

C-No.282

Panamá, 16 de septiembre de 2002.

Honorable Señora

**EVIDELIA NAVARRO PÉREZ**

Alcaldesa Municipal del Distrito

de Las Minas - Provincia de Herrera

Señora Alcaldesa:

Conforme a nuestras funciones constitucionales y legales de servir de consejera jurídica a los servidores públicos administrativos que consulten nuestro parecer legal, acuso recibo de su nota s/n, remitida vía fax, el día 27 de agosto de 2002, por medio de la cual nos pregunta sobre el fuero de maternidad.

Antecedentes

La señora María Isabel Chávez, fue contratada por un período de tres (3) meses, mediante Decreto N°.39, a partir del 1 de agosto de 2001. Sin embargo, la misma continuó laborando como **funcionaria de hecho** y se le mantuvo en planilla hasta el 30 de agosto de 2002, ya que a partir del 1 de septiembre de 2002 se le concedieron vacaciones, no obstante en esa misma fecha se le destituyó del cargo de Corregidora.

La servidora pública en mención, presentó al Municipio de Las Minas, prueba de Ortho, la cual se práctico el día 24 de julio de 2002, y en la que se constata que tiene tres (3) meses de embarazo.

### **Análisis de los hechos planteados en la Consulta**

La señora María Rodríguez, se le nombró por contrato mediante Decreto N°. 39, a partir del 1 de marzo de 2001 por un término de tres

(3) meses es decir, que el contrato vencía el 1 de junio de 2001, no obstante, señala la Alcadesa que a la misma se le mantuvo en el cargo hasta el 30 agosto de 2002, **como funcionaria de hecho**, ya que a partir del 1 de septiembre de 2002 se le concedieron vacaciones y se le destituyó, pese a su estado de gravidez. La prueba de ortho fue expedida el 24 de julio de 2002 y se confirma el estado de gravidez de la señora Rodríguez, antes de ser destituida.

Antes de exteriorizar nuestro criterio, nos parece conveniente tener en cuenta el significado de la expresión "funcionario de hecho o de facto", el valor jurídico de sus actos, derechos y deberes, de acuerdo a la Doctrina, Jurisprudencia y Legislación Nacional.

➤ Concepto de funcionario de hecho

Funcionario de facto: "es aquel a quien no se invistió normalmente por nombramiento o elección en un cargo público o que habiendo recibido investidura legal, se excedió en el tiempo o lapso que le fuera destinado por ley para realizar actos de su competencia." (FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público Administrativo, Constitucional, Fiscal. Editorial Astrea, Argentina, 1981, p. 348).

La doctrina también, ha enfatizado que el funcionario de facto que significa de hecho, es decir proveniente de un hecho, es el individuo que no siendo funcionario de jure (derecho), tiene posesión y ejercicio de una función pública.

➤ Validez de los Actos expedidos por funcionarios de facto.

En Sentencia de 11 de marzo de 1994, proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por el Dr. Rolando Villaláz, en representación de Mauro Zuñiga Araúz para que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de nombramiento y Diligencia de Acta de toma de posesión del cargo, de Amilcar Villarreal, como delegado de la Contraloría General en la Caja de Seguro Social; se puntualizó lo siguiente:

“En lo que respecta a lo que solicita el demandante, que se declaren nulos todos los actos realizados por el señor VILLARREAL, le indicamos al peticionario que no es viable declarar nulos las actuaciones del funcionario de hecho, ya que como señalara el Dr. QUINTERO, el hacerlo chocaría en ciertos casos con la realidad, con el interés social y con los intereses de las personas que de buena fe se acogieron a la autoridad de dichos funcionarios... (QUINTERO, César, citado por SANJUR, Feliciano O. En Apuntes de Derecho Administrativo, Segundo Volumen. 1974. Pág. 221). Esto por un lado. Por otro, el artículo 773 del Código Administrativo, relacionado con el artículo 18 del Código Judicial, ambas señalan respectivamente lo siguiente: ‘Artículo 773. ...Las irregularidades de la diligencia de posesión y aún la omisión de tal diligencia, no anulan los actos del empleado respectivo ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones’. ‘Artículo 18. El nombramiento y posterior ejercicio hacen presumir de derecho la posesión, tanto para el solo efecto de estimar válidos los actos efectuados por estos funcionarios, como para exigirles las responsabilidades a que haya lugar por la ejecución de estos actos. Ha quedado claro que los actos llevados a cabo por el señor Amilcar Villarreal, mientras ocupó el cargo de Asistente Ejecutivo II por parte de la Contraloría General de República en la Caja de Seguridad Social, se consideran válidos.”

➤ Derechos y deberes

También se ha discutido, sobre los derechos y obligaciones de los funcionarios de hecho, a lo cual la jurisprudencia y la doctrina han replicado, que si sus actos se presumen válidos, se les debe reconocer los mismos derechos y obligaciones que de los funcionarios de derecho, conforme la Constitución y la ley. “La tesis anterior la ha sostenido el Consejo de Estado al señalar: ‘La Sala Estima que a pesar

de la irregularidad de que el demandante hubiera seguido desempeñando su cargo no obstante existir una orden de suspensión, es lo cierto que el funcionario prestó sus servicios y que ellos deben serle pagados, pues por una parte, el sueldo es una contraprestación de servicios por otro lado, esto es parte de su función y de su salario". (PENAGOS, Gustavo, Derecho Administrativo, Parte Especial Ediciones Librería Profesional, Colombia, 1995, p. 252).

### **Dictamen de la Procuraduría de la Administración**

Entrando en materia y sin alejarnos del contenido de su solicitud, este despacho como la jurisprudencia han sostenido que el fuero de maternidad no opera en los casos de funcionarias contratadas por un término definido.

No obstante, en la situación de la señora María Rodríguez, se presenta una situación particular y es que al mantenerse en el cargo de Corregidora y dentro de la planilla como **funcionaria de hecho**, se le deben reconocer los derechos que con fundamento al principio de la buena fe, de la preservación de la especie humana, y de igualdad de oportunidades le corresponde de conformidad con la ley 4 de 1999.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado en otras ocasiones, que el principio de la buena fe debe regir en las relaciones del Estado con sus administrados, pues le permite a estos recobrar la confianza en la Administración, que según Jesús González Pérez, consiste en "que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, aquélla **no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones**". Estos actos, según el mismo autor, serán respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos. (*El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Segunda Edición, Madrid, España, pág. 69)

Este principio lo acoge la Sala y añade que aplicar lo contrario también genera un trato desigual entre funcionarios que se mantienen en sus cargos y los exfuncionarios e inclusive los funcionarios trasladados,

entre otros. Ello es así, pues, en el caso de los primeros, de mantenerse en sus cargos el derecho al pago de vacaciones acumuladas le será reconocido de conformidad al tiempo que haga uso de vacaciones acumuladas le será reconocido de conformidad al tiempo que haga uso efectivo del mismo, más en el caso de los últimos, de procederse de otra manera, le vedaría el ejercicio de un derecho subjetivo cuando tenía la confianza que la administración lo había reconocido, tal como sucede en los casos de los funcionarios que se mantienen en sus cargos..."<sup>1</sup>

Estos dos aspectos son importantes ya que se hace en función de proteger la maternidad de la mujer. Este derecho fundamental es reconocido por nuestro ordenamiento jurídico y el cual tiene rango constitucional, encontrándose regulado en el artículo 68 de la Carta Fundamental, y que dice así:

"Artículo 68. 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 reincorporarse la madre trabajadora a su empleo no podrá ser despedida por el término de una 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."

La protección a la maternidad de la mujer, que consagra esta norma de rango superior, tiene su extensión y limitaciones que la configuran, pues el mismo abarca a las mujeres en estado grávido que laboren en el sector público o privado por el período allí consignado, y reserva a la ley los casos en que, no obstante estar amparado por **fuero de**

---

<sup>1</sup> Sentencia de 18 de mayo de 2001, Registro Judicial Mayo 2001, p.547.

**maternidad** una mujer puede ser separada de su empleo de allí el carácter no absoluto en que la propia norma superior concibe la garantía.

Así pues, en salvamento de voto emitido en sentencia de 5 de agosto de 1994, la Dra. Aura Emerita de Villalaz, disiente de la mayoría del Pleno de la Corte Suprema de Justicia ya que las razones de considerar el derecho al fuero es en razón de mantener la continuidad de la especie humana que es lo que principalmente trata de preservar y proteger el fuero de maternidad. En tal sentido, la tutela del nasciturus o no nacido justifica la estabilidad (fuero) en el empleo de la mujer en estado de gravidez. Literalmente la exmagistrada señaló:

“La especial protección que se le 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 de la madre, opera en función del cuidado, atención y desarrollo armónico que se le debe ofrecer al nuevo ser. Niega el reconocimiento de maternidad de la Sra. NG es desconocer la obligada protección que la sociedad y el estado deben garantizar a las nuevas generaciones desde su etapa embrionaria.” (V. Sentencia de 5 de agosto de 1994)

En cierta medida el salvamento de voto dice una verdad jurídica: “la preservación de la especie humana sólo trasciende a la mujer trabajadora dada su condición de garante de la vida dependiente, por consiguiente, lo que se busca con este principio es brindar especial protección al nasciturus o al que está por nacer, procurándole a la madre un medio de subsistencia, es decir el empleo”.

Por todo lo anterior este despacho estima que a la señora María Rodríguez, al ser funcionaria de hecho, se le debe reconocer el derecho al fuero de maternidad en función del principio de la buena fe y de oportunidad de la mujer contenido en la ley 4 de 1999.

Espero de esta manera haber aclarado su inquietud, me suscribo de usted, con muestras de respeto atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher  
Procuradora de la Administración

AMdeF/20/cch