



República de Panamá

Panamá, 9 de noviembre de 1993

Procuraduría de la Administración

Señor
NESTOR MORENO
Sub-Gerente General
Operativo Encargado de la
Gerencia General del
Banco Nacional de Panamá
E. S. D.

Señor Moreno:

Nos place por este medio dar respuesta a la consulta que nos hizo llegar por vía de su nota s/n del 6 de octubre del presente año, en la cual nos formula las siguientes interrogantes:

1. ¿Cual es la interpretación y alcance de lo dispuesto en el artículo 109 del Decreto de Gabinete No. 1 del 21 de enero de 1993, por el cual se adopta el Presupuesto General del Estado para la Vigencia Fiscal de 1993, frente a la Circular No. 61 Leg No. 12 de mayo de 1993, expedida por el señor Contralor General de la República y que está fundamentada en el artículo 796 del Código Administrativo, en lo referente al no pago de vacaciones acumuladas a los servidores públicos, cuando su separación del cargo obedezca a la Comisión de una falta grave en el ejercicio de su empleo?.

2. ¿Cual de las dos disposiciones debe ser acatada, la Circular No. 61 Leg del 12 de mayo de 1993 antes mencionada, o la norma legal contenida en el artículo 109 del Decreto de Gabinete No. 1 de 21 de enero de 1993? "

Conviene, en primer lugar, transcribir el texto del artículo 109 ibidem para vertir luego algunos comentarios sobre el mismo:

"ARTICULO 109: El funcionario con dos o más meses de vacaciones acumuladas hará uso de ellas por un mínimo de dos (2) meses en la vigencia de 1993. Si por necesidad del servicio, el Ministro o Director de la Institución considera la postergación del uso de las mismas, a funcionarios bajo su responsabilidad, deberá hacer constar tal circunstancia, mediante Resolución motivada. La renuncia o destitución de un funcionario no afectará su derecho por las vacaciones acumuladas pendientes, las cuales le serán pagadas de conformidad con las disposiciones vigentes".

Del examen de la disposición transcrita observamos, que en la misma se establecen dos supuestos normativos diferentes. El primero, alude específicamente a funcionarios públicos que tienen dos o más meses de vacaciones acumuladas; el segundo, a personas que también tienen vacaciones acumuladas, pero que han dejado de ser funcionarios públicos, en virtud de su renuncia o destitución del cargo.

Para quienes tengan acumuladas dos o más meses de vacaciones y se encuentren desempeñando un destino público, la norma establece que tales funcionarios deberán hacer uso de ellas por un mínimo de dos meses durante la presente vigencia fiscal (1993). Ello significa, por ejemplo, que si un funcionario tiene acumulados cuatro meses de vacaciones, podrá hacer uso de esos cuatro meses en la vigencia de 1993; pero en caso de que desee utilizar una cantidad inferior a la mencionada, ésta no podrá ser menor de dos meses. No obstante, el ejercicio de ese derecho (en los términos ordenados por la norma) puede ser postergado si por necesidades del servicio se hace indispensable la permanencia del funcionario en su puesto de trabajo. Para ello, el Ministro o Director de la institución pública de que se trate, deberá expedir una Resolución motivada en la cual haga constar estas circunstancias.

Se desprende, pues, de lo que hasta este momento hemos expuesto, que el mecanismo para hacer efectivo el derecho a las vacaciones acumuladas de quienes ocupan algún cargo en el sector público consiste, precisamente, en acogerse a un descanso de treinta días por cada once meses de servicios continuos, tal como expresa el inciso primero del artículo 796 del Código Administrativo.

El segundo supuesto normativo contenido en la parte final del artículo 109 transcrito, y que es el que al parecer motiva su inquietud, establece en forma determinante que la renuncia o la destitución de un funcionario público no afectará su derecho a las vacaciones acumuladas que el mismo tenga pendientes, entendiéndose, a la fecha de su renuncia o destitución.

A nuestro modo de ver, esta disposición no hace más que reconocer el carácter de derecho adquirido que tienen las vacaciones acumuladas. Y decimos "derechos adquiridos", porque el hecho de que existan vacaciones acumuladas presupone también que el funcionario, o en este caso, la persona que las acumuló prestó al Estado el tiempo de servicio continuo señalado en la ley para la configuración o nacimiento de ese derecho, esto es, once meses de servicios continuos por cada treinta días de descanso acumulados.

Sobre el particular y a manera de ilustración, veamos lo que comentaba la Corte Suprema de Justicia (Sala 3a.) respecto del carácter de derecho adquirido que tienen las vacaciones:

"... de ninguna manera puede entenderse que por el hecho de haber adquirido un status de jubilado se puede negar un derecho adquirido como es el derecho de vacaciones siendo que se ha establecido que cumplió con sus labores para adquirir tal derecho.

* * * * *

La Sala por su parte expresa que tanto la norma examinada al inicio de las normas que se dicen violadas como la disposición bajo examen, imponen al Estado el pago de las vacaciones a todo servidor público siempre y cuando se cumpla con las exigencias legales. Es injurídico pensar que tal derecho pueda desconocerse por el sólo hecho de acogerse a la jubilación;

pues aquel constituye un derecho causado y debe ser reconocido y respetado".

(CSJ, Sala 3o, sentencia de 10 de marzo de 1988, Registro Judicial, de marzo de 1988, pags. 57 y 58).

Por lo que a la forma de satisfacer ese derecho adquirido se refiere, obsérvese que la parte final de la disposición establece que esas vacaciones acumuladas "serán pagadas de conformidad con las disposiciones vigentes". La norma no expresa, pues, en forma específica el mecanismo para satisfacer el derecho adquirido de los exfuncionarios que tienen vacaciones acumuladas, no obstante, remite a las disposiciones legales que rijan al respecto.

Sobre el particular, se hace necesario recordar que con el propósito de lograr la cancelación de diversas obligaciones adquiridas por el Estado a favor de un número plural de servidores públicos (entre las cuales se encuentran precisamente, las vacaciones acumuladas), el Gobierno Nacional procedió a autorizar la emisión y colocación de una serie de valores del Estado, denominados TITULOS PRESTACIONALES, los que de conformidad con el artículo segundo del Decreto de Gabinete No. 50 de 25 de noviembre de 1992, modificado por el artículo primero del Decreto de Gabinete No. 42 de 13 de agosto de 1993, serían emitidos exclusivamente para cancelar las siguientes obligaciones:

"a) Las que el Estado adeude o llegue a adeudar hasta el 31 de diciembre de 1992, a los servidores públicos en concepto de sobresueldos, aumentos por cambios de categoría, permanencia, reclasificaciones y demás incrementos salariales debidamente reconocidos.

b) Las que el Estado adeude o llegue a adeudar hasta el 31 de diciembre de 1992 a los exservidores públicos, en concepto de vacaciones, y demás rubros a que se refiere el literal a) del presente artículo, con excepción de los derechos y prestaciones cuyo pago haya sido limitado o suspendido en virtud de disposiciones anteriores al presente Decreto".

De lo anterior resulta, que de conformidad con las disposiciones jurídicas que nos hemos permitido citar, a los exfuncionarios públicos que tengan vacaciones acumuladas deberá satisfacerse su derecho por vía de los llamados Títulos Prestacionales. Para ello, han debido acogerse a las normas y al procedimiento consagrado en los referidos Decretos.

Consideramos, para concluir este punto, que el artículo 109 ibidem consagra un absoluto respeto al derecho adquirido que representan las vacaciones, toda vez que en forma clara establece los mecanismos adecuados para que el mismo sea satisfecho, tanto para el caso de que quien lo haya adquirido sea actualmente un funcionario público, como para quien haya dejado de serlo.

Otra situación es la contemplada en la parte final del artículo 796 del Código Administrativo, el cual como usted señala, sirvió de fundamento al señor Contralor General de la República para dictar la Circular No. 61-LEG de 12 de mayo del presente año.

Pero transcribamos también el contenido de la disposición a la que hemos hecho referencia:

"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 continuos de servicio, a treinta días de descanso con sueldo.

El empleado público, nacional, provincial, o municipal que después de once meses continuos 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 que se le reconozca y pague el mes de sueldo que corresponda al descanso, siempre que su 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".

El artículo 796 del Código Administrativo consagra el derecho a vacaciones para todos los trabajadores del sector público. Para el nacimiento de ese derecho se requiere que el respectivo funcionario público haya prestado sus servicios continuos al Estado durante un período de once meses.

El inciso segundo del mencionado artículo reconoce también en su parte inicial el carácter de derecho adquirido que tienen las vacaciones al disponer que si un funcionario público es separado de su cargo por renuncia o destitución antes de hacer uso del respectivo mes de descanso, tiene derecho a que se le reconozca y pague el mes de sueldo que corresponde al descanso. No obstante, lo dicho, a diferencia del precitado artículo 109, la norma establece también la excepción de que si la separación del cargo obedece a alguna causa grave en el ejercicio del mismo, no habrá derecho al reconocimiento y pago del mes de sueldo correspondiente a las vacaciones.

Con respecto al referido artículo 796 ibidem y, muy particularmente al inciso segundo del mismo, se hace necesario comentar ciertos aspectos relativos al vicio de inconstitucionalidad que el mismo presenta. En efecto, la parte final del segundo párrafo del artículo cuestionado consagra lo que pudiéramos considerar como una especie de excepción al derecho adquirido que representa las vacaciones, toda vez que la misma establece (contrario sensu) que tal derecho se pierde cuando la separación del cargo del funcionario obedece a la comisión de alguna falta grave en el ejercicio del cargo.

A nuestro modo de ver, si un funcionario ha cumplido con el requerimiento legal de laborar durante un período ininterrumpido de once meses, su derecho al descanso por treinta días no debe verse afectado, menoscabado o conculcado en ninguna forma, puesto que ello de plano rompería con la naturaleza de derecho adquirido que el mismo reviste. Se trata de un derecho reconocido constitucional y legalmente, que el funcionario se ha ganado con su trabajo y que no guarda relación alguna con la causa o motivo por la cual el funcionario fue separado de su cargo.

De otro lado, está el problema de la amplitud y vaguedad de la redacción utilizada por el legislador, así como el de la calificación de lo que debe entenderse por falta grave.

En nuestro derecho, como sabemos, carecemos de una ley de Carrera Administrativa en la cual se puedan establecer o precisar taxativamente los hechos que puedan configurar una falta grave. Ello ha traído como consecuencia, que sean disposiciones normativas de rango inferior (Decretos Ejecutivos, Acuerdos, Resoluciones) las que en forma disímil tipifiquen las llamadas faltas graves. Y, muchas veces, sobretodo ahora que algunos Reglamentos Internos de Trabajo han sido declarado inconstitucionales, esa calificación puede depender de la voluntad o criterio del superior jerárquico del funcionario separado.

De lo anotado se extrae, que la existencia de semejante disposición en nuestro Código Administrativo representa un verdadero peligro para el reconocimiento del derecho a las vacaciones. Ella, a nuestro juicio, pugna con la letra y espíritu del artículo 66 de la Constitución Nacional que en su párrafo tercero establece que "todo trabajador tendrá derecho a vacaciones remuneradas". Subsiste, en consecuencias, el problema relativo a la determinación de la vigencia del mencionado inciso (2o. del artículo 796), dado que el mismo contradice una disposición de la Carta fundamental.

En tal sentido, se hace necesario aclarar, que para que una norma deje de existir por ser contraria a la letra o espíritu de algún precepto constitucional, será siempre necesaria la declaratoria previa y expresa de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia. La inconstitucionalidad de una ley no opera de pleno derecho, es decir, no por el hecho de que alguna norma contraría algún precepto de la Constitución Nacional debe considerarse aquella como extinguida de nuestro sistema jurídico; para ello será siempre necesario que el precitado Tribunal, en ejercicio de la atribución que le señala el Numeral 1o. del artículo 203 constitucional, la declare inconstitucional.

En esa dirección se ha pronunciado constantemente nuestro máximo ente jurisdiccional desde 1941, al atribuírsele al mismo la potestad centralizada de decidir "sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones denunciadas ante ella como inconstitucionales por cualquier ciudadano". En uno de esos precedentes, la Corte se expresó de la siguiente manera:

"Hasta 1941 los tribunales panameños estaban investidos de autoridad para declarar inexecutable un precepto legal en los términos del artículo 12 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente: 'cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se preferirá aquella'.

El artículo 4o. del Código Judicial compelia a los Jueces así: 'Es prohibido a los funcionarios del orden judicial aplicar en la administración de justicia, leyes, acuerdos municipales o decretos del poder Ejecutivo que sean contrarios a la Constitución'; pero, al quedar centralizada en la Corte Suprema de Justicia la potestad interpretativa, por mandato del artículo 188 del Instrumento de 1941, primero, y del 167 del actual, ningún tribunal puede pronunciarse contra la Ley aplicable por razón de inconstitucionalidad. El ordinal 3o. del artículo 167 ordena que 'todo funcionario encargado impartir justicia que al estudiar una causa cualquiera considere que la disposición legal o reglamentaria aplicable es inconstitucional consultará a la Corte Suprema de Justicia, antes de decidir, para que ésta resuelva sobre el punto!'

A partir de 1941 los tribunales carecen de autoridad para resolver a través de sentencias o autos los conflictos entre la Ley y la Constitución, potestad que radica privativamente en la Corte Suprema de Justicia, y que ésta no puede delegar en los organismos subalternos, sin revertir el nuevo sistema de interpretación centralizada, sin facilitar el retorno de la anarquía en la vigencia de las leyes y sin infringir el principio de la función indelegable".

Más recientemente, en sentencia de 15 de enero de 1987 la Corte dejó establecido que en virtud de la potestad centralizada de ese Tribunal como guardián de la integridad de la Constitución, "la colisión o incongruencia de una norma o acto de inferior rango con el Estatuto Fundamental no opera de pleno derecho, sino que se requiere de la declaratoria expresa del Pleno de la Corte Suprema de Justicia".

En consideración a lo anterior, es indudable la vigencia de aquellas disposiciones contrarias a una norma específica de la Carta Fundamental, mientras no haya recaído sobre ella ningún pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que así declare. ello significa igualmente, que ninguna otra autoridad jurisdiccional o administrativa puede dejar de aplicar una norma simplemente por estimarla violatoria del texto constitucional. Tales criterios los encontramos plasmados, por ejemplo, en sentencia de 9 de agosto de 1946 en cuya parte medular leemos lo que sigue:

"... Tendrá el Tribunal que pronunciarse sobre si el referido Decreto Ley se opone o no a la Constitución, invadiendo así una potestad que es exclusiva de la Corte Suprema de Justicia. No es admisible que cualquier autoridad jurisdiccional o administrativa deje de aplicar una norma que considere opuesta a la Constitución por la simple ocurrencia de que así lo indica su particular criterio. Con ello se contraría el principio constitucional de que la guarda de la Constitución corresponde a la Corte Suprema de Justicia; se convertiría cada Juez o tribunal en guardián de la constitucionalidad y se crearía una situación perturbadora de la seguridad que es propia de todo orden jurídico..."
 (CSJ, Pleno, Sentencia de 9 de agosto de 1946. Jurisprudencia Constitucional. T.I Sección de Investigación Jurídica. Universidad de Panamá. Panamá. 1967 pág. 42)

Asimismo, en fallo de 11 de agosto de 1975 el pleno de la Corte declaró con respecto el artículo 800 del Código Administrativo que el mismo "tiene el vicio de inconstitucionalidad, sin embargo, se mantiene vigente hasta que la Corte no declare su inconstitucionalidad". Por último, en fallo de 11 de octubre de 1991, la Corte señaló que esta instancia jurisdiccional "es la única institución con competencia para no aplicar una norma jurídica contraria a uno de los elementos integrantes del bloque de constitucionalidad", entre los cuales se encuentra, obviamente, la Constitución Nacional.

La vigencia de la parte final del inciso segundo del artículo 796 ibidem, aun cuando a la misma se le endilguen vicios de inconstitucionalidad, no admite duda alguna. Por esta razón, a nuestro juicio, es viable la Circular No. 61-LEG del 12 de mayo de 1993 expedida por el Contralor General de la República, dado que la misma tiene como fundamento una norma vigente. Siendo ello así, no existiría abuso de autoridad si al funcionario se le destituye por la comisión de alguna falta grave en el ejercicio del cargo y luego, por esa misma causa, se le retiene el pago correspondiente al último mes de vacaciones del cual no hizo uso, pues precisamente esa es la medida que se debe adoptar según aquel inciso. En otras palabras, el funcionario que de esa forma actúa, al ordenar la aludida retención y por esa única causa (falta grave en el ejercicio del cargo), lo haría en cumplimiento de un deber legal, es decir, impuesto por la propia ley, el cual de conformidad con el artículo 19 del Código Penal constituye una causa de justificación.

No debemos olvidar, además, que el artículo 336 del mismo Código punitivo exige para la configuración del delito de abuso de autoridad, entre otros elementos, la ejecución de "cualquier hecho arbitrario no clasificado especialmente en la Ley penal". Esa arbitrariedad, según CABANELLAS, involucra a todo "Acto, conducta proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno, con abuso de poder, fuerza, facultades o influjos" (CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. t.I. ed. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1989. pág. 352). Si se actúa en estricto cumplimiento de lo que dispone la ley mal podrá entonces existir, arbitrariedad.

De cualquier manera, habrá siempre que examinar las circunstancias particulares de cada caso para poder determinar si se configura o no el delito de abuso de autoridad. Nosotros insistimos, en que si la retención del pago correspondiente al mes de descanso del cual el exfuncionario no hizo uso obedeció al estricto cumplimiento de lo dispuesto en la parte final del segundo párrafo del artículo en referencia, no podrá darse la figura de abuso de autoridad.

Con relación al precedente jurisprudencial al cual usted nos alude en la consulta (fallo de 22 de abril de 1992), en el que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia consideró la existencia de abuso de autoridad por el hecho de haberse suspendido unos pagos que correspondían a una cierta exfuncionaria en concepto de "Salarios por vacaciones ella (sic) tenía derecho a recibir", observamos que las circunstancias fácticas que se dieron en dicho caso eran otras, pues a la funcionaria perjudicada se le suspendieron tales pagos simplemente porque fue destituida en virtud de que se había nombrado a otra persona en su reemplazo. Así se desprende de la parte pertinente del fallo, la cual transcribimos a manera de ilustración:

"El despacho instructor procedió a citar al denunciante para que rindiera declaración indagatoria...y en la misma... manifestó que 'en la posición de la señora Victoria de Robolt fue nombrado un nuevo administrador a partir del 15 de febrero de 1990 y acuerdo (sic) con la ley de presupuesto, dos personas no pueden ocupar la misma posición y por esa razón de acuerdo con las instrucciones de la Contraloría General de la República había que retenerle el cheque emitido a favor de la señora Robolt, debido a que había sido nombrado un nuevo funcionario en la posición que ella acupaba'.

A folio 24 la (sic) Lilia de Campos, Jefa del Departamento de Personal, (sic) informa que la denunciante fue destituida de su cargo a partir del primero de febrero de 1990 por motivo de reemplazo, lo que motivo la retención del pago de su salario".

(CSJ, Sala Segunda, Fallo de 22 de abril de 1992, Registro Judicial, Abril de 1992, Sala Segunda, págs. 22-24)

Como se puede observar, la circunstancia que motivó la retención del cheque de la denunciante era distinta a la contemplada en el artículo 796 (inc. 2o.) y no sólo carecía de un fundamento jurídico que le sirviera de soporte, sino que el hecho de que se hubiese nombrado a otro funcionario en su reemplazo de ninguna manera era motivo para la conculcación o desconocimiento "arbitrario" de un derecho adquirido.

De todo lo que en forma amplia se ha expuesto podemos concluir lo siguiente:

— El inciso segundo del artículo 796 del Código Administrativo en el cual se fundamentó la Circular No 61-LEG del 23 de mayo de 1992, se encuentra vigente y, por tanto, resulta aplicable.

— Si bien dicho inciso difiere con el artículo 109 del Decreto de Gabinete No. 1 del 21 de enero de 1993, en el sentido de que aquél establece una excepción al pago del salario correspondiente al mes de descanso del que no se hizo uso a la fecha de la renuncia o destitución, el mismo puede aplicarse perfectamente toda vez que se trata de una disposición de jerarquía normativa superior al Decreto de Gabinete en referencia.

— Muy particularmente y, a pesar de lo dispuesto en esa norma, somos del criterio de que las únicas faltas graves que deben dar lugar a la suspensión de los aludidos pagos, son las relacionadas con actos que involucren la utilización ilegal de bienes o fondos públicos, dado que tal vez ese sea el único mecanismo con que cuenta el Estado para obtener el resarcimiento (al menos parcial) del perjuicio patrimonial o financiero que se le haya ocasionado.

Esperamos de esta manera, haber satisfecho las inquietudes planteadas en su muy interesante consulta.

**LIC. DONATILO BALLESTEROS S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION**