

Panamá, 23 de diciembre de 2003.

Licenciado

**ERNESTO I. FERNÁNDEZ U.**

Gerente General y Representante Legal del  
Banco Hipotecario Nacional

E. S. D.

Señor Gerente General:

En cumplimiento de las funciones que nos asigna la Constitución y la ley de **“aconsejar a los servidores públicos administrativos sobre determinada interpretación de la Ley o sobre el procedimiento que debe seguirse en determinados casos administrativos, paso a examinar lo consultado en nota GAL-N-1876-2003 fechada 20 de octubre de 2003, recibida en este despacho el día 11 de noviembre del mismo año y que se refiere a lo siguiente:**

“Debe el Banco Hipotecario Nacional como institución autónoma, pagar el descanso forzoso de la funcionaria en estado de gravidez, en caso de que la Caja de Seguro Social no cubra el subsidio por maternidad ya que la funcionaria no tiene cubiertas las cuotas mínimas que exige la precitada institución de bienestar social.

En otro caso, la funcionaria desea por motivos económicos renunciar a la licencia post parto, porque la Caja del (sic) Seguro Social ni el Banco Hipotecario Nacional le pagaron dicho subsidio”.

Al respecto, debemos señalar que ya este despacho se ha pronunciado sobre este tema,<sup>1</sup> reconociendo en términos sencillos pero muy claros la protección que el Estado le debe a toda mujer trabajadora, razonamiento que tiene como fundamento el contenido de la norma constitucional al establecer lo siguiente:

*“ARTÍCULO 68. **Protección Laboral a la maternidad.** Se protege la maternidad de la mujer trabajadora. La que esté en estado de gravidez no podrá ser separada de su empleo público o particular por esta causa. Durante un mínimo de seis semanas precedentes al parto y las ocho que le siguen, gozará de descanso forzoso retribuido del mismo modo que su trabajo y conservará el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato. Al incorporarse la madre trabajadora a su empleo no podrá ser despedida por el término de un año, salvo en casos especiales previstos en la ley, la cual reglamentará además, las condiciones especiales de trabajo de la mujer en estado de preñez”.*

Básicamente, el precepto ut supra tiende a proteger la maternidad de la mujer trabajadora, protección que constituye un deber del Estado, el cual otorga, según la norma, un sistema de estabilidad con el propósito de no generar desequilibrios en la unidad familiar,<sup>2</sup> como bien expresa el Dr. Arturo Hoyos en su obra el derecho Panameño del Trabajo.

De este modo, se desprende del citado precepto que la mujer que esté en estado de gravidez no podrá ser separada de su empleo público o particular por esta causa o sea que debe entenderse que el fuero de maternidad tal y como está consagrado constitucionalmente, no es absoluto, debido a que la norma se orienta a proteger a la mujer trabajadora de no ser despedida o separada de su cargo por causa precisamente, de su preñez. Sin embargo, por otras causas plenamente justificadas y comprobadas bien puede ser destituida o por la terminación de un contrato por tiempo definido como bien explica la Corte Suprema de Justicia, en Fallo del Pleno de 5 de agosto de 1994, el cual para mayor ilustración sobre el tema pasamos a transcribir:

*“Ahora bien, tras el estudio de la situación planteada, observa la Corte que ciertamente no existen vicios de*

<sup>1</sup> Ver, C-No. 213 de 10 de octubre de 1995, dictamen emitido por este Despacho.

<sup>2</sup> FUENTES MONTENEGRO, Luis. Constitución Política de la República de Panamá de 1972, titulada y comentada. Panamá. 1997. Pág. 69.

*inconstitucionalidad atribuibles el acto impugnado, por las siguientes razones:*

*En primer lugar la destitución de la funcionaria está amparada en el Decreto de Gabinete No.1 de 26 de diciembre de 1990, que permita adoptar medidas de esa índole.*

*En segundo lugar, el fuero de maternidad contemplado en el artículo 68 de la Constitución Nacional, no impide que la mujer trabajadora sea despedida cuando existan justificadas razones previstas en la ley, pues a lo que se opone la norma es que el despido sea por causa del embarazo.*

*Y en tercer lugar, el hecho de que la autoridad nominadora se hubiera abstenido de realizar la destitución porque quiso reconocer el fuero del artículo 68 arriba citado-antes del año, no lesiona en lo absoluto la garantía a que se ha hecho referencia, porque, como se ha dicho, el fuero de maternidad no es absoluto y puede verse mediatizado cuando exista causal de despido previo por la ley”.*

En estos casos la honorable Corte Suprema ha tenido criterios consistentes en el sentido de proteger a la mujer trabajadora con fuero de maternidad por despidos que tengan como causa su embarazo, dejando claramente plasmado en sus razonamientos, que éste no es absoluto, pues bien puede darse por otras razones justificadas.<sup>3</sup>

En el presente, se trata del caso de una funcionaria que precisamente mantiene un contrato por contingencia con una institución estatal, el cual vence cada dos (2) meses, pero que antes de su conclusión se encuentra dentro del período de descanso forzoso.

Sobre el particular, comenta su misiva que el Reglamento Interno del Banco Hipotecario Nacional no contempla el precitado pago del descanso forzoso en las seis (6) semanas antes del parto y las ocho (8) semanas después del parto,

---

<sup>3</sup> Cfr. Fallo de la Corte Suprema de Justicia, del Pleno de 21 de abril de 1995; Fallo de 28 de octubre de 1998 de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo en Demanda de Plena Jurisdicción; y más recientemente en Fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo en Demanda de Plena Jurisdicción de 24 de junio de 2003.

ya que se acoge al Artículo 68 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Situación en la que, definitivamente, se debe legislar, ya que a través de un mandato legal que disponga la reglamentación de este precepto constitucional a nivel de todas las entidades públicas y privadas, atendiendo las diversas circunstancias que pueden presentarse, pueden corregirse o evitarse situaciones como la que ahora nos ocupa.

Todo ello en virtud de que el artículo 44 de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, establece que la madre trabajadora para poder gozar del subsidio de maternidad deberá tener un mínimo de nueve (9) cuotas mensuales en los doce (12) meses anteriores al séptimo mes de gravidez, de lo contrario la entidad no efectúa el pago por incumplimiento de los requisitos establecidos, que es el caso de esta funcionaria pública que no cumple con este requisito.

Al respecto, importa señalar que aún cuando el precepto constitucional no distingue entre trabajadoras permanentes o eventuales o por contrato, es claro al definir que la trabajadora conservará todos los derechos correspondientes a su contrato, lo cual indica que toda trabajadora permanente o eventual conservará todos aquellos derechos que acompañan al trabajador público o privado, tal sólo por su condición de trabajadores, hecho que en el caso tratado incluye también su reincorporación a su puesto de trabajo una vez se cumpla el período de descanso forzoso.

Ello es así, por cuanto respecto de este tema la Corte Suprema ha emitido diversos pronunciamientos dependiendo de la situación particular que se presente, pero siempre estudiando con detenimiento el caso presentado, dando especial preeminencia a la protección especial que requiere la mujer trabajadora en estado de gravidez. De allí, que en este caso cabe traer a cita, salvamento de voto de la Magistrada Aura E. De Villalaz en decisión adoptada por la mayoría del Pleno, y en donde la honorable magistrada expuso suscitadamente como razón esencial para el respeto al fuero de maternidad, la continuidad de la especie humana, que es lo que principalmente trata de preservar y proteger este derecho. Literalmente, aquél salvamento de voto, expresó:

*“La especial protección que se le da u ofrece al nasciturus para la preservación de la sanidad de la especie humana, sólo trasciende a la mujer trabajadora dada su calidad de garante de la vida humana dependiente. Esa tutela, ni siquiera es un privilegio para la madre, opera en función del cuidado, atención y desarrollo armónico que se le debe ofrecer al nuevo ser. Negar el reconocimiento al fuero de maternidad de la señora Ng., es desconocer la obligación que la sociedad y el Estado deben garantizar a las nuevas generaciones desde su etapa embrionaria.”<sup>4</sup>*

Desde otra perspectiva, en un proceso contencioso en contra de la Caja de Seguro Social, por negación de pago de subsidio de maternidad, la Corte consideró:

*“En razón de lo anotado, no procede la violación al artículo 44 de la ley Orgánica de la Caja de Seguro Social. En cuanto al artículo 80 de la misma Ley, la Sala es del criterio que es perfectamente aplicable dado que, por un lado, el patrono no pagó en tiempo oportuno las cuotas obrero patronales de la asegurada Zaira Marín, y, por el otro lado, quedó demostrado que las cuotas pagas de mayo a agosto de 1993, corresponde a un período que la asegurada no laboró. Debe, pues, **el patrono asumir el pago del subsidio de maternidad que otorga la Caja de Seguro Social, tal como lo contempla el artículo 107 del Código de Trabajo**”.<sup>5</sup>*

Lo importante a resaltar en esta sentencia lo constituye el hecho de observar el análisis que efectúa la Corte para dilucidar a quien corresponde el pago por subsidio de maternidad, no dejando desprotegida bajo ningún concepto a la futura madre en relación con el pago que le corresponde recibir.

Luego entonces, desde este ángulo sería inicuo desconocer un derecho que destaca nuestra Carta Política y que por ende acompaña a toda servidora pública y privada que se encuentre en período de gestación, con el noble papel de preservar a la especie humana. Si bien es cierto, no aparece regulado este derecho dentro de la reglamentación interna del Banco Hipotecario Nacional, lo cierto es que, el precepto constitucional es categórico al disponer la protección que el Estado le dispensa a toda mujer trabajadora en estado de

<sup>4</sup> Fallo de 5 de agosto de 1994. PLENO

<sup>5</sup> Fallo de 28 de octubre de 1998. Reg. Jud. Octubre de 1998. Pág. 454.

embarazo y en vías de ser madre. Hecho que justifica ampliamente que la trabajadora pública o privada que no llene los requisitos establecidos por la entidad de seguridad social, sea asistida por la empresa o entidad a la cual le ha prestados sus servicios en términos de eficiencia y honestidad, y que dependiendo del tiempo y de otras circunstancias que deba considerar, le reconozca y proporcione el pago que para su seguridad y la de su hijo en ese momento la trabajadora necesita, dando cumplimiento de esta manera a disposiciones constitucionales, legales, jurisprudenciales y supranacionales como lo son, los convenios internacionales que recogen pautas sobre el trabajo de la mujer, como bien usted los señala y los explica en su misiva.

En conclusión, este despacho considera que el Banco Hipotecario Nacional, independiente de su autonomía que nada tiene que ver con este derecho reconocido constitucionalmente o de cualquier otra decisión que adopte otro ente público, debe reconocer y pagar a su trabajadora el subsidio de maternidad que le asiste, por ser un reconocimiento merecido como servidora eficiente, leal y honesta con la institución y en cumplimiento de la garantía que recoge nuestra Constitución Política.

En estos términos dejo absuelta la consulta elevada, esperando que los razonamientos expuestos le sean de utilidad.

Sin otro particular, me suscribo, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher.  
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/hf.