



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 8 de agosto de 2019
C-078-19

Licenciado
Eury Baso
Director General, Encargado
Instituto Nacional de Formación Profesional y
Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH)
Ciudad.

Ref.: Pago de vacaciones y décimo tercer mes a instructores contratados por servicios profesionales.

Señor Director, Encargado:

Por este medio damos respuesta a su nota DG-1305-19 de 5 de junio de 2019, por medio de la cual consulta a esta Procuraduría, si los instructores que imparten cursos en el INADEH, que han sido contratados por servicios profesionales con cargo a la partida presupuestaria 172 denominada Servicios Especiales, tienen derecho a percibir el pago correspondiente a vacaciones y décimo tercer mes.

Sobre lo consultado, esta Procuraduría debe señalar inicialmente que, por mandato constitucional y legal, la Contraloría General de la República es la autoridad competente para “fiscalizar y regular, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la ley”, por lo que consideramos que debe ser dicha entidad la que indique si es procedente o no el pago de las prestaciones laborales objeto de su consulta, de acuerdo con los métodos y sistemas de contabilidad establecidos por dicha institución del Estado.

No obstante, con base en nuestras atribuciones constitucionales y legales de vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos, cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes y servir de consejeros jurídicos de los funcionarios administrativos, podemos señalar que este Despacho ha sostenido en consultas anteriores,¹ que las personas contratadas bajo servicios especiales, se consideran funcionarios al servicio del Estado.

Igualmente, debe estudiarse la situación general de los cursos que brinda el INADEH y en la medida de lo posible, crear las posiciones permanentes o temporales en la estructura de cargos de la entidad, para brindar tales cursos.

¹ Cfr. Consultas C-074-16 de 18 de julio de 2016, dirigida al Instituto Conmemorativo Gorgas de Estudios de la Salud; C-008-17 de 19 de enero de 2017, dirigida al Director General de Carrera Administrativa; y, C-098-17 de 22 de noviembre de 2017, dirigida al Rector Encargado de la Universidad Marítima Internacional.

Nuestra opinión tiene como fundamento las siguientes consideraciones:

Sobre las atribuciones constitucionales y legales de la Contraloría General de la República

El numeral 2 del artículo 280 de la Constitución Política de la República de Panamá, establece como una de las funciones de la Contraloría General de la República, la de “fiscalizar y regular, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la Ley.”

Adicionalmente, el numeral 8 del artículo 280 citado, señala que corresponde a la Contraloría General de la República establecer los métodos de contabilidad de las dependencias públicas, nacionales, provinciales, municipales, autónomas o semiautónomas y de las empresas estatales.

En desarrollo a estas normas constitucionales, los numerales 2 y 9 del artículo 11 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, orgánica de la Contraloría General de la República, como quedó tras las modificaciones introducidas por la Ley 97 de 21 de diciembre de 1998 y la Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, disponen que, como parte de sus atribuciones, la Contraloría “fiscalizará, regulará y controlará todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que tales actos se realicen con corrección y según lo establecido en las normas jurídicas respectivas” y que los métodos y sistemas de contabilidad de las dependencias públicas nacionales, municipales, autónomas o semi-autónomas, de las empresas estatales y las Juntas Comunales, “se elaborarán procurando que los registros contables sirvan para generar la información financiera y presupuestaria necesaria para el análisis de la situación respectiva, a fin de realizar una adecuada evaluación de la administración de los patrimonios públicos y constituyen un auxiliar eficaz para la labor de fiscalización y control que realiza la Contraloría.”

En este sentido, observamos que mediante **Decreto 476-2010-DMySC de 27 de diciembre de 2010** la Contraloría General de la República aprobó el documento titulado **“Procedimientos para la Regulación y Control de la Contratación y Pago de los Instructores en Calidad de Servicios Profesionales del INADEH”**.²

En el mencionado documento, la Contraloría señala de forma introductoria, por medio de la Dirección de Métodos y Sistemas de Contabilidad que, en coordinación con las diferentes unidades administrativas del Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (INADEH), fueron desarrollados procedimientos para la regulación y control de la certificación, registro, contratación y pago de los instructores encargados de ofrecer los distintos programas y cursos de formación y capacitación que ofrece la entidad, definiendo mecanismos con la finalidad de garantizar un manejo eficiente, eficaz y transparente, en apego a las normativas que regulan la materia en cuanto a bienes y fondos públicos.

² Gaceta Oficial N° 26704-B de 19 de enero de 2011.

También señala que los procedimientos establecidos “no pretenden fijar pautas inflexibles”, manifestando su anuencia a considerar recomendaciones que surjan de su aplicación, las cuales deben presentarse a la Dirección de Métodos y Sistemas de Contabilidad.

El documento establece algunas medidas de control como:

“Los programas y cursos que ofrecerá el INADEH, estarán sujetas a una programación fija, los que iniciarán cada trimestre, en base a la programación que diseñen las autoridades de la entidad para tales fines.”

“Todo instructor y director contratado debe cumplir con las condiciones contractuales, como serían: impartir el curso en base a lo convenido, atender el curso en los días acordados y en la hora establecida, impartir el curso a los participantes inscritos, dirigir el centro de formación (caso de acciones móviles) según lo establecido, supervisar la asistencia de los instructores, aspirantes y firmar los informes respectivos de asistencia, entre algunas por mencionar.”

De forma que no son los instructores, sino la institución la que decide el tipo de cursos que brindará, así como las fechas y el horario en que serán brindados, además se encuentran sujetos a supervisión por parte del INADEH.

Sobre la forma de contratación de los instructores el Decreto 476-2010-DMYSC establece:

“La contratación (de los instructores) estará regulada por medio de un Contrato de Capacitación y Formación Profesional (Anexo Núm.8), el cual será generado por la Oficina Institucional de Recursos Humanos.”

Cabe señalar que, mediante nota de 26 de abril de 2019, el Secretario General del Sindicato de Trabajadores del Instituto de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano (SITRAINADEH), formuló consulta a esta Procuraduría inquiriendo sobre si los instructores del INADEH son o no servidores públicos; si se rigen por la Ley de Carrera Administrativa o por el Código de Trabajo; y si tienen o no derecho a los beneficios de la Caja de Seguro Social, adjuntando a dicha consulta dos copias virtualmente idénticas de dos documentos, ambos denominados “Contrato de Servicios de Capacitación de Instructor de Formación Profesional”, uno que habría sido efectivo durante el año 2016 y otro durante el año 2018.

Se pudo constatar con la Oficina de Recursos Humanos del INADEH, que dicho documento es el que se utiliza en la actualidad para la contratación de instructores, manteniendo el contenido al que nos referiremos a continuación.

El mencionado contrato señala que EL INSTRUCTOR conviene en prestar a EL INADEH sus servicios profesionales como Instructor Vocacional I, estableciéndose el servicio específico a prestar (curso); un plazo determinado (en horas) para prestar el servicio; una fecha determinada para el inicio de la prestación; el monto a pagar por el servicio; y, ciertas

condiciones bajo las cuales EL INSTRUCTOR debe proveer el mismo. Es decir, que no es el instructor, sino el INADEH, quien determina el sitio, las fechas, el horario y demás condiciones en que se brindará el curso.

Llama la atención el contenido de la cláusula **Quinta**, la cual reproducimos:

“QUINTA: EL INSTRUCTOR no es considerado servidor público, ya que solo presta sus Servicios Profesionales, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Presupuesto Vigente y en el manual de Gasto Público.

Del presente contrato no se derivan relaciones obrero patronales, no tiene condiciones de subordinación jurídica, jerárquica ni dependencia económica.” (Subraya y resalta el Despacho)

Por otro lado, la cláusula **Sexta** impone la obligación de EL INSTRUCTOR respecto al pago de seguridad social, para lo cual sería afiliado por el INADEH a la Caja de Seguro Social, con base en lo establecido en el artículo 84 y concordantes de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2015, que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social³.

A su vez, la cláusula **Séptima** contempla la posibilidad de que EL INSTRUCTOR reciba viáticos por traslado o gastos de movilización, en caso de que ello fuera necesario para brindar el servicio contratado.

Por su parte, la cláusula **Décima** del contrato, se refiere a las causales de “resolución administrativa” del mismo, así:

“DECIMA: Serán causales de resolución administrativa del presente Contrato las contenidas en el Artículo 99 de la Ley Núm. 22 de 27 de junio de 2006, que reglamenta la contratación pública en nuestro medio:⁴

1. El incumplimiento de las cláusulas pactadas.
2. La muerte de EL INSTRUCTOR, en los casos que deba producir la extinción del contrato conforme a las reglas del Código Civil, si no se ha previsto, que pueda continuar con los sucesores del contratista, cuando sea una persona natural.
3. La quiebra o el concurso de acreedores de EL INSTRUCTOR, o por encontrarse este en estado de suspensión o cesación de pagos, sin que se haya producido la declaratoria de quiebra correspondiente.

³ El artículo 84 de la Ley 51 de 2005 que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, establece como un deber del Estado la afiliación a dicha entidad de las personas, nacionales o extranjeras, que contrate bajo la modalidad de servicios profesionales en la medida que desempeñen funciones iguales o similares a las que figuren en la estructura de cargos de la respectiva institución.

⁴ El artículo 126 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017, de Contratación Pública vigente, establece las causales de resolución de los contratos con el Estado, no el artículo 99, como aparece en el contrato.

4. La incapacidad física permanente de EL INSTRUCTOR, certificado por médico idóneo, que le imposibilite la realización de la obra, si fuera persona natural.

5. La disolución de EL INSTRUCTOR, cuando se trate de persona jurídica, o de alguna de las sociedades que integran un consorcio o asociación accidental, salvo que los demás miembros del consorcio o asociación puedan cumplir el contrato.

PARÁGRAFO: Las causales de Resolución Administrativa del presente contrato se entienden incorporadas a este por ministerio de la ley, aún cuando no se hubiesen incluido expresamente en el Contrato.”

Sobre el **presupuesto para el pago de los instructores** el Decreto 476-2010-DMySC dispone:

“Los recursos destinados al programa de instructores están incluidos en la **partida presupuestaria de gastos 172 Servicios Especiales** (para cada uno de los diferentes proyectos de formación y capacitación aprobados en el presupuesto del INADEH.”

“Igualmente se deben contemplar las partidas presupuestarias relativas a las **Contribuciones de la Seguridad Social.**”
(Subraya y resalta el Despacho)

Sobre la contratación por Servicios Especiales, mediante Consulta No. 74-16 de 18 de julio de 2016, absuelta al Instituto Conmemorativo Gorgas de Estudios de la Salud, este Despacho, indicó que la relación laboral existente entre el particular y la Administración Pública, se enmarca en la prestación o satisfacción de un servicio público. El personal contratado bajo servicios especiales, es un personal que entra a la Administración a prestar un servicio público que complementa la plantilla de estructura de puestos, en razón de la carencia del puesto o cargo no contemplado en la estructura.

En la doctrina, este es un modelo de función pública sui generis. Se ha denominado a esta corriente doctrinal de “neutralidad constitucional”, porque básicamente sostiene que la Constitución no se ha decantado de manera explícita por la preeminencia de uno u otro régimen de empleo público, sino que deja a un momento posterior, el de elaboración de la normativa de rango legal, el cometido de definir el modelo en cada circunstancia coyuntural. (Idelfonso Huertas, Rosa María. Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección. Instituto Andaluz de la Administración Pública; Sevilla-España; 2004. Pág. 225).

En tal sentido, nos encontramos ante un contrato de naturaleza especial de Derecho Público, celebrado entre un ente público y un particular o un funcionario público, para la prestación de un servicio público, en un cargo o puesto no contenido en la estructura de puestos, complementando así la plantilla. Como contraprestación del servicio público, recibe una remuneración, sujeto a un horario, y además puede ser sujeto disciplinable.

Es decir, está incluido en la plantilla de personal de la institución y obligado a cumplir las normas administrativas que regulan dicha entidad pública, es decir, reglamento interno y será sujeto a las normas disciplinarias de la entidad respectiva y la Ley 9 de 1994 de Carrera Administrativa o cualquier otra norma especial aplicable, dependiendo del caso.

Distinción entre funcionario público empleado mediante contrato y los casos de contratos personales o servicios profesionales

“También es importante distinguir entre el funcionario público empleado mediante contrato y los casos de contratos personales o servicios con particulares, llámense éstos servicios personales o contratos por servicios profesionales. En los contratos de servicios, la persona contratada no se incorpora a la administración, sino que se limita a realizar únicamente una tarea determinada, igual como podría hacerlo para otros particulares sin que le sean aplicables las normas constitucionales y legales, exigidas al servidor público (servicios profesionales-autónomo). Al respecto, el Tratadista SAYAGUES LASO señala:

“También se ingresa a la función pública **por contrato**. Son situaciones poco frecuentes, pero existen. No debe confundirse esta hipótesis con el caso de arrendamiento de servicios con particulares. En este último la persona arrienda sus servicios no se incorpora a la administración, limitándose a realizar para ella, determinada tarea, igual como podría hacerlo para otros particulares. En cambio, en aquella la persona se incorpora a la administración, ingresando mediante un contrato que fija determinadas condiciones para la prestación de su actividad personal. **La Persona que ingresa a la función pública mediante contrato, no está sustraída totalmente al régimen estatutario general.**

...

Es posible por tanto, ingresar al servicio público mediante un contrato en vez del nombramiento en virtud de un Decreto (si es a nivel de Gobierno central); una resolución, (tratándose de instituciones autónomas). **A las personas así nombradas se les descuentan del salario, sueldo o remuneración que reciben los montos correspondientes al Impuesto sobre la Renta, Seguro Social y Seguro Educativo...**” (Extraído de la Consulta C-154-de 26 de julio de 1993).

De lo anterior, se colige la posibilidad de entrar a la Administración Pública, por distintas modalidades, entre las que podemos destacar los contratos por servicios especiales, con el correlativo deber del Estado de hacerle los descuentos de Ley; distinto a los servicios profesionales, los cuales se prestan servicios de forma autónoma, y se cargan al reglón de Consultoría, sujetando dicha contratación al procedimiento establecido en la Ley de Contrataciones Públicas.

En cuanto a este último punto de reflexión, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 6 de agosto de 2014 señaló lo siguiente:

“... ”

Así por ejemplo es evidente que **al celebrar una contratación con el Estado, el particular** se ve inmerso en una gama de responsabilidades y supervisiones, como son un control previo y control posterior en la Contraloría General de la República, una licitación pública, transparencia, publicidad, así como cualquier cláusula que sea establecida en el contrato, o pliego de peticiones, pero esos son requisitos y condiciones a las que se someten las personas naturales y jurídicas que negocien con el Estado, y esas obligaciones o condiciones que deben cumplir no los convierten en servidores públicos.

Lo anterior obedece a que un contrato público consiste en "un acuerdo de voluntades, celebrando conforme a Derecho, entre dos entidades estatales o un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, del cual surgen derechos y obligaciones para ambas partes y cuya finalidad es de carácter público" (Cfr. **Artículo 2, numeral 17 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006**).

De igual manera, esas personas naturales y jurídicas, están sometidas penalmente, haciendo extensivo en los delitos contra la administración pública (peculado), porque la norma tutela los intereses del Estado, y el bien protegido, resulta ser el Estado, de allí que por esa razón están sometidos a controles, fiscalizaciones, supervisiones, escrutinios, y en fin a que sea público y transparente, cualquier concesión, construcción que se haga para el Estado.

En ese sentido, a juicio del Pleno no se debe confundir la calidad de servidor público con el hecho de que la persona desempeñe una actividad que guarde relación con las funciones de administrar justicia "como por ejemplo acontece en el caso de los liquidadores de un banco, contra los cuales se ha pretendido interponer demandas de amparo como si fueran funcionarios públicos y respecto a lo cual esta Superioridad ha reiterado que no son funcionarios público, **sino mandatarios de una sociedad en liquidación** (Cfr. Sentencia de 2 de octubre de 1991, EXPORT BUSINESS vs. Liquidadores de Banco Sur). (Cfr. Sentencia del Pleno de 10 de julio de 1998), **o con aquellas personas naturales o jurídicas que hayan celebrado con el Estado contrato de arrendamiento, concesión, desarrollo de construcciones o servicios.**

De allí que, la definición de servidor público incluida en el artículo 123 numeral 103, **el párrafo que incluye a los particulares que manejen fondos o que celebren contrataciones públicas** en fin cualquier particular que tenga relación con el Estado, colisione con la definición que establece la Constitución Nacional, de servidor público, porque como hemos venido expresando estos son nombrados por el Estado y, prestan un servicio por el cual recibe una remuneración y un

particular que maneje fondos o que celebre contratos con el Estado no es un servidor público, **no está nombrado en ningún cargo público, ni forma parte de la planilla estatal.**” (Subraya y resalta el Despacho).

Los Servicios Especiales se encuentran regulados por el artículo 278 de la Ley 67 de 13 de diciembre de 2018, que dicta el presupuesto general del Estado para el año 2019 o Ley de Presupuesto, de la siguiente manera:

“**ARTÍCULO 278. Servicios especiales.** Los servicios especiales comprenden los servicios prestados por profesionales, técnicos o personas naturales **que no son empleados públicos, siempre que no se tengan cargos similares en la estructura de puestos de la entidad.** Se podrá cargar a esta partida la contratación de funcionarios, cuando éstos obtengan licencia sin sueldo de la institución donde laboran y los servicios sean prestados en una institución distinta a la que concede la licencia.

Corresponderá a la Contraloría General de la República la verificación y el control de la dualidad e incompatibilidad para el ejercicio de dicha contratación. Se entiende que no existe dualidad cuando el contratista se pagado a través del Objeto de Gasto 172 y labore en el sector privado.

Los honorarios mensuales para este tipo de contratación no excederán el monto equivalente de tres mil balboas (B/.3,000.00) mensuales, y la autorización se otorgará de acuerdo con el detalle incluido en el Presupuesto General del Estado. Los contratos que por la calidad del servicio excedan el monto establecido, deberán contar con la autorización del Órgano Ejecutivo. Se excluyen de esta norma el Órgano Legislativo y el Órgano Judicial, cuyo monto y condiciones deberán establecerse mediante documento legal interno y enviar el detalle de la estructura al Ministerio de Economía y Finanzas. Dichas contrataciones tendrán que reflejar la información siguiente: tipo de servicio especial requerido, número de meses y monto de la cuantía mensual y total, **y disponibilidad presupuestaria para cubrir las contribuciones a la seguridad social.**

Los pagos de estos honorarios se podrán hacer mensualmente o en forma parcial contra informe de avance, y el pago final contra la aprobación del producto final de los servicios contratados, de acuerdo con la plantilla de Estructura de Puestos, previamente autorizada y registrada por el Ministerio de Economía y Finanzas.

PARÁGRAFO: Los contratos por servicios especiales requerirán la autorización e incorporación en el sistema de registro presupuestario bajo la administración del Ministerio de Economía y Finanzas. Se remitirá constancia de estos registros a la Comisión de Presupuesto de la Asamblea Nacional y a la Contraloría General de la República para su incorporación a la planilla correspondiente.” (Subraya y resalta el Despacho)

Como puede observarse, aquellas personas contratadas por servicios especiales en una entidad pública, son empleados públicos, siempre que no ocupen un cargo similar a los contemplados dentro de la estructura de puestos de la entidad pública contratante.

Tal como se ha apuntado en líneas precedentes, la Ley Presupuestaria, establece la posibilidad de que un particular realice o preste un servicio público, ocupando un cargo en la plantilla como complemento de aquéllos que no están contenidos en la estructura de puesto; asimismo permite la contratación de funcionarios, una vez obtengan licencia sin sueldo de la entidad donde laboran para que presten un servicio público en otra institución.

A juicio de este Despacho, esta especie de contratación de naturaleza laboral, sui generis, también representa una forma importante de entrar al servicio público, es decir, mediante una contratación por servicios especiales, figura que evolucionó a partir del año 2007, al disponerse en estos casos, los descuentos de ley. Al entablarse una relación con el Estado-Patrono, se origina una obligación frente al ejercicio público que debe cumplir el particular que presta un servicio público bajo condiciones de dependencia económica y subordinación jurídica, y sujeto al régimen disciplinario.

Sobre este tema, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia de 18 de febrero de 2009, señaló, en su parte medular, lo siguiente:

“... tal y como lo ha señalado esta Sala en distintos pronunciamientos, se entiende que existe subordinación jurídica en los siguientes supuestos: a) cuando el trabajador se encuentra obligado a laborar bajo la autoridad, mando y control del empleador, b) cuando el trabajador está obligado a realizar el trabajo convenido personalmente “con la intensidad, cuidado y eficiencia que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, preparación y destreza (artículo 126, numeral 1 del Código de Trabajo); c) cuando el trabajador o empleado está obligado a prestar servicios en el tiempo convenido, y en la forma y modalidades que le sean indicadas por el empleador de acuerdo con el contrato y dentro del marco de los fines de la organización de la empresa; d) cuando el trabajador debe rendir sus tareas en el lugar convenido.

...

... que ante la falta de evidencias sobre la existencia de subordinación jurídica, la prueba de la dependencia económica determina que se califique como relación laboral existente...”

De lo expuesto se colige, que tanto la subordinación jurídica como la dependencia económica son elementos esenciales que determinan si la relación laboral es dependiente o autónoma (reemplaza la deficiencia en la estructura de puestos de la institución). En tal sentido, el particular que presta un servicio público, y está ocupando un cargo como complemento en la estructura de cargos, a juicio de este despacho, se le considera servidor público y está sujeto a la aplicación de las normas reglamentarias y disciplinarias. También debemos observar que, sea una u otra situación en el caso que nos ocupa, igual estarán sujetos al régimen obligatorio de seguridad social, es decir, el Estado-Patrono deberá retenerles las cuotas obreros patronales y remitirlas a la entidad de seguridad social.

Por lo tanto, esta Procuraduría es del criterio que la contratación por Servicios Especiales, regulada por la Ley de Presupuesto, se refiere a aquellos contratos de naturaleza laboral mediante los cuales se brindan servicios por profesionales, técnicos y por personas naturales que no sean empleados públicos, siempre que no se tengan cargos similares en la estructura de puestos de la entidad; razón por lo cual, según criterio de este Despacho mantenido en consultas anteriores, las personas contratadas bajo servicios especiales, se consideran funcionarios al servicio del Estado.

Sin embargo, resulta contradictorio que contractualmente se establezca que las diferencias que surjan por la ejecución de los servicios que brindan estas personas al INADEH se resuelvan mediante las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones Públicas que regula otro tipo de contrataciones con el Estado, como sería la de las Consultorías, reguladas mediante el Artículo 280 de Ley de Presupuesto, el cual señala expresamente que la “contratación de consultorías se ceñirá a los procedimientos previstos en la Ley 22 de 2006, sobre contrataciones públicas (...)”, haciendo una clara diferencia con la contratación por Servicios Especiales, a la que ya nos hemos referido.

Sobre el pago de vacaciones y décimo tercer mes

De acuerdo con el artículo 70 de la Constitución Política de la República de Panamá “además del descanso semanal, todo trabajador tendrá derecho al goce de vacaciones remuneradas”.

Por otro lado, el artículo 796 del Código Administrativo, se refiere al derecho a vacaciones de los servidores públicos, de esta manera:

“Artículo 796: Derecho del empleado público a un mes de vacaciones.

Todo empleado público nacional, provincial o municipal, tiene así como también el obrero que trabaje en obras públicas, y en general todo servidor público aunque no sea nombrado por Decreto, tiene derecho, después de once meses continuados de servicio, a treinta días de descanso con sueldo.

...

El empleado público, nacional, provincial o municipal que después de once meses continuados de servicio fuere separado de su puesto, por renuncia o remoción, sin haber hecho uso del mes de descanso a que se refiere este artículo, tendrá derecho a que se le reconozca y pague el mes de sueldo que corresponda al descanso.

PARAGRAFO: Estas vacaciones son obligatorias para todos los empleados públicos de que trata esta Ley y el Estado está obligado a concederlas.” (Subraya y resalta el Despacho)

De forma tal que, de acuerdo con esta disposición legal, para tener derecho al descanso anual remunerado habría que ser servidor público y haber prestado servicios por 11 meses continuos. Y aun cuando el servidor público sea separado del cargo, tendría derecho a que

se le pague el mes de salario correspondiente al descanso, en caso de que no hubiera hecho uso de ese derecho al momento de su separación, sea esta por renuncia o remoción.

Por otro lado, el artículo 96 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, que regula la Carrera Administrativa, contenido en el Decreto Ejecutivo 696 de 28 de diciembre de 2018, en concordancia con el numeral 2 del artículo 138 de la misma excerta legal, establece:

“Artículo 96. Todo servidor público tendrá derecho a descanso anual remunerado. El descanso se calculará a razón de treinta días por cada once meses continuos de trabajo, o a razón de un día por cada once días de trabajo efectivamente servido, según corresponda.

Con base en el programa de vacaciones acordado, es obligatorio para los servidores públicos con recursos humanos a su cargo autorizar las vacaciones del personal, y para los servidores públicos en general, tomar sus respectivas vacaciones”.
(Subraya y resalta el Despacho)

Como es posible advertir, el descanso remunerado denominado vacaciones, es un derecho irrenunciable de todo el que ostenta la categoría de servidor público, que le corresponde al cumplir 11 meses continuos de trabajo, de acuerdo con una programación y la correspondiente planificación presupuestaria, que contemplaría el pago de dichas vacaciones, con base en el salario devengado durante los 11 meses previos de labores.

Igualmente, el artículo 96 ut supra citado, contempla la posibilidad del pago de vacaciones proporcionales, a razón de 1 día de descanso remunerado por cada 11 días de trabajo, pero en cualquier caso, es indudable que el monto a pagar guarda relación directa con la remuneración recibida por un servidor público, durante el tiempo de servicio efectivamente prestado previo al goce y pago del descanso remunerado.

Sobre el pago de las vacaciones, el artículo 272 de la Ley 67 de 13 de diciembre de 2018 “Que dicta el presupuesto general del Estado para la vigencia fiscal de 2019”, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 272. Pago de vacaciones. Solo se pagarán las vacaciones a funcionarios activos cuando se haga uso del tiempo, y a los ex funcionarios, con cargo a créditos reconocidos, cuando la partida esté consignada en el presupuesto de la respectiva institución. La entidad se responsabiliza de consignar en el presupuesto las cifras requeridas para atender este pago.

Los funcionarios que hayan acumulado más de dos meses de vacaciones deberán hacer uso del excedente en forma programada.

(...)” (Subraya el Despacho)

Es decir, que para que el pago de vacaciones sea procedente, quien va a recibir el pago debe ser funcionario o servidor público activo y hacer uso del tiempo de descanso. También puede hacerse el pago a ex funcionarios, pero el dinero tiene que estar claramente

consignado en el presupuesto de la institución respectiva y encontrarse debidamente reconocido como un crédito a favor del ex funcionario, siendo la institución la responsable de consignar en el presupuesto los montos necesarios para hacer frente a esta obligación, pero en cualquier caso, estaríamos hablando de personas que tienen o tuvieron la categoría de funcionario o servidor público.

Situación similar ocurre en cuanto al pago del Décimo Tercer Mes.

La Ley 52 de 16 de mayo de 1974, “que instituye el Décimo Tercer Mes para los servidores públicos”, modificada por la Ley 133 de 31 de diciembre de 2013, dispone:

“ARTÍCULO PRIMERO. A partir del presente año, las entidades públicas pagarán a sus servidores una bonificación especial como un derecho adicional que se denominará Décimo Tercer Mes y consistirá en un día de sueldo por cada doce días o fracción de día de trabajo.

Esta bonificación se calculará sobre el sueldo mensual percibido, de la siguiente manera:

1. Para los servidores públicos que devengan un salario mensual hasta de quinientos cincuenta balboas (B/.550.00), se tomará como base la totalidad del sueldo del respectivo servidor público; y
2. Para los que devenguen un sueldo superior al indicado, se tomará como base únicamente la suma de quinientos cincuenta balboas (B/.550.00) mensuales.

A las personas que laboren en dos o más dependencias del Estado, solo se les pagará la bonificación que esta Ley instituye en aquella que devengue mayor salario.” (Subraya el Despacho)

De forma tal que el Décimo Tercer Mes es una bonificación que reciben las personas que tienen la categoría de servidores públicos, que laboran en entidades estatales brindando un servicio a cambio de un salario mensual, el cual es la base para el cálculo del monto a recibir.

Dado que el Decreto 476-2010-DMYSC señala que los procedimientos establecidos para la contratación de los instructores del INADEH “no pretenden fijar pautas inflexibles”, manifestando su anuencia a considerar recomendaciones que surjan de su aplicación, consideramos viable y necesario que el INADEH solicite la revisión de los procedimientos establecidos en 2010 con la finalidad de adecuarlos a la realidad institucional y legal actuales.

Igualmente, es recomendable y necesario que el INADEH evalúe si tales procedimientos deben ser la regla o la excepción, tomando en consideración que la Ley de Contratación Pública señala que los Contratos de Prestación de Servicios solo podrán celebrarse cuando las actividades objeto de la contratación no puedan realizarse con personal de planta o

requieran conocimientos especializados, debiendo siempre tomar en cuenta lo que sea mejor para el Estado y las personas contratadas.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/jfm