

Panamá, 31 de mayo de 2001.

Su Excelencia

JOSÉ MIGUEL ALEMÁN

Ministro de Relaciones Exteriores

E. S. D.

Señor Ministro:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesores de los servidores de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a su Oficio N°.799/A.J., mediante el cual tuvo a bien elevar Consulta a esta Procuraduría de la Administración, relacionada con ciertos aspectos concernientes al derecho de vacaciones (Nombramiento por Resolución, Contratos por servicios profesionales y Contratos Eventuales), dentro de nuestro ordenamiento positivo.

Procedemos a absolver su interesante Consulta, previo las siguientes consideraciones de carácter doctrinal.

I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO A VACACIONES.

MONTENEGRO BACA, considera, que las vacaciones son el "derecho del trabajador a suspender la prestación del servicio en la oportunidad señalada por la Ley, sin pérdida de la remuneración habitual, con el fin de atender a los deberes de restauración orgánica y de vida social, siempre que hubiera cumplido con los requisitos exigidos por las

disposiciones legales". (Citado por **CABANELLAS, Guillermo**. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VIII. Edit. Heliasta, S.R.L., 21 Edición, Buenos Aires. 1989, Pág. 296.).

CABANELLAS, en la obra que acabamos de citar, manifiesta que las vacaciones pueden definirse como: "el derecho al descanso ininterrumpido variable desde unos días hasta más de un mes que el trabajador tiene, con goce de su remuneración, al cumplir determinado lapso de prestación de servicios". (Ibídem. Pág. 296).

Como fundamento del derecho a las vacaciones, se han esgrimido argumentos de diversa índole, pero particularmente se afirma que en el aspecto físico, el descanso responde a un imperativo fisiológico ya que para el ser humano es necesario interrumpir de vez en cuando sus actividades para reponer sus energías consumidas en un trabajo anterior. En el caso específico de los funcionarios públicos, es evidente que " el Estado también tiene interés en el descanso de sus funcionarios para que, restaurando sus energías gastadas puedan dedicarse nuevamente, a pleno, con mayor rendimiento, a las funciones que le están asignadas." (**FERNÁNDEZ VÁSQUES**, Emilio. Diccionario de Derecho Público. Editora Astrea. Buenos Aires. 1981. Pág. 227).

El examen de los aspectos que brevemente hemos mencionado acerca del derecho a las vacaciones particularmente, de las definiciones dadas, nos lleva a destacar o considerar los elementos básicos o integrativos del mismo.

En primer lugar, debemos decir que las vacaciones implican una suspensión temporal de la prestación del servicio, en otras palabras, durante el período en que se hacen efectivas las vacaciones, el trabajador se desvincula en forma absoluta de las funciones o atribuciones que diariamente su empleo o

cargo demanda, de modo que no existe siquiera de parte del trabajador, salvo en casos excepcionales, la obligación de concurrir al sitio de trabajo. Por ello se dice, que las vacaciones constituyen un descanso ininterrumpido.

En segundo lugar, las vacaciones se otorgan por un período de tiempo fijo. Ese período, se encuentra previamente determinado en la Ley y corresponde en nuestro país, y en el caso específico de los funcionarios públicos, a treinta (30) días de descanso remunerado por cada once (11) meses continuos de servicios. En el caso de los trabajadores del sector privado, el período de tiempo vacacional es proporcional a un día de descanso por cada once (11) días de servicios.

El derecho a las vacaciones también contiene el derecho del trabajador de percibir su remuneración ordinaria durante el lapso de descanso. Ello es obvio, pues si lo que se pretende es que el trabajador descanse, se recree, o realice cualquier tipo de actividad solo o con su familia, de no existir tal remuneración, el trabajador se vería obligado a utilizar su tiempo de descanso para procurarse un ingreso.

La característica anterior reafirma a su vez otro elemento; las vacaciones tienen por objeto permitir al trabajador el tiempo necesario para la restauración orgánica, así como para que éste se ocupe de actividades de su vida propia, y de su familia, etc.

Por último, a las vacaciones se tiene derecho tan sólo cuando se han cumplido con los requisitos que la ley señala. Cabe decir, que si bien en las diferentes legislaciones se encuentra consagrado el derecho a las vacaciones, el mismo está supeditado al cumplimiento de requisitos que la propia ley establece. Es así como el artículo 66 de la Carta

Política consagra en términos generales el derecho a las vacaciones remuneradas de que goza el trabajador, y los artículos 796 del Código Administrativo, 94 de la Ley N°.9 de 20 de junio de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa y 54 del Código de Trabajo, establecen los requisitos o condiciones legales necesarias para que tal derecho se configure, tanto en el sector público como en el sector privado.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS VACACIONES EN EL ÁMBITO DEL SECTOR PÚBLICO.

Ya expresamos que el artículo 66 de nuestra Constitución Política consagra el derecho a las vacaciones de todo trabajador, tanto del sector público como del sector privado. La norma comentada es del tenor siguiente:

"Artículo 66: La jornada máxima de trabajo diurno es de ocho horas y las extraordinarias serán remuneradas con recargo.

Además del descanso semanal, todo trabajador tendrá derecho a vacaciones remuneradas...

La Ley podrá establecer el descanso semanal remunerado de acuerdo con las condiciones económicas y sociales del país y el benéfico de los trabajadores."

Para el caso de los funcionarios públicos, la referida norma constitucional encuentra su

desarrollo en el artículo 796 del Código Administrativo.

"ARTICULO 796.- Todo empleado público nacional, provincial, o municipal, 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, siempre que la separación del cargo no obedezca a la comisión de alguna falta grave en el ejercicio de su empleo.

PARAGRAFO: Estas vacaciones son obligatorias para todos los empleados públicos de que trata esta Ley y el Estado está obligado a concederlas."

Igualmente, la Ley N.º 9 de 20 de julio de 1994 "por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa (G.O. N.º.22.562 de 21 de junio de 1994), dispone lo siguiente:

"ARTICULO 135.- Los servidores públicos en general tendrán derecho a:

1. Ejercer las funciones atribuidas a su cargo;
2. Tomar o disfrutar del descanso anual remunerado y vacaciones proporcionales;..."

Como se aprecia, esta Ley determina que todo funcionario público, sea o no de Carrera, tiene derecho a un descanso anual remunerado (vacaciones) y a vacaciones proporcionales.

En cuanto a la vigencia de la Ley N°9 de 1994, somos de la opinión que están vigentes aquellas disposiciones generales que consagran derechos comunes a todo funcionario público (vacaciones, vacaciones proporcionales, licencia sin sueldo, etc.), mientras que aquellas otras disposiciones específicas de los funcionarios públicos de carrera entrarán en vigencia progresivamente de acuerdo al cumplimiento de un cronograma precisado por la misma Ley. En Consulta del Director del IFARHU a esta institución detallamos lo siguiente:

"Del lenguaje legal se desprende con claridad meridiana e incuestionable que, los servidores públicos en general, tienen derechos y obligaciones reconocidos e impuestas por la Ley de Carrera Administrativa. Basta tan solo leer el enunciado preliminar de los artículos 135 y 137 de esa Ley.

Es más, la Ley de Carrera Administrativa no sólo es aplicable en cuanto a los derechos y deberes, sino también a ciertas acciones de personal, que según la Ley, le son propias a los servidores en general.

Sobre esto se puede agregar algo importante, y es que la Ley con sabiduría, al momento de enunciar las materias específicas, en sus títulos y capítulos, aclara que esos temas le son aplicables a servidores de carrera administrativa, Verbigracia, el título IV, los capítulos II, V, VI, VIII y X del Título V." (Consulta N° C-281/96 de 9 de octubre de 1996)

Por ende, consideramos que el derecho de vacaciones está vigente constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico tanto para funcionarios públicos como trabajadores del sector privado, así como el derecho de vacaciones proporcionales, pues se trata de un derecho general para todo funcionario sea o no de carrera (Títulos VI, VII, y VIII).

En cuanto al término servidor público es plasmado constitucionalmente de la siguiente forma:

"ARTICULO 294.- Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas; en general, las que perciban remuneración del Estado."

El Código Administrativo hace referencia a los empleados administrativos, en los siguientes términos:

"ARTICULO 755.- En general, son empleados administrativos

nacionales los que intervienen exclusivamente en asuntos de la Nación, y municipales, los que manejen asuntos de Distritos, aunque tengan alguna intervención en los de la Nación.

Pueden..."

La Ley de la Carrera Administrativa define al servidor público así:

"ARTICULO 2.- Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario:

Servidor Público: Es la persona nombrada temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas y, en general, la que perciba remuneración del Estado.

Los Servidores..."

De las anteriores disposiciones legales se conoce que un servidor público es aquél nombrado permanente o temporalmente por el Estado para desempeñar una función pública, por tanto se excluyen de la categoría de servidores públicos aquellas personas que el Estado contrata para que realicen una tarea específica, a través de un Contrato Administrativo regido por las normas de Derecho Público (Código Administrativo) y supletoriamente por el Código Civil en materia de contratación. Estas personas son contratadas para desempeñar los llamados servicios profesionales.

En este caso, la relación entre el particular y el Estado es contractual por lo cual los derechos y obligaciones de ambos surgen de ese contrato siendo

Ley entre las partes (art. 976, Código Civil), en consecuencia los derechos que pueda tener el particular contratado pueden ser similares a los de los servidores públicos siempre que se haya pactado, o sea, que puede tener derecho de vacaciones, sobresueldo, etc. como un funcionario público si se ha establecido en el contrato.

El Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, lo clasifica de la siguiente forma:

"CODIGO DETALLE

.....

020 HONORARIOS

Son los gastos por servicios personales prestados ocasionalmente por profesionales o técnicos que no son funcionarios públicos, tales como investigaciones exámenes y peritajes. Estos servicios se prestarán en base a un contrato, que no implica subordinación jerárquica.

021 Dietas...

022 Servicios especiales
Son las compensaciones por servicios personales prestados por profesionales o técnicos que no son empleados públicos.

030 GASTOS DE REPRESENTACION

..."

(Subrayado nuestro) (Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, Dirección de Presupuesto de la Nación del

Ministerio de Planificación y Política Económica: 1980, agosto, pág. 27)

Dentro de la Normas de Administración Presupuestaria para la Vigencia Fiscal 2001, existen claras disposiciones que al igual que sus antecesoras, incluye una norma general relativa a honorarios, que establece que: "sólo se podrá cargar a esta partida la contratación... los contratos con profesionales o técnicos, personas naturales, nacionales o extranjeras para la realización de estudios, investigaciones, diseños, supervisión de obras, capacitación y otros de similar naturaleza se imputarán a la partida de Consultoría y servicios Especiales..."

La doctrina coincide con nuestro criterio y en este sentido se manifiesta el maestro **SAYAGUÉS LASO**:

"También se ingresa a la función pública por contrato. Son situaciones poco frecuente, pero existe. No debe confundirse esta hipótesis con el caso de arrendamiento de servicios con particulares. En este último la persona que arriende 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 persona se incorpora a la administración, ingresando mediante un pacto que fija determinadas condiciones para la prestación de su actividad personal (1).

La persona que ingresa a la función pública mediante contrato, no está sustraída totalmente al régimen estatutario general. Esta rige salvo en cuanto hubieren pactado expresamente condiciones distintas (2), en cuyo caso deben reputarse las estipulaciones convenidas.

Pero ha de tenerse en cuenta que la Administración no tiene libertad para tales contrataciones y, por el contrario, sólo facultades muy limitadas (3) no pudiendo recurrir a ese procedimiento para eludir la aplicación de las disposiciones constitucionales y legales que limitan o condicionan el ingreso a las funciones públicas, o que regulan su ejercicio (4).

 (1) Un ejemplo: la administración necesita un funcionario especializado para la dirección de determinado servicio; con ese fin pacta con un técnico enviarlo al extranjero en viaje de estudios, para su especialización, y éste, a su vez, se compromete a desempeñar el cargo por un plazo mínimo de tantos años.

(2) Waline, p. 307.

(3) Generalmente se necesita texto legal expreso. A veces la autorización para contratar surge

implícitamente destinadas expresamente a ese fin.

(4) Con frecuencia se acude a un pseudo contrato, ya que no se pacta ninguna condición específica. En ese caso hay una verdadera designación, rotulada como arrendamiento de servicio, que generalmente tiene por objeto eludir las disposiciones que exigen la ciudadanía del designado o que establecen garantías de inamovilidad, etc. La simulación es evidente y por lo tanto no surte sus efectos, debiendo aplicarse las normas constitucionales y legales que corresponden." (SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, t. I., 2º edic., Edit. Martín Bianchi Altuna, Montevideo, Uruguay: 1959, págs. 292 y 293)

Cabe reiterar que el Contrato por servicios profesionales celebrado entre una institución pública y un particular es un contrato administrativo, porque incluye cláusulas que exorbitan el ámbito privado dadas las prerrogativas que posee el Estado frente al administrado, por tanto a este Contrato le es aplicable en general las normas de Derecho Público, en específico el Código Administrativo, y supletoriamente el Código Civil; y, cualquier conflicto que surja entre ambas partes es competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, Sala III, de la Corte Suprema de Justicia, luego de agotar la vía gubernativa.

En materia de vacaciones, en un Contrato por servicios profesionales, donde el contratista es un profesional independiente, rige el artículo 976 del Código Civil que señala:

"ARTICULO 976.- Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tener de los mismos."

Es decir, si en el Contrato se pactó el pago de determinada prestación, el Ministerio de Relaciones Exteriores, tiene la obligación de cumplir con lo estipulado.

Un aspecto importante que debemos examinar, es el relativo a la **"CONTINUIDAD"** en el servicio, o prestación continua del servicio. Prestación continua significa, la ejecución ininterrumpida de las funciones asignadas a un cargo durante el lapso de once meses, a lo que es igual, la ejecución de diferentes funciones, aunque sea en diferentes cargos y para diferentes instituciones, pero que en todo caso, éstas se realicen con continuidad, estos es, ininterrumpidamente.

Luego de haber analizado los aspectos más sobresalientes relacionados al tema objeto de su Consulta, este Despacho, procede a emitir su criterio respecto a sus tres (3) interrogantes, en el mismo orden en que fueron formuladas:

PRIMERA INTERROGANTE:

"1- Si los funcionarios por contrato eventual, tienen derecho a que se les concedan vacaciones al cumplir 11 meses de servicio"

En primera instancia, debemos señalar que el término "CONTRATO EVENTUAL", dentro de la administración pública no existe; esta acepción, es una condición o modalidad que figura como una forma de ingresar de manera no permanente en el sector público.

Los llamados contratos eventuales suponen la no continuidad permanente de una persona en un cargo público dentro del engranaje gubernamental; es decir, toda persona que se contrata de manera eventual, ocupan cargos en programas o actividades que tiene una duración inferior al ejercicio fiscal. Estos cargos no se detallarán inicialmente en la estructura de personal.

Los principios generales dentro de la administración pública, establecen que las personas que son contratadas de manera eventual, no llegan a gozar de los mismos beneficios que un funcionario público contratado de manera permanente.

Muchas son las causas por las cuales el personal eventual no adquiere los mismos beneficios que el nombrado de manera permanente:

- a. Porque no ha sido nombrado dentro de la partida presupuestaria correspondiente a los sueldos fijos; es decir, dentro del Código de Servicios Personales (001), que comprende los gastos por concepto de sueldos básicos del personal nombrado en puestos fijos o permanentes.
- b. Porque el salario devengado, no es cargado a un apartada presupuestaria, sino a través de una cuenta bancaria o Fondo Especial.

Las características más notables de los Contratos Eventuales, es su tiempo de duración, toda vez que los mismos, por lo general nunca

alcanzan un período mayor de tres 3 ó 4 meses los cuales en ocasiones suelen ser prorrogables.

Las personas que son nombradas mediante la figura de Contrato Eventual, nunca llegan a alcanzar un período de once (11) meses, toda vez que durante el período de un (1) año, se le confeccionaron cuatro (4) contratos de tres (3) meses cada uno. Esto quiere decir que no logra cumplir con el requisito de la continuidad.

No obstante lo anterior, si el Ministerio de Relaciones Exteriores desea conceder vacaciones a una persona que ha ingresado a la institución mediante Contrato como eventual, perfectamente lo puede hacer, siempre y cuando se haya establecido dentro del Contrato.

El Contrato deberá señalar que la persona ha sido contratada por un período de doce (12) meses, con **derecho** a un (1) de vacaciones, transcurridos once (11) meses de manera continúa e ininterrumpida.

Le recomendamos al Señor Ministro, que en estos casos, cuando se contrate utilicen el Objeto del Gasto "003", que corresponde a la partida presupuestaria de Personal Contingente; recuérdese que estas personas tendrán derecho a que se le hagan todas las deducciones de ley, derecho a vacaciones y décimo tercer mes.

SEGUNDA INTERROGANTE:

"2- Si se considera como servicio continuo la elaboración de contratos de 3 meses, 4 meses y 4 meses respectivamente separados"

Como explicamos en párrafos anteriores, la continuidad, es sinónimo de ininterrupción. Esto

quiere decir que si se confeccionan contratos fraccionados por un período determinado de tres (3) o cuatro (4) meses indistintamente, **NO** puede considerarse que exista continuidad. En otras palabras, la elaboración de contratos de 3 meses, 4 meses y 4 meses respectivamente separados, no se considera como servicio continuo.

Ahora bien, si se mantiene la relación por períodos prolongados, como es frecuente en las instituciones, por razones de justicia deberá hacerse arreglos internos para que la persona pueda gozar del período de vacaciones, siempre y cuando los contratos sean seguidos.

TERCERA INTERROGANTE:

"3- Si deben ser reconocidas las vacaciones retroactivas en éstos contratos eventuales aunque éstos no sean continuos"

Las vacaciones son un derecho, su reconocimiento mediante contrato, debe estar previamente pactado, de lo contrario no surge a la vida jurídica. En los casos particulares, de contratos eventuales, por períodos determinados, fraccionados en 3 ó 4 meses, no se alcanza en ningún momento el derecho a vacaciones, toda vez que la relación laboral no se da, de manera continua e ininterrumpida.

En virtud de lo anteriormente señalado, no procede en ningún momento el pago de vacaciones de manera retroactiva toda vez que no se ha generado tal derecho y, para poder pagar vacaciones de manera retroactiva, éstas, tienen que haber sido contempladas previamente en el presupuesto respectivo.

Para finalizar, queremos reiterar y recordar, que el pago de vacaciones a los servidores públicos

debe incluir tanto las vacaciones vencidas como las vacaciones proporcionales, ajustándose en esto último a lo que dispone el artículo 94 de la Ley N°.9 de 20 de junio de 1994, sobre Carrera Administrativa.

Este Despacho hace la salvedad al señor Ministro, que el derecho a vacaciones no procede para las personas que son contratadas por SERVICIOS PROFESIONALES.

Con muestras de consideración y respeto, me suscribo de usted,

Atentamente,

[Faint signature]

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración

AMdeF/14/jabs/cch.