprema de Justicia a través de sus Fallos, en los últimos tiempos, ha perfilado la defensa del derecho al descanso. En este sentido puede afirmarse que las condiciones de trabajo del funcionario deben ser respetados durante el periodo de descanso, pues de lo contrario no se podría disfrutar de ese derecho.

....

Por otra parte hay que recordar que si el funcionario está ejerciendo su derecho de vacaciones, no tiene porqué ser afectado por la propia Administración, que le ha concedido ese derecho, Es decir es una acción del todo contradictoria, que se le haya mandado de vacaciones y durante ese periodo, la propia Administración unilateralmente y sin mediar justificación punitiva, rompa la relación de trabajo. Y es que si algo se debe respetar en el servicio público, es dar la apariencia de organización y coherencia. Amén de que la Administración Pública debe ser el "ENTEMORAL POR ANTONOMASIA". Esto último significa que si la Administración da su palabra de conceder un derecho y lo concede, debe honrar dicha palabra y respetar el ejercicio de aquel derecho.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala Tercera citada (el Fallo de 15 de junio de 2001) afirma que la Administración está obligada a respetar el principio de buena fe, en los siguientes términos:

"Es por ello, que a juicio de la Sala, también es de aplicación en este caso el principio de buena fe, que es uno de los principios que sirven de fundamento jurídico y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil, pues, definitivamente la práctica generalizada de la administración de pagar con el último salario a los funcionarios cuyo empleo no ha terminado le creó al administrado una expectativa razonable. Este principio debe regir en las relaciones del Estado con los administrados, ya que él permite a éstos recobrar la confianza en la Administración consistente *"en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a la relación entre la Administración y administrado, aquélla no va adoptar una conducta confusa y equivoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones"*. Estos actos, según el mismo autor, serán respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos". (Jesús González Pérez, citado por el Fallo)"

Para terminar en relación con estas razones de fondo o sustantiva es interesante el estudio del pronunciamiento de la misma Sala de lo Contenciosos (sic) Administrativo del 27 de junio de 2001, en donde se afirmó lo siguiente:

"Ahora bien, como el despido del licenciado NELSON CABALLERO DÍAZ se hizo efectivo a partir del 19 de abril de 2000, esta Sala advierte que **al demandante no se le despidió estando en pleno goce de sus vacaciones**, razón por la cual procede a desestimar los cargos de violación contra los artículos 181 del Decreto Ejecutivo N. 22 de 1997, 796 del Código Administrativo y 94 de la Ley de Carrera Administrativa". (La negrita es la Procuraduría de la Administración)

No obstante, el criterio de la Sala Tercera también indicó, en la precitada resolución del 5 de octubre de 2006³, que el uso del derecho a vacaciones no es un eximente para que la institución pueda remover de su cargo al servidor(a), señalando lo siguiente:

"En este mismo orden, el Tribunal ha considerado un segundo cargo de ilegalidad planteado por el representante legal de la señora WALKIRIACASTILLO y este se basa en la forma como fue notificada la demandante, en virtud de lo cual argumenta que dicha notificación no debió hacerse mientras se encontraba en uso de su derecho a vacaciones lo que a su criterio ha considerado una infracción de los artículos 39 y 40 del Reglamento Interno de la Caja del Seguro Social, los cuales se refieren al derecho de vacaciones, por lo que al respecto de este cargo, es pertinente destacar que **es una facultad de la máxima autoridad de la institución remover de su cargo al servidor(a) sin que el encontrarse en pleno goce de su derecho a vacaciones sea un eximente de esta medida**, lo que pone de manifiesto que no se ha cometido la transgresión legal aducida." (La negrita es la Procuraduría de la Administración)

³ Cita ut supra

En conclusión, esta Procuraduría estima viable aclarar la variación del criterio que ha estado usando la Caja de Seguro Social, en cuanto a la forma en que debe notificarse; y es de la opinión que las acciones de personal deben salvaguardar el debido proceso, para lo cual las notificaciones deben realizarse de manera **personal** y, excepcionalmente cuando se agote dicho mecanismo, por cualquier otro medio que consagre la normativa procesal administrativa o judicial (como norma supletoria) en tanto la persona que deba ser notificada pueda hacer valer sus garantías procesales.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/mork