

Panamá, 1 de diciembre de 2004.

Licenciado  
GONZALO I. CAMBEFORT C.  
Director General del Instituto de  
Mercadeo Agropecuario  
E. S. D.

Señor Director General:

En cumplimiento de nuestra atribución constitucional y legal de servir de consejera jurídica a los funcionarios públicos administrativos, nos referimos a la consulta elevada por usted mediante nota DG-447-2004, de 6 de octubre de 2004, recibida en nuestro despacho el 11 de octubre de 2004, por la cual solicita nuestro criterio jurídico con relación a la siguiente situación:

Según señala en su nota, al asumir la Dirección del Instituto de Mercadeo Agropecuario (en adelante, IMA), solicitó al Director de Finanzas, Licenciado Nicolás Gordón, que se mantuviera en su puesto, por lo que éste ha continuado prestando sus servicios a la institución, de manera continua, cumpliendo con su jornada regular de trabajo.

No obstante, según manifiesta, la jefa de la Oficina de Fiscalización General del IMA se niega a autorizar el pago del salario del señor Gordón, porque aduce que éste cobró sus vacaciones vencidas por adelantado. De allí que, en la opinión de la funcionaria, para hacer efectivo el cobro de su salario, el señor Gordón debe devolver las sumas recibidas en concepto de vacaciones vencidas.

Conforme al criterio legal de la institución, *"...la jefa de la Oficina de Fiscalización está confundiendo vacaciones vencidas con salario, ya que el primero es un derecho consagrado en la Constitución, el cual se hizo efectivo; y el segundo, surge como consecuencia de la labor que está desempeñando el señor Nicolás Gordón, dado que se mantiene en su puesto de trabajo colaborando con nosotros; en virtud de que requerimos de sus servicios para la agilización de todos los trámites administrativos y financieros, ...."*

En esta línea de ideas señala que *"...la posición de la fiscalizadora no se entiende, ya que en el caso de otros funcionarios que igualmente se le habían pagado sus*

*vacaciones vencidas, y que siguieron laborando hasta el 15 de septiembre del presente año, se le canceló la quincena efectivamente laborada ...”.*

Por último, señala que se programará el uso del descanso obligatorio correspondiente a las vacaciones vencidas del señor Gordón y en esa oportunidad, no le corresponderá ningún pago en concepto de esas prestaciones.

Ante esta situación nos consulta lo siguiente:

- “1. Procede o no el pago de salario al señor Nicolás Gordón, funcionario de la Institución, quien está ejerciendo el cargo de Director de Finanzas por necesidad del servicio a instancia nuestra?**
- 2. Se le puede suspender el uso del tiempo de descanso obligatorio de las vacaciones vencidas y pagadas, por razón de la necesidad del servicio y programar las mismas en fecha futura, sin afectar el erario ni las labores dentro de la institución?**
- 3. Puede la Fiscalizadora negarse a pagar el salario del señor Gordón estando él laborando para la institución y habiendo aplicado una política distinta a los otros funcionarios en igualdad de condiciones y quienes sí cobraron la primera quincena de septiembre?”**

Adjunto a su escrito de consulta nos remite los siguientes documentos:

1. Copia simple de la Nota N°091-2004 DFG/IMA de 21 de septiembre de 2004, suscrita por la Licda. Vielkis B de Lydna, Jefa de Fiscalización General del IMA, dirigida a usted, por la cual informa que no se puede ejecutar la acción ordenada mediante Resolución Interna 93-2004 de 15 de septiembre de 2004.
2. Copia simple del Memorando DAL-063-04 de 22 de septiembre de 2004, del Licdo. Gonzalo Eloy Vásquez, dirigido al Director General de la Institución, contentivo de su opinión legal en el caso del Lic. Nicolás Gordón.
3. Copia simple de la Nota DAL-058 de 20 de septiembre de 2004, suscrita por usted y el Licenciado Eloy Vásquez, dirigida a la Licda. Vielkis de Lydna, con relación a este caso.
4. Copia simple de la Resolución Interna 93-2004 de 15 de septiembre de 2004.
5. Copia simple de la Resolución DG-DAL-049-04 de 15 de septiembre de 2004.

Vistos los aspectos que abarca su consulta y el criterio jurídico de la institución, debemos señalar que, en principio, esta Procuraduría carece de competencia específica para pronunciarse con relación a las interrogantes que nos formula Usted en su nota, toda vez que por mandato Constitucional y Legal, la Contraloría General de la República es la autoridad competente para fiscalizar, regular y

controlar todos los actos de manejo de fondos públicos (art. 276, num. 2 CP; art. 11, num. 2, L. 32 de 1984), así como para realizar las inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos y, de existir mérito para ello, presentar las denuncias respectivas (art. 276, numeral 4, CP; art. 11, num. 4, L. 32 de 1984).

No obstante, dada nuestra competencia constitucional y legal de ser vigilantes de la conducta oficial de los servidores públicos y cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes, luego de examinar la información contenida en su Nota DG-447-2004, de 6 de octubre de 2004 y en los documentos adjuntados a la misma, somos del criterio de que el caso del funcionario Nicolás Gordón, se han dado fallas administrativas y errores en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas relacionadas con el procedimiento a seguir para autorizar el pago de vacaciones vencidas, con relación a lo cual estimamos pertinente señalar lo siguiente:

Según se desprende de la referida Nota y de la Resolución Interna 93-2004 de 15 de septiembre de 2004, primer párrafo del Considerando, **el señor Nicolás Gordón recibió el pago de cinco meses de vacaciones vencidas, sin haberse acogido al descanso obligatorio, a pesar de ser un servidor público activo,** toda vez que se mantuvo ejerciendo las funciones propias de su cargo.

Sobre el particular, fuimos informados de manera verbal por la Jefa de Fiscalización General de la Institución, dicho pago se efectuó el 31 de agosto de 2004, antes que Usted tomara posesión del cargo de Director General del IMA, en el entendimiento de que el señor Nicolás Gordón, por ser funcionario de libre nombramiento y remoción, debía presentar su renuncia al cargo, al terminar el período del gobierno anterior. Igual tratamiento se dio a otros funcionarios de la Institución quienes, a diferencia del señor Gordón, sí se separaron de sus cargos, pasando así a la calidad de pasivos.

Tal y como señala dicha funcionaria en su nota N°091-2004 DFG/IMA de 21 de septiembre de 2004, conforme al párrafo del artículo 175 de la Ley 66 de 20 de noviembre de 2003, Ley de Presupuesto para la vigencia fiscal 2004, ***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 en el presupuesto*** (el resaltado es nuestro).

Dicha excerta legal, que es de aplicación general para todo el sector público, pone de manifiesto, con toda claridad, que no es viable que los servidores públicos cobren sus vacaciones vencidas sin hacer uso del descanso obligatorio, sino que necesariamente tienen que utilizar ese tiempo para tener derecho a cobrar dichas sumas.

Como hemos señalado, la citada norma es de carácter general, por lo que, por aplicación de las reglas de hermenéutica jurídica, sólo sería viable pagar vacaciones por adelantado a servidores públicos activos, si existiere una disposición con rango de ley que así lo permitiere en determinados supuestos.

En el caso que nos ocupa, el artículo 71 del Reglamento Interno del IMA, aprobado en julio de 1999 por el entonces Director General y por la Subdirectora General de la Institución, señala:

*“Artículo 71. El pago correspondiente a las vacaciones puede ser cancelado por planilla regular o por adelantado a solicitud del servidor público. Esta última opción deberá solicitarla por escrito el servidor público a la Oficina Institucional de Recursos Humanos, con quince (15) días hábiles de antelación a la fecha en que pretenda iniciar el goce de las vacaciones.”* (el resaltado es nuestro).

Como se puede apreciar, si bien la norma reglamentaria permite el “pago por adelantado de vacaciones”, sujeta esta posibilidad a que el funcionario solicitante se disponga a hacer uso efectivo del descanso obligatorio.

De allí que, a nuestro juicio, antes de autorizar con su firma la emisión del cheque correspondiente al pago de vacaciones vencidas, la agente fiscalizadora debió verificar la existencia de los respaldos documentales que probaran que, en efecto, el funcionario iba a hacer uso del descanso obligatorio durante un periodo determinado, o bien que había renunciado o sido destituido del cargo.

En el caso in examine, el pago se hizo efectivo sin que se hubieren observado estos controles. Luego, al darse la situación de que el señor Gordón no se separó de su cargo, la Jefa de fiscalización le retuvo el salario, a partir de la primera quincena de septiembre de 2004, por considerar que cobró indebidamente sus vacaciones vencidas.

En la misma fecha Usted, por su parte, adoptó la decisión, de suspender el uso del tiempo de vacaciones por el señor Gordón hasta nueva fecha, autorizar el pago del tiempo por él laborado (Resolución Interna 93-2004 de 15 de septiembre de 2004) y delegar en éste la facultad de autorizar o firmar por usted, las órdenes de compra, cheques, viáticos y demás documentos que requieran esta formalidad para su validez (Resolución DG-DAL-049-04 de 15 de septiembre de 2004).

Dada su decisión de autorizar el pago del tiempo efectivamente laborado por el señor Gordón bajo la nueva Administración, la Jefa de Fiscalización emitió la nota N°091-2004 DFG/IMA de 21 de septiembre de 2004, dirigida a Usted, por la cual manifiesta que la Resolución Interna 93-2004 de 15 de septiembre de 2004 no puede ejecutarse porque según los registros de pago de salarios y emolumentos el señor Gordón se encuentra haciendo uso de vacaciones y señala además que

***“...Si por necesidad de servicio la Institución requiera de este funcionario, debe emitir la acción administrativa correspondiente sin autorizar pago alguno, hasta que finalice el período en que el funcionario cobro por anticipado. Por otra parte, si se pretende emitir algún pago a favor del funcionario, éste debe proceder a devolver lo cobrado anticipadamente”.*** (el resaltado es nuestro).

Según el criterio del asesor legal de la institución externado mediante Memorando DAL-063-04 de 22 de septiembre de 2004, la suspensión del uso de vacaciones encuentra sustento en el artículo 9, acápite g, de la Ley Orgánica del IMA (70 de 1975), desarrollado en el artículo 70 del Reglamento Interno del IMA, conforme al cual *“... El jefe inmediato y el servidor público podrán postergar el descanso para una ocasión más oportuna, cuando las necesidades del servicio lo requieran.”*

Conforme a esta opinión, *“es potestativo del Director General postergar el tiempo de descanso del servidor público para una ocasión más oportuna cuando las necesidades del servicio así lo requieran, por lo tanto se trata en este caso de una decisión de carácter administrativa y de índole estrictamente institucional cuya eficacia no está sujeta a una ulterior aprobación o autorización de ningún otro ente o unidad, como sería la Oficina de Fiscalización de la Contraloría.”*

Luego, con base en estas premisas concluye que, en su criterio, los efectos del acto administrativo contenido en Resolución Interna 93-2004 de 15 de septiembre de 2004 *“...no pueden ser suspendidos o limitados en lo que respecta al pago de las prestaciones de este funcionario, sino que por el contrario se trata de un derecho de carácter tanto legal como constitucional de que a cada quien le corresponde su salario y demás emolumentos por el tiempo efectivamente laborado según los términos y condiciones previamente establecidos”*.

Sobre el particular debemos aclarar que si bien conforme al artículo 70 del Reglamento Interno del IMA, el tiempo de descanso por vacaciones puede ser aplazado, ello no legitima el pago de las mismas antes de que sean consumidas.

En este sentido, se debe tener presente que en materia de vacaciones, los derechos al descanso obligatorio y a percibir salario durante ese período (pago de vacaciones) son dos caras de una misma moneda, es decir, dos aspectos consustanciales a un mismo derecho que deben producirse de manera simultánea para que el mismo se configure en propiedad. De allí que, a nuestro criterio, la suspensión o postergación del uso del descanso obligatorio lleva consigo la correlativa suspensión del derecho a percibir el pago correspondiente, hasta tanto no se haga efectivo el uso del tiempo de descanso así prorrogado.

En virtud de lo anterior, considerando lo estipulado en el párrafo del artículo 175 de la Ley de Presupuesto vigente estimamos que, independientemente de que la situación actual del señor Gordón pueda atribuirse en parte, a un error u omisión en el procedimiento seguido por la Jefa de Fiscalización (por autorizar el pago de

sus vacaciones vencidas sin haber corroborado desvinculación del servicio público o que iba a hacer uso del descanso), es acertada su apreciación, contenida en la Nota N° 091-2004 DFG/IMA de 21 de septiembre de 2004, en el sentido que *“...Si por necesidad de servicio la Institución requiera de este funcionario, **debe emitir la acción administrativa correspondiente sin autorizar pago alguno, hasta que finalice el período en que el funcionario cobro por anticipado. Por otra parte, si se pretende emitir algún pago a favor del funcionario, éste debe proceder a devolver lo cobrado anticipadamente**”*. (el resaltado es nuestro).

Por todo lo anterior, dada la competencia específica de la Contraloría General de la República en materia de fiscalización, regulación y control de los actos de manejo de fondos públicos; así como para realizar las inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos, debe Usted solicitar el criterio legal de dicha entidad con relación a las interrogantes contenidas en su nota DG-447-2004, de 6 de octubre de 2004.

Sin otro particular, me suscribo.

Atentamente,

**Alma Montenegro de Fletcher**  
Procuradora de la Administración

AMdeF/1031