



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 1 de noviembre de 2022.
C-192-22

Doctor
Heriberto Araúz Sánchez
Magistrado Presidente del Tribunal Electoral
Ciudad.

Ref.: Reconocimiento y pago de la prima de antigüedad a los servidores públicos del Tribunal Electoral que ejercen mando y jurisdicción.

Señor Magistrado Presidente:

Con fundamento en nuestras atribuciones constitucionales y legales, en especial, como asesores de los funcionarios de la Administración Pública, ofrecemos respuesta a la nota N°129-DAL-2022 de 13 de octubre de 2022, mediante la cual, el Director de Asesoría Legal del Tribunal Electoral nos consulta si: “¿los funcionarios de libre nombramiento y remoción pero que tienen mando y jurisdicción parcial y nacional del Tribunal Electoral estarían excluidos de los beneficios de la Ley 241 de 2021, a la luz de lo indicado en el numeral 4 del artículo 307 de la Constitución Política?”.

Con relación a su interrogante, esta Procuraduría mantiene el criterio externado mediante la nota C-037-22 de 7 de marzo de 2022, conforme al cual, en atención a lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley N°9 de 1994, como quedó modificado por el artículo 3 de la Ley N°241 de 2021 y el artículo 4 de esta última excerta, en concordancia con el numeral 10 del artículo 29 de la Ley N°23 de 2017, también modificado por la Ley N° 241 de 2021, podría entenderse que tienen derecho al pago de la prima de antigüedad todos aquellos servidores públicos permanentes, transitorios o contingentes o de Carrera Administrativa u otras carreras públicas o leyes especiales, nombrados en cargos del Tribunal Electoral, **exceptuando, entre otros, a aquellos que ocupen un cargo con mando y jurisdicción, habida cuenta que han sido expresamente excluidos de este derecho por el ya mencionado numeral 10 del artículo 29 de la Ley N°23 de 2017, en concordancia con el artículo 307 constitucional.**

Estos últimos, vale aclarar, conservarán el derecho a recibir la prima de antigüedad, a razón de una semana de salario por cada año laborado en forma continua al servicio del Estado, previo a su nombramiento en el cargo con mando y jurisdicción que actualmente ostentan, aunque sea en diferentes entidades del sector público.

A continuación le externamos los argumentos y fundamentos jurídicos que nos permiten arribar a esta opinión.

El numeral 10 del artículo 29 de la Ley N°23 de 2017, como quedó modificado por el artículo 1 de la Ley N° 241 de 13 de octubre de 2021, “*Que modifica la Ley 23 de 2017 y la Ley 9 de 1994, en lo relativo al reconocimiento del pago de la prima de antigüedad de los servidores públicos*”, señala lo siguiente:

“**Artículo 29.** El derecho a la prima de antigüedad **no incluye** a los siguientes servidores públicos:

1. Los servidores públicos que fueron escogidos por elección popular.
2. Los ministros y viceministros de Estado.
3. Los directores y subdirectores de entidades autónomas y semiautónomas.
4. Los gerentes y subgerentes de entidades autónomas en las que el Estado tenga una participación mayoritaria en el capital accionario.
5. Los administradores y subadministradores de entidades del Estado.
6. Aquellos que se retiraron después de haber sido nombrados por períodos fijos establecidos por la Constitución Política o la ley.
7. Los secretarios generales o ejecutivos de cada institución del Estado.
8. El personal de secretaría y de servicios inmediatamente adscrito a los servidores públicos, como ministros y viceministros de Estado, directores o subdirectores de entidades autónomas y semiautónomas, así como gerentes o subgerentes de sociedades anónimas en las que el Estado tenga una participación mayoritaria en el capital accionario.
9. El personal que fue nombrado por consultoría bajo el amparo de la Ley de Contrataciones Públicas y del Presupuesto General del Estado.
10. **En general, todos los servidores públicos que son de libre nombramiento y remoción conforme a lo establecido en el artículo 307 de la Constitución Política.**

Los servidores públicos señalados en este artículo y que **previo a esa condición** hayan laborado al servicio del Estado en forma **continua** tendrán derecho a recibir una prima de antigüedad, a razón de una semana de salario por cada año laborado al servicio del Estado en forma continua, aunque sea en diferentes entidades del sector público.

La entidad que deberá realizar el pago es la última en la cual laboró el servidor público. En los casos en que algún año de servicio del servidor público no se cumpla en su totalidad, tendrá derecho a la parte proporcional correspondiente, para lo cual será tomado en cuenta el último salario devengado. Se entiende que no hay continuidad cuando el servidor público se haya desvinculado definitivamente del servicio del Estado por más de sesenta días calendario sin causa justificada.”
(Resaltado y subraya del Despacho)

Como es posible advertir, el numeral 10 del ya citado artículo 29 de la Ley N°23 de 2017, como quedó modificado por la Ley N°241 de 13 de octubre de 2021, excluye del derecho al pago de la prima de antigüedad, “*a todos los servidores públicos que son de libre nombramiento y remoción*”, remitiendo al artículo 307 de la Constitución Política a efecto de determinar, *en sentido general*, qué funcionarios tendrían que entenderse inmersos en tal supuesto de hecho, por revestir el carácter de “*servidores públicos de libre nombramiento y remoción*” y estar excluidos de las carreras públicas.

El artículo 307 constitucional señala lo siguiente:

“**Artículo 307.** No forman parte de las carreras públicas:

1. Los servidores públicos cuyo nombramiento regula esta constitución.
2. Los Directores y Subdirectores Generales de entidades autónomas y semiautónomas, los servidores públicos nombrados por tiempo determinado o por períodos fijos establecidos por la Ley o los que sirvan cargos ad honorem.
3. El personal de secretaría y de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera.
4. **Los servidores públicos con mando y jurisdicción que no estén dentro de una carrera.**
5. Los profesionales, técnicos trabajadores manuales que se requieran para servicios temporales, interinos o transitorios en los Ministerios o en las instituciones autónomas y semiautónomas.
6. Los servidores públicos cuyos cargos estén regulados por el Código de Trabajo
7. Los jefes de Misiones Diplomáticas que la Ley determine.”
(Resaltado del Despacho).

Como se aprecia, el numeral 4 del artículo 307 constitucional, contempla un supuesto de hecho no previsto de manera expresa en el texto vigente del artículo 29 de la Ley N°23 de 2017, anteriormente citado, en tanto se refiere a los “*servidores públicos con **mando y jurisdicción que no estén dentro de una carrera***” (Resaltado del Despacho).

Cabe anotar que esta Procuraduría se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre el sentido y alcance de la expresión “mando y jurisdicción”, precisión conceptual que resulta necesaria a fin de establecer en cada caso particular, si determinados funcionarios del Tribunal Electoral, en virtud de sus funciones y características propias del cargo que ocupan, se enmarcan dentro de esta categoría de servidor público y, en consecuencia, se encuentran inmersos en el supuesto de hecho contemplado en el numeral 10 del artículo 29 de la Ley N°23 de 2017, como quedó modificado por artículo 1 de la Ley N° 241 de 2021.

En este sentido, mediante la nota C-204-04 de 4 de octubre de 2004, la Procuraduría de la Administración señaló lo siguiente:

“(…)

Conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (vigésima primera edición), el término “mando” alude a la autoridad y poder que tiene un superior jerárquico sobre sus súbditos. En esta misma línea de ideas, el autor Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual¹, define la palabra “mando”, como “poder que sobre los inferiores ejerce el superior”.

En Derecho Público, el término “Autoridad se refiere a la “potestad que en cada pueblo ha establecido la Constitución para que lo rija y gobierne, ya sancionando leyes, ya haciéndolas observar, ya administrando justicia”². El término “poder, por su parte, ampara en su concepción más amplia, la “Facultad de hacer”³.

En el contexto de la Ciencia Política, el poder ha sido entendido como la facultad de obrar eficazmente para el cumplimiento de los fines del Estado, enmarcados en las funciones de sus órganos especiales. De allí que su ejercicio entrañe autoridad (derecho a mandar y realizar) y fuerza (esto es, poder coercitivo), condicionados por los fines esenciales del Estado, así como por su fundamento ético y racional.

De lo anterior se colige que ejercen mando los servidores públicos que de conformidad con la Constitución y la ley, tienen la función de regir y gobernar el Estado, estando investidos de autoridad para dar órdenes y realizar acciones tendientes a la satisfacción de las necesidades sociales en las que se cimentan los fines del Estado, y que cuentan con el poder coercitivo necesario para la consecución de los mismos.

Por su parte, en sentido técnico jurídico, el término “jurisdicción”, es definido como el “conjunto de atribuciones que corresponden en una materia y en cierta esfera territorial”⁴ Así pues, **ejercen jurisdicción, los servidores públicos que de conformidad con la Constitución y la ley, son competentes para conocer de determinadas materias dentro de una determinada circunscripción del territorio nacional.**

Sobre el particular, la jurisprudencia patria más reciente ha establecido algunos criterios que permiten delimitar el alcance que en nuestro foro debemos dar al concepto de “mando y jurisdicción”, en el sentido de que sólo lo ejercen los servidores públicos que sean competentes para adoptar decisiones en determinadas materias, en virtud de la titularidad

¹ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V, 26ª Edición. Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina.

² Fernández Vázquez- Diccionario de Derecho Público. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, p.64

³ Idem, p.572.

⁴ Cabanellas, Op. Cit, Tomo V, p.48

del cargo y no en la condición de subordinación que implica el ejercicio de funciones secretariales.

Así, mediante auto de 22 de agosto de 2001, al decidir sobre un incidente de ilegitimidad de personería, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, señaló que **ejercen mando y jurisdicción los servidores públicos competentes para adoptar decisiones en determinadas materias.** (...).”

Como es posible advertir, en el ámbito administrativo del Estado, un funcionario ejerce mando y jurisdicción, entre otros supuestos, cuando en el ejercicio de las competencias que le confiere la ley, ejerce autoridad y poder, para hacer cumplir las leyes o para administrar justicia (v.g., *al dictar actos administrativos de efecto individual o resolver causas en la vía gubernativa*), *en una determinada materia*, (fiscal, patrimonial, electoral, servicios públicos, protección al consumidor, entre otros) y circunscripción territorial (*a nivel nacional, regional, provincial, distrital o de corregimiento*), pudiendo inclusive obligar al cumplimiento de lo decidido por medios coercitivos.

En el caso específico del Tribunal Electoral, el numeral 10 del artículo 29 de la Ley N°23 de 2017, como quedó modificado por la Ley N° 241 de 13 de octubre de 2021, excluye del derecho al pago de la prima de antigüedad, a aquellos servidores públicos que han sido nombrados para ocupar cargos con mando y jurisdicción; **categoría en la cual se enmarcarían algunos funcionarios del Tribunal Electoral, como lo son los jueces de la jurisdicción penal electoral, los jueces administrativos electorales y aquellos que ejercen el cargo de Director(a) Nacional o de Director(a) Regional de las áreas sustantivas de dicha institución, es decir, de la Dirección Nacional del Registro Civil, la Dirección Nacional de Organización Electoral y la Dirección Nacional de Cedulación.**

Ello, aun cuando el artículo 140 de la Ley N°9 de 1994, como quedó modificado por el artículo 3 de la Ley N°241 de 2021 y el artículo 4 de esta última excerta, **no condiciona** el derecho al pago de la prima de antigüedad, al hecho de que el servidor público sea un funcionario perteneciente a la carrera administrativa, a cualquier otra carrera pública o amparado en leyes especiales.

Con relación al alcance del citado artículo 140, he de reiterar la respuesta ofrecida a usted por este Despacho mediante la nota C-223-21 de 28 de diciembre de 2021, en la cual sostuvimos:

“(...) la Ley N°23 de 2017 instituyó la prima de antigüedad desde el inicio de la relación permanente, pero la Ley N°241 de 13 de octubre de 2021, “Que modifica la Ley 23 de 2017 y la Ley 9 de 1994, en lo relativo al reconocimiento del pago de la prima de antigüedad de los servidores públicos”, **extendió ese derecho a todos los servidores públicos, tanto para los permanentes como los transitorios y contingentes**, al modificar el artículo 140 de la Ley N.º9 de 1994, (...).”

Siendo ello así, en atención a lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley N°9 de 1994, como quedó modificado por el artículo 3 de la Ley N°241 de 2021 y en el artículo 4 de esta última excerta, en concordancia con el numeral 10 del artículo 29 de la Ley N°23 de 2017, también modificado por la Ley

Nº 241, podría entenderse que tienen derecho al pago de la prima de antigüedad todos aquellos servidores públicos permanentes, transitorios, contingentes, de Carrera Administrativa u otras carreras públicas o leyes especiales, nombrados en cargos del Tribunal Electoral, exceptuando (entre otros) a aquellos servidores públicos que han sido nombrados para ocupar cargos con mando y jurisdicción, puesto **que han sido expresamente excluidos de este derecho por el ya mencionado numeral 10 del artículo 29 de la Ley Nº23 de 2017, en concordancia con el artículo 307 constitucional.**

No obstante, vale aclarar, éstos últimos conservarán el derecho a recibir la prima de antigüedad, a razón de una semana de salario por cada año laborado en forma continua al servicio del Estado, previo a su nombramiento en el cargo con mando y jurisdicción que actualmente ostentan, aunque sea en diferentes entidades del sector público.

Por último es preciso reiterar lo ya expresado en nuestra nota C-037-22 de 7 de marzo de 2022, en el sentido que, comoquiera que el supuesto hipotético al cual se refiere su consulta lleva implícita la valoración de la constitucionalidad o no de las normas legales que extienden el derecho al pago de la prima de antigüedad a todos los servidores públicos, lo procedente sería que ante un caso específico y previo a la adopción de la decisión respectiva; el Tribunal Electoral promueva ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, la correspondiente **advertencia de inconstitucionalidad**, en contra de la norma a aplicar, con fundamento en el artículo 73 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre procedimiento administrativo general, el cual dispone que *“La autoridad que advierta o a la cual una de las partes le advierta que la norma legal o reglamentaria que debe aplicar para resolver el proceso tiene vicios de inconstitucionalidad, formulará, dentro de los dos días siguientes, la respectiva consulta ante el pleno de la Corte Suprema de Justicia, salvo que la disposición legal o reglamentaria haya sido objeto de pronunciamiento de dicho Tribunal...”*.

Damos respuesta de este modo a sus interrogantes, señalándole que la opinión vertida no constituye un pronunciamiento de fondo, o un criterio jurídico concluyente que determine una posición vinculante, en cuanto a las preguntas formuladas.

Atentamente,


Maria Lilia Urriola de Ardila
Procuradora de la Administración, Encargada



MLUDA/dc
C-170-22